CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 18 mars 1992 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

A — Les faits

1. La demande de décision préjudicielle présentée par la cour d'appel de Montpellier (France) porte sur la licéité de la protection des appellations géographiques par les États membres au regard du droit communautaire.

2. Les *défenderesses* au principal, les sociétés *françaises* LOR et Confiserie du Tech se livrent *en France* à la fabrication et à la vente de diverses confiseries, parmi lesquelles des tourons — une variété de nougat — sous *appellation espagnole.* Il s'agit, pour la première société nommée, du « touron Alicante » et du « touron Jijona » et, pour la seconde société, du « touron type Alicante » et du « touron type Jijona ».

3. La *demanderesse,* la société *espagnole* Exportur, société constituée par les entreprises qui exportent du touron de Jijona, a assigné les deux sociétés afin qu'elles cessent de fabriquer et de *commercialiser* du touron *en France* en utilisant les noms « Alicante » et « Jijona ».

4. Elle fonde sa demande sur la convention franco-espagnole de 1973 [1]. En vertu des dispositions combinées de l'article 3 et de l'annexe B de la convention, les dénominations « touron d'Alicante » et « touron de Jijona », notamment, sont réservées exclusivement aux produits ou marchandises espagnols et elles ne peuvent être utilisées que dans les conditions prévues par la législation de l'État espagnol. En vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la convention, l'utilisation des dénominations en contravention avec la convention est réprimée; selon l'article 5, paragraphe 2, il en est ainsi même lorsque la dénomination est traduite, ou lorsqu'elle est utilisée avec l'indication de la provenance véritable, ou qu'elle est accompagnée de termes tels que « façon », « genre », « type », « style », « imitation » ou « similaire » [2].

5. Les *défenderesses* ont fait valoir à l'encontre de cela que la convention est incompatible avec le droit communautaire depuis l'adhésion de l'Espagne aux Communautés et que la demanderesse ne peut donc pas l'invoquer.

6. La *cour d'appel,* partageant les doutes des défenderesses, a donc soumis les questions suivantes à la Cour en vue d'une décision préjudicielle:

« 1) Les articles 30 et 34 du traité CEE doivent-ils être interprétés comme prohibant les mesures de protection des appellations [3] d'origine ou de provenance édictées par la convention

* Langue originale: l'allemand.

1 — Convention sur la protection des appellations d'origine, des indications de provenance et des dénominations de certains produits, signée à Madrid le 27 juin 1973 (*Journal officiel de la République française* du 18. 4. 1975, p. 4011).

2 — Point 3 du rapport d'audience.

3 — Plus exactement des « dénominations ».

franco-espagnole du 27 juin 1973, notamment les appellations Alicante ou Jijona pour les tourons?

2) En cas de réponse positive à la question précédente, l'article 36 du traité doit-il être interprété comme autorisant la protection de ces mêmes appellations? »

B — Analyse

7. Bien que le présent litige concerne la commercialisation en France de produits français, ce litige concerne cependant le commerce intracommunautaire, puisqu'il porte sur la désignation de produits français à l'aide d'appellations géographiques espagnoles. La demanderesse défend des intérêts espagnols à l'exportation. Enfin, la question de la compatibilité d'une convention existant entre deux États membres avec le droit communautaire est posée.

Sur la première question

8. Dans sa première question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si la convention franco-espagnole de 1973 est une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives.

9. Selon l'interprétation notoirement large que la jurisprudence donne de l'article 30 du traité CEE [4], le fait que, dans le cadre de cette convention, les dénominations mentionnées soient réservées sur le territoire français aux produits espagnols constitue une entrave au sens de cette jurisprudence. Ni les entreprises françaises ni les entreprises étrangères ne peuvent vendre en France de produits sous la dénomination en cause, ce qui les prive d'un atout dans la commercialisation en les obligeant à donner à leurs produits d'autres dénominations éventuellement moins connues.

10. Une mesure restreignant les échanges qui, comme en l'espèce, s'applique sans distinction aux vendeurs nationaux et étrangers peut être admise lorsqu'elle peut être justifiée par des motifs impératifs d'intérêt général [5]. Le premier motif de justification envisageable est la convention franco-espagnole de 1973, qui vise la protection de la loyauté des transactions commerciales et la défense des consommateurs.

11. Il n'est nul besoin de rechercher quels étaient les effets de cette convention avant l'adhésion de l'Espagne à la Communauté économique européenne. Depuis cette adhésion, les deux États cocontractants font en tout état de cause partie de la Communauté. Ce sont donc les dispositions du traité CEE qui régissent les échanges commerciaux interétatiques, et non plus les dispositions arrêtées unilatéralement ou bilatéralement par l'un ou l'autre États membres. C'est la conséquence de la primauté du droit communautaire. Il convient donc de déterminer si une telle protection des dénominations en cause est admise en *droit communautaire.*

12. Le premier argument qui pourrait plaider en ce sens est l'argument tiré de la

4 — Arrêt du 11 juillet 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837).

5 — Arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentral (120/78, Rec. p. 649).

protection des consommateurs. La Cour a admis que la protection des consommateurs constitue un motif impératif au sens évoqué ci-avant. On peut toutefois se demander si l'interdiction d'utiliser les dénominations en cause pour d'autres produits que les produits espagnols ne va pas au-delà de ce qui est absolument nécessaire. On a fait valoir qu'on pouvait tenir compte de cet argument — et, pour autant que nous le sachions, il en a effectivement été tenu compte — en considérant que les produits en cause peuvent comporter l'indication du pays d'origine. Ainsi, le consommateur pourrait être protégé contre le risque de croire qu'il achète un produit espagnol alors qu'il acquiert en réalité un produit français.

13. Il est donc possible de tenir suffisamment compte du souci de protection des consommateurs par un étiquetage approprié.

14. Mais quelle utilité présente en pareil cas l'utilisation d'une appellation géographique étrangère? Nous en sommes ici au second argument, l'argument tiré de la loyauté des échanges commerciaux. Mais la loyauté des échanges commerciaux comporte non seulement la protection du consommateur contre la tromperie, mais aussi la protection des producteurs contre la concurrence déloyale. En l'espèce, des fabricants français utilisent pour leur promotion des appellations d'origine espagnoles. En d'autres termes, les fabricants français exploitent l'effet promotionnel réel ou supposé des appellations d'origine espagnoles pour promouvoir la vente de leurs produits, bien que ceux-ci ne soient absolument pas d'origine espagnole, mais bien française. Il s'agit d'un cas de référence explicite à une indication de provenance géographique étrangère [6].

15. Par principe, nul ne songe à promouvoir ses produits avec une appellation géographique étrangère s'il n'espère réaliser ainsi une certaine amélioration de ses ventes. Pour cela, il est nécessaire que l'indication de provenance géographique étrangère soit connue et qu'elle évoque pour le consommateur une certaine image de qualité, dont le promoteur du produit en cause prétend que le consommateur l'y retrouve exactement, ou tout au moins de façon similaire. C'est exactement ce que les défenderesses au principal affirment lorsqu'elles estiment que leurs produits sont de la même nature et de la même qualité que les spécialités fabriquées en Espagne sous les mêmes dénominations. Elles exploitent donc la renommée des produits de fabricants étrangers pour promouvoir la vente de leurs propres marchandises. La question est de savoir si cela est compatible avec la loyauté des transactions commerciales.

16. Cette question appelle fondamentalement une réponse négative. Chacun a fondamentalement le droit de promouvoir ses produits en indiquant leur lieu réel de provenance. Inversement, il n'a pas le droit de promouvoir ses propres marchandises avec des indications de provenance géographique étrangères, parce qu'il tente ainsi d'exploiter à son propre profit la renommée de cette indication de provenance géographique étrangère. En revanche, sont inter-

6 — Voir Tilmann, Winfried: *Die geographische Herkunftsangabe* (l'indication de provenance géographique), Munich, 1976, p. 59 et suivantes.

dites les mesures qui réservent aux seuls produits nationaux des dénominations ne constituant pas des appellations d'origine ou des indications de provenance. Cette idée a été reprise dans la directive 70/50/CEE[7], fondée sur l'article 33, paragraphe 7, du traité, mais elle doit être considérée, au-delà, comme l'expression d'un principe général du droit dans le cadre de l'article 30. Les appellations d'origine et les indications de provenance concernées, quels que soient les éléments qui peuvent les distinguer, désignent au moins toujours un produit provenant d'une zone géographique déterminée[8]. Il n'est pas contesté entre les parties que les dénominations génériques sont des dénominations ne constituant ni des appellations d'origine ni des indications de provenance, telle la dénomination évoquée à l'audience: « cake anglais made in France ». Ici, une indication de provenance géographique est devenue une dénomination générique pour des produits qui correspondent par leur composition et leur fabrication au gâteau anglais, sans que les matières premières viennent du Royaume-Uni ni que la fabrication y ait eu lieu.

17. Les parties conviennent que les dénominations génériques ne font pas (ou plus) partie des indications de provenance géographique. Mais elles ne sont pas du même avis quant à la façon dont une indication de provenance géographique peut devenir une dénomination générique. Pour le Royaume-Uni, il suffit de « marquer clairement sur le produit une mention indiquant que ce produit ne prétend pas être le produit A, mais un produit totalement différent, un produit dans le style du produit A, moyen le plus clair de ne pas induire le consommateur en erreur et de ne pas enfreindre les droits de la propriété industrielle et commerciale. Cette mention offre au consommateur un choix véritable ».

18. Pour les autres parties, il ne suffit pas de « marquer un produit ». Pour elles, l'indication de la provenance géographique doit normalement être exacte. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle peut devenir une notion générique, précisément lorsque la composition et la fabrication caractérisent un produit donné dans l'esprit des personnes concernées, qui ne tiennent plus compte du lieu de fabrication du produit lui-même ou de ses composants. Dans leur conception, il règne un rapport clair entre la règle et l'exception, qui peut être illustré dans les termes suivants: nul ne peut se parer des plumes du paon, à moins qu'elles soient tombées en déshérence.

19. L'avocat général M. Warner a montré dans ses conclusions dans l'affaire 12/74 comment une indication de provenance géographique peut tomber en déshérence, en se référant à l'affaire du sherry[9]. Dans cette affaire, les producteurs de véritable sherry avaient, pendant de nombreuses décennies, admis sans faire valoir d'objection que les demandeurs utilisent ces appellations. La théorie équitable de l'inaction empêchait par conséquent ces producteurs de faire valoir un droit, dont ils auraient été sinon titulaires, à faire cesser l'usage abusif de ladite appellation.

7 — JO L 13, p. 29.

8 — Arrêt du 20 février 1975, Commission/Allemagne, point 7 (12/74, Rec. p. 181, 194).

9 — Rec. 1975, p. 208.

20. Nous devons dire clairement ici notre conviction que le simple « marquage », c'est-à-dire l'apposition sur un produit d'une mention précisant qu'une indication de provenance géographique étrangère a été utilisée, ne suffit pas pour justifier l'utilisation de l'indication, parce que cela exposerait toute indication de provenance géographique à une utilisation indue par des tiers; l'illégalité d'un tel procédé ne trouve en tout cas aucune justification dans la jurisprudence britannique citée par l'avocat général M. Warner [10].

21. Cela signifierait en effet que le rapport entre la règle et l'exception, que nous avons caractérisé par la phrase « nul ne peut se parer des plumes du paon, à moins qu'elles soient tombées en déshérence », serait inversé, c'est-à-dire qu'il faudrait dire: « chacun peut se parer des plumes du paon, à condition d'indiquer que ce sont les plumes du paon ». Cela réduirait largement la valeur de l'indication de provenance géographique, qui peut constituer pour le consommateur un critère distinctif important, et donc pour le producteur un important argument publicitaire. Elle perdrait, en particulier dans un grand marché commun, son rôle important dans la prise de décision et compliquerait ainsi les problèmes d'orientation dans le marché commun. Tel n'est pas l'esprit de la libre circulation des marchandises, comme cela ressort très clairement des dispositions de l'article 36, qui garantit notamment la protection de la propriété industrielle et commerciale.

22. Puisque la protection des indications de provenance géographique est donc admise en droit communautaire, il faut que la dénomination de provenance en cause soit devenue une dénomination générique avant l'adhésion de l'Espagne à la Communauté économique européenne, c'est-à-dire qu'elle ait été utilisée pendant un grand nombre d'années sans contestation pour désigner des produits, certes fabriqués en France, mais qui, par leur composition et leur mode de fabrication, étaient une imitation des produits espagnols. Il incombe à la juridiction saisie d'établir si cette condition est remplie. Si au contraire, au moment de l'adhésion de l'Espagne au marché commun, les expressions « touron d'Alicante » et « touron de Jijona » n'étaient pas encore devenues des dénominations génériques, il s'agirait alors d'appellations d'origine ou d'indications de provenance qui ne relèvent pas de l'interdiction de l'article 30.

23. Une remarque s'impose encore ici sur la question de savoir si les appellations d'origine ou les indications de provenance ne remplissent leur fonction spécifique que si le produit qu'elles désignent possède effectivement des qualités et des caractères dus à la localisation géographique de sa provenance; en ce qui concerne plus spécialement les indications de provenance, la localisation géographique de l'origine d'un produit doit imprimer à celui-ci une qualité et des caractères spécifiques de nature à l'individualiser [11]. Si le touron de Jijona et le touron d'Alicante étaient individualisés de cette manière, c'est-à-dire s'ils sont faits avec des produits qui proviennent de cette région et qui possèdent des qualités particulières et s'ils sont transformés sur place, il serait alors difficile de considérer que des produits qui ne possèdent pas ces caractéristiques sont du même genre. L'évolution vers une dénomination générique n'est alors pas non plus possible.

10 — Rec. 1975, p. 207-208.

11 — Arrêt du 20 février 1975, précité, point 7.

24. Au contraire, si les mêmes produits ont été utilisés ailleurs qu'à Jijona ou à Alicante pour fabriquer du touron ou si on a utilisé à Jijona ou à Alicante des produits d'autres régions pour fabriquer du touron, on peut penser qu'il s'agit d'une simple indication de provenance géographique qui est tout à fait susceptible d'évoluer vers une dénomination générique. Toutes ces circonstances doivent être établies par la juridiction de renvoi.

25. Nous estimons que ce qui vient d'être dit s'applique indifféremment si un terme tel que « façon », « genre », « type », « style », « imitation » ou « similaire » est ajouté à la dénomination « touron d'Alicante », parce que cet ajout ne change rien au fait que le promoteur du produit n'a pas le droit d'utiliser l'appellation géographique inexacte en l'absence d'un motif justificatif particulier.

Sur l'article 34 du traité CEE

26. En ce qui concerne le domaine d'application de l'article 34 du traité CEE, il n'est violé, selon une jurisprudence constante de la Cour, que lorsqu'une mesure nationale a pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un État membre et son *commerce d'exportation*, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'État intéressé, au détriment de la production ou du commerce d'autres États membres [12].

12 — Arrêt du 8 novembre 1979, Groenveld (15/79, Rec. p. 3409).

27. La convention de 1973 n'a pas pour objet ou pour effet de restreindre les exportations de produits français ou espagnols, bien au contraire.

28. Il convient donc de répondre à la première question de la juridiction de renvoi que les articles 30 et 34 du traité CEE doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'interdisent les mesures de protection des appellations d'origine établies dans la convention franco-espagnole du 27 juin 1973, en particulier les dénominations « Alicante » ou « Jijona », que si les dénominations en cause ne constituent plus des appellations d'origine, mais des dénominations génériques.

Sur la seconde question

29. Dans sa seconde question, la juridiction de renvoi souhaite savoir à titre subsidiaire si la protection des indications de provenance géographique en cause, dans l'hypothèse où elle n'est pas déjà admise en vertu de l'article 30, peut en tout état de cause être admise en vertu de l'article 36. Comme vous l'avez vu, la protection des indications de provenance géographique est déjà admise en vertu de l'article 30, de sorte que le recours à l'article 36 est superflu. Elle est nécessaire dans l'intérêt des producteurs et des consommateurs dans le marché commun. Mais elle est aussi suffisamment assurée dans le cadre de l'article 30, puisqu'elle est accessible à tout producteur opérant dans la localité en cause, sans que l'utilisateur doive remplir d'autres conditions. En revanche, il nous semble que les conditions devraient être plus strictes en matière de propriété industrielle et commerciale, comme pour les brevets, les marques

de fabrique ou les droits d'auteur. Il nous semble que la différence tient au fait que le propriétaire peut disposer de ces derniers, alors qu'il ne peut pas disposer des indications de provenance géographique. Celles-ci sont ouvertes à chacun, pourvu qu'il remplisse les conditions requises, sans qu'il ait besoin d'une autorisation. Mais elles ne peuvent pas non plus être cédées à qui ne remplit pas les conditions requises.

30. En revanche, si une indication de provenance géographique est devenue une dénomination générique, toute protection arrive trop tard. Il nous semble par définition exclu qu'une dénomination générique soit réservée à un utilisateur donné. L'utilisation d'une dénomination générique est ouverte à chacun, dès lors qu'il fabrique et vend des produits de ce genre. Si un individu extérieur a acquis le droit d'utiliser une telle dénomination, comme c'est le cas pour les dénominations génériques, ce droit ne peut plus lui être disputé ultérieurement.

31. Ce qui vient d'être dit vaut à notre avis de la même façon pour les appellations qu'elles soient d'origine ou de provenance, que la juridiction de renvoi place sur le même plan dans ses questions. Les arguments à considérer sont les mêmes dans les deux cas. Fondamentalement, le droit d'utiliser une telle dénomination peut être réservé à ceux qu'elle indique, à moins que les dénominations en question ne soient devenues dans l'intervalle des dénominations génériques.

32. Il convient par conséquent de répondre à la seconde question que l'article 36 n'autorise pas la protection des dénominations génériques.

33. Dans la mesure où le législateur communautaire n'a pas établi de critères des dénominations génériques, d'une part, et des indications d'origine ou de provenance géographique, d'autre part, il appartient à la Cour de le faire. Il appartient à la juridiction de renvoi de dire si les critères sont satisfaits dans un cas d'espèce donné.

34. En conclusion, nous proposons à la Cour de répondre de la façon suivante aux questions posées:

« 1) Les articles 30 et 34 du traité CEE doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'interdisent les mesures de protection des indications de provenance géographique ou des appellations d'origine établies dans la convention franco-espagnole du 27 juin 1973, notamment les indications 'Alicante' ou 'Jijona', que si les indications en cause ne constituent plus des indications de provenance géographique, mais des dénominations génériques.

2) L'article 36 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il n'autorise pas la protection des dénominations génériques. »