

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M^{ME} ELEANOR SHARPSTON

présentées le 12 mars 2009¹

1. Pour la première fois, il est demandé à la Cour de préciser la notion de bonne foi, au sens du droit communautaire des marques.

2. La nullité d'une marque communautaire peut être déclarée, notamment, «lorsque le demandeur était de mauvaise foi lors du dépôt de la demande de marque».

3. Dans la présente affaire, la procédure nationale trouve son origine dans une situation dans laquelle plusieurs entreprises concurrentes ont, à l'origine, commercialisé des produits similaires, ayant des formes et des présentations similaires. Une de ces entreprises a, par la suite, fait enregistrer sa propre forme et présentation en tant que marque communautaire tridimensionnelle. Dans une telle situation, quels sont les facteurs pouvant être nécessaires et/ou suffisants pour établir que cette entreprise était de mauvaise foi en demandant l'enregistrement de la marque?

Législation applicable

4. La demande de décision préjudicielle porte sur le règlement sur la marque communautaire². Néanmoins, la même notion est employée dans des contextes similaires, quoique non identiques, dans la directive sur les marques³.

Le règlement sur la marque communautaire

5. Aux termes du règlement sur la marque communautaire, les marques communautaires peuvent être enregistrées sur demande présentée à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles), institué par l'article 2 dudit règlement (également dénommé l'«OHMI» ou l'«Office»).

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO 1994, L 11, p. 1, modifié par la suite, ci-après le «règlement sur la marque communautaire»).

3 — Première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40, p. 1), récemment remplacée (sans être cependant modifiée sur le fond) par la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée) (JO L 299, p. 25). Je ferai référence à ces deux textes ci-après par la «directive sur les marques».

6. Les articles 7 et 8 du règlement sur la marque communautaire prévoient les motifs pour lesquels une demande d'enregistrement de marque communautaire doit être refusée⁴.

7. L'article 7, paragraphe 1, énumère les motifs «absolus» de refus d'enregistrement. En substance, ne peuvent être enregistrés: a) les signes qui ne sont pas susceptibles d'une représentation graphique ou qui ne sont pas propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise en particulier; b) les marques dépourvues de caractère distinctif; c) les marques composées exclusivement de signes ou d'indications désignant les caractéristiques des produits ou services; d) les marques composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce; e) les signes composés exclusivement de la forme inhérente au produit; f) les marques contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; g) les marques pouvant tromper le public sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service; h) les emblèmes d'État, signes officiels de contrôle et emblèmes d'organisations intergouvernementales, à défaut d'autorisation appropriée; i) les marques comportant des badges, emblèmes ou écussons présentant un intérêt public particulier, sans autorisation appropriée; j) les marques comportant une indication géographique destinée à identifier des vins ou des spiritueux pour des vins et spiritueux n'ayant pas cette origine; k) les marques comportant une appellation d'origine ou une indication géographique concernant le même type de produit.

8. En vertu de l'article 7, paragraphe 3, les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, sous b), c) et d), ne sont pas applicables si la marque a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait.

9. L'article 8 énonce les motifs «relatifs» pour lesquels un tiers peut s'opposer avec succès à l'enregistrement d'une marque communautaire. L'article 8, paragraphe 1, prévoit que le titulaire d'une marque antérieure⁵ peut s'opposer à l'enregistrement a) d'une marque identique pour des produits ou services identiques ou b) d'une marque identique ou similaire pour des produits ou services identiques ou similaires si la similitude crée un risque de confusion. L'article 8, paragraphe 4, confère un droit similaire d'opposition au titulaire d'une marque non enregistrée ou d'un autre signe utilisé dans la vie des affaires dont la portée n'est pas seulement locale, si ce signe donne à son titulaire le droit d'interdire l'utilisation d'une marque plus récente. L'article 8, paragraphe 5, étend le droit visé à l'article 8, paragraphe 1, à des situations dans lesquelles des produits ou des services ne sont pas similaires, mais que la marque antérieure jouit d'une renommée dans la Communauté ou l'État membre (selon qu'il s'agisse d'une marque communautaire ou d'une marque nationale) et que l'usage sans juste motif de la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque antérieure ou qu'il leur porterait préjudice. Dans un autre ordre d'idée, l'article 8, paragraphe 3, permet au titulaire d'une marque

4 — Les dispositions de ces articles sont relativement longues. Rien ne tournant dans la présente affaire sur le libellé exact de ces dispositions, je me contenterai ci-dessous de les résumer.

5 — À savoir, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, en substance, une marque communautaire, une marque nationale ou une marque internationale ayant effet dans un État membre ou dans la Communauté dont la date de dépôt est antérieure à celle contre laquelle l'opposition est dirigée ou une marque «notoirement connue» dans un État membre antérieurement à la date de demande d'enregistrement.

d'empêcher son agent ou représentant d'enregistrer la marque, en son propre nom, sans le consentement du titulaire ou sans en justifier.

10. Le règlement prévoit également qu'une fois enregistrée, une marque communautaire peut être déclarée nulle pour des motifs absolus ou relatifs.

11. L'article 51 prévoit les motifs absolus pour prononcer la nullité d'une marque. Les paragraphes pertinents sont libellés comme suit:

«1. La nullité de la marque communautaire est déclarée, sur demande présentée auprès de l'Office ou sur demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon:

a) lorsque la marque communautaire a été enregistrée contrairement aux dispositions de l'article 7;

b) lorsque le demandeur était de mauvaise foi lors du dépôt de la demande de marque.

2. Lorsque la marque communautaire a été enregistrée contrairement à l'article 7 paragraphe 1 point b), c) ou d) elle ne peut toutefois être déclarée nulle si, par l'usage qui en a été fait, elle a acquis après son enregistrement un caractère distinctif pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée.»

12. L'article 52 prévoit les motifs relatifs pour prononcer la nullité d'une marque. Les paragraphes pertinents sont libellés comme suit:

«1. La marque communautaire est déclarée nulle sur demande présentée auprès de l'Office ou sur demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon:

a) lorsqu'il existe une marque antérieure visée à l'article 8 paragraphe 2 et que les conditions énoncées au paragraphe 1 ou au paragraphe 5 de cet article sont remplies;

b) lorsqu'il existe une marque visée à l'article 8 paragraphe 3 et que les conditions énoncées dans ce paragraphe sont remplies;

- c) lorsqu'il existe un droit antérieur visé à l'article 8 paragraphe 4 et que les conditions énoncées dans ce paragraphe sont remplies.

2. La marque communautaire est également déclarée nulle sur demande présentée auprès de l'Office ou sur demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon si son usage peut être interdit en vertu d'un autre droit antérieur et notamment:

- a) d'un droit au nom;

- b) d'un droit à l'image;

- c) d'un droit d'auteur;

- d) d'un droit de propriété industrielle;

selon la législation communautaire ou le droit national qui en régit la protection.»

13. Aux termes de l'article 53, paragraphes 1 et 2, du règlement sur la marque communautaire, le titulaire d'une marque communautaire antérieure, d'une marque nationale antérieure ou d'un signe antérieur visé à l'article 8, paragraphe 4, dudit règlement ne peut pas s'opposer à l'usage d'une marque communautaire postérieure en conflit lorsqu'il a eu connaissance de cet usage ou l'a toléré pendant cinq années consécutives, «à moins que le dépôt de la marque communautaire postérieure n'ait été effectué de mauvaise foi».

14. Enfin, l'article 9, paragraphe 1, du règlement sur la marque communautaire confère au titulaire d'une marque communautaire le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires:

«a) d'un signe identique à la marque communautaire pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée;

b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque communautaire et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque communautaire et le signe, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public; le risque de confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque;

- c) d'un signe identique ou similaire à la marque communautaire pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque communautaire est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans la Communauté et que l'usage du signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque communautaire ou leur porte préjudice.»

17. Son article 3 est intitulé «Motifs de refus ou de nullité». L'article 3, paragraphe 1, énonce les motifs obligatoires pour lesquels tous les États membres *doivent* s'assurer que les signes ou marques «sont refusés à l'enregistrement ou sont susceptibles d'être déclarés nuls s'ils sont enregistrés». Ces motifs sont identiques aux motifs absolus de refus d'enregistrement visés à l'article 7, paragraphe 1, sous a) à h), du règlement sur la marque communautaire. L'article 3, paragraphe 2, de ladite directive ajoute notamment que les États membres *peuvent* prévoir qu'une marque «est refusée à l'enregistrement ou, si elle est enregistrée, est susceptible d'être déclarée nulle lorsque et dans la mesure où:

La directive sur les marques

15. La présente affaire porte sur le règlement et non pas la directive, mais il est toutefois utile d'avoir présentes à l'esprit les dispositions parallèles de cette dernière.

- a) l'usage de cette marque peut être interdit en vertu de la législation autre que celle en matière de droit des marques de l'État membre concerné ou de la Communauté;

[...]

16. La directive vise à harmoniser les législations nationales des États membres en matière de marques, lesquelles restent en vigueur à côté du régime de la marque communautaire, mais doivent être en conformité avec celui-ci. Elle contient des dispositions⁶ largement équivalentes mais à certains égards subtilement différentes de celles des articles du règlement sur la marque communautaire cités ci-dessus.

- d) la demande d'enregistrement de la marque a été faite de mauvaise foi par le demandeur.»

18. L'article 4 de la directive sur les marques énonce des «[m]otifs supplémentaires de refus ou de nullité concernant les conflits

⁶ — Le libellé cité est celui de la version codifiée de la directive qui, sur le fond, n'est pas différent de celui de la version originale.

avec des droits antérieurs» largement équivalents aux motifs relatifs de refus ou d'annulation visés aux articles 8 et 52 du règlement sur la marque communautaire, tout en apportant toutefois certaines modifications afin de s'adapter au contexte national. Ici aussi, il s'agit de motifs tant de refus d'enregistrement que d'annulation, dont certains sont facultatifs. Parmi ces derniers, la condition visée à l'article 4, paragraphe 4, sous g), est que «la marque peut être confondue avec une marque utilisée à l'étranger au moment du dépôt de la demande et qui continue d'y être utilisée, si la demande a été faite de mauvaise foi par le demandeur».

21. En vertu de l'article 4, paragraphe 2, deuxième phrase, de la loi allemande sur les marques (Markengesetz), la protection en tant que marque est conférée à tout signe utilisé dans la vie des affaires qui a acquis auprès du public concerné une notoriété en tant que marque.

Faits, procédure et questions

Le droit national

19. La juridiction de renvoi mentionne notamment les dispositions suivantes du droit autrichien et du droit allemand.

20. En vertu de l'article 9, paragraphe 3, de la loi autrichienne contre la concurrence déloyale (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), les présentations des marchandises ainsi que leur enveloppe et emballage doivent jouir de la même protection que la désignation particulière d'une entreprise lorsqu'elles sont considérées dans les milieux concernés comme des signes distinctifs de l'entreprise.

22. Fait partie de la mythologie pascale une créature portant des œufs connue comme le «Lapin de Pâques»⁷. Depuis de nombreuses décennies, les fabricants de chocolat, tout au moins dans les régions germanophones d'Europe, ont fabriqué et vendu à l'époque de Pâques des lapins en chocolat de formes diverses et dans des emballages de divers types et couleurs, mais souvent en majorité dans des feuilles de couleur dorée et souvent ornés d'un ruban et/ou d'une cloche. Notamment depuis l'introduction, dans les années 1990, de machines spéciales d'emballage, les

7 — Dans différentes langues, cette créature est qualifiée de lièvre ou de lapin et le terme anglais «bunny» est sans doute suffisamment flexible pour englober ces deux catégories. En Australie, où les lapins ne sont pas vus d'un bon œil, cette niche mythologique a été en partie prise par l'«Easter bilby» (bien qu'on eût pu s'attendre plutôt à un «ornithorynque de Pâques» vu la nature vraisemblablement ovipare de l'animal). L'article vendu sous la marque en cause dans la présente affaire est dénommé par son fabricant «Goldhase» en allemand, «Gold bunny» en anglais, «Lapin d'or» en français, «Coniglio d'oro» en italien, etc. Fort heureusement, la classification zoologique exacte de ce (probable) lagomorphe ne présente pas la moindre pertinence au regard des questions soulevées dans la présente affaire.

contraintes techniques ont eu pour effet de rendre la forme de ces lapins en chocolat de plus en plus similaire⁸.

les mots «Lindt Goldhase». La marque a été enregistrée le 6 juillet 2001:

23. Les producteurs en cause sont Chocola-defabriken Lindt & Sprüngli AG (ci-après «Lindt»), une société basée en Suisse qui est la partie demanderesse dans le litige au principal, et Franz Hauswirth GmbH (ci-après «Hauswirth»), une société autrichienne qui est la partie défenderesse dans le litige au principal.



24. Lindt fabrique et commercialise des lapins de Pâques en chocolat depuis le début des années 1950. La présentation exacte a légèrement varié au fil des ans⁹. Lindt a commercialisé ses lapins de Pâques en chocolat pour la première fois en Autriche en 1994. En juin 2000, Lindt a présenté une demande d'enregistrement, en tant que marque communautaire tridimensionnelle, de la forme et de la présentation d'un lapin de Pâques emballé dans une feuille de couleur dorée présentant des mentions en rouge et en brun, portant autour de son cou un ruban rouge sur lequel est accrochée une clochette et portant sur sa cuisse un logo comprenant

25. Hauswirth fabrique et produit ses propres lapins en chocolat depuis 1962. Ils sont généralement ornés d'un ruban, mais pas d'une clochette. Ils ne comportent aucun nom les identifiant, bien qu'une étiquette soit fixée en dessous et n'est donc normalement pas visible lorsque les produits sont présentés sur une étagère:



8 — La sélection présentée lors de l'audience laisse penser qu'il existe deux formes de base répondant à ces contraintes techniques, consistant en un animal assis dans une position soit accroupie, soit debout.

9 — Par exemple, le ruban entourant le cou du lapin était plutôt brun que rouge à la fin des années 1960 et il ne présentait pas de clochette.

26. Selon la juridiction de renvoi, il existe un risque de confusion entre les deux présentations. En outre, plusieurs autres modèles présentant un degré plus ou moins grand de similitude avec la présentation de Lindt ont été commercialisés depuis 1930. Lindt avait connaissance d'au moins une partie de ces modèles avant de demander l'enregistrement de sa marque.

27. La juridiction de renvoi précise également que, avant que la demande d'enregistrement n'ait été présentée, différents producteurs, ou tout au moins certains d'entre eux, jouissaient d'un «droit acquis»¹⁰ à la protection de leurs produits en vertu du droit autrichien de la concurrence et du droit allemand des marques, même si aucune de ces présentations n'a fait l'objet d'un quelconque enregistrement.

28. Enfin, la juridiction de renvoi expose que, en enregistrant la marque, Lindt cherchait à «créer dans le même temps une base pour pouvoir agir contre les produits d'autres producteurs déjà existants qu'elle connaissait en Allemagne».

29. À la suite de l'enregistrement de sa marque communautaire, Lindt a engagé contre Hauswirth une action en contrefaçon en vue d'obtenir à son encontre une injonc-

tion de cesser de produire et commercialiser ses lapins de Pâques en chocolat dans une présentation que Lindt prétendait être susceptible d'être confondue avec sa marque enregistrée. Hauswirth a répliqué reconventionnellement, sur le fondement, entre autres, de l'article 5, paragraphe 1, sous b), du règlement sur la marque communautaire, que l'enregistrement avait été effectué de mauvaise foi et qu'il y avait donc lieu de prononcer la nullité de la marque.

30. En première instance, le Handelsgericht Wien (tribunal de commerce de Vienne) a rejeté la demande principale et fait droit à la demande reconventionnelle. En appel, interjeté par Lindt devant l'Oberlandesgericht, la décision a été infirmée, mais pas pour des motifs donnant satisfaction à Lindt. Selon Hauswirth, la juridiction d'appel a seulement jugé que, dès lors que la présentation de Lindt avait acquis une notoriété avant la demande d'enregistrement de la marque, Lindt ne pouvait pas être considérée comme ayant agi de mauvaise foi et, tout en rejetant la demande reconventionnelle de Hauswirth, elle n'a pas fait droit à la demande principale de Lindt. Les deux parties ont donc exercé un recours devant l'Oberster Gerichtshof, qui a saisi la Cour des questions préjudicielles suivantes:

«1) L'article 51, paragraphe 1, sous b), du règlement [sur la marque communautaire] doit-il être interprété en ce sens que le demandeur d'une marque communau-

10 — En allemand «wertvoller Besitzstand»; la juridiction de renvoi ne fournit aucune définition juridique précise de cette notion.

taire doit être considéré comme agissant de mauvaise foi lorsqu'il sait au moment de l'enregistrement qu'un concurrent dans (au moins) un État membre utilise une marque identique ou similaire prêtant à confusion pour des produits ou services identiques ou similaires et qu'il fait enregistrer la marque pour pouvoir empêcher le concurrent de continuer à l'utiliser?

dans le commerce pour sa marque et ainsi une protection au titre du droit de la concurrence?»

- 2) En cas de réponse négative à la première question:

31. Les parties au litige au principal, les gouvernements tchèque et suédois ainsi que la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations tant écrites qu'orales.

Le demandeur de la marque doit-il être considéré comme étant de mauvaise foi lorsqu'il fait enregistrer la marque pour empêcher un concurrent de continuer à l'utiliser alors qu'il sait ou doit savoir au moment de l'enregistrement que le concurrent a obtenu un 'droit acquis' par l'utilisation d'une marque identique ou similaire pour des produits ou services identiques ou similaires prêtant à confusion?

Appréciation

La portée des questions

- 3) En cas de réponse positive à la première ou à la deuxième question:

Faut-il exclure la mauvaise foi lorsque le demandeur a déjà acquis une notoriété

32. La juridiction nationale demande si certains facteurs sont suffisants pour établir ou écarter qu'une demande d'enregistrement a été présentée de mauvaise foi, au sens de l'article 51, paragraphe 1, sous b), du règlement sur la marque communautaire, dans le contexte d'un ensemble spécifique de faits qu'elle a établis ou qu'elle considère avoir

été établis par la juridiction inférieure. Je comprends que ces faits se présentent en substance comme suit:

communautaire dans le but d'empêcher ses concurrents de continuer à utiliser leurs présentations pour autant qu'il existait un risque de confusion.

— avant que Lindt ne présente une demande d'enregistrement de sa marque, elle-même et plusieurs fabricants de chocolat concurrents produisaient des produits similaires dans des présentations similaires, dans certains cas avec une similitude suffisante pour créer un risque de confusion;

33. Les éléments sur lesquels la juridiction de renvoi s'interroge en substance sont:

— en vertu du droit national de la concurrence, ces diverses présentations jouissaient d'un certain degré de protection constituant un «droit acquis»;

— la connaissance par Lindt de la situation préexistante vis-à-vis des concurrents;

— Lindt ne pouvait ignorer les faits constatés ci-dessus;

— l'intention de Lindt d'empêcher ses concurrents de continuer à utiliser leurs présentations;

— la présentation de Lindt avait acquis au fil du temps une notoriété particulière auprès du public;

— la notoriété déjà acquise par la présentation de Lindt avant que cette dernière ne demande son enregistrement en tant que marque.

— Lindt a demandé l'enregistrement de sa présentation en tant que marque

34. Sur cette base, il me semble que les trois questions peuvent utilement être examinées ensemble tout en attachant l'attention qui convient aux éléments susmentionnés. Je commencerai par examiner la notion de bonne foi dans le présent contexte.

La notion de bonne foi dans la législation communautaire

35. Comme un banquier, la bonne foi est sans nul doute plus facile à reconnaître qu'à définir¹¹. Il s'agit d'une notion que non seulement les juristes, mais également les philosophes et les théologiens ont débattue sans vraiment parvenir à la maîtriser. Il est certes probable que la mauvaise foi ne puisse pas être définie, dans le sens d'en déterminer les limites précises.

36. En l'occurrence, ce qui nous intéresse est la mauvaise foi en demandant l'enregistrement d'une marque. Cette notion n'est ni définie, ni délimitée, ni même décrite d'une quelconque manière dans la législation, mais il est possible de tirer quelques enseignements de la place qu'elle occupe dans l'économie de cette législation.

11 — «Comme bien d'autres êtres, un banquier est plus facile à reconnaître qu'à définir» [United Dominions Trust v Kirkwood (1966), 1 All ER 968 p. 975, par Lord Denning, Master of the Rolls]. Je ne laisse pas entendre qu'il existe un quelconque autre rapport entre les banquiers et la mauvaise foi.

37. Aux termes du règlement sur la marque communautaire, une marque peut être refusée à l'enregistrement ou, une fois enregistrée, être déclarée nulle pour des motifs soit absolus, soit relatifs.

38. En ce qui concerne le refus d'enregistrement¹², les motifs absolus sont en substance des défauts inhérents à la nature de la marque présentée à l'enregistrement et sont soulevés d'office par l'OHMI. Les motifs relatifs sont constitués pour l'essentiel de droits de propriété intellectuelle antérieurs qui confèrent à leur titulaire le droit d'empêcher des tiers d'utiliser un signe en conflit et ils ne sont pas examinés d'office, mais peuvent être soulevés par les titulaires de ces droits.

39. La nullité d'une marque enregistrée peut également être prononcée pour des motifs absolus ou relatifs¹³. Ici toutefois les deux séries de motifs sont légèrement plus étendues. La mauvaise foi du demandeur à la date

12 — Articles 7 et 8 (voir ci-dessus, points 6 à 9).

13 — Articles 51 et 52 (voir ci-dessus, points 10 à 12).

de la demande d'enregistrement est un motif absolu supplémentaire¹⁴ et quatre autres types de droit sont ajoutés à la liste des motifs relatifs¹⁵.

40. En outre, le titulaire d'un droit antérieur ne peut pas demander la nullité d'une marque communautaire ou s'opposer à son enregistrement lorsqu'il a toléré pendant au moins cinq années consécutives l'usage de cette marque, à moins que le dépôt de la marque communautaire postérieure n'ait été effectué de mauvaise foi (article 53).

41. La mauvaise foi semble donc constituer un défaut inhérent à la demande d'enregistrement (plutôt qu'un défaut de la marque) qui vicie fondamentalement l'enregistrement quelles que soient les autres circonstances. On retrouve sensiblement le même schéma général dans la directive sur les marques.

42. Eu égard à la manière dont la législation est organisée, il ne doit exister qu'une seule notion de mauvaise foi tant dans le règlement que dans la directive. L'article 51 du règlement prévoit que tant l'OHMI que les juridictions nationales doivent déclarer nulle la marque sur le fondement de la mauvaise foi lors du

dépôt de la demande d'enregistrement et manifestement la même notion doit être utilisée par les deux. Il ne paraît pas non plus indiqué, eu égard à la nécessité d'une interaction harmonisée entre les deux systèmes, que les juridictions nationales utilisent une notion en ce qui concerne les marques communautaires et une autre en ce qui concerne les marques nationales.

43. Ces points gardés présents à l'esprit, je vais examiner certaines des propositions spécifiques qui ont été formulées dans les observations écrites et orales quant au point de savoir ce qu'implique ou non une telle mauvaise foi et essayer de parvenir à une opinion au vu de ces différentes approches.

Limitation aux circonstances visées à l'article 8?

44. Dans ses observations écrites, la Commission a soutenu que l'article 8 du règlement sur

14 — Article 51, paragraphe 1, sous b).

15 — Article 52, paragraphe 2.

la marque communautaire énumère de manière exhaustive tous les droits antérieurs pouvant être invoqués pour s'opposer à un enregistrement. Une personne doit être en droit d'enregistrer sa marque pour s'assurer une priorité par rapport à d'autres droits plus faibles qui, à la date de la demande d'enregistrement, ne pourraient être invoqués dans le cadre d'une opposition. Si les titulaires de tels droits plus faibles pouvaient obtenir par la suite, par le biais d'une déclaration en nullité sur le fondement de la mauvaise foi, ce qu'ils ne seraient pas parvenus à obtenir par le biais d'une opposition à la demande d'enregistrement, l'intention du législateur serait contournée.

45. Cet argument ne me convainc pas, bien que je pourrais certainement admettre que le fait de présenter une demande d'enregistrement d'une marque tout en ayant connaissance de l'existence d'un droit antérieur énuméré à l'article 8 du règlement sur la marque communautaire constituerait très probablement une démarche effectuée de mauvaise foi.

46. Il est également exact que seuls les droits antérieurs énumérés à l'article 8 peuvent être invoqués pour s'opposer à l'enregistrement

d'une marque communautaire. Toutefois, cela n'exclut pas nécessairement toute possibilité qu'une demande d'enregistrement puisse avoir été présentée de mauvaise foi en ce qui concerne d'autres droits qui ne peuvent être invoqués — et je note qu'en tout état de cause des droits antérieurs autres que ceux énumérés à l'article 8 peuvent être invoqués au soutien d'une demande en nullité¹⁶. De plus, il me semble que l'approche de la Commission réduirait la question de la mauvaise foi à un simple rôle de support, un éventuel renforcement superflu du jeu du concurrent jouissant déjà du droit d'obtenir une déclaration en annulation sur le fondement d'un droit antérieur (et en position de s'opposer auparavant à l'enregistrement), alors que l'économie des articles 51 et 52 montre que la mauvaise foi constitue un motif indépendant d'annulation. Elle constitue également un motif absolu sur lequel peut se fonder toute personne, y compris mais pas seulement le titulaire d'un droit antérieur. Elle ne se limite pas, que ce soit expressément ou de manière nécessairement implicite, à la mauvaise foi au regard d'une question en particulier. Quiconque peut agir en nullité au motif que la demande d'enregistrement de marque a été faite de mauvaise foi, quel que soit le contexte dans lequel s'inscrit cette mauvaise foi.

47. Ce qui peut constituer la mauvaise foi à l'égard d'un droit antérieur plus faible que ceux énumérés aux articles 8 et 52 est une

16 — Article 52, paragraphe 2, sous a) à d), du règlement sur la marque communautaire.

autre question, qui devra être examinée ci-dessous¹⁷, mais je ne peux pas adhérer à l'idée que cette sorte de mauvaise foi est étrangère à la notion utilisée dans le règlement sur la marque communautaire.

Absence d'intention d'utiliser la marque?

48. Lors de l'audience, la Commission a adopté une approche qui semblait différente, et plus stricte, de celle adoptée dans ses observations écrites. Elle a soutenu que seul un type de comportement pourrait être qualifié de mauvaise foi, au sens de la législation — à savoir l'enregistrement d'une marque sans intention de l'utiliser soi-même, mais afin d'empêcher des tiers de l'utiliser. La Commission a présenté l'article 51, paragraphe 1, sous b), du règlement sur la marque communautaire comme un corollaire de l'article 50, paragraphe 1, sous a), en vertu duquel une marque communautaire qui n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux pendant une période de cinq ans peut faire l'objet d'une déclaration de déchéance; selon la Commission, l'article 51, paragraphe 1, sous b), permet ainsi à une personne utilisant ou souhaitant utiliser le signe ou la marque en conflit d'obtenir une déclaration d'annulation sans attendre l'expiration du délai de cinq ans lorsque le demandeur à l'enregistrement n'avait pas l'intention d'utiliser lui-même la marque enregistrée.

49. Cet argument ne me convainc pas non plus, bien qu'une fois encore je puisse admettre qu'un tel comportement est très probablement de mauvaise foi.

50. Il me semble que, si la mauvaise foi se limitait à des situations dans lesquelles le demandeur n'avait pas l'intention de faire usage de la marque, l'article 53, paragraphes 1 et 2, du règlement sur la marque communautaire n'aurait aucun sens. Ces dispositions empêchent le titulaire d'une marque antérieure d'obtenir une déclaration en nullité d'une marque communautaire postérieure s'il a toléré l'usage de cette marque pendant cinq années ininterrompues, à moins que le dépôt de cette dernière n'ait été effectué de mauvaise foi. Elles présupposent donc que la marque puisse être présentée à l'enregistrement de mauvaise foi et être utilisée pendant cinq années consécutives. En conséquence, je trouve difficile de concilier la position de la Commission avec le libellé clair de la législation.

Intention subjective ou critères objectifs?

51. Lindt cite plusieurs décisions de l'OHMI pour soutenir que la mauvaise foi ne peut être déduite sans intention malhonnête. Par exemple: «La mauvaise foi est un concept

17 — Notamment aux points 66 et suiv.

juridique étroit dans le système du règlement sur la marque communautaire. Elle est le contraire de la bonne foi. Elle implique et met en œuvre généralement, mais sans s'y limiter, la fraude réelle ou potentielle, une intention de tromper ou d'induire en erreur autrui, ou tout autre motif dommageable. Conceptuellement, la mauvaise foi peut être comprise comme une 'intention malhonnête'. Cela signifie qu'elle peut ainsi être interprétée comme une pratique déloyale impliquant un défaut d'intention honnête de la part du demandeur de la marque communautaire au moment du dépôt¹⁸. Ou encore: «La mauvaise foi peut être définie comme se référant au comportement d'une personne qui, sciemment, acquiert un avantage injustifié ou inflige à autrui un préjudice injustifié en violation des principes reconnus de comportement éthique ou des usages honnêtes dans le commerce»¹⁹. Selon Lindt, le Bundesgerichtshof allemand adopte la même approche²⁰.

52. Hauswirth adopte une ligne similaire, se référant à l'opinion souvent citée du juge Lindsay de la High Court en Angleterre: «Clairement, [la mauvaise foi] englobe la malhonnêteté et, ainsi que je le jugerais, également des agissements qui ne répondent pas aux normes d'un comportement commercial acceptable, respectées par des hommes

raisonnables et expérimentés dans le secteur particulier examiné»²¹.

53. Dans ses observations écrites, la Commission suggère que la mauvaise foi peut être assimilée à un comportement qui n'est pas «conforme aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale»²² dont un exemple serait l'intention d'empêcher l'accès de tiers au marché.

54. De la même manière, le gouvernement tchèque estime que, dans la législation, la notion de mauvaise foi comporte un important élément d'ordre moral et éthique; elle implique une violation des règles de conduite reconnues. Le gouvernement tchèque considère qu'une telle mauvaise foi existe essentiellement dans une demande d'enregistrement d'une marque à des fins autres que celle de lui permettre de «remplir sa fonction essentielle, à savoir celle de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service concerné,

18 — Lindt cite plusieurs décisions de la division d'annulation qui emploient cette formulation, la plus récente (en langue anglaise) semble être la décision 1313C du 17 avril 2007, *Firstfind v China White*, point 26 (consultable à l'adresse http://oami.eu/Legal/Docs/Cancellation/en/C001284025_C001284025.pdf). Ndt: pour une décision en langue française, voir décision de la division d'annulation du 3 mai 2001, C00670042/1.

19 — Première chambre des recours, décision R 225/2006, du 31 mai 2007, *Johnson Pump*, point 29.

20 — Elle cite l'arrêt du 20 janvier 2005 dans l'affaire I ZR 29/02, «*The Colour of Elegance*».

21 — *Gromax Plasticulture v Don & Low Nonwovens* (1998) EWHC Patents 316, point 47.

22 — Une expression utilisée notamment à l'article 12 du règlement sur la marque communautaire et à l'article 6, paragraphe 1, de la directive sur les marques, aux termes desquels une marque ne confère pas à son titulaire le droit d'empêcher un tiers d'utiliser certaines indications conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance»²³. Un enregistrement uniquement dans le but d'interdire à des tiers d'utiliser une marque similaire (ce qui ne constitue qu'une fonction accessoire de la marque) serait donc effectué de mauvaise foi.

les plus subjectives de la mauvaise foi, quoique je pense qu'en réalité il s'agit plutôt d'assurer une bonne symbiose entre les deux approches.

55. À l'opposé, le gouvernement suédois soutient que ce qui importe n'est pas l'intention de celui qui demande l'enregistrement de la marque, mais sa connaissance objective: à savoir s'il avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, de ce qu'un tiers utilisait déjà une marque identique ou similaire. Selon lui, c'est ainsi que la notion de mauvaise foi est comprise dans plusieurs États membres — les pays du Benelux, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, l'Italie et la Suède elle-même²⁴.

57. Il me semble clair que, dans son usage normal, la notion de bonne foi implique un état mental subjectif général tel qu'il a été esquissé dans les différentes descriptions citées par Lindt, Hauswirth et la Commission plutôt que la définition plus spéciale proposée par le gouvernement tchèque. Sur le principe, je serai encore moins encline à limiter cette notion au regard du droit des marques uniquement à des circonstances particulières et objectivement définies telles que celles avancées par le gouvernement suédois. Il me paraît impossible de procéder de la sorte, alors que la législation communautaire ne comprend aucune disposition expresse limitant de cette manière cette notion, pas plus que le moindre indice de l'intention de le faire.

56. Par conséquent, plusieurs argumentations plus ou moins subtilement nuancées ont été présentées à la Cour. Il convient donc, dans une certaine mesure, d'opérer un arbitrage entre les définitions les plus objectives et

58. D'un autre côté, je suis consciente des difficultés qui naîtraient si seul un examen des intentions subjectives pouvait suffire à établir la mauvaise foi — difficultés qui ont sans aucun doute été déterminantes dans la formation de l'approche plus objective privilégiée par certains États membres. À cet égard, tant dans ses observations écrites qu'orales, la Commission a suggéré que, si l'intention du demandeur constitue un élément central pour déterminer la mauvaise foi, cette intention

23 — Voir arrêt du 29 avril 2004, Henkel/OHMI (C-456/01 P et C-457/01 P, Rec. p. I-5089, point 48).

24 — Le gouvernement suédois se réfère au rapport *Bad Faith Provisions in the European Union and in the EU Candidate Countries*, établi en 2002 par l'International Trade Mark Association (http://www.inta.org/images/stories/downloads/tap_badfaith202.pdf).

subjective devrait être déterminée par référence aux circonstances objectives du cas d'espèce. Je suis d'accord que — mise à part le cas peut-être improbable où le titulaire de la marque reconnaîtrait sa mauvaise foi²⁵ — l'existence ou non de la mauvaise foi doit normalement être déduite de tous les faits objectifs pertinents.

mauvaise foi de la personne présentant une demande d'enregistrement de marque:

59. La capacité de la marque à remplir sa fonction essentielle de distinguer les produits et les services selon leur provenance (pour s'inspirer de ce qui a été suggéré par le gouvernement tchèque) pourrait constituer un de ces faits objectifs. Toutefois, bien que ce critère puisse être utile lorsqu'il s'applique, je ne considère pas qu'il puisse constituer le seul critère pertinent.

i) ne peut pas être cantonnée à une catégorie limitée de faits particuliers tels que l'existence d'un type spécifique de droit antérieur, l'absence d'intention d'utiliser la marque ou une connaissance réelle ou présumée de l'usage existant d'une marque similaire et

Conclusion sur la nature de la bonne foi

60. J'en conclus donc que, au sens de la législation communautaire, la notion de

ii) se rapporte à une motivation subjective de la personne présentant une demande d'enregistrement de marque — une intention malhonnête ou autre «motif dommageable» — qui sera néanmoins normalement établie par référence à des critères objectifs [dont des faits tels que ceux énumérés ci-dessus au point i) peuvent faire partie]; elle implique un comportement s'écartant des principes reconnus d'un comportement éthique ou des usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, pouvant être identifié en examinant les faits objectifs de chaque cas d'espèce par référence à ces normes.

25 — Le rapport de l'INTA cité à la note 24 fait état, p. 13, de l'affaire «Red Lobster» au Danemark, dans laquelle un demandeur d'enregistrement de marque avait par la suite avoué dans une interview accordée à un journal qu'il avait été «fortement inspiré par la chaîne américaine RED LOBSTER. Les Américains font un travail formidable et puisqu'ils n'ont fait protégé ni le concept ni le nom en Scandinavie, je ne vois aucun obstacle à mon inspiration». Des déclarations aussi spontanées ne seront vraisemblablement pas courantes.

La signification des facteurs évoqués dans les questions

61. Dans cette perspective, la mauvaise foi doit être appréciée au cas par cas, en tenant compte de tous les éléments de preuve relatifs aux faits pertinents. La juridiction nationale s'interroge en particulier sur la signification de quatre aspects des éléments de preuve qui lui ont été soumis: la connaissance de ce que les concurrents utilisaient déjà des marques similaires (au regard de la forme et de la présentation du produit), la connaissance de ce que l'usage de ces marques jouissait d'un degré de protection en vertu du droit de la concurrence ou des marques, l'intention d'empêcher de continuer de faire usage de ces marques ainsi que la notoriété et la protection dont jouissait la propre marque du demandeur.

62. Concernant la connaissance en général, il paraît clair qu'un comportement ne peut être décrit comme contraire à l'éthique, une intention comme malhonnête, que si la partie concernée connaît le contexte factuel dans lequel la qualification «contraire à l'éthique» ou «malhonnête» devient adéquate. Par exemple, le fait de chercher à tirer un profit pour soi-même n'est pas, en lui-même, contraire à l'éthique ou malhonnête; chercher à tirer un tel profit en fournissant des informations erronées ou trompeuses,

en contournant (plutôt que véritablement violer) les règles applicables, en anticipant l'action d'une autre partie jouissant d'un droit plus fort ou antérieur, pourrait être qualifié de tel — à condition toutefois que la personne cherchant à tirer un profit sache que l'information est erronée ou trompeuse, que les règles ont été contournées ou que l'autre partie jouissait d'un droit plus fort ou antérieur.

63. Lorsque cette connaissance peut être directement établie, il n'y a pas besoin d'avoir recours à la notion de connaissance présumée. Toutefois, dans de nombreux cas, la preuve directe d'une connaissance effective sera difficile à produire, alors même que les circonstances peuvent être de nature à justifier une présomption de connaissance. Le fait d'avoir connaissance de ce que l'information est erronée ou trompeuse peut résulter, par exemple, d'une présomption de compréhension raisonnable des questions administratives et commerciales; le fait d'avoir connaissance de ce que des règles ont été contournées (sans pour autant avoir été violées) peut résulter d'une présomption de connaissance de la loi; et le fait d'avoir connaissance des droits d'une autre partie peut être déduit de la preuve de ce que les droits en question étaient de notoriété publique dans le secteur en cause.

64. Il me semble donc qu'une demande d'enregistrement de marque émanant d'une partie se trouvant dans la situation de Lindt ne peut être qualifiée comme ayant été présentée de mauvaise foi qu'à condition que cette partie ait au moins eu connaissance des faits qui pourraient justifier de retenir la mauvaise foi — faits qui sont supposés être, dans la présente affaire, l'utilisation de marques similaires par les concurrents et la protection de ces marques en vertu du droit de la concurrence. Une telle connaissance suffit-elle toutefois à établir la mauvaise foi?

65. À mes yeux, cela ne suffit pas, car cela reviendrait à considérer l'intention réelle comme dénuée de pertinence. Cela offre néanmoins déjà un contexte dans lequel il ne serait sans doute pas nécessaire de disposer de beaucoup plus de preuves pour statuer. C'est dans ce contexte que la juridiction nationale devrait prendre en compte le but poursuivi par Lindt d'empêcher ses concurrents d'utiliser leurs marques similaires ainsi que la notoriété dont jouit sa propre marque. Mais il convient également à mes yeux de tenir compte de tout l'historique du contexte commercial.

66. Un point qui me paraît important dans la présente affaire est le fait que les «marques» en cause consistent en la forme et la présentation d'ensemble du produit, plutôt

qu'en la conception plus courante d'une marque en tant que signe apposé sur un produit. Il apparaît donc important de vérifier dans quelle mesure les concurrents actuels sont libres de choisir la forme et la présentation, et dans quelle mesure leur choix est restreint par des considérations d'ordre technique ou commercial — la forme dans laquelle le produit peut être moulé et/ou emballé automatiquement, les attentes de consommateurs quant à l'apparence, etc. La demande d'enregistrement d'une telle marque, en connaissance de la situation existante, peut être beaucoup plus facilement jugée avoir été faite de mauvaise foi si la liberté de choix est restreinte, de sorte que le titulaire de marque sera dans les faits en mesure d'empêcher ses concurrents non seulement d'utiliser une marque similaire, mais aussi de commercialiser un produit comparable.

67. La situation serait bien différente si l'examen du contexte révélait, par exemple, que le demandeur de marque a exercé avec succès des activités dans un secteur commercial lucratif mais savait que de nouveaux acteurs sur le marché tentent d'en profiter en copiant sa présentation sans qu'il y ait d'obstacles à la commercialisation par ceux-ci de présentations différentes. Dans de telles circonstances, une demande d'enregistrement de marque afin de se débarrasser de tels parasites serait bien moins susceptible de paraître malhonnête, contraire à l'éthique ou de tout autre manière sournoise, de sorte qu'il serait par conséquent plus difficile de juger que cette demande a été présentée de mauvaise foi.

68. Il en résulte que la signification de l'intention d'empêcher des concurrents d'utiliser des marques similaires qu'ils utilisent déjà doit être appréciée à la lumière de l'ensemble des circonstances qui l'entourent. Une telle intention ne peut pas être considérée comme un indice automatique de la mauvaise foi.

69. Le quatrième aspect évoqué est celui d'une notoriété déjà acquise auprès du public de la marque du demandeur — donnant lieu à une protection en vertu du droit national — avant que la demande d'enregistrement n'ait été présentée. Encore une fois, il me semble qu'il s'agit d'un facteur à considérer dans son contexte et qui ne peut pas automatiquement exclure la possibilité que la demande ait été effectuée de mauvaise foi.

70. La juridiction de renvoi indique que la présentation de Lindt avait acquis une notoriété importante en Autriche et en Allemagne avant l'époque où cette dernière a fait enregistrer sa marque, 50 % ou plus de la population associant les lapins en chocolat emballés dans une feuille de couleur dorée à Lindt. Cette notoriété l'autorisait à empêcher ses concurrents de commercialiser des

présentations identiques même avant le dépôt de sa marque. La juridiction de renvoi fait état de deux actions de ce type, engagées respectivement en 1980 et en 2000²⁶, mais signale que le succès d'une tentative d'empêcher la commercialisation de présentations non strictement identiques aurait été beaucoup plus incertain — un point qui a été confirmé à l'audience par le conseil de Hauswirth. En conséquence, la juridiction de renvoi expose que l'enregistrement n'a servi qu'à faciliter l'exercice d'actions en justice.

71. Néanmoins, il ne me semble pas ressortir clairement du dossier ou de ce qui a été exposé à l'audience si la conséquence de l'enregistrement a bien été uniquement d'étendre les droits procéduraux du titulaire ou si cela n'a en fait pas élargi la portée de ses droits positifs en lui permettant d'empêcher l'utilisation non seulement de présentations identiques ou quasi identiques, mais également de celles qui sont simplement suffisamment similaires pour créer un risque de confusion. Il n'est pas non plus clair si (dans l'hypothèse où d'autres présentations jouissent également d'une protection) une présentation peut acquérir une protection plus étendue du fait de l'ampleur de sa notoriété ou de la durée pendant laquelle elle a été présente sur le marché.

26 — Les deux apparemment sur le fondement du droit allemand des marques, bien qu'il semblerait qu'une protection similaire eût été accessible en vertu du droit autrichien de la concurrence (voir ci-dessus, points 20 et 21).

72. Il s'agit, bien entendu, là de questions qui doivent être tranchées par les juridictions nationales. Elles peuvent toutefois peser dans la balance lorsqu'il s'agit d'apprécier si la demande d'enregistrement de marque de Lindt a été présentée de mauvaise foi.

sembler déloyale, et donc plus aisément être jugée comme ayant été présentée avec mauvaise foi vis-à-vis des concurrents — a fortiori s'il s'agit d'un acteur récent du marché et/ou d'un concurrent dont la présentation ne jouit que d'une notoriété relativement faible.

73. Dès lors que l'enregistrement d'une marque ne fait que confirmer un droit positif déjà existant d'empêcher les tiers d'utiliser les présentations similaires, tout en offrant des moyens renforcés de faire respecter ce droit, et que les présentations ayant une notoriété plus grande et une présence plus longue sur le marché jouissent de manière correspondante d'une protection plus importante, la demande d'enregistrement en tant que marque d'une présentation qui a la plus grande notoriété et la plus longue présence dans le seul but de consolider et réaffirmer des droits existants ne paraîtrait pas avoir été présentée de mauvaise foi.

74. À l'autre extrême, si toutes les présentations jouissent des mêmes droits, indépendamment de la notoriété ou de l'antériorité, et si ces droits sont considérablement plus restreints que ceux conférés par l'enregistrement en tant que marque communautaire, alors la demande d'enregistrement déposée par un des acteurs du marché pourrait

75. En résumé, l'élément central de mon analyse est qu'il n'existe pas un critère simple et décisif pour déterminer si une demande d'enregistrement de marque a été présentée de mauvaise foi. Les divers types de circonstances qui ont été avancés devant la Cour en tant que délimitant de manière exhaustive la notion de mauvaise foi ne sont en réalité que des exemples de la notion de mauvaise foi. La mauvaise foi est un état subjectif — une intention qui n'est pas compatible avec les normes admises d'un comportement honnête et éthique — qui ne peut être établi que sur la base d'éléments objectifs de preuve et qui doit être examiné au cas par cas. Cela exige au moins d'avoir connaissance des circonstances dont peut être déduite une incompatibilité avec les normes admises d'un comportement honnête et éthique. La question de savoir si la personne présentant la demande d'enregistrement de marque possède cette connaissance peut être tranchée par référence à l'état général de connaissance dans le secteur économique en cause si des éléments directs de preuve font défaut. L'intention d'empêcher les concurrents de continuer à utiliser des signes non enregistrés qu'ils étaient jusqu'ici autorisés à utiliser et de lutter contre la concurrence faite par ces autres signes est un indice de mauvaise foi. Toutefois, l'appréciation doit tenir compte de tous les éléments de fait et de droit pertinents qui seraient susceptibles de justifier une telle intention ou, au contraire, d'en souligner la nature malhonnête et contraire à l'éthique.

Conclusion

76. Au vu des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions posées par l'Oberster Gerichtshof:

«Afin de déterminer si 'le demandeur était de mauvaise foi lors du dépôt de la demande de marque', au sens de l'article 51, paragraphe 1, sous b), du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, la juridiction nationale doit tenir compte de tous les éléments de preuve disponibles permettant de conclure que le demandeur a ou non agi sciemment d'une manière incompatible avec les normes admises d'un comportement honnête et éthique. Notamment:

- l'intention d'empêcher des tiers d'utiliser des signes similaires pour des produits similaires peut être incompatible avec ces normes lorsque le demandeur avait, ou aurait dû avoir, connaissance de ce que des tiers utilisaient déjà de manière légitime des signes similaires, en particulier lorsque cet usage a été important et durable et faisait l'objet d'un certain degré de protection juridique et lorsque la nature de ce signe est dictée dans une certaine mesure par des contraintes d'ordre technique ou commercial;
- toutefois, une telle intention ne serait pas nécessairement incompatible avec ces normes si le demandeur lui-même a joui d'une protection juridique similaire ou plus importante au regard de la marque présentée à l'enregistrement et a utilisé celle-ci d'une manière telle, dans une mesure telle et pendant une durée telle que l'utilisation par des tiers de leurs signes similaires pourrait être considérée comme leur faisant tirer un avantage injustifié du signe du demandeur et si ces tiers ne sont pas limités dans leur possibilité de choisir des signes non similaires.»