

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit ne parle pas globish

Michaux, Benoit

Published in:

Penser, écrire et interpréter le droit

Publication date:

2022

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Michaux, B 2022, Le droit ne parle pas globish: le cas des in-traduits en droit de la propriété intellectuelle. dans *Penser, écrire et interpréter le droit: liber amicorum Xavier Thunis*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larcier , Bruxelles, pp. 511-534.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le droit ne parle pas *globish* : le cas des in-traduits en droit de la propriété intellectuelle

Benoît MICHAUX

Professeur à l'UNamur

Chargé de cours invité à la KU Leuven

SECTION 1. – Ce que traduire veut dire

1. Selon la célèbre formule d'Umberto Eco, « [l]a langue de l'Europe, c'est la traduction »¹. Si la phrase fait mouche auprès des intellectuels, elle est très loin de s'imposer sur le terrain des eurocrates. C'est même son exact opposé, le *only globish*, qui semble inexorablement prendre l'ascendant dans les allées de la Commission européenne, et par voie de conséquence auprès de tous ceux qui dépendent de sa bonne volonté de financement, dont les chercheurs.

Voici ce que dit Barbara Cassin, directrice de recherches au CNRS, mais avant tout philosophe, philologue et traductrice, à propos de cet « anglais très pauvre » :

« Le *globish* est une langue de communication, qui sert à demander un café de Tamanrasset à Pékin, et à soumissionner à Bruxelles en proposant *case-studies*, *state of the art*, *issues* et *deliverables* dans le cadre d'un programme dont on contrôle la "gouvernance" et les "bonnes pratiques" au sein d'une *knowledge-based society* [...] Cette langue, *désesperanto* contemporain, sans auteurs et sans œuvres (les œuvres en *globish* [...] sont les réponses aux appels d'offres) permet de tout ramener à un commun dénominateur et contraint à ne-surtout-pas-penser-par-soi-même derrière les grilles d'évaluation. Langage unique pour pensée unique, l'un des plus sinistres avatars du *logos* »².

¹ On doit à l'académicienne Barbara Cassin d'avoir mené l'enquête pour retrouver quand Umberto Eco aurait utilisé cette formule. Ce serait soit lors de la conférence qu'il a donnée le 14 novembre 1993 lors des Assises de la traduction littéraire en Arles, soit lors de sa leçon inaugurale au Collège de France le 2 octobre 1992. Voy. B. CASSIN, « La langue de l'Europe ? », *Poésies*, 2017/2, p. 154.

² B. CASSIN, *Éloge de la traduction. Compliquer l'universel*, Paris, Fayard, 2016, pp. 56-58.

2. Pour autant, l'Europe institutionnelle ne renonce pas si vite à ses racines. Alors que le *globish* connaît le plein succès à Bruxelles-la-politique, à Luxembourg-la-judiciaire c'est le *no globish* qui règne en maître. Là-bas, la Cour de justice de l'Union européenne réaffirme chaque jour son attachement tenace à la devise d'Eco.

L'investissement de la Cour à cet égard est considérable, ne fût-ce qu'en raison des 24 langues officielles reconnues par elle, et il est du reste totalement voulu. Quelques extraits tirés de son site internet illustrent l'ampleur et la conviction de l'engagement de la Cour sur cette question :

« Reflétant l'importance de la question linguistique pour la Cour, la Direction générale du Multilinguisme est le plus grand service de l'institution.

[...]

Pour chaque procédure entamée devant l'une des juridictions de l'Union, une langue de procédure est déterminée. La langue de procédure est l'une des vingt-quatre langues officielles.

[...]

La Cour a besoin d'une langue commune pour délibérer. Cette langue est traditionnellement le français.

[...]

Seul le texte de l'arrêt de la Cour ou du Tribunal en langue de procédure fera foi.

[...]

Les directions de la Traduction juridique assurent la traduction en français, à partir de toutes les langues officielles de l'Union européenne, des pièces déposées par les parties, puis la traduction vers toutes les langues, et notamment vers la langue de procédure, des arrêts de la Cour et du Tribunal.

[...]

En raison de ce rôle d'intermédiaire important, la Cour ne recourt qu'à des juristes. Les directions de la Traduction juridique – qui travaillent pour les deux juridictions – sont ainsi composées de juristes linguistes, tous titulaires d'un diplôme de fin d'études en droit. L'article 42 du règlement de procédure de la Cour prévoit d'ailleurs que le service linguistique doit être "composé d'experts justifiant d'une culture juridique adéquate" »³.

³ Tous les extraits reproduits ici peuvent être consultés sur le site internet de la Cour, à l'adresse https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_10742/.

Il y a donc, à Luxembourg, une pratique intensive de la traduction, connue de tous les juristes. Encore faut-il ne pas se tromper sur les motivations et les enjeux qui y sont liés. La Cour ne traduit pas simplement pour le motif qu'elle devrait le respect aux sensibilités des communautés linguistiques, comme si son seul objectif consistait à ménager des susceptibilités culturelles locales. Au-delà de ce type de préoccupation de première ligne, c'est-à-dire si l'on prolonge son regard vers la ligne d'horizon, on aperçoit en effet tout le potentiel que revêt la traduction dans l'élaboration constante du droit matériel de l'Union européenne.

3. Pourquoi la traduction a-t-elle tant intéressé le dédicataire de la présente contribution, notre collègue Xavier Thunis, dont chacun sait que la traduction, c'est sa langue, et la comparaison, son mode de pensée ?

Il y a d'abord, plus que probablement, ceci qui l'aura fasciné dans la traduction : elle permet de dire « à peu près la même chose »⁴. Tout est là : dans l'« à peu près ». Pour utiliser une expression que notre collègue affectionne⁵, il y a dans la traduction comme « un léger bouger ». Il s'agit en somme d'un mouvement sémantique quasi imperceptible, mais ô combien abyssal, qui fait comprendre que traduire, c'est à la fois répéter de l'existant et créer du nouveau.

Il y a, dans la traduction, à l'évidence, encore bien d'autres choses qui excitent la curiosité. À commencer par l'existence ou la non-existence d'un génie de la langue, que ce soit la langue source, ou la langue de destination. Encore faut-il être prudent à ce sujet, et nous accorder sur ce que l'on peut raisonnablement entendre par génie. Barbara Cassin souligne avec justesse les dangers d'une surestimation romantique du génie des langues. À propos de cette notion qu'elle qualifie d'« encombrant problème », elle signale les risques suivants :

« [la] tendance à sacraliser l'Intraduisible », « le nationalisme ontologique », « la hiérarchie ontologique des langues »⁶.

⁴ C'est ce qu'inspire le titre qu'Umberto Eco a choisi de donner à son ouvrage consacré aux expériences de traduction : U. Eco, *Dire presque la même chose. Expériences de traduction*, Paris, Grasset, 2006, pour la traduction française, traduit de l'italien par M. BOUZAHER (ci-après, en abrégé, U. Eco, *Dire presque la même chose*).

⁵ Même s'il l'utilise le plus souvent dans d'autres contextes.

⁶ B. CASSIN, *Éloge de la traduction, op. cit.*, pp. 62-63.

Aussi, sur la question du génie, contentons-nous à ce stade d'y repérer une façon de voir le monde, qui pourrait être commune aux usagers d'une même langue. C'est du reste en ce sens que s'exprime Eco :

« Chaque langue a son propre génie – ou mieux encore – chaque langue exprime une vision différente du monde »⁷.

Il y a, au surplus, dans la notion de génie de la langue, une part de renvoi au mode de fonctionnement lexical propre à chaque langue. Comparant l'allemand à l'italien, Eco reconnaît tant à l'un qu'à l'autre des mérites qui se révèlent sous des formes différentes, le premier exploitant sa capacité à constituer des néologismes *via* son recours aux mots composés, le second faisant preuve d'inventivité perspicace. Voici ce qu'il en dit :

« [...] une langue comme l'italien [est] résistante au néologisme par agglutination. Face à des expressions comme *Kunstwissenschaft*, l'italien abandonne [...] [Mais par ailleurs] l'italien et le français ont inventé *allunare* et *alunir* pour désigner le fait d'atterrir sur la lune [alors que] l'anglais emploie improprement l'ancien *to land* »⁸.

On peut également déceler, dans l'expression « génie de la langue », la simple mise en évidence que la langue révèle quelquefois une ingénieuse faculté à s'adapter à son environnement. Certes, la langue est alors capable de trouvailles qui ne connaissent pas d'équivalent du même calibre dans les autres langues, mais pour autant, cela ne conduit pas en droite ligne à une sacralisation de son génie. Dans certains de ces cas, il s'agit tout au plus d'un opportunisme créatif. Eco en donne l'illustration suivante :

« Mon dialecte natal⁹ a une très belle expression, *scarnebiè*, pour indiquer un phénomène atmosphérique qui n'est pas tout à fait du brouillard ou du givre, n'est pas encore de la pluie, mais une sorte de crachin épais [...]. Il n'existe aucun mot italien qui traduise efficacement ce concept ou rende évidente l'expérience correspondante »¹⁰.

Assurément, le *scarnebiè* du Piémontais est un particularisme astucieux, sans toutefois faire de ce dialecte une langue supérieure aux autres. Eco ne dit rien d'autre quand il préfère, au « génie de la langue », le constat plus modeste du caractère personnel de son rapport au monde.

⁷ U. Eco, *Dire presque la même chose*, p. 45.

⁸ *Ibid.*, p. 388.

⁹ Eco est né dans le Piémont.

¹⁰ U. Eco, *Dire presque la même chose*, p. 49.

On nous dira, à nous juristes, que le monde du droit ne devrait guère se sentir concerné par l'encombrant problème du génie des langues, aussi peu que la règle juridique devrait se sentir concernée par la vraie vie. Sauf que, dans le monde juridique, il est permis d'identifier une forme de vie, au sens où les règles que génère la pensée juridique sont indissolublement liées à la langue et la culture dans lesquelles baigne cette pensée. D'où le sentiment diffus et persistant, et en même temps problématique, dans le chef de plus d'un juriste, que le modèle juridique qui constitue son monde est fondé sur un génie qui lui est propre.

4. Traduire, c'est d'abord interpréter. Eco y insiste : « une interprétation précède toujours la traduction »¹¹, si bien qu'il s'impose de suivre la règle « d'abord interpréter, et puis traduire »¹². Il observe d'ailleurs ceci en pratique :

« Les bons traducteurs, avant de commencer à traduire, lisent et relisent le texte, et consultent toutes les aides qui leur permettront de comprendre le mieux possible certains passages obscurs, des termes ambigus, des références érudites »¹³. Cela provient du fait que le traducteur est « dans l'impossibilité de se prononcer tant qu'il n'a pas d'informations sur la culture indigène [qui imprègne la langue source] et ignore comment les locuteurs natifs catégorisent [les choses] »¹⁴.

Si on se hisse au niveau de la réflexion théorique, on relève que la raison d'être de cette pratique s'explique comme suit :

« [...] du point de vue herméneutique, tout processus interprétatif est une tentative de compréhension de la parole de l'autre [...]. En ce sens, la traduction est, comme le disait Gadamer, une forme de dialogue herméneutique »¹⁵.

Le droit ne fait certainement pas exception à la règle « d'abord interpréter et puis traduire ». Le juriste-linguiste, pour pouvoir se prononcer, doit comprendre le modèle juridique dans lequel s'inscrit le concept-source, avant de le traduire dans la langue de destination, ainsi que l'illustreront les exemples que je commenterai par la suite à partir de la jurisprudence de la Cour de justice.

¹¹ *Ibid.*, p. 312.

¹² *Ibid.*, p. 317.

¹³ *Ibid.*, p. 312.

¹⁴ *Ibid.*, p. 59.

¹⁵ *Ibid.*, p. 291.

5. Traduire, c'est fertiliser la langue de destination. Le traducteur amène le lecteur « à comprendre la langue et la culture d'origine, mais aussi enrichir la sienne »¹⁶.

Dans le monde juridique, l'effet stimulant de la traduction est démultiplié. Le locuteur de la langue de destination est conduit à repenser son modèle juridique au regard du modèle qui fait l'objet de la traduction. Dans certains cas, ainsi qu'on le verra, cet effet roboratif déclenche des conséquences significatives, en ce sens qu'il peut contribuer à l'émergence de nouvelles règles.

6. Le domaine de la propriété intellectuelle, celui du droit des marques en particulier, fournit quelques illustrations emblématiques qui permettent de vérifier l'ensemble des caractéristiques précitées qui s'attachent à la traduction : la difficulté de trouver des équivalents dans la langue de destination, la mission prioritaire du traducteur qui consiste à interpréter le contexte-source, et l'impact de la traduction sur le mode de pensée des destinataires.

Très vite, toutefois, l'investigateur-juriste qui s'intéresse à cette thématique se heurte à la question de la méthode dans le traitement de ces illustrations. Comment pourrait-il approcher la mécanique de la traduction d'une manière qui se révélerait pertinente pour sa discipline ? C'est ici que surgit une piste *a priori* prometteuse : celle des intraduisibles, ou mieux encore, celle des in-traduits. Ces mots auxquels on n'ose pas toucher, car si on y touchait dans la langue de destination, ils ne seraient plus ce qu'ils étaient dans la langue source. Ces mots, ou plutôt ces notions comme dirait un juriste, qui dans plus d'un cas sont de nature à révéler l'existence d'un système juridique particulier, propre au pays où est pratiquée la langue source. En suivant la piste des in-traduits, on envisage une voie qui pourrait être spécialement performante pour révéler la spécificité d'un système-source, ou susciter une meilleure réappropriation d'un système-destination, ou, même, provoquer une modification du système du destinataire, voire les trois à la fois.

7. Une fois identifiée la piste des in-traduits, il fallait, à l'investigateur-juriste que je suis, sélectionner quelques exemples d'in-traduits suffisamment riches pour alimenter la réflexion, tout en restant dans les limites du domaine juridique que je connais le moins mal, à savoir celui des droits intellectuels. C'est l'exercice auquel je me livre dans les lignes qui suivent.

¹⁶ *Ibid.*, p. 387.

Au passage, il me faut à nouveau insister sur l'aide inégalable dont je bénéficie pour exécuter mon entreprise. Est ici visée l'activité considérable menée par les services de traduction de la Cour de justice de l'Union européenne, qui doivent faire face à pas moins de 24 langues différentes pour dire « à peu près la même chose », voire, si faire se peut, « tout à fait la même chose ».

Le décor étant ainsi planté, la réflexion peut commencer grâce à une observation de quelques cas fameux d'in-traduits qui, du fait même qu'ils ne sont pas traduits, peuvent en dire plus sur le modèle juridico-linguistique dont ils sont issus.

SECTION 2. – *Rechtsverwerking* : un in-traduit atténué

8. Le premier exemple retenu pour illustrer mon propos est le mot néerlandais « *rechtsverwerking* ». Ce choix ne doit évidemment rien au hasard : il s'agit d'un terme fort célèbre auprès des spécialistes du droit des obligations, dont fait partie le dédicataire de la présente contribution. Ce qui est probablement moins connu de ces spécialistes, c'est que ce terme, ou du moins la notion qu'il désigne, a réussi à s'infiltrer dans le domaine du droit des marques, ne fût-ce que de manière partielle.

9. La *rechtsverwerking* est un mot chargé dans le monde juridique belge. C'est un mot qui traîne derrière lui un lourd historique sur une route jalonnée de discussions au plus haut niveau, tant juridictionnel que doctrinal. Il est souvent perçu comme clivant, voire comme le traceur d'une ligne de fracture entre des communautés linguistiques, elles-mêmes parfois érigées en communautés de pensée.

Dans les publications en langue française, le mot néerlandais est le plus souvent conservé tel quel. Il y a, pour cela, plusieurs explications possibles parmi lesquelles il est malaisé de désigner celle qui serait la plus légitime : l'hommage à la langue source qui l'a initié, l'impuissance partielle de la langue de destination à lui trouver un équivalent pleinement satisfaisant, ou un souhait de le maintenir dans un statut de concept « étranger » pour en endiguer la propagation. D'autres explications encore ne sont par ailleurs pas à exclure.

L'exercice de traduction est en tout cas périlleux, du moins en langue française. Voici ce qu'en disait un de ses plus grands connaisseurs, le professeur Van Ommeslaghe, dans des termes qui signalent l'accueil mitigé de la *rechtsverwerking* dans la communauté francophone :

« À défaut de trouver un équivalent satisfaisant en langue française, la jurisprudence et la pratique ont généralement recouru à l'expression néerlandaise, même dans des décisions rendues par les juridictions francophones du pays. Cette situation a d'ailleurs entraîné la méfiance d'une partie de la doctrine francophone [...] »¹⁷.

En revanche, la traduction en anglais ou en allemand devrait *a priori* être moins problématique, dès lors que, comme le relève cet auteur, la *rechtsverwerking* s'inscrit dans la lignée de l'*estoppel* (en droit anglo-américain) et de la *verwirkung* (droit allemand)¹⁸.

10. Les propos qui suivent sont ceux d'un « intellectualiste »¹⁹ qui, sur le fond, se garde bien de parasiter les échanges entre civilistes à propos de la *rechtsverwerking*. Leur but est simplement d'exprimer l'intérêt que peut revêtir cette figure juridique pour la propriété intellectuelle, en particulier le droit des marques, et surtout d'en déceler, dans ce domaine, une certaine émergence.

Dans la communauté juridique belge, la *rechtsverwerking* effectue une première percée en 1979 à la faveur d'une étude de droit comparé menée par Van Ommeslaghe, qui vise à confronter le droit belge au droit néerlandais sur le terrain du droit des obligations²⁰. À cette occasion, les juristes belges prennent acte de l'existence, aux Pays-Bas, d'une notion de portée générale qui désigne le mécanisme selon lequel doit être privée de la faculté de se prévaloir d'un droit une personne qui adopte un comportement inconciliable avec ce droit²¹.

La notion se distingue de la renonciation volontaire en ce qu'elle repose sur un comportement objectif, ce qui la différencie d'une manifestation de la volonté – même implicite. Par conséquent, elle dispense de rechercher l'intention de celui qui, par son comportement, se prive lui-même de la faculté de se prévaloir du droit en cause²². Sans doute faut-il d'ailleurs, pour ce motif, reprendre la formulation explicite de la Cour de cassation belge pour laquelle c'est en raison d'un comportement « objectivement » inconciliable avec le droit en cause que, d'après cette notion, le titulaire ne peut plus invoquer ce droit²³.

¹⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2207, n° 1616, note 2273.

¹⁸ *Ibid.*, p. 2208, n° 1616.

¹⁹ Au sens de praticien de la propriété intellectuelle.

²⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2208, n° 1616.

²¹ *Ibid.*, p. 2207, n° 1616.

²² *Ibid.*

²³ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1061.

Par ailleurs, la notion n'implique pas davantage de faute dans le chef du titulaire du droit²⁴, à la différence, selon les civilistes belges, de la déchéance²⁵.

Ainsi définie, la *rechtsverwerking* a connu un succès certain en Belgique, du moins dans la jurisprudence des juges du fond, tant en langue française qu'en langue néerlandaise. En revanche, elle s'est heurtée à de nettes réserves de la part de la Cour de cassation²⁶.

11. Les commentaires doctrinaux divergent sur la manière dont il convient d'interpréter la position de la Cour de cassation à son sujet, au regard des arrêts que celle-ci a rendus entre 1989 et 1997.

Dans ses écrits de synthèse, Van Ommeslaghe identifie une lecture majoritaire, à laquelle il se rallie, qui est celle-ci : la Cour, tout en refusant d'accorder à la *rechtsverwerking* le statut de principe général de droit, admet que le type de comportement qui est visé par cette notion peut être pris en considération au regard de deux autres institutions, à savoir l'abus de droit et le principe de l'exécution de bonne foi, ainsi que des sanctions qui sont liées à ces institutions²⁷. Comme le paraphrasent de Leval et Van Compernelle, « [...] les circonstances constitutives de *rechtsverwerking* peuvent [...] être à la base d'un abus de droit susceptible, le cas échéant, d'être réparé en privant le titulaire du droit de la possibilité de l'invoquer »²⁸.

Par la suite, ainsi que l'observe Stijns, la Cour fait application de la *rechtsverwerking* comme un cas d'abus de droit, sans toutefois en mentionner le nom²⁹. Stijns voit dans la jurisprudence de la Cour³⁰ la présence d'une *rechtsverwerking* qui opère selon elle comme un critère spécifique de l'abus de droit en ce sens qu'elle « interdirait au titulaire d'un droit subjectif d'exercer son droit lorsqu'il est exercé d'une manière objectivement inconciliable avec ses comportements précédents qui ont fait naître des attentes légitimes dans le chef de la partie adverse »³¹. En outre, pour

²⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2208, n° 1616.

²⁵ S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *J.T.*, 2018, pp. 582-587, p. 583, avec réf. à P. VAN OMMESLAGHE, « *Rechtsverwerking en afstand van recht* », *A.P.R.*, 1980, (735), n° 13, p. 752 et n° 28, p. 779.

²⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, pp. 2209-2213, nos 1617-1618.

²⁷ *Ibid.*, p. 2214, n° 1619.

²⁸ G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNELLE, « La sanction de l'abus de droit lors du recouvrement de l'astreinte », *J.T.*, 2021/10, p. 200, avec réf. à P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *R.P.D.B.*, Bruylant, 2014, p. 246, n° 225 et réf. à P.A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 239.

²⁹ S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *op. cit.*, p. 586, n° 7.

³⁰ Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470.

³¹ S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *op. cit.*, p. 586, n° 7.

Stijns, la Cour reconnaît « la *rechtverwerking* comme sanction de l'abus de droit – la privation [...] de l'exercice [...] d'un droit pouvant, dans certains cas, s'identifier à une extinction, plus précisément à une déchéance »³².

12. Les relations sont étroites entre la *rechtsverwerking* et les autres figures de droit privé qui y ont été associées depuis le départ, successivement par la doctrine et par la jurisprudence de la Cour de cassation belge.

Dans son étude de 1980 citée par Stijns, où il retrace les origines néerlandaises de la *rechtverwerking*, Van Ommeslaghe y décèle une parenté avec l'idée de bonne foi et d'apparence trompeuse créée au détriment de tiers auxquels un préjudice est infligé³³. Cette même parenté est développée par la suite – en 1990 – par la Cour de cassation, en ce sens que la Cour aperçoit dans la *rechtsverwerking* un mécanisme selon lequel « un droit subjectif [...] ne peut plus être invoqué lorsque le titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers »³⁴.

13. Parallèlement à son parcours complexe devant la Cour de cassation belge, la *rechtsverwerking* s'est frayé un chemin à l'étage de l'Union européenne, sur le terrain du droit des marques.

Dès l'adoption de la première directive d'harmonisation sur le droit des marques, le législateur de l'Union a traité la question de la *rechtsverwerking*, dont le nom figure dans le texte néerlandais. La question a été envisagée de façon particulière, par le biais d'une disposition qui vise la situation où le titulaire de la marque tolère l'usage d'une marque prétendument contrefaisante, alors qu'il connaît cet usage et que la marque contrefaisante a par ailleurs fait l'objet d'un enregistrement, et où cette tolérance délibérée se prolonge pendant une période de cinq années consécutives. Le texte de la directive prévoit qu'en pareil cas le titulaire ne peut plus demander la nullité de l'enregistrement de la marque contrefaisante, ni s'opposer à son usage³⁵.

³² *Ibid.*, p. 586, n° 8.

³³ *Ibid.*, p. 583, n° 1, et réf. à P. VAN OMMESLAGHE, « *Rechtsverwerking* en afstand van recht », *op. cit.*, n° 14, p. 755.

³⁴ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, p. 1061.

³⁵ Il s'agit de l'article 9.1, de la directive 89/104 du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, dont le texte prévoit : « Le titulaire d'une marque antérieure [...], qui a toléré, dans un État membre, l'usage d'une marque postérieure enregistrée dans cet État membre pendant une période de cinq années consécutives en connaissance de cet usage, ne peut plus demander la nullité ni s'opposer à l'usage de la marque postérieure sur la base de cette marque antérieure pour les produits ou les services pour lesquels la marque postérieure a été utilisée, à moins que le dépôt de la marque postérieure n'ait été effectué de mauvaise foi ».

Dans la version française de la directive, c'est la sanction liée à la tolérance, à savoir la forclusion, qui occupe la première place dans l'intitulé de la disposition, lequel s'énonce comme ceci : « Forclusion du demandeur en nullité pour tolérance »³⁶. Dans la version néerlandaise, en revanche, ce n'est pas la sanction, mais la *rechtsverwerking* et la tolérance qui la caractérise qui sont mises en évidence dans l'intitulé, lequel est rédigé de la manière suivante : « *Rechtsverwerking wegens gedogen* »³⁷.

14. Il reste à vérifier le regard que le droit des marques de l'Union porte sur le terme de « *rechtsverwerking* » dans ce contexte. L'affaire *Budějovický Budvar* devant la Cour de justice (2011)³⁸ peut être considérée comme un repère incontournable à cet égard.

On doit concéder que, dans cette affaire, ce n'est pas la *rechtsverwerking* en général que la Cour est amenée à commenter, mais bien la disposition particulière de la directive qui accueille cette notion, à savoir l'article 9.1, dans sa version néerlandaise³⁹. Par ailleurs, la Cour ne se prononce pas directement sur la *rechtsverwerking*, mais sur la notion de « tolérance ». Néanmoins, cette dernière notion (en néerlandais *gedogen*) constitue un élément déterminant pour le déclenchement de la *rechtsverwerking*⁴⁰, de sorte que ce que la Cour en dit retient immanquablement l'attention.

La Cour livre deux enseignements essentiels sur la notion de tolérance : d'une part, celle-ci se distingue de la renonciation volontaire à un droit, ce qui rejoint la position belge à propos de la *rechtsverwerking* ; d'autre part, la tolérance correspond à une abstention délibérée d'exercer un droit, ce qui rejoint également la position belge. Voici comment s'exprime la Cour sur ces deux points :

« La "tolérance" se distingue ainsi du "consentement" [...] lequel doit être exprimé d'une manière qui traduise de façon certaine une volonté de renoncer à un droit [...] »⁴¹... « celui qui tolère fait preuve de passivité en s'abstenant de prendre les mesures dont il dispose pour remédier à une situation dont il a connaissance et qui n'est pas nécessairement

³⁶ Il s'agit du titre qui précède le texte de l'article 9.1.

³⁷ À nouveau, il s'agit du titre qui précède l'article 9.1, mais cette fois dans la version néerlandaise.

³⁸ C.J.U.E., 22 septembre 2011, *Budějovický Budvar*, C-482/09.

³⁹ L'article 9.1 de la directive 89/104 qui se retrouve à l'identique dans la directive 2008/95.

⁴⁰ L'intitulé de l'article 9.1 relie expressément la notion de tolérance à la *rechtsverwerking* : « *Rechtsverwerking wegens gedogen* ».

⁴¹ C.J.U.E., *Budějovický Budvar*, préc., pt 43.

souhaitée. En d'autres termes, la notion de "tolérance" implique que celui qui tolère reste inactif en présence d'une situation à laquelle il aurait la possibilité de s'opposer »⁴².

15. La même affaire *Budějovický Budvar* nous fournit un éclairage supplémentaire, par le biais des conclusions de l'avocat général. Celui-ci se réfère à une maxime qui résume l'essence du mécanisme de la *rechtsverwerking*, à savoir la maxime « *[non concedit] venire contra factum proprium* »⁴³, « selon laquelle, en cas de comportement contradictoire du titulaire du droit, il est interdit à celui-ci d'exercer ce droit à l'encontre du débiteur »⁴⁴.

Se référant au droit national des États membres, l'avocat général observe qu[e] :

« un droit est généralement perdu par forclusion lorsque son titulaire ne l'a pas exercé (carence du titulaire) pendant une certaine période (critère de temps), que le débiteur a pris ses dispositions en conséquence et que, si l'on considère objectivement le comportement du titulaire, le débiteur était fondé à supposer que le titulaire ne l'exercerait pas non plus à l'avenir (confiance légitime) »⁴⁵.

La confiance due au débiteur occupe donc la place centrale dans ce mécanisme. Voici ce qu'en dit l'avocat général :

« La violation du principe de bonne foi réside, dans ce cas, dans le retard déloyal à exercer son droit. La confiance de celui qui est en principe le débiteur dans le maintien d'une situation juridique donnée est protégée, cette confiance étant considérée comme légitime par l'ordre juridique eu égard aux circonstances spécifiques du cas d'espèce »⁴⁶.

Dans le passage qui précède, on lit également le lien naturel qui unit la confiance due au débiteur et la bonne foi qui doit animer le créancier, laquelle a valeur de principe.

En somme, on retrouve dans les écrits de l'avocat général tous les ingrédients de la *rechtsverwerking* tels qu'ils ont été discutés plus haut en droit belge, et qui figurent notamment dans l'arrêt de la Cour de cassation

⁴² *Ibid.*, pt 44.

⁴³ Cette maxime exprime l'idée qu'il est interdit de se contredire au détriment d'autrui. Littéralement, elle signifie qu'« il n'est pas permis de venir [au sens d'agir en justice] contre son propre fait ».

⁴⁴ Conclusions présentées le 3 février 2011 par l'avocat général dans l'affaire *Budějovický Budvar*, préc., pt 60.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

belge du 1^{er} octobre 2010⁴⁷ : confiance légitime du débiteur, obligation de bonne foi du créancier, interdiction pour le créancier de se contredire, conséquences d'un comportement objectif dans le chef du créancier.

16. Si, au vu de ce qui précède, l'intégration de la notion de *rechtsverwerking* dans le droit de l'Union est indéniable, il subsiste un élément troublant sur le plan terminologique : alors que le mot *rechtsverwerking* a été adopté par le législateur dès la première directive⁴⁸, et qu'il a été repris dans la deuxième⁴⁹, il disparaît dans le texte de la troisième⁵⁰. Cette disparition désarçonne d'autant plus que le mot *rechtsverwerking* a été maintenu par le législateur de l'Union dans le texte du règlement de 2017 consacré à la marque de l'Union européenne⁵¹, et que, jusqu'ici, il semblait admis que le législateur veillait à la convergence entre le texte de la directive et le texte du règlement⁵².

Il existe cependant une possibilité d'expliquer cette disparition dans la directive de 2015 : le texte néerlandais a été adapté pour assurer une plus grande conformité avec les autres versions linguistiques. Celles-ci visent en effet la sanction attachée à la tolérance (la « forclusion »), et non le fait que la tolérance peut susciter une confiance légitime dans le chef du tiers (la *rechtsverwerking*) ; d'où, dans le texte néerlandais, le remplacement du mot « *rechtsverwerking* » par les mots « *voorkoming van nietigverklaring* ».

Vue de cette manière, la modification terminologique n'équivaut nullement à une négation de la *rechtsverwerking*. Il semble d'ailleurs permis de considérer que, sous cet angle, le droit de l'Union se rapproche davantage de la position de la Cour de cassation belge, en ce sens que pour l'un comme pour l'autre, même si la figure de la *rechtsverwerking* n'est pas nommée, ses éléments caractéristiques sont présents, ne fût-ce qu'en « arrière-plan » comme dirait Stijns⁵³ : la confiance due au tiers, l'obligation de bonne foi à charge du titulaire du droit, l'interdiction pour celui-ci de se contredire, le comportement objectif de celui-ci consistant à tolérer des actes du tiers.

⁴⁷ Même si dans le cas de cet arrêt, le nom de la *rechtsverwerking* n'apparaît pas. Voy. les réflexions que Stijns développe à ce propos dans l'article précité.

⁴⁸ Art. 9.1, 1^{re} dir. 89/104 du 21 décembre 1988.

⁴⁹ Art. 9.1, 2^e dir. 2008/95 du 22 octobre 2008.

⁵⁰ Art. 9.1, 3^e dir. 2015/2436 du 16 décembre 2015.

⁵¹ Art. 61 règlement 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne.

⁵² Voy., par ex., sur la concordance entre les textes à propos de la notion de « tolérance » : C.J.U.E., *Budějovický Budvar*, préc., pt 35.

⁵³ S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *op. cit.*, p. 586, n° 7.

17. Cela étant, même si elle est notable, cette intégration de la notion de *rechtsverwerking* dans le droit de l'Union ne doit pas abuser : on retrouve, dans le chef du législateur de l'Union et de la Cour de justice, la même retenue qu'on avait déjà rencontrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge, qui empêche d'attribuer à la *rechtsverwerking* le statut d'une institution autonome dont la portée serait générale.

En droit des marques de l'Union, la règle prescrite par l'article 9.1 des directives d'harmonisation, bien qu'elle reprenne les caractéristiques essentielles de la *rechtsverwerking*, reste limitée à une situation particulière⁵⁴. Elle ne confère pas à cette figure le pouvoir d'étendre son champ d'opérations à d'autres situations que celle-là.

On pourrait donc en conclure qu'au niveau du droit des marques de l'Union, la *rechtsverwerking* a fait l'objet d'une paraphrase qui en précise la portée dans le cadre d'une configuration spécifique. Certes, ainsi définie, l'infiltration de la *rechtsverwerking* reste modeste au sens où ses effets sont atténués, mais le fait même de son émergence est suffisamment important pour être souligné.

SECTION 3. – *Inburgering* : un in-traduit archaïsé

18. Le mot « *inburgering* » est un mot qui appartient à la langue néerlandaise. Les non-natifs qui ont la pratique de cette langue y reconnaissent rapidement plusieurs éléments qui leur sont familiers : le « *burger* », à savoir un habitant, ou un citoyen ; la désinence « *-ing* » qui évoque une action, laquelle dans le contexte peut être comprise comme une sorte d'acquisition de statut de citoyen ; le préfixe « *in-* » qui suggère une forme d'enracinement. Le tout est intuitivement perçu comme un processus d'intégration.

Vérification faite, c'est effectivement une signification globale de cet ordre qui figure dans les dictionnaires traductifs du néerlandais vers le français. On parle de processus d'*inburgering* à propos d'un usage étranger qui s'est implanté dans une communauté locale⁵⁵, ou de mots hybrides qui se sont intégrés à une langue locale⁵⁶. Il y a, sous-jacente au processus d'implan-

⁵⁴ Dans l'affaire *Budějovický Budvar*, C-482/09, tant la Cour que l'avocat général insistent sur les conditions particulières qui doivent être réunies pour déclencher la forclusion au nom de la *rechtsverwerking* : voy. notamment le point 33 de l'arrêt de la Cour et le point 64 des conclusions de l'avocat général.

⁵⁵ Voy. le dictionnaire VAN DALE, *Groot Woordenboek, Nederlands-Frans*, v^o *inburgeren*.

⁵⁶ *Ibid.*

tation ou d'intégration, l'idée de la durée ou de l'habitude : ainsi, l'usage étranger réussit à s'implanter dans la communauté locale du fait qu'il s'est prolongé dans le temps et que progressivement il y rencontre une adhésion croissante devenue majoritaire qui en fait une habitude consacrée.

19. Le mot *inburgering* a été adopté par les juristes néerlandophones dans le contexte du droit des marques, en raison de l'utilité qu'il pouvait présenter en tant que métaphore. Il s'agissait d'évoquer un processus d'intégration à propos d'un signe qui au départ n'est pas reconnu comme un membre à part entière de la communauté des marques et qui, dans la durée, réussit finalement à s'y implanter grâce au succès croissant qu'il y connaît.

Pour saisir concrètement la portée de ce mécanisme dans le contexte du droit des marques, il convient de recourir à un exemple. Il ne faut pas chercher loin pour en trouver un, vu qu'un des premiers arrêts de la Cour Benelux, chargée d'interpréter authentiquement la législation Benelux en la matière, a fourni un cas d'application éloquent.

Dans l'affaire *Centrafarm c. Beecham* (1976)⁵⁷, la Cour devait se prononcer sur la capacité d'une couleur simple à fonctionner comme une marque⁵⁸, ce qui implique qu'elle doit pouvoir identifier à suffisance le produit en cause comme provenant d'une entreprise pour laquelle elle doit servir de marque. S'agissant d'une couleur simple, la Cour considère qu'elle se prêtera plus difficilement (qu'un autre type de signe) à une identification de cet ordre, tout en observant qu'une telle possibilité ne peut être entièrement exclue *a priori*. À ce propos, elle ajoute en substance qu'une telle possibilité peut précisément se réaliser grâce à l'usage qui a été fait de la couleur simple. Elle fait état à cet égard d'une consécration par l'usage, ce qui signifie pour la Cour que la couleur a acquis un pouvoir distinctif du fait de l'usage qui en a été fait. Dans la version française de l'arrêt, la Cour recourt à l'expression « consécration par l'usage », mais en même temps, elle veille à maintenir, dans le texte français, le mot néerlandais « *inburgering* » qu'elle indique entre parenthèses et entre guillemets, comme pour en souligner la puissance sinon, selon elle, le caractère intraduisible – ou du moins imparfaitement traduisible.

20. Au-delà de l'arrêt *Centrafarm c. Beecham*, le mot « *inburgering* » est devenu un incontournable en droit Benelux des marques pour désigner la situation où un signe qui, au départ, est dépourvu de caractère

⁵⁷ C.J.B., 9 février 1977, *Centrafarm c. Beecham*, A 76/1, disponible en ligne à l'adresse https://www.courbeneluxhof.be/arresten/FR/A/A_76_1_435.pdf.

⁵⁸ C'est-à-dire comme l'indicateur de l'origine commerciale d'un produit ou d'un service.

distinctif, acquiert ce caractère – le cas échéant après son dépôt comme marque – grâce à l’usage qui en a été fait, en raison de la durée de l’usage et de son intensité⁵⁹.

Même dans les contributions doctrinales publiées en langue française, le mot néerlandais « *inburgering* » a été maintenu tel quel, ce qui indique qu’il lui est reconnu un pouvoir sémantique particulier dans sa langue d’origine. Certains⁶⁰ ont proposé de le traduire en français par « acquisition du droit de cité »⁶¹. Cette proposition n’est pas sans mérite, en ce sens qu’elle rejoint l’idée de citoyenneté contenue dans l’élément « *burger* ». Elle n’est toutefois pas non plus idéale, dès lors qu’elle ne rend pas justice à la dimension métaphorique du mot dans sa langue d’origine, ni à la connotation d’enracinement qui s’y retrouve.

21. Au niveau du droit de l’Union, quand elle est confrontée au mot « *inburgering* », la Cour de justice choisit également de maintenir ce terme dans sa langue d’origine, quand bien même il figure dans un document rédigé en langue française.

Ainsi, dans l’affaire *Adidas* (2008), la Cour laisse subsister dans le texte de l’arrêt le mot « *inburgering* » aux côtés du désormais classique « consécration par l’usage », ce qui conforte un peu plus encore l’*aura* particulière conférée au mot néerlandais⁶².

22. Toutefois, il n’est pas évident qu’il soit opportun de maintenir tel quel le mot « *inburgering* » dans le champ lexical du droit des marques.

La règle que ce mot est censé résumer à sa manière figure en effet désormais en toutes lettres dans les textes législatifs⁶³, à savoir la règle qui a pour effet d’imposer de tenir compte de l’usage qui a été fait de la marque quand il s’agit d’apprécier le caractère distinctif de celle-ci. En somme, le législateur a opté pour une règle transparente, là où le mot « *inburgering* » fonctionne sur le mode d’une métaphore dont la compréhension est réservée aux initiés.

⁵⁹ Voy., par ex., A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 156-166.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 158, n° 121.

⁶¹ Selon le dictionnaire Larousse, le « droit de cité » désigne le « droit d’être admis au nombre des citoyens, avec l’ensemble de leurs prérogatives ».

⁶² Voy. C.J.C.E., 10 avril 2008, *Adidas*, C-102/07, pt 19.

⁶³ Voy., dans la rédaction en vigueur depuis le 1^{er} mars 2019, art. 2.2bis.3 Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (CBPI) ; art. 4.4 dir. 2015/2436 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

Bien entendu, la présence nouvelle de la règle n’efface pas le rôle déterminant qu’a joué l’*inburgering* à une époque où la règle ne figurait pas dans la loi. Pour autant, il est loin d’être certain qu’il soit opportun de maintenir le terme dans les décisions judiciaires à venir, même sous la forme d’un hommage aux bons services rendus par le passé. Le mot « *inburgering* » est en effet trop connoté pour continuer à être utilisé en toute insouciance. Il faut à cet égard prendre pleinement conscience des travers d’un mot qui recourt à la vie des humains pour décrire le sort d’une simple marque. Ce terme, issu du lexique politico-sociologique, rappelle qu’historiquement le droit de cité – c’est-à-dire l’admission au titre de citoyen (« *burger* ») – n’est accordé à « l’étranger » qu’au prix d’un processus d’intégration imposé par la communauté locale. Le droit des marques peut parfaitement se passer d’une analogie de ce type. En tout cas, outre qu’il est juridiquement dépassé, le mot « *inburgering* » pourrait bien désormais nourrir la controverse, ce qui n’est pas du tout le but recherché.

SECTION 4. – *Freihaltebedürfnis* : un in-traduit transcédé

23. Le mot « *Freihaltebedürfnis* » est impressionnant pour un locuteur francophone non initié. Il est un exemple d’école de ces composés kilométriques dont la langue allemande est si friande. À l’inverse de certaines langues qui s’épuisent à éparpiller les mots sous forme de paraphrases, l’allemand a l’art inné de les agglutiner en un seul mot, « *das Kompositum* », qui dégage une sensation de puissance et de performance, à la fois verbale et mentale. En allemand, la paraphrase se transforme en un concept.

Outre qu’il intimide le locuteur francophone du fait de sa longueur « *das Kompositum* » le déroute, car il l’invite à lire de droite à gauche, vu que le déterminé se situe en finale, alors que le déterminant figure en tête. En l’occurrence, le déterminé, « *bedürfnis* », signifie le besoin. Le déterminant, « *freihalte* », se laisse assez facilement apprivoiser comme désignant le fait de « garder libre ». Le résultat produit par les composants est logique, comme souvent en allemand : l’ensemble signifie à peu près « le besoin de garder libre ».

24. La « *Freihaltebedürfnis* » n’est pas intraduisible à proprement parler. Elle a d’ailleurs trouvé un équivalent relativement efficace en langue française, comme on le verra.

Pour autant, on constate qu'à des moments charnières pour le droit de la propriété intellectuelle, le mot allemand a été conservé tel quel dans des textes rédigés en français, aux côtés de son équivalent français. Dans ce cas-ci, ce n'est pas la faiblesse de l'expression française qui explique pourquoi il a fallu y ajouter le terme allemand. La raison de cet ajout est à trouver ailleurs, et elle ne le peut qu'au prix d'une analyse des questions de fond qui sont liées à la notion de « *Freihaltebedürfnis* ».

25. Le « besoin de garder libre » est un concept essentiel en droit des marques. Il procède du constat que dès lors que la marque donne lieu à un monopole sur son utilisation, il importe de refuser ce statut aux signes qui doivent librement être utilisés par tous les opérateurs, par exemple les signes pouvant servir à désigner l'espèce d'un produit ou sa provenance géographique. D'où le concept de « besoin de garder libre » qui s'applique à ce type de signes.

La jurisprudence allemande, relayée par la doctrine, a fait preuve d'un apport important à cet égard, à un moment où le droit des marques n'était pas encore harmonisé. Observant que la loi allemande de l'époque ne visait que trop peu de cas où le signe devait rester libre, elle a élaboré un concept destiné à rencontrer plus largement la nécessité de garder libres tous les signes qui le justifient, sous le nom de « *Freihaltebedürfnis* », ce dans le but de suppléer aux insuffisances de la loi.

26. Postérieurement à la construction de ce concept en Allemagne, le législateur de l'Union a adopté une règle, au sein de la première directive d'harmonisation sur les marques⁶⁴, prévoyant le refus d'enregistrement ou la nullité de l'enregistrement des marques dites descriptives. Cette dernière notion vise « les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci »⁶⁵.

Ainsi que l'a souligné l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Adidas* (2008), cette disposition du droit de l'Union s'est directement inspirée de la doctrine allemande⁶⁶. Sur ce point, le droit de l'Union rejoint le droit allemand pour des motifs liés à la défense de

⁶⁴ La 1^{re} dir. 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques.

⁶⁵ Art. 3.1.c. dir. 89/104.

⁶⁶ C.J.U.E., 16 janvier 2008, aff. *Adidas c. Marca*, C-102/07, pt 33, concl. av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER.

l'intérêt général⁶⁷. Il s'agit en effet de « limiter les possibilités d'enregistrement de certains signes pour qu'ils puissent être utilisés librement par l'ensemble des opérateurs »⁶⁸, l'octroi de l'enregistrement, c'est-à-dire d'une forme de monopole, étant, dans leur cas, contraire aux intérêts des concurrents⁶⁹. Dans ses conclusions consacrées à cette question, l'avocat général mentionne d'ailleurs expressément le mot « *Freihaltebedürfnis* »⁷⁰.

Pour désigner l'essence de cette règle dans les textes rédigés en langue française, le droit de l'Union recourt à l'expression d'« impératif de disponibilité », dont il est considéré qu'elle tire sa dénomination de la langue allemande au travers du mot « *Freihaltebedürfnis* »⁷¹.

27. Au vu de ce qui précède, on pourrait donc penser qu'il existe une parfaite concordance sémantique entre la notion d'« impératif de disponibilité » propre au droit de l'Union, et la notion de « *Freihaltebedürfnis* », propre au droit allemand antérieur à la directive 89/104.

Tel n'est toutefois pas le cas, ainsi que le révèle l'examen de la jurisprudence de la Cour.

Dans l'affaire *Chiemsee* (1999), qui était son premier grand rendez-vous avec cette notion, la Cour de justice vise expressément la *Freihaltebedürfnis* – le mot figurant en allemand dans le texte français – pour préciser sa position. Elle s'approprie le concept d'« impératif d'indisponibilité » qui en est tiré, mais en même temps, elle prend ostensiblement ses distances avec la *Freihaltebedürfnis* à l'allemande, trop étriquée selon elle. Voici ce que la Cour en dit :

« [...] l'application de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive ne dépend pas de l'existence d'un impératif de disponibilité [...] concret, actuel ou sérieux au sens de la jurisprudence allemande [...] »⁷². Ainsi, il n'est pas indispensable pour la Cour que le signe en cause constitue actuellement un signe descriptif : il suffit qu'il soit raisonnable d'envisager que tel soit le cas dans l'avenir⁷³.

⁶⁷ *Ibid.*, pts 22 et 34.

⁶⁸ C.J.U.E., 31 janvier 2002, aff. *KPN Nederland*, C-363/99, pt 52, concl. av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER ; C.J.U.E., 16 janvier 2008, aff. *Adidas c. Marca*, C-102/07, pt 33, concl. av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER.

⁶⁹ C.J.U.E., 16 janvier 2008, aff. *Adidas c. Marca*, C-102/07, pt 36, concl. av. gén. D. RUIZ-JARABO COLOMER.

⁷⁰ *Ibid.*, pt 34.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² C.J.C.E., 4 mai 1999, *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97 et C-109/97, pt 35.

⁷³ C.J.C.E., 4 mai 1999, *Windsurfing Chiemsee*, préc., pt 31.

28. Ce n'est toutefois que plus tard que l'on prendra la pleine mesure de ce qu'implique la mise à l'écart des adjectifs « concret, actuel ou sérieux » qui caractérisaient la *Freihaltebedürfnis* à l'allemande et qui s'avèrent trop restrictifs aux yeux du droit de l'Union.

Plus précisément, dans l'affaire *KPN Nederland* (2002), à propos de la marque verbale « Postkantoor », la Cour considère que l'indisponibilité d'un signe descriptif reste problématique même si le besoin de sa disponibilité ne se fait pas encore ressentir d'une manière actuelle :

« [...] il n'est pas déterminant que le nombre de concurrents pouvant avoir intérêt à utiliser les signes ou les indications dont la marque est composée soit ou non important. En effet, tout opérateur proposant actuellement, ainsi que tout opérateur susceptible de proposer dans l'avenir, des produits ou des services concurrents de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé doit pouvoir utiliser librement les signes ou indications pouvant servir à décrire des caractéristiques de ses produits ou services »⁷⁴.

Dans la même affaire, la Cour relève que le besoin de disponibilité ne diminue pas, même quand les opérateurs peuvent recourir à des signes plus courants que le signe en cause pour procéder à une description des caractéristiques des produits ou services concernés :

« [...] il est indifférent qu'existent d'autres signes ou indications plus usuels que ceux composant ladite marque pour désigner les mêmes caractéristiques des produits ou services mentionnés dans la demande d'enregistrement. En effet, si l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive prévoit que, pour relever du motif de refus d'enregistrement y énoncé, la marque doit être composée "exclusivement" de signes ou d'indications pouvant servir à désigner des caractéristiques des produits ou services concernés, il n'exige pas, en revanche, que ces signes ou indications soient le mode exclusif de désignation desdites caractéristiques »⁷⁵.

En outre, dans une affaire ultérieure, l'affaire *Campina Melkunie* (2004), la Cour observe que le besoin de disponibilité ne suppose pas nécessairement que le signe en cause soit déjà utilisé dans un sens descriptif :

« Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les signes ou indications composant la marque visés à l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive soient effectivement utilisés, au moment de la demande

⁷⁴ C.J.C.E., 31 janvier 2002, *KPN Nederland*, C-363/99, pt 58.

⁷⁵ *Ibid.*, pt 57.

d'enregistrement, à des fins descriptives de produits ou de services tels que ceux pour lesquels la demande est présentée ou des caractéristiques de ces produits ou de ces services. Il suffit, comme l'indique la lettre même de cette disposition, que ces signes et indications puissent être utilisés à de telles fins »⁷⁶.

29. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, que celle-ci synthétise dans son arrêt *Agencja Wydawnicza Technopol c. OHMI* (2011)⁷⁷, c'est donc une conception fort large qui est donnée de l'impératif de disponibilité, lorsqu'on la compare à celle qui est attachée à la « *Freihaltebedürfnis* » à l'allemande.

En effet, quand on s'inscrit dans la vision de la Cour, on comprend que le signe descriptif reste à considérer comme obligatoirement disponible même si les circonstances de l'espèce devaient révéler qu'il est en concurrence avec d'autres signes descriptifs plus prisés, ou que les opérateurs économiques seraient peu nombreux à en avoir le besoin, ou même que le signe ne serait pas encore couramment utilisé dans son sens descriptif.

30. Pour autant, même dans la conception communautaire, plus large que l'allemande, le champ d'action de l'impératif de disponibilité est soumis à des limites importantes, en particulier quand il s'agit de déterminer l'étendue de la protection qui est due à la marque.

Dans l'affaire *Adidas c. Marca* (2008), la Cour de justice précise sa position à ce propos⁷⁸. La Cour concède que l'impératif de disponibilité réduit, dans une certaine mesure, l'étendue de la protection de la marque, en ce sens que le titulaire de la marque se voit empêcher d'interdire à un tiers l'usage d'indications relatives à des caractéristiques du produit ou du service, en vertu d'une disposition expresse du droit de l'Union⁷⁹. Toutefois, l'impératif de disponibilité n'excède pas les strictes limites de cette disposition. Dès lors, il ne constitue pas, par exemple, une excuse qui permettrait à une partie accusée de porter atteinte à la marque de se dédouaner au motif que le signe qu'elle utilise devrait être librement utilisé par l'ensemble des opérateurs économiques.

⁷⁶ C.J.C.E., 12 février 2004, *Campina Melkunie*, C-265/00, pt 38.

⁷⁷ C.J.U.E., 10 mars 2011, *Agencja Wydawnicza Technopol c. OHMI*, C-51/10 P, pts 36 à 39.

⁷⁸ C.J.C.E., 10 avril 2008, *Adidas c. Marca*, C-102/07.

⁷⁹ Art. 6.1.b dir. 89/104.

Comme le relève la Cour à cet égard :

« [...] des signes devant en principe rester disponibles pour l'ensemble des opérateurs économiques sont susceptibles d'être utilisés de manière abusive dans le but de créer une confusion dans l'esprit du consommateur. Si, dans un tel contexte, le tiers pouvait se prévaloir de l'impératif de disponibilité pour utiliser librement un signe pourtant similaire à la marque, sans que le titulaire de cette dernière puisse s'y opposer en invoquant un risque de confusion, il serait porté atteinte à l'application effective de la règle prévue à l'article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive »⁸⁰.

« Cette considération vaut notamment pour les motifs à bandes. Ainsi qu'[A]didas l'a reconnu dans la partie introductive de ses observations, les motifs à bandes en tant que tels sont disponibles et peuvent donc être apposés d'une multitude de façons sur des vêtements de sport et de loisirs par l'ensemble des opérateurs. Néanmoins, les concurrents d'[A]didas ne sauraient être autorisés à porter atteinte au motif à trois bandes enregistré à la demande de cette dernière en apposant sur les vêtements de sport et de loisirs qu'ils commercialisent des motifs à bandes à tel point similaires à celui enregistré à la demande d'[A]didas qu'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion »⁸¹.

31. *A priori* le champ d'action s'annonçait immense pour la notion d'« impératif de disponibilité », d'autant que son pouvoir sémantique est particulièrement puissant. Toutefois, après l'arrêt *Adidas c. Marca*, la réalité communautaire du droit des marques lui aura assigné une portée plus modeste.

Il n'empêche que l'écho obtenu par cette notion au sein du droit de l'Union reste spectaculaire sur le terrain de la validité de la marque. La *Freihaltebedürfnis* à l'allemande aura joué un rôle moteur à cet égard. Tout en le reconnaissant, le droit de l'Union a voulu montrer sa spécificité en amplifiant les effets de la notion. Il n'y avait pour lui pas de meilleure façon que de conserver, à des moments charnières, le mot allemand « *Freihaltebedürfnis* » : c'est certes, d'une certaine manière, un hommage au pays d'origine, mais cet hommage passe au second plan, car c'est avant tout pour marquer ses distances par rapport à la notion initiale que la Cour l'a maintenue dans sa langue d'origine.

⁸⁰ C.J.C.E., 10 avril 2008, *Adidas c. Marca*, préc., pt 31.

⁸¹ C.J.C.E., 10 avril 2008, *Adidas c. Marca*, préc., pt 32.

SECTION 5. – En guise de conclusion : l'in-traduit et son pouvoir révélateur

32. Il est connu que certains termes ne peuvent être traduits dans la langue de destination, ou qu'à tout le moins, lorsqu'ils sont traduits, il en résulte une perte⁸² ou un dévoiement. La tentation est grande, dès lors, de ne pas les traduire.

Mais il ne faut pas nécessairement voir dans l'in-traduit, la reconnaissance d'un échec de la part du locuteur de la langue de destination. Le fait de ne pas traduire peut en effet procéder d'intentions diverses qui sont étrangères à des aveux de faiblesse.

Ainsi en est-il des cas où un hommage est rendu à la langue source pour avoir inauguré un concept grâce à un terme particulièrement performant. Tel est le cas de l'*inburgering* qui a permis au droit Benelux, par la vertu d'un seul mot de la langue néerlandaise, de formuler l'idée qu'un signe peut acquérir un caractère distinctif par la durée et l'intensité de l'usage qui en a été fait, et ce avant que le droit de l'Union ne reprenne la même idée au prix d'une paraphrase.

Le cas de la *Freihaltebedürfnis* est différent. Cette fois le locuteur de la langue de destination ne tient pas prioritairement à rendre un hommage à la langue source. Au contraire, il souhaite plutôt marquer ses distances vis-à-vis de celle-ci, car il entend attribuer une nouvelle signification au concept véhiculé par le terme en cause. Le fait de conserver le terme dans la langue source est un moyen pour lui de distinguer l'ancienne signification (celle attachée à la langue source) de la nouvelle (celle attachée à la langue de destination). Vu sous cet angle, la « *Freihaltebedürfnis* » à l'ancienne (à l'allemande) cède la place à « l'impératif de disponibilité », notion plus large, qui sert désormais de référence en droit de l'Union. Cela étant, même si elle est transcendée, la *Freihaltebedürfnis* rappelle malgré tout la dette du droit communautaire à l'égard du droit allemand. En ce sens, on peut dire que l'in-traduit a joué un rôle stimulant dans le développement de la nouvelle notion, laquelle joue au demeurant un rôle essentiel en droit de l'Union.

Quant au cas de la *rechtsverwerking*, il est encore d'une autre espèce. Certes, la langue française ne connaît pas de syntagme aussi efficace pour exprimer un contenu sémantique équivalent, de sorte qu'on pourrait dire

⁸² Dans certains cas, il peut même y avoir des pertes absolues, par exemple dans le cas des jeux de mots qui rendent impossible la traduction. Voy., à ce sujet, U. Eco, *Dire presque la même chose*, p. 118.

que le maintien de l'expression dans des textes rédigés en français s'explique par un certain désavantage de la langue de destination. Toutefois, il importe d'ajouter une autre raison au moins aussi déterminante pour la conservation du terme dans sa langue d'origine, à savoir le refus d'attribuer à ce syntagme le statut d'une institution autonome⁸³ dont la portée serait générale : en conservant le mot dans sa langue source, la langue de destination manifeste sa défiance⁸⁴.

Dans le même temps, alors qu'au niveau du droit belge on observe qu'elle se heurte à des résistances significatives dans le domaine du droit civil, au niveau du droit de l'Union, la *rechtsverwerking* gagne du terrain, en ce sens qu'elle est reconnue comme une figure pertinente pour la réglementation dans le domaine du droit des marques.

La question de la (non) traduction du terme au niveau belge aura servi de révélateur : après avoir été stigmatisée sous son nom, du fait qu'elle est incapable d'opérer comme une institution autonome, la *rechtsverwerking* finit par émerger dans les faits, ne fût-ce que de manière partielle et implicite.

33. D'abord interpréter le droit dans la langue source. Ensuite traduire, ce qui signifie l'écrire dans la langue de destination. Enfin, repenser le droit dans la langue de destination, sous l'effet inspirant de la traduction. En somme, la traduction invite à réaliser les trois étapes mentales qui sont proposées dans l'intitulé du présent ouvrage⁸⁵, mais dans un sens inverse. Et de la sorte, elle permet de boucler la boucle, ce qui l'amène à friser la figure parfaite, celle du cercle, si chère à notre collègue. Ce n'est certainement pas le *globish* qui aurait réussi avec le même bonheur à nourrir l'enseignement à la *Thunis* ni à pimenter notre amitié.

⁸³ Celle de principe général de droit.

⁸⁴ Comme l'avait relevé P. VAN OMMESLAGHE, « *Rechtsverwerking en afstand van recht* », *op. cit.*, *supra*, note 33.

⁸⁵ Penser, écrire et interpréter le droit.