

La notion d'usage « à titre de marque »

Thibault Lancrenon

DANS **LEGICOM 2014/2 N° 53** , PAGES 101 À 107
ÉDITIONS **VICTOIRES ÉDITIONS**

ISSN 1244-9288

ISBN 9782351132302

DOI 10.3917/legi.053.0101

Date de mise en ligne : 19/01/2015

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-legicom-2014-2-page-101?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Victoires éditions.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

La notion d'usage « à titre de marque »

Thibault Lancrenon

Avocat au Barreau de Paris

L'ESSENTIEL

L'usage ne constitue plus, depuis cinquante ans, la condition nécessaire à la naissance du droit de marque, mais conserve une influence directe dans l'hypothèse où le signe n'a pas, *ab initio*, de caractère distinctif. Dans ce cas, seul l'usage effectué « à titre de marque », a le pouvoir de façonner une distinctivité par sédimentation. Plus positivement, l'usage permet d'apprécier les conditions de maintien du droit de marque car l'absence d'usage est une cause suffisante pour détruire judiciairement ce droit. L'usage permet également d'apprécier la portée du droit de marque. L'obligation progressive de caractériser une atteinte à la fonction de garantie d'origine de la marque permet d'éliminer, au côté de la nécessité de caractériser l'existence d'un usage dans la vie des affaires, toute notion de contrefaçon dans des situations qui ne semblent pas entrer naturellement dans son emprise. Dans certains cas, le droit des marques est brusquement évacué et se trouve appréhendé sous l'angle des pratiques commerciales trompeuses pour caractériser l'avantage que la marque procure sur la concurrence. Enfin, depuis que les autres fonctions de la marque ont été révélées par la Cour de justice de l'Union européenne, on peut se demander si une atteinte à l'une de ces nouvelles fonctions de la marque ne présuppose pas nécessairement un usage contrefaisant « à titre de marque » ? ■

Si en droit français l'usage ne constitue plus, depuis cinquante ans (1), la condition nécessaire à la naissance du droit de marque, il n'en conserve pas moins un rôle résiduel pour l'acquisition d'un tel droit. L'usage joue par ailleurs de ses influences dans de multiples dispositions du droit des marques, de la forclusion par tolérance aux marques notoires, en passant par les conditions de dégénérescence d'une marque.

Mais la notion d'usage de marque est aujourd'hui surtout primordiale pour apprécier, côté pile, les conditions de maintien de celui-ci et, côté face, la portée du droit de marque. S'interroger sur l'usage de marque revient en effet à se demander ni plus ni moins, au fond, ce qu'est une marque et ce qu'elle procure comme avantage sur la concurrence.

Depuis l'arrêt *Arsenal* de la Cour de justice de l'Union européenne (2), et sans s'appesantir ici sur les limites «externes» du droit de marque définies dans les articles 6 et 7 de la Directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques (la «Directive»), on sait que le droit de marque est «finalisé» et présente, de ce fait, deux bornes intrinsèques. La première est que le titulaire fait usage de sa marque s'il agit «dans la vie des affaires» ou, pour reprendre l'expression apparemment plus restrictive de l'article 16-1 de l'accord ADPIC, «au cours d'opérations commerciales». Les usages à des fins parodiques ou de critique (3), comme titre d'une œuvre de l'esprit ou à titre d'emploi d'un nom commun sont donc susceptibles d'être considérés comme hors du périmètre de protection du droit de marque. La seconde est que le titulaire fait usage de sa marque s'il use du signe objet de l'enregistrement «pour des produits ou des services», comme l'indique par une étrange ellipse l'article 5-1 de la Directive, c'est-à-dire pour «distinguer» des pro-

duits et services de ceux des concurrents, selon la définition de la marque retenue par l'article 2 de la Directive. Cet usage aux fins de distinguer des produits et services consiste à mettre en œuvre la fonction de garantie d'identité d'origine de la marque, par opposition à l'usage qui est effectué à des fins autres que celles de distinguer des produits et services (visé à l'article 5.5 de la Directive). La pratique a synthétisé, sous l'expression «usage à titre de marque» ou «usage en tant que marque», cet usage à vocation distinctive.

Si l'on peut regretter la fortune critique du concept «*flou et tautologique*» (4) d'usage de marque «à titre de marque», qu'on aurait peine à transcrire en droit d'auteur ou en droit des brevets, il n'en demeure pas moins que son utilisation quotidienne par les juridictions françaises incite à l'appréhender plus précisément à partir de quelques décisions récentes, que ce soit au titre de l'acquisition et du maintien du droit de marque (I) ou au titre de l'examen de sa portée (II). Est en effet dorénavant loin le temps où la Cour de cassation estimait que «*la contrefaçon résulte de la reproduction des éléments caractéristiques d'un signe protégé au titre de la marque, quelle que soit l'utilisation qui en est faite*» (5).

I) L'USAGE «À TITRE DE MARQUE» COMME CONDITION DE NAISSANCE OU DE MAINTIEN DU DROIT

A) L'usage comme condition de naissance du droit

En principe, l'usage, que ce soit celui du titulaire ou des tiers, n'a pas de rôle dans l'acquisition du droit de marque. Cette possibilité offerte par le droit français et

1. La loi du 23 juin 1857, qui faisait de l'usage l'élément constitutif du droit de marque, n'est plus en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1965.
2. CJUE (à l'époque CICE), 12 novembre 2002,

C-206/01, *Arsenal*, Rec. CJCE 2002, I, p. 10273.
3. E. Baud, S. Colombet, «Usage de marque hors de la "vie des affaires"», *Légipresse*, n° 231, mai 2006, p. 86.

4. J. Passa, «L'usage de marque dans la jurisprudence récente de la CJCE», *RIDA* 3/03, p. 197.
5. Cass. com., 23 novembre 1993, n° de pourvoi : 91-21312, legifrance.gouv.fr.

le droit communautaire d'acquiescer un droit de marque indépendamment de l'existence d'un usage préexistant et concret a fait l'objet de critiques, au motif que la marque étant définie par sa fonction de distinguer des produits ou services, elle ne devrait pouvoir exister que si cette différenciation est avérée sur le marché (6). Mais le droit positif actuel, qui recèle ses propres avantages, se tient à cette ligne depuis la loi de 1964. L'usage n'étant pas constitutif du droit, il est selon la Cour d'appel de Paris «sans importance que le signe déposé à titre de marque ait pu être utilisé par des tiers avant son dépôt puisqu'il ne remet pas en cause la validité de cette marque, laquelle doit remplir la condition essentielle de distinctivité» (7). Dans cette décision relative à une marque en forme de tête de vis désignant des produits de bijouterie, la Cour a jugé en conséquence que «le fait qu'il ait été fait usage par des tiers du motif de vis dans la bijouterie, dans la joaillerie ou dans l'horlogerie au cours des décennies, voire des siècles passés, n'est pas de nature pour ce motif à invalider la marque déposée» (8).

L'indifférence de l'usage antérieur par les tiers trouve tout de même sa limite dans un éventuel détournement du droit de marque, comme le révèle par exemple la Cour de cassation, dans un arrêt du 23 juin 2009, dans lequel elle soulignait que «le droit de marque n'était pas constitué et utilisé pour distinguer des produits et services en identifiant leur origine, mais se trouvait détourné de sa fonction dans le but de se réserver, par l'appropriation d'un signe identifiant un département, un accès privilégié et monopolistique à un marché local au détriment des autres opérateurs» (9). Toutefois, l'usage n'est pas entièrement dépourvu de rôle en matière d'acquisition du droit de marque puisqu'il conserve une influence

directe dans l'hypothèse où le signe n'a pas, *ab initio*, de caractère distinctif.

L'article L. 711-2 du CPI prévoit en effet que le caractère distinctif peut «être acquis par l'usage» lorsque le signe est nécessaire, générique, usuel ou descriptif. Dans ce cas, seul l'usage effectué «à titre de marque», c'est-à-dire celui qui garantit véritablement que tous les produits ou services que la marque désigne ont été fabriqués ou fournis sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité, a le pouvoir de façonner une distinctivité par sédimentation. Ce sera par exemple le cas d'un signe qui se retrouve, depuis les années 1950, sur nombre de modèles de chaussures et de bottes et dans la communication publicitaire d'une entreprise qui présente le signe en cause comme une caractéristique de sa production (10). Inversement, ne peut se prévaloir d'un droit sur un nom commercial ou une enseigne une entreprise qui a fait usage d'un signe «pour distinguer des produits... et donc d'un usage à titre de marque» (11).

B) L'usage comme condition de maintien du droit

Pour le maintien du droit de marque, aucun usage «à titre de marque» n'est, littéralement, obligatoire. La marque reste en vigueur et peut même être renouvelée par périodes successives de dix ans indépendamment de tout usage «à titre de marque». Cela étant, le titulaire de la marque, s'il n'en fait pas un usage sérieux dans les termes de l'article L.714-5 du CPI, encourt le risque judiciaire d'une déchéance de ses droits pour défaut d'exploitation sérieuse. Ainsi, l'absence d'usage, s'il n'est pas nécessairement à l'origine de la disparition

6. C. de Haas, «Le non-sens d'une marque sans usage ou le vice fondamental du droit des marques français et européen», *Propriété industrielle*, janvier 2010, p. 11.

7. Paris, 25 mai 2012, 10/22293, motif de tête de

vis, *lexbase.fr*.

8. *Ibid.*

9. Cass. com. 23 juin 2009, *Propriété industrielle* 2009, comm. 58, J. Larrieu.

10. Paris, 6 avril 2011, 09/17716, bande

Palladium, *lexbase.fr*.

11. Paris, 6 décembre 2013, 11/18793, E (Elite), *lexbase.fr*.

du droit de marque, est une cause suffisante pour détruire judiciairement ce droit, ce qui fait écho au Considérant 10 du Règlement 207/2009 sur la marque communautaire (12). Le caractère sérieux (13) de l'usage qu'évoque le CPI ne se mesure qu'au regard des usages qui, par nature, mettent en œuvre la garantie d'identité d'origine de la marque (14). Quant à elles, « *les autres fonctions reconnues à la marque ne jouent guère de rôle en ce qui concerne l'obtention, la validité ou le maintien en vigueur du droit* » (15). La Cour d'appel de Rouen a exprimé ce principe sous la forme condensée suivante : « *l'usage sérieux de la marque s'entend d'un usage de celle-ci en tant que marque* ». Il ne peut ainsi y avoir exploitation sérieuse que « *lorsque dans la relation avec la clientèle, la marque est utilisée dans sa fonction essentielle qui est de garantir l'identité des produits pour lesquels elle a été enregistrée* », en vue de maintenir ou de créer des parts de marché pour les produits ou les services désignés par ladite marque.

En pratique, l'exercice de cette garantie peut « *revêtir des aspects variés, tels que l'apposition sur les produits, ou encore la figuration de la marque sur des catalogues, documents publicitaires, ou revues* » et « *plus généralement, dans cet ordre d'idées, elle se réalise par le fait de représenter la marque dans toutes sortes d'actions publicitaires dont elle est le support* » (16). Il n'est donc, en théorie, pas nécessaire « *que la marque soit apposée sur le produit lui-même* » (17) ou « *sur le produit*

et son conditionnement », dès lors qu'elle est « *exploitée conformément à sa fonction dans la relation avec la clientèle et accompagne sa mise à disposition du public sans équivoque sur sa fonction* » (18). Ainsi, des preuves d'exploitation qui attestent tout au plus « *d'actes préparatoires à une exploitation de la marque* », sans production de catalogues ou « *document publicitaire ou commercial de nature à établir un usage de la marque pour identifier un parfum auprès du consommateur ou de l'utilisateur final de cette catégorie de produits* », sont inaptes à démontrer « *un usage à titre de marque* » et, de ce fait, un usage sérieux permettant d'échapper à la déchéance (19).

À l'inverse, et bien que les marques tridimensionnelles en cause, à savoir des flacons de parfum en forme de buste, aient été utilisées en combinaison avec d'autres marques et signes distinctifs et non sous la forme nue déposée, le titulaire ne peut être déchu de son droit de marque dès lors que ses pièces attestent « *que l'usage des flacon et bouchon l'a été à titre de marque c'est-à-dire d'une manière distinctive permettant le rattachement à (lui)-même* » (20). Les incertitudes de démarcation des frontières de l'usage sérieux « à titre de marque » porteront notamment en pratique sur des usages « décoratifs » (21), sur des usages effectués sur Internet mais ne visant pas nécessairement le public français (22), sur les usages à titre de produits dérivés (23), ou encore sur des usages à titre de dénomination sociale, de nom commercial ou d'enseigne (24).

12. « *Il n'est justifié de protéger les marques communautaires et, contre celles-ci, toute marque enregistrée qui leur est antérieure, que dans la mesure où ces marques sont effectivement utilisées.* »

13. CJUE, 11 mars 2003, C-40/01, *Ansul*, Rec. I, p. 2439 ; Cass. com., 9 mars 2010, n° de pourvoi : 09-11.330, legifrance.gouv.fr.

14. CJUE, 19 juin 2014, C-217/13, *Oberbank AG*, point 40.

15. J. Passa, « L'incidence de la fonction de la marque sur l'obtention ou la validité et le maintien en vigueur du droit », *Propriété industr.*, oct. 2010, p. 16.

16. Rouen, 25 septembre 2014, 05/01087,

BIODERMA, lamyline.lamy.fr.

17. Paris, 16 mai 2014, 13/12113, *L'Homme Moderne*, lexbase.fr.

18. Paris, 21 février 2014, 13/03794, VII, lexbase.fr.

19. Paris, 3 juillet 2013, 12/02119, *Baisers Volés*, lexbase.fr.

20. Aix-en-Provence, 6 mai 2014, 12/15147, forme de flacon de parfum en forme de buste, lamyline.lamy.fr.

21. A. Mercier, S. Colombet, « L'appréciation de la distinctivité intrinsèque d'une marque constituée exclusivement d'un motif décoratif », *CCE*, juin 2013, n° 6, étude 10, p. 7.

22. Cass. com., 9 novembre 2010, pourvoi

n° 09-13144.

23. TUE, 30 juin 2009, T-435/05, *Danjaq*, Rec. p. II-2097 (signe « Dr. No » utilisé en partie pour garantir une origine commerciale et en partie à titre de référence à une œuvre de l'esprit).

24. TUE 12 décembre 2002, T-39/01, *Fernandes*, Rec. p. II-5233, point 44 (en principe insuffisant pour échapper à la déchéance, sauf le cas échéant si le signe est apposé sur le produit ou si le titulaire de la marque établit un lien entre le signe et les produits ou services – cf CJUE, 11 septembre 2007, C-17/06, *Céline*, Rec. p. I-7041, points 22 et 23).

II) L'USAGE «À TITRE DE MARQUE» COMME CONDITION D'ATTEINTE AU DROIT

A) L'atteinte à la fonction de garantie d'origine

Dans la jurisprudence française, le lien entre contrefaçon de marque et usage illicite effectué «à titre de marque» n'apparaît pas systématique, ce qui semble éloigner la notion d'usage en matière d'atteinte au droit de celle propre au maintien du droit. La contrefaçon de marque est ainsi parfois retenue, sans véritable explication précise, pour des usages à titre de dénomination sociale ou d'enseigne, ou encore pour des usages sur Internet (liens, méta-tag, «pop-up») qui ne semblent pas, à première vue, directement constituer des usages «à titre de marque». La Cour d'appel de Paris a par exemple retenu qu'une société devait «être déclarée fondée à agir en contrefaçon de sa marque, en ce qu'elle désigne les services de restauration (alimentation), service de bars et de traiteurs, du fait de l'usage à titre d'enseigne et de nom commercial du signe "Café Chic Royan"» (25) ou encore «en utilisant les signes "Glam Media" comme dénomination sociale et nom commercial, la société Glam Media a commis des actes de contrefaçon par imitation de la marque française "Glam"» (26). Toutefois, les anciennes décisions admettant qu'un usage dans un dictionnaire ou qu'un simple dépôt constituent des usages contrefaisants ont tendance à disparaître peu à peu, comme en témoigne par exemple un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 novembre 2013 selon lequel l'opposition avec succès au dépôt de marques rend infondée une demande ultérieure en contrefaçon, puisque la déposante a été «empêchée d'en faire usage à titre

de marque dans le cadre de son activité commerciale, étant observé qu'il n'est nullement prétendu qu'elle les ait néanmoins exploités ensuite de leur dépôt» (27).

De plus en plus de décisions se penchent d'ailleurs dorénavant sur la nature de l'usage allégué d'un caractère contrefaisant, en partant du principe ferme et restrictif selon lequel «le titulaire de la marque n'est habile à interdire à un tiers l'usage du signe identique à sa marque que si celui-ci est exploité à titre de marque et affecte la garantie de provenance du produit du titulaire de la marque» (28). C'est ainsi parce que «le signe "coup d'éclat" n'est pas utilisé pour ce produit à titre de marque identifiant son origine, cette fonction étant remplie par la marque "Melvita" inscrite en haut et en lettres italiques de couleur verte tant sur les conditionnements que le tube commercialisé par les sociétés Melvita, mais pour indiquer l'effet recherché du produit», qu'une demande en contrefaçon a été rejetée (29). Dans le même sens excluant l'existence d'un usage à titre de marque en cas d'exploitation d'un signe dans son sens descriptif, la même Cour a jugé que «le signe "Fax2Mail" n'a pas été utilisé (...) à titre de marque mais en tant que désignation nécessaire, usuelle et générique d'un service de conversion de fax en messagerie électronique et que l'atteinte à la fonction de garantie d'origine de la marque n'étant pas caractérisée, l'action en contrefaçon ne saurait prospérer» (30).

Par ailleurs, à la suite de l'arrêt *Google* de la CJUE, il est dorénavant admis que le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe à titre de marque (31). Ne seront pas davantage contrefaisants des vidéogrammes appa-

25. Paris, 20 décembre 2013, 13/03294, Café Chic, [lexbase.fr](#).

26. Paris, 5 avril 2013, 12/08296, Glam, [lexbase.fr](#).

27. Paris, 20 novembre 2013, 12/09197, Koesio, [lexbase.fr](#).

28. Paris, 29 novembre 2013, RG 13/02258, Rivaldi, [lexbase.fr](#).

29. Paris, 4 décembre 2013, 13/01860, Coup d'Éclat, [lexbase.fr](#).

30. Paris, 6 novembre 2013, RG 12/02570,

Fax2Mail, [lexbase.fr](#).

31. CJUE, 23 mars 2010, C-236/08, *Google*, Rec. p. I-2417; Cass. com., 13 juillet 2010, n° de pourvoi: 08-13944, [legifrance.gouv.fr](#).

raissant «avec l'indication en haut de la jaquette du nom Andrew Blake, utilisé pour indiquer non pas l'origine du produit mais le nom du réalisateur du film, de sorte qu'aucun usage à titre de marque ne saurait être reproché à faute à la société Colmax» (32).

Mais l'exclusion de la contrefaçon peut découler de motifs plus singuliers.

Il en est par exemple ainsi du fait d'identifier un site touristique... La reproduction, sur des articles de souvenirs, du cabaret du Moulin Rouge «ne constitue pas un usage à titre de marque car il ne remplit pas la fonction distinctive conférée à celle-ci, ne faisant qu'identifier un site touristique sans affecter la garantie de provenance des produits d'origine» (33). Il en est également ainsi en cas d'évocation des produits existants sur le marché. La Cour d'appel de Paris a par exemple pu juger que le consommateur «percevra le signe Ligne Claire ainsi mentionné dans certaines fiches comme un élément d'information supplémentaire, appelé à évoquer pour l'internaute la possibilité d'avoir accès aux produits d'une autre société, et non pas comme un indicateur de l'origine économique des fiches santé litigieuses ou du site Internet en cause», de sorte que «l'usage reproché à la société intimée ne s'avère pas susceptible de relever d'un usage à titre de marque» (34).

Si l'obligation progressive de caractériser une atteinte à la fonction de garantie d'origine de la marque permet d'éliminer, au côté de la nécessité de caractériser l'existence d'un usage dans la vie des affaires, toute notion de contrefaçon dans des situations qui ne semblent pas entrer naturellement dans son emprise (usage dans un dictionnaire, usage dans la presse, parodie...), peut-être que dans certains cas le droit des marques se trouve congédié de manière un peu brusque par cette intermédiation...

Comme dans le même temps constitue une pratique commerciale trompeuse le fait de créer une confusion avec une marque, en application des dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, et que les marques renommées ont une protection qui s'étend vers du quasi-parasitisme, un pan entier de ce que la jurisprudence française traditionnelle englobait dans l'orbite périphérique du droit de marque se retrouve aujourd'hui saisi par la propriété intellectuelle, plus mouvante dans la jurisprudence mais laissant aussi sans doute plus d'imagination aux plaideurs.

B) L'atteinte aux autres fonctions de la marque

Dans son arrêt *Arsenal* (35), la Cour de justice avait souligné en premier lieu que «le titulaire de la marque doit être protégé contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de celle-ci», reprenant la formule des arrêts Hoffmann-La Roche du 23 mai 1978 (36). Elle avait ajouté, en second lieu, qu'il convient de «permettre au titulaire de la marque de protéger ses intérêts spécifiques en tant que titulaire de la marque, c'est-à-dire d'assurer que la marque puisse remplir ses fonctions propres. L'exercice de ce droit doit dès lors être réservé aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque, et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs la provenance du produit» (37).

Elle en avait par conséquent conclu, pour ce qui est de la mesure de l'atteinte possible au droit de marque, que «le titulaire ne pourrait pas interdire l'usage d'un signe identique à la marque pour des produits

32. Paris, 11 décembre 2013, 12/10013, Andrew Blake, lexbase.fr.

33. Paris, 17 mai 2013, 11/22637, Moulin Rouge, lexbase.fr.

34. Paris, 23 octobre 2013, 12/06969, Ligne Claire, lexbase.fr.

35. Point 50.

36. CJCE, 23 mai 1978, C-102/77, *Hoffmann-La*

Roche, Rec. p. 1139, point 7.

37. Point 51.

identiques à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée si cet usage ne peut porter préjudice à ses intérêts propres en tant que titulaire de la marque eu égard aux fonctions de celle-ci» (38).

Depuis que les autres fonctions de la marque ont été révélées par la Cour de justice (39), il est devenu possible de se demander sérieusement si une atteinte à l'une de ces fonctions autre qu'à la fonction d'identité d'origine est susceptible de porter véritablement atteinte au droit de marque, d'autant que la jurisprudence française fait parfois elle-même mention d'une atteinte «aux fonctions de la marque» (40). Si la marque a plusieurs fonctions, faut-il admettre que les atteintes portées aux fonctions autres que la fonction «essentielle» d'identité d'origine, à savoir la fonction de garantie de qualité, la fonction d'investissement, la fonction de communication ou la fonction de publicité (41) de la marque, ne présupposent pas nécessairement un usage contrefaisant «à titre de marque»? Tout d'abord, cette question ne devrait pouvoir se poser que dans les hypothèses de reproduction de marque, qui sont loin d'être les plus fréquentes en pratique. La Cour de justice semble en effet vouloir étrangement faire varier le périmètre de protection de la marque (par la reconnaissance de ses différentes fonctions) à celui de l'atteinte qui lui est portée (42).

Par ailleurs, dans son arrêt *Google* du 23 mars 2010, la Cour de justice a retenu que «le titulaire de la marque est habilité à interdire cet usage si celui-ci est susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque, qu'il s'agisse de la fonction d'indication d'origine ou de l'une des autres fonctions» (43). On pourrait en déduire que des usages qui ne sont pas faits «à titre de marque», c'est-à-dire qui ne mettent pas en œuvre la fonction d'identité d'origine de la marque, sont susceptibles d'être qualifiés de contrefaisants, ce qui renverrait par une pirouette non dénuée de singularité, à la jurisprudence française classique qui ne limitait pas la contrefaçon aux seules atteintes à la garantie d'identité d'origine. Il n'est toutefois pas certain que ces hypothèses conservent un territoire vernaculaire à l'avenir, tant la Cour de justice a paru vouloir limiter autant que possible le sens de ces nouvelles fonctions dans ses arrêts subséquents à leur reconnaissance.

C'est ainsi «l'usage» que la jurisprudence, notamment française, voudra bien faire de ces fonctions subsidiaires de la marque qui façonnera directement, demain, le sens qu'il conviendra d'attribuer à la notion même d'«usage» de marque.

T. L.

38. Point 54.

39. CJUE, 18 juin 2009, C-487/07, *L'Oréal* : Rec. CICE 2009, I, p. 5185.

40. Paris, 23 octobre 2013, 12/06969, *LIGNE CLAIRE*, lexbase.fr: «l'usage reproché à la société intimée ne s'avère pas susceptible de

relever d'un usage à titre de marque et partant d'avoir porté atteinte aux fonctions de la marque 'LIGNE CLAIRE' et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs ou à l'utilisateur final l'identité d'origine des produits ou services désignés par la marque».

41. Arrêt *L'Oréal* précité.

42. J. Passa, «Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée? Utilité?», *Propr. industr.*, juin 2012, p. 7.

43. CJUE, 23 mars 2010, C-236/08, *Google*, Rec. p. I-2417.