

Cour de Cassation 2 octobre 2014, IEFbe 1071 (Sanboy contre Fasska)
www.IE-Forum.be

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.13.0180.F

SANBOY-COMERCIO DE BENS ALIMENTARES SERVICOS E INVESTIMENTOS, société de droit portugais dont le siège est établi à Funchal, Maldera (Portugal), avenida Arriaga, 30, 1 Andar Sala A,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Bruno Maes, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de Lozum, 25, où il est fait élection de domicile,

contre

FASSKA, société anonyme dont le siège social est établi à Genappe (Baisy-Thy), rue Bon air, 47,

défenderesse en cassation.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 19 juin 2012 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le conseiller Martine Regout a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

II. Le moyen de cassation

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

- *articles 2.3, b), et 2.14.1, a), de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles) du 25 février 2005, approuvée par la loi du 22 mars 2006 ;*
- *principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ;*
- *principe général du droit dit principe dispositif.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt déclare « fondé » le recours de la défenderesse, et, partant, annule la décision de l'Office Benelux de la propriété intellectuelle en ce qu'elle refuse l'enregistrement de la marque Biamil pour les produits en classes 5 et 29 et les produits en classe 30 jugés similaires et enjoint à l'Office Benelux de la propriété intellectuelle de procéder à l'enregistrement de la marque Biamil, déposée sous le numéro 1179489 également pour tous les produits réclamés par le dépôt qu'il a refusés, sur la base des motifs suivants :

« III. Discussion

16. L'opposition faite par la [demanderesse] sur la base de l'article 2.14.1 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle est

ouverte au déposant ou au titulaire d'une marque antérieure notamment lorsque celle-ci prend rang après la sienne, conformément aux dispositions de l'article 2.3, sous a) et b).

L'article 2.3, sous b), de cette convention vise le cas où des marques identiques ou ressemblantes ont été déposées pour des produits ou services identiques ou similaires et qu'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion avec la marque antérieure.

17. Un signe déposé à l'enregistrement ne peut faire fonction de marque que s'il est distinctif, ce qui suppose qu'il est apte à identifier les produits ou services pour lesquels la protection par la marque est réclamée comme provenant de l'entreprise titulaire de la marque.

Le pouvoir distinctif porte essentiellement sur la question si la marque est à même de servir de point de repère au consommateur pour qu'il puisse établir ses choix, soit pour décider l'achat d'un produit, soit pour l'éviter selon les expériences positives ou négatives qu'il aura eues.

18. Il s'ensuit que, lors de l'examen du risque de confusion entre deux marques en fonction des similitudes, l'appréciation doit se faire globalement au regard du pouvoir distinctif ainsi qu'au regard des produits concernés.

Cette appréciation globale implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte et, notamment, entre la similitude des marques et celle des produits ou des services désignés. Ainsi, un faible degré de similitude entre les produits ou les services désignés peut être compensé par un degré élevé de similitude entre les marques, et inversement.

Plus le niveau de similitude entre les marques et les produits est élevé, plus il est plausible que le public-cible pourra croire que les produits couverts par les deux marques proviennent d'une même entreprise ou d'entreprises économiquement liées.

19. Dès lors que le risque de confusion doit s'apprécier concrètement dans le chef du public-cible, il y a lieu de déterminer d'abord ce public pertinent. Aux fins de l'appréciation globale du risque de confusion, le

consommateur moyen des produits concernés est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait que le consommateur moyen n'a que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différentes marques, mais doit se fier à l'image imparfaite de celles-ci qu'il a gardée en mémoire.

Il y a lieu également de prendre en considération le fait que le niveau d'attention du consommateur moyen est susceptible de varier en fonction de la catégorie de produits ou de services en cause.

20. Le dépôt 1179489 relatif à la marque Biamil indique que la protection est réclamée pour les produits en classes 5, 29 et 30, qui sont énumérés dans leur totalité.

La marque Blemil concerne les produits en classes 5 et 29, à l'exception d'un produit.

Les produits en classe 5 s'adressent en majeure partie à un public spécialisé et pour une autre partie à un public plus que moyennement informé et attentif. Ils sont pour la plupart distribués via des canaux restreints où ils ne sont pas à la portée de main et qui supposent souvent la présence d'un dispensateur-conseil lors de l'achat.

En revanche, s'agissant de produits d'usage quotidien, les produits en classes 29 et 30 s'adressent au consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

21. Par conséquent, au niveau du public pertinent, il y a lieu de distinguer entre les produits en classe 5, d'une part, et les produits en classes 29 et 30, d'autre part.

Le niveau d'information et d'attention sera nettement plus élevé lorsqu'il s'agit de produits en classe 5.

22. Les deux signes verbaux sont inventés, sans aucun rapport avec les produits qu'ils sont appelés à distinguer. Ils sont inusuels dans leur rapport avec ces produits et partant distinctifs.

S'agissant de signes purement verbaux, sans autre élément distinctif, composés d'un seul mot court, l'attention pourra en principe être captée tant par les éléments de début que centraux et de fin.

Les signes étant de même nature sur ce point, ils sont équivalents au regard du pouvoir distinctif.

Néanmoins, en l'occurrence l'élément 'mil' est un élément qui n'a pas pour vocation de capter l'attention, ce qui appert clairement du fait que des dizaines, voire centaines de marques comportent cet élément. Il s'ensuit qu'il a pour unique fonction de faciliter qu'une autre composante puisse apparaître en tant que mot.

23. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, les deux signes sont uniquement formés par des lettres, sans aucun renvoi à une forme d'apparition ou police de fonte.

Il s'ensuit qu'il est sans importance que le signe soit perceptible en majuscules ou minuscules : le signe sera valablement utilisé dans n'importe quelle apparition de fonte.

Dans ce cas, la similitude entre les signes peut se situer sur le plan auditif ou conceptuel, la perception visuelle étant indissociable de l'audition et de l'acte cognitif des mots.

En effet, la perception visuelle ne porte pas sur des lettres consécutives mais sur leur ensemble qui fait qu'elles forment un mot. La perception visuelle du signe ne mène pas à autre chose que l'acte cognitif de reconnaissance du mot.

24. Sur le plan auditif, les deux mots ont en commun qu'ils ont le même suffixe et la même lettre d'attaque (deux - trois) et les lettres qui composent l'élément principal du mot à prononcer (Ble - Bia).

Les éléments prépondérants dans la perception auditive, Ble et Bia, sont nettement différents. La voyelle E est accentuée, tandis que les voyelles I et A sont courtes. Le rythme sonore global des deux signes est également différent.

Le suffixe 'mil', qui fournit un élément identique, ne porte pas la sonorité et est d'importance nettement subsidiaire.

Normalement le consommateur attache plus d'importance à la partie initiale des mots dès qu'ils sont davantage prononcés.

Ces éléments mènent à la conclusion que, nonobstant la présence d'un élément identique, dans l'ensemble de la perception auditive la similitude est très limitée.

25. Quant à la similitude conceptuelle, il y a lieu de considérer d'abord que les deux mots n'ont pas de signification quelconque et que dès lors à ce niveau l'acte cognitif ne peut rien ajouter à la perception auditive.

Toutefois, il ne suffit pas que les signes n'aient pas de signification pour qu'une similitude conceptuelle soit exclue. Il se pourrait parfaitement que des signes soient composés de plusieurs mots sans signification, mais suivant un concept de composition ou de prononciation rythmique spécifique, ce qui pourrait engendrer une similarité conceptuelle. De même, des mots sans signification peuvent être construits sur la base d'une sonorité similaire.

Au niveau de la composition des deux mots inventés, il y a lieu de relever qu'ils sont conçus tous les deux sur la base d'une partie prépondérante, suivie du suffixe très répandu 'mil'. Dans cette mesure, il y a une légère similitude conceptuelle.

26. L'appréciation globale sur le plan des ressemblances des signes est qu'ils présentent une similitude auditive très limitée qui n'empêche pas que la sonorité est largement différente ainsi qu'une légère similitude conceptuelle.

Les différences sont manifestement nettement plus importantes que les similitudes.

27. Les produits en classe 5 sont identiques et ceux en classe 29 sont quasi identiques.

En ce qui concerne les produits en classe 30, il peut être admis qu'il y a une similitude avec les produits en classe 29 pour ce qui concerne le sel, la moutarde, le vinaigre, les épices et les sauces, le sucre et le miel car ces produits sont souvent utilisés ensemble et présentent une complémentarité.

En revanche, il n'y a pas de similitude pour le café, le thé, le cacao et les succédanés de café, qui le plus souvent font l'objet de consommation autonome et ne sont pas complémentaires avec les produits en classe 29.

Il en est de même des autres produits en classe 30 : le riz, le tapioca, le sagou, les farines et préparations à base de céréales, le pain, la pâtisserie et confiserie, la levure et la poudre pour faire lever, le sirop de mélasse et les glaces comestibles, qui occupent une place différente dans les habitudes alimentaires et ne sont pas similaires.

28. Quant au risque de confusion, il y a lieu de considérer tout d'abord que les différences entre les marques sont beaucoup plus significatives que les ressemblances.

Dans la mesure où le dépôt concerne des produits en classe 30 qui ne sont pas similaires, les différences entre les marques excluent un risque de confusion.

En ce qui concerne les produits en classe 5, la cour [d'appel] a retenu qu'ils s'adressent à un public qui est plus que moyennement informé et attentif et qui lors de ses achats sera souvent conseillé. Ces éléments sont de nature à écarter un risque de confusion.

Les produits identiques en classe 29 et ceux en classe 30 qui sont similaires appartiennent à la gamme des produits alimentaires dont le consommateur reconnaît très bien les différences en raison de la fréquence des achats et de la place prépondérante qu'ils occupent dans son alimentation. Les différences dans les marques lui éviteront des erreurs.

29. De l'ensemble de ces circonstances, il résulte que le public pertinent ne risque pas de croire que les produits portant la marque Biamil sont originaires de la même entreprise que les produits portant la marque Blemil. Le risque de confusion n'est pas établi.

30. Dès lors, l'opposition est non fondée et la marque Biamil déposée par la [défenderesse] doit être enregistrée pour tous les produits mentionnés dans le dépôt ».

Griefs

Première branche

1. En vertu de l'article 2.14.1, a), de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle du 25 février 2005, le déposant ou le titulaire d'une marque antérieure peut, dans un délai de deux mois à compter du premier jour du mois suivant la publication du dépôt, introduire auprès de l'Office une opposition écrite à une marque qui « prend rang après la sienne, conformément aux dispositions de l'article 2.3, sous a) et b) ».

Selon l'article 2.3, b), de cette convention, le rang du dépôt s'apprécie en tenant compte des droits, existant au moment du dépôt et maintenus au moment du litige, à des marques identiques ou ressemblantes déposées pour des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association avec la marque antérieure.

Pour apprécier le degré de similitude existant entre les marques concernées, le juge doit déterminer leur degré de similitude visuelle, auditive et conceptuelle et, le cas échéant, évaluer l'importance qu'il convient d'attacher à ces différents éléments, en tenant compte de la catégorie de produits ou services en cause et des conditions dans lesquelles ils sont commercialisés. La ressemblance peut se situer à chacun de ces trois plans et le risque de confusion s'appréciera au regard de l'impression d'ensemble que produira ainsi la comparaison entre les marques en litige.

2. La demanderesse a soutenu que « pour comparer les marques et apprécier le risque de confusion », il y a lieu d'effectuer une comparaison « au niveau visuel, phonétique et conceptuel ».

En ce qui concerne plus particulièrement la comparaison visuelle, elle a prétendu que, « conformément à la décision de l'office dont appel, il peut

être affirmé que les marques 'Blemil' et 'Biamil' se ressemblent extrêmement sur le plan visuel », aux motifs « qu'elles ont la même longueur et comptent toutes les deux 6 lettres, qu'elles commencent toutes les deux par la lettre B, qu'elles se terminent toutes les deux par trois lettres identiques 'mil' et que leurs secondes lettres L et I peuvent être facilement confondues, peu importe le caractère de lettre choisi ».

La demanderesse a, pour conclure, invoqué que « la marque contestée et la marque antérieure présentent une importante similitude sur le plan visuel » « ainsi qu'une similitude suffisante sur le plan phonétique pour conclure à un risque de confusion » et qu'« une analyse conceptuelle n'a pas lieu d'être, les deux marques n'ayant aucune signification particulière ».

À l'appui de la thèse d'un risque de confusion pour les produits désignés, au sens où « il ne fait aucun doute que, compte tenu des ressemblances avec la marque 'Blemil', le public concerné qui se trouve en présence de produits commercialisés sous la marque 'Biamil' pensera que ces produits proviennent de l'opposante », la demanderesse a, en substance, avancé ce qui suit : « Il ressort de la comparaison des marques en conflit qu'elles sont non seulement phonétiquement similaires mais également visuellement très similaires » et qu'« en outre, les produits en cause sont, d'une part, identiques et, d'autre part, (hautement) similaires ».

3. L'arrêt n'examine le risque de confusion au sens de l'article 2.3, sous b), de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle qu'en procédant à une comparaison auditive et conceptuelle des signes sur la base des motifs suivants :

« Ainsi qu'il a déjà été indiqué, les deux signes sont uniquement formés par des lettres, sans aucun renvoi à une forme d'apparition ou police de fonte ;

Il s'ensuit qu'il est sans importance que le signe soit perceptible en majuscules ou minuscules : le signe sera valablement utilisé dans n'importe quelle apparition de fonte ;

Dans ce cas, la similitude entre les signes peut se situer sur le plan auditif ou conceptuel, la perception visuelle étant indissociable de l'audition ou de l'acte cognitif des motifs ;

En effet, la perception visuelle ne porte pas sur des lettres consécutives mais sur leur ensemble qui fait qu'elles forment un mot. La perception visuelle du signe ne mène pas à autre chose que l'acte cognitif de reconnaissance du mot ».

4. L'arrêt refuse ainsi, aux motifs que « les deux signes sont uniquement formés par des lettres, sans aucun renvoi à une forme d'apparition ou police de fonte », d'admettre que l'aspect visuel constitue un élément différent des aspects auditif et conceptuel et s'abstient, partant, d'examiner, en vue d'apprécier l'existence d'un risque de confusion, la similitude entre les marques concernées sur la base d'une comparaison visuelle.

Or, l'arrêt constatant qu'il s'agissait d'une procédure d'opposition à une marque, l'analyse du risque de confusion est nécessairement plus large que dans le cadre d'une action en interdiction d'usage d'un signe, en ce sens qu'il y a lieu de vérifier s'il existe un risque de confusion avec la marque antérieure de l'opposant dans toutes les circonstances dans lesquelles la marque demandée, si elle devait être enregistrée, serait susceptible d'être utilisée et en ne négligeant pas qu'une marque verbale peut être utilisée sous une multiplicité de graphismes ou de variantes.

L'arrêt, qui constate qu'il s'agissait d'une procédure d'opposition à une marque, n'a pu, aux seuls motifs que « les signes sont formés uniquement par des lettres, sans aucun renvoi à une forme d'apparition ou police de fonte » et qu' « il s'ensuit qu'il est sans importance que le signe soit perceptible en majuscules ou minuscules : le signe sera valablement utilisé dans n'importe quelle apparition de fonte », légalement décider que « la perception visuelle [est] indissociable de l'audition ou de l'acte cognitif des motifs » et que « la perception visuelle ne porte pas sur des lettres consécutives mais sur leur ensemble qui fait qu'elles forment un mot », de sorte que « la perception visuelle du signe ne mène pas à autre chose que l'acte cognitif de reconnaissance du mot ».

Ce faisant, l'arrêt refuse de reconnaître la spécificité de l'aspect visuel par rapport aux aspects auditif et conceptuel des signes en cause et ne procède

pas, ce faisant, à un examen de la ressemblance entre les signes sur le plan visuel en particulier.

L'arrêt méconnaît ainsi la notion légale de ressemblance au sens de l'article 2.3, b), de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle et viole, partant, cette disposition légale ainsi que l'article 2.14.1, a), de ladite convention.

Deuxième branche

1. Le juge est tenu de trancher le différend conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit examiner la nature juridique des faits et actes allégués par les parties et peut, quelle que soit la qualification juridique que les parties leur ont donnée, suppléer d'office aux motifs proposés par elles à condition de ne pas soulever de contestation dont elles ont exclu l'existence dans leurs conclusions, de se fonder uniquement sur des éléments qui ont été régulièrement soumis à son appréciation, de ne pas modifier l'objet de la demande et, ce faisant, de ne pas violer le droit de défense des parties.

2. Il ressort des conclusions des parties qu'elles ont procédé à une comparaison visuelle des marques, la demanderesse pour conclure à leur ressemblance, la défenderesse pour dénier leur similitude sur ce plan .

Elles ont, ce faisant, exclu que l'analyse de la ressemblance entre les marques puisse avoir lieu sur la base d'une comparaison des signes uniquement à l'aune des aspects auditif et conceptuel.

3. En s'abstenant d'examiner, en vue d'apprécier l'existence d'un risque de confusion, la similitude entre les marques concernées sur la base d'une comparaison visuelle, l'arrêt soulève une contestation exclue par les parties.

L'arrêt viole, ce faisant, le principe dispositif.

Troisième branche

1. *Si le juge est tenu de trancher le différend conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, il doit toutefois veiller à ne pas violer le droit de défense des parties.*

2. *Il ressort des conclusions des parties qu'elles ont procédé à une comparaison visuelle des marques, la demanderesse pour conclure à leur ressemblance, la défenderesse pour dénier leur similitude sur ce plan .*

En se fondant sur la constatation que « la perception visuelle [est] indissociable de l'audition ou de l'acte cognitif des motifs », la cour d'appel a soulevé un moyen - celui de la sélection des seuls éléments auditif et conceptuel pour les besoins de la comparaison entre signes - non discuté entre les parties (celles-ci ayant procédé à une comparaison des signes sur les plans visuel, auditif et conceptuel), pour en déduire ensuite que les différences sont manifestement nettement plus importantes que les similitudes et que le risque de confusion n'est pas établi.

3. *En soulevant d'office ce moyen sans le soumettre à la contradiction des parties, l'arrêt viole le droit de défense de la demanderesse.*

III. La décision de la Cour

Quant à la première branche :

L'arrêt constate que, « le 6 avril 2009, [la défenderesse] a procédé [...] au dépôt de la marque verbale Biamil », que « le dépôt [...] ne réclame aucun élément figuratif, de couleur ou autrement distinctif », que, « le 19 juin 2009, [la demanderesse] formait opposition [...] contre tous les produits de la marque opposée en invoquant les droits relatifs à sa marque communautaire Blemil » et qu'« il s'agit d'une marque verbale qui ne réclame aucun élément figuratif, de couleur ou autrement distinctif ».

L'arrêt relève que « les deux signes verbaux sont inventés, sans aucun rapport avec les produits qu'ils sont appelés à distinguer », que, « s'agissant de signes purement verbaux, sans autre élément distinctif, composés d'un seul mot court, l'attention pourra être captée tant par les éléments de début que centraux

et de fin », et que, « les signes étant de même nature sur ce point, ils sont équivalents au regard du pouvoir distinctif ».

Il constate que « les deux signes sont uniquement formés par des lettres, sans aucun renvoi à une forme d'apparition ou police de fonte », qu'« il s'ensuit qu'il est sans importance que le signe soit perceptible en majuscules ou minuscules » et que « le signe sera valablement utilisé dans n'importe quelle apparition de fonte ».

L'arrêt considère que, « dans ce cas, la similitude entre les signes peut se situer sur le plan auditif ou conceptuel, la perception visuelle étant indissociable de l'audition et de l'acte cognitif des mots », qu'« en effet, la perception visuelle ne porte pas sur des lettres consécutives mais sur leur ensemble qui fait qu'elles forment un mot » et que « la perception visuelle du signe ne mène pas à autre chose que l'acte cognitif de reconnaissance du mot ».

Il suit de ces énonciations que l'arrêt, contrairement à ce que soutient le moyen, en cette branche, examine le risque de confusion au regard de la similitude visuelle des signes et qu'il considère, en raison des caractéristiques propres à ceux-ci, que leur perception visuelle prise isolément ne permet pas, dans les circonstances de l'espèce, d'apprécier le degré de similitude des marques litigieuses et qu'elle se confond avec l'analyse de la perception conceptuelle desdites marques.

Il ne viole, partant, aucune des dispositions conventionnelles visées au moyen, en cette branche.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Quant aux deuxième et troisième branches réunies :

Dans ses conclusions additionnelles et de synthèse, la demanderesse faisait valoir que les marques litigieuses se ressemblent extrêmement sur le plan visuel et que la comparaison conceptuelle ne peut se faire.

Dans ses conclusions de synthèse, la défenderesse faisait valoir que les marques litigieuses ne peuvent être considérées comme similaires sur le plan visuel, que la comparaison des marques sur le plan conceptuel revêt une importance particulière et que la circonstance que l'élément commun des marques litigieuses soit le suffixe allusif « mil » constitue un élément favorable à la coexistence des signes.

En décidant que « la perception visuelle du signe ne mène pas à autre chose que l'acte cognitif de reconnaissance du mot », l'arrêt considère, sur la base d'une appréciation souveraine, sans violer ni le principe dispositif ni le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, que, dans les circonstances de l'espèce, la recherche d'une similitude sur la base de la comparaison visuelle des signes, réalisée distinctement de la recherche d'une similitude sur la base de la perception conceptuelle de ceux-ci, n'est pas pertinente pour apprécier l'existence d'un risque de confusion.

Le moyen, en ces branches, ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de six cent vingt euros cinquante et un centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, les conseillers Didier Batselé, Martine Regout, Michel Lemal et Sabine Geubel, et prononcé en

audience publique du deux octobre deux mille quatorze par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Thierry Werquin, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

S. Geubel

M. Lemal

M. Regout

D. Batselé

Chr. Storck