

Arrêt N° 20/16 IV-COM

Audience publique du dix-sept février deux mille seize

Numéros 40532 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Jean ENGELS, conseiller ;
Viviane PROBST, greffière.

E n t r e :

la société anonyme SOC1.) LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, enregistrée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick Kurdyban de Luxembourg du 15 juillet 2013,

comparant par Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour; demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée de droit français SOK1.), établie et ayant son siège social à F-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, enregistrée au Registre du Commerce et des Sociétés de Marseille sous le numéro (...),

intimée aux fins du prédit exploit Kurdyban,

comparant par Maître Nicolas Decker, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

La société à responsabilité limitée de droit français **SOK1.)** (ci-après la société **SOK1.)**) est active dans le développement, la fabrication et la distribution des obturateurs, protecteurs, capes et bouchons pour les industries notamment pharmaceutique, alimentaire, cosmétique et chimique depuis 1987, date de sa constitution.

Exposant que la société **SOC1.)** Luxembourg (ci-après la société **SOC1.)**) aurait développé, fabriqué et distribué des produits identiques et en tout cas similaires aux siens sous le signe « **SOC1.)** », la société **SOK1.)** a fait assigner la société **SOC1.)** devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale, pour voir déclarer nulle la marque Benelux **SOC1.)** enregistrée auprès de l'Office Benelux de la Propriété Intellectuelle et pour voir ordonner la radiation de ladite marque.

La société **SOK1.)** a fait exposer:

- qu'elle est titulaire de la marque française n° (...) « **SOK1.)** », déposée le 2 juin 1998 pour les produits et services des classes 16, 17, 40 et 42, dûment renouvelée,

- qu'elle a également été titulaire de la marque internationale n° (...) « **SOK1.)** », déposée le 4 février 1999 et couvrant le territoire Benelux pour les produits et services des classes 6 (bouchons protecteurs métalliques pour tubes et brides), 16 (matières plastiques pour l'emballage industriel), 17 (produits en matières plastiques mi-ouvrées), 20 (bouchons protecteurs non métalliques pour tubes et brides), 40 (traitement de matériaux) et 42 (recherche industrielle), marque qui a expiré le 4 février 2009 suite à une erreur interne au sein de la société,

- qu'un dépôt de restauration de la marque a cependant été effectué le 28 janvier 2011 (n° de dépôt (...)),

- que la société **SOC1.)** a procédé le 28 septembre 2010 au dépôt de la marque verbale Benelux « **SOC1.)** » pour les produits des classes 17 et 20 (bouchons en caoutchouc et de bouteilles) numéro (...) et qu'elle a également enregistré le nom de domaine [www.SOC1.\)com](http://www.SOC1.)com),

Cette demande est basée sur l'article 2.28-3, sous b, de la Convention Benelux en matière de Propriété Intellectuelle signée le 25 février 2005 (ci-après la CBPI) combiné principalement avec l'article 2.4, sous d) et subsidiairement avec l'article 2.4, sous f) de la CBPI.

La société **SOC1.)** a en cours d'instance demandé reconventionnellement l'extinction du droit à la marque Benelux « **SOK1.)** » en application de l'article 2.26, alinéa 2, sous a) de la CBPI en soutenant que la société demanderesse n'aurait pas fait un usage normal de cette marque pendant une période ininterrompue de cinq ans.

Par jugement du 13 mars 2013, le tribunal a rejeté la demande en déchéance de la marque « **SOK1.)** », dit fondée la demande de la société **SOK1.)**, annulé la marque Benelux « **SOC1.)** » n° (...) et en a ordonné la radiation du registre des marques de l'Office Benelux de la Propriété Intellectuelle. Il a encore condamné la société **SOC1.)** au paiement d'une indemnité de procédure de 750 €.

Considérant qu'il appartiendrait à la société **SOK1.)** de rapporter la preuve de l'usage normal de sa marque, le tribunal a retenu que cette preuve était établie au regard des factures versées en cause par la société **SOK1.)**, portant le signe « **SOK1.)** » et attestant une vente continue sur plus de dix ans par cette société, aussi bien au Luxembourg qu'en Belgique, de capes et de bouchons en plastique et au regard de ce que ce même signe est utilisé dans le catalogue des produits **SOK1.)** et sur le site internet de la société demanderesse.

Le tribunal, après avoir dit recevable la demande en annulation de la marque « **SOC1.)** », basée sur l'article 2.28-3, sous b), et 2.4, sous d) de la CBPI a retenu que pour que l'action en nullité puisse aboutir, il faut qu'il y ait ressemblance entre les marques enregistrées pour des produits ou services similaires.

Concernant la condition liée à la ressemblance, la juridiction du premier degré a considéré que du point de vue visuel, la seule différence entre les deux marques se situe au niveau de la quatrième lettre, la marque de la société demanderesse s'écrivant avec la lettre « k », la marque de la défenderesse s'écrivant avec la lettre « c ». Dans la mesure où d'un point de vue phonétique les deux marques sont identiques et qu'elles ne diffèrent pas non plus dans leur aspect conceptuel, le tribunal a retenu qu'elles ont une forte ressemblance.

Concernant la condition liée à la similitude des produits et services offerts, la juridiction de première instance s'est référée à un arrêt de la CJCE (aff. Canon, n° C-37/97 du 29 septembre 1998) pour retenir que les services et produits offerts par les parties litigantes sont similaires dans la mesure où l'activité principale des deux sociétés consiste dans la fabrication et la distribution de bouchons en plastique et que la défenderesse est restée en défaut d'établir que les bouchons **SOK1.)** sont objectivement, en raison de spécificités propres à leur nature, uniquement destinés à des « produits industriels et techniques ».

Quant au risque de confusion, le tribunal s'est référé à un arrêt de la Cour de Justice Benelux (CJB), (B. H./ G. S. B.) du 2 octobre 2000 qui a décidé que pour apprécier si ce risque est possible, il faut tenir compte des aptitudes d'une clientèle moyenne des produits ou services concernés, normalement informée et raisonnablement attentive et avisée, peu importe cependant que cette clientèle soit constituée de professionnels ou de consommateurs finaux. Le tribunal a en conséquence rejeté le moyen de la société défenderesse qui faisait valoir que les produits des marques litigantes s'adressaient uniquement à des professionnels, en retenant qu'il existe un réel risque de confusion entre les deux marques en cause, et cela même dans le chef d'un client professionnel normalement averti au regard de la similarité des noms des deux sociétés et des produits offerts.

La demande de la société **SOK1.)**, basée sur l'article 2.28-3, sous b), combiné avec l'article 2.4, sous d) de la CBPI a, partant été déclarée fondée.

Suivant acte d'huissier de justice du 15 juillet 2013, la société **SOC1.)** a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 12 juin 2013.

L'appelante reprend en substance ses moyens développés en première instance et conclut, par réformation, à voir dire la demande en annulation de sa marque non fondée et se voir décharger de toute condamnation prononcée à son encontre. Elle sollicite une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance ainsi que 1.000 € pour l'instance d'appel.

La société **SOK1.)** conclut principalement à la confirmation du jugement entrepris.

Elle conclut en ordre subsidiaire au renvoi du litige devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch en vue d'y voir trancher sa demande basée sur l'article 2.4 sous f) de la CBPI. En ordre plus subsidiaire, elle demande à voir dire la demande basée sur l'article 2.4 sous f) de la CBPI fondée et à voir prononcer la nullité de la marque « **SOC1.)** » ainsi que sa radiation du registre des marques de l'Office Benelux de la Propriété Intellectuelle. Elle réclame une indemnité de procédure de 2.500 €.

Appréciation de la Cour :

Avant de pouvoir examiner le bien-fondé de la demande de la société **SOK1.)**, la Cour doit au préalable se prononcer sur la demande de la société **SOC1.)** qui tend à voir constater la déchéance depuis le 4 février 2004 de la marque « **SOK1.)** ».

l) La demande en déchéance de la marque « **SOK1.)** »

Selon l'article 2.27 de la CBPI, tout intéressé peut invoquer l'extinction du droit à la marque dans les cas prévus à l'article 2.26 alinéa 2.

Dès lors que la société **SOK1.)** sollicite l'annulation de la marque « **SOC1.)** » relative à des produits identiques ou similaires que ceux commercialisés par elle-même, et partant la radiation de cette marque dont la société appelante est titulaire, celle-ci a intérêt à demander la déchéance de la marque « **SOK1.)** », intérêt qui n'est d'ailleurs pas contesté par la société **SOK1.)** (voir en ce sens, Cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre, 12 octobre 2001, JLMB 2002/20, p.865).

La société **SOC1.)** critique le tribunal pour ne pas avoir retenu que la société **SOK1.)** n'avait pas fait un usage normal de la marque « **SOK1.)** » de façon ininterrompue pendant un délai de cinq ans depuis l'enregistrement de ladite marque. Elle argumente que sur les photos communiquées par l'intimée, l'inscription « **SOK1.)** » ne correspondrait pas à la marque figurative enregistrée le 4 février 1999. En outre, les 63 factures couvrant la période du 18 janvier 1999 au 7 décembre 2012 ne feraient état que de ventes quantitativement très limitées. Le catalogue de la société **SOK1.)** ne serait pas non plus de nature à rapporter la preuve d'un usage normal ininterrompu pendant cinq ans.

Elle en conclut que l'enregistrement de la marque « **SOK1.)** » ayant été fait le 4 février 1999, le droit à la marque serait éteint depuis le 4 février 2004.

En conséquence, la société **SOC1.)** demande, par réformation, à voir prononcer la déchéance de la marque « **SOK1.)** » avec effet à partir du 4 février 2004, sinon avec effet à partir de toute date à fixer par la Cour.

L'intimée fait état de la taille relativement petite de son entreprise qui ferait un chiffre d'affaires annuel de quelque centaines de milliers d'euros. Afin d'établir l'usage normal de la marque « **SOK1.)** », l'intimée se réfère aux factures adressées à des clients réguliers et moins réguliers ainsi qu'au catalogue de son entreprise relatif à l'ensemble des produits commercialisés et renvoie également à son site internet.

La société de droit français **SOK1.)** est établie à (...). Elle est spécialisée dans la fabrication et la distribution de bouchons en plastique. Elle a procédé à l'enregistrement de la marque Benelux « **SOK1.)** » le 4 février 1999 pour les produits des classes 6, 16, 17, 20, 40 et 42. Le droit à la marque s'est éteint le 4 février 2009. L'intimée a en date du 28 janvier 2011 sollicité la restauration de l'enregistrement de la marque « **SOK1.)** » (pièce n° 4 de Maître Decker).

La société **SOC1.)** souhaite utiliser la marque « **SOC1.)** » pour commercialiser des bouchons en plastique ainsi que des bouchons de bouteilles, produits relevant des classes 17 et 20. Elle a déposé une demande d'enregistrement de cette marque en date du 28 septembre 2010 et obtenu son enregistrement le 6 avril 2011. (pièce n° 5 de Maître Decker).

Elle a présenté sa demande en déchéance de la marque « **SOK1.)** » lors des débats devant la juridiction de première instance en faisant valoir que la société **SOK1.)** n'en avait pas fait un usage normal pendant une période ininterrompue de cinq années à partir de la date de l'enregistrement de ladite marque le 4 février 1999.

Aux termes de l'article 2.26 alinéa 2 de la CBPI, « *le droit à la marque est déclaré éteint dans les limites fixées à l'article 2.27, dans la mesure où, après la date de l'enregistrement : il n'y a eu, sans juste motif, aucun usage normal de la marque sur le territoire Benelux pour les produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, pendant une période ininterrompue de cinq années ; en*

cas de litige, le tribunal peut mettre, en tout ou en partie, le fardeau de la preuve à charge du titulaire de la marque (...). »

La CBPI signée le 25 février 2005 est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006 et a été approuvée au Grand-Duché de Luxembourg par la loi du 16 mai 2006.

La notion « d'usage normal » ayant été harmonisée au niveau européen, elle doit être interprétée à la lumière de la directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 et de la directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques. Les expressions « normal » et « sérieux » ont la même portée : elles dénie toute valeur à l'usage artificiel d'une marque, c'est-à-dire celui qui n'est fait que dans le seul but de maintenir le droit à la marque. L'appréciation du caractère normal de la marque est une question de pur fait, qui doit être examinée en tenant compte de toutes les circonstances de la cause (La défense de marque dans le Benelux par J. Evrard et P. Peters, éd. Larcier 1996, n° 192).

La CJCE a considéré « qu'une marque fait l'objet d'un «usage sérieux» lorsqu'elle est utilisée, conformément à sa fonction essentielle qui est de garantir l'identité d'origine des produits ou des services pour lesquels elle a été enregistrée, aux fins de créer ou de conserver un débouché pour ces produits et services, à l'exclusion d'usages de caractère symbolique ayant pour seul objet le maintien des droits conférés par la marque. L'appréciation du caractère sérieux de l'usage de la marque doit reposer sur l'ensemble des faits et des circonstances propres à établir la réalité de l'exploitation commerciale de celle-ci, en particulier les usages considérés comme justifiés dans le secteur économique concerné pour maintenir ou créer des parts de marché au profit des produits ou des services protégés par la marque, la nature de ces produits ou de ces services, les caractéristiques du marché, l'étendue et la fréquence de l'usage de la marque.(...) . L'appréciation des circonstances de l'espèce peut ainsi justifier la prise en compte, notamment, de la nature du produit ou du service en cause, des caractéristiques du marché concerné, de l'étendue et de la fréquence de l'usage de la marque. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'usage de la marque soit toujours quantitativement important pour être qualifié de sérieux, car une telle qualification dépend des caractéristiques du produit ou du service concerné sur le marché correspondant.» (voir CJCE arrêt A. du 11 mars 2003, C-40/01).

Elle a encore décidé que « *la question de savoir si un usage est quantitativement suffisant pour maintenir ou créer des parts de marché pour lesdits produits ou services dépend de plusieurs facteurs et d'une appréciation d'espèce qu'il appartient dans chaque cas au juge national de porter. Les caractéristiques de ces produits ou de ces services, la fréquence ou la régularité de l'usage de la marque, le fait que la marque est utilisée pour commercialiser l'ensemble des produits ou des services identiques de l'entreprise titulaire ou simplement certains d'entre eux, ou encore les preuves relatives à l'usage de la marque que le titulaire est à même de fournir, sont au nombre des facteurs qui peuvent être pris en considération.*

De même, les caractéristiques du marché concerné, qui ont une influence directe sur la stratégie commerciale du titulaire de la marque, peuvent également être prises en compte pour apprécier le caractère sérieux de l'usage.

De même, l'utilisation de la marque par un seul client, importateur des produits pour lesquels celle-ci est enregistrée, peut suffire pour démontrer qu'un tel usage est sérieux, s'il apparaît que l'opération d'importation a une réelle justification commerciale pour le titulaire de la marque.

Dans ces conditions, il n'est pas possible de déterminer a priori, de façon abstraite, quel seuil quantitatif devrait être retenu pour déterminer si l'usage a ou non un caractère sérieux. Une règle de minimis, qui ne permettrait pas au juge national d'apprécier l'ensemble des circonstances du litige qui lui est soumis, ne peut, dès lors, être fixée » (CJCE, 27 janvier 2004, la M.T. Inc./ L. G., aff. C-259/02 ; également arrêt CJUE 15 janvier 2009, C-495/07 n° 17 à 19).

Le premier acte d'usage d'une marque est le fait de l'apposer sur le fabricant. (Le précis des marques par A. Braun et E.Cornu, éd. Larcier, 5^{ème} édition, n° 514).

L'article 2.26 alinéa 3b) de la CBPI dispose que « *l'apposition de la marque sur les produits ou sur leur conditionnement dans le seul but de l'exportation* » est un fait d'usage de la marque.

Contrairement à l'affirmation de la société **SOC1.)**, le signe « **SOK1.)** » de la société intimée apposée sur les échantillons de capes versées à la Cour correspond à la marque figurative Benelux « **SOK1.)** » enregistrée le 4 février 1999.

La Cour ne saurait partager l'avis de l'appelante que la lettre « O » ne serait pas identique sur les photos de l'intimée à celle de la marque figurative. Le « cercle » entourant la lettre « O » du mot « **SOK1.)** » n'est pas reconnaissable, respectivement distinguable sur les photos en raison du fait que les photos versées sont trop floues.

Un usage normal n'implique ensuite pas spécialement que les produits revêtus de la marque aient été vendus à une grande échelle sur l'ensemble du territoire Benelux, mais requiert simplement que l'usage ne soit pas symbolique ou artificiel (Précis des marques précité n° 514).

Au regard de la jurisprudence de la CJCE, l'appréciation de l'usage « normal » de la marque n'est que qualitative, les quantités en jeu n'étant qu'un indice dans l'appréciation de la sincérité de l'usage (Les signes distinctifs, T. Van Innis, éd. Larcier 1997, n° 624).

La Cour approuve la position du tribunal au sujet des factures émises par la société **SOK1.)** entre 1999 et 2012 attestant une vente continue sur plus de dix ans à des clients aussi bien au Luxembourg qu'en Belgique de bouchons, tubes protecteurs et capes en plastique.

S'il est vrai que l'intimée n'a pas établi avoir réalisé après la date de l'enregistrement de sa marque des publicités en vue de promouvoir ses produits au Benelux, qu'il n'est pas non plus établi que son catalogue ait été distribué au Benelux, elle a cependant établi à suffisance au regard des factures émises avec l'apposition du signe « **SOK1.)** », de la régularité et de la durée de l'usage de la marque et de la nature des produits vendus par son entreprise que l'usage a eu pour objet de créer, voire de conserver un débouché pour ses produits et qu'il ne visait pas au seul maintien du droit à la marque (voir arrêts CJB, aff. 80/1, T./ R., CJCE 11 mars 2001, aff.C.-40/11 A.).

C'est dès lors à juste titre, quoique partiellement pour d'autres motifs, que la juridiction de première instance a déclaré non fondée la demande en déchéance de la marque « **SOK1.)** ».

II) La demande en annulation de la marque « **SOC1.)** »

La société **SOK1.)** sollicite l'annulation de la marque « **SOC1.)** ». Sa demande est basée sur l'article 2.28 - 3 sous b) de la CBPI combiné principalement avec l'article 2.4 sous d) et subsidiairement avec l'article 2.4 sous f) de la CBPI.

La société **SOK1.)** reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir retenu que les marques « **SOC1.)** » et « **SOK1.)** » ne sont pas identiques et qu'il n'y a pas de ressemblance entre elles. Pour apprécier la similitude, il ne faudrait pas seulement prendre en compte le genre de produits, mais également le cercle de la clientèle auquel ils sont destinés. La marque « **SOC1.)** » serait utilisée pour la commercialisation de bouchons en plastique pour les produits pharmaceutiques, cosmétiques et chimiques ainsi que les produits alimentaires liquides et secs, tandis que sous la marque « **SOK1.)** » ne seraient commercialisés que les bouchons pour des produits industriels et techniques.

Le risque de confusion serait inexistant dans la mesure où les produits vendus par la société **SOC1.)** se distingueraient de ceux vendus par l'intimée et ne s'adresseraient pas à la même clientèle. Arguant que ces produits ne s'adresseraient pas au grand public, « *le public ne pourrait pas attribuer une origine commune à la marchandise vendue sous la marque « **SOC1.)** » et celle vendue par la société intimée* ». Dans la mesure où la marque de l'intimée serait une marque figurative alors que celle de l'appelante serait une marque verbale, tout risque de confusion serait exclu.

L'appelante conclut dès lors, par réformation, au rejet de la demande en annulation de la marque Benelux « **SOC1.)** » n° (...).

La société **SOK1.)** conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Elle insiste sur la similarité visuelle, phonétique et conceptuelle des signes « **SOK1.)** » et « **SOC1.)** » pour soutenir que les deux marques ont une forte ressemblance. Elle ajoute que les produits et services en cause sont identiques et en tout cas similaires et que les produits visés par la marque « **SOK1.)** » incluent les produits visés par la marque enregistrée par l'appelante. Au regard de la très grande similarité des signes en cause et de l'identité des produits et services, il y aurait également lieu de retenir un risque de confusion dans le chef du public moyennement attentif concerné, peu importe qu'il s'agisse d'un public de consommateurs finaux ou de professionnels. Ce risque de confusion existerait même dans le chef d'un client professionnel normalement averti.

La marque existe pour individualiser un produit (ou un service) et pour le rendre reconnaissable et identifiable dans l'esprit du public. La marque opère comme symbole du produit, afin d'en faire connaître la provenance et d'en promouvoir la vente. (Van Bunnem L., Examen de jurisprudence 1992-1998, R.C.J.B., 1999, 291).

Il est à noter que la marque n'indique pas seulement la provenance, elle remplit aussi une fonction publicitaire (Van Innis T., Les signes distinctifs, n° 205 et 206).

La recevabilité de la demande en annulation de la marque « **SOC1.)** » n'est pas critiquée par la société **SOC1.)** de sorte que c'est à juste titre que le tribunal a dit recevable cette demande en application de l'article 2.28-3 sous b) combiné avec l'article 2.4 sous d) de la CBPI.

Il appartient à la Cour d'examiner s'il y a ressemblance entre les marques enregistrées pour des produits ou services similaires.

Quant à la condition liée à la ressemblance entre les marques en question, c'est à juste titre et par une motivation que la Cour adopte que la juridiction de première instance a retenu que les deux marques ont une forte ressemblance.

Quant à la condition tenant à la similitude des produits et services en cause, la CJCE a précisé que « *sont similaires des produits ou services présentant entre eux un lien suffisamment étroit pour que le public y apercevant une marque identique ou ressemblante puisse leur attribuer une origine commune* ». (CJCE, 29 septembre 1998, C., aff.C-39/97)

Pour apprécier la similitude, il faut prendre en compte la nature, mais également la destination des produits, c'est-à-dire le cercle de personnes auxquelles ils sont destinés, l'utilisation des produits et services, leur caractère concurrent ou complémentaire et se mettre à la place du consommateur peu averti, d'intelligence et de perspicacité moyennes (Les droits intellectuels, éd. Larquier 2007, n° 58).

Il importe de rappeler que la marque Benelux de la société « **SOK1.)** » est déposée entre autres dans la classe Cl 17 pour des « *produits en matières plastiques mi ouvrées* » et dans la classe Cl 20 pour des « *bouchons protecteurs non métalliques pour tubes et brides* ».

La société **SOC1.)** a fait enregistrer sa marque dans les mêmes classes CI 17 et CI 20 pour des « *bouchons en caoutchouc* » et « *bouchons de bouteilles* ».

La juridiction de première instance a retenu à bon droit que l'activité principale des deux sociétés consiste en la fabrication de bouchons en plastique, cette constatation n'étant pas critiquée par la société **SOC1.)**.

L'affirmation de l'appelante que les produits commercialisés par la société **SOK1.)** se distingueraient des siens en raison de spécificités propres à leur nature ne résulte d'aucun élément probant du dossier.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal a retenu que les produits et services commercialisés par la société **SOC1.)** sont similaires aux produits et services pour lesquels la marque de la société **SOK1.)** a été enregistrée.

L'appelante reproche enfin à la juridiction du premier degré de ne pas avoir retenu que dans la mesure où les produits vendus sous les marques « **SOK1.)** » et « **SOC1.)** » sont seulement destinés à des professionnels avertis, tout risque de confusion entre les deux marques serait inexistant.

Le risque de confusion a été défini par la CJCE dans l'arrêt C. précité du 29 septembre 1998 comme étant « *le risque que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou le cas échéant, d'entreprises économiquement liées* ».

Pour apprécier le risque de confusion, il faut procéder à une appréciation globale et tenir compte de tous les facteurs. Cette appréciation globale du risque de confusion « *implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte, et notamment la similitude des marques et celle des produits ou des services désignés* ». (CJCE arrêt S., 11 novembre 1997, aff.C-251/95 ; Le précis des marques, p.405 ; CJCE arrêt Lloyd, 22 juin 1999, C-342/97).

Le risque de confusion doit être apprécié par rapport à la perception des marques qu'en a le consommateur moyen de la catégorie de produits ou de services en cause, lequel perçoit normalement une marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails.

La CJB s'est ralliée à cette interprétation donnée par la CJCE et a précisé dans l'arrêt B. précité, en se référant à l'arrêt L. « *que le public dans l'esprit duquel le risque de confusion entre le signe ressemblant et la marque peut naître est le public qui est mis en présence du signe; que pour apprécier ce risque, il faut avoir égard entre autres au consommateur moyen de la catégorie de produits concernée, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.*

Il y a lieu d'ajouter que pour apprécier le risque de confusion, « *il convient de tenir compte de la circonstance 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 non parfaite qu'il en a gardé en mémoire* ». Le risque de confusion s'apprécie donc de manière relativement large.

Il s'appréciera au regard de l'impression d'ensemble que produira la comparaison entre les marques en litige. Le consommateur moyen qui a conservé dans l'esprit, dans l'œil ou dans l'oreille l'impression produite par une marque à laquelle il est accoutumé, se contentera, pour vérifier l'origine d'un produit qu'on lui présente, de rechercher les éléments principaux de la marque et il sera rassuré si l'impression générale est la même. La classe de gens à laquelle le produit est destiné ne se livre jamais à un examen détaillé du produit et n'a pas sous ses yeux, les deux marques. (Le précis des marques, 5^{ème} édition, n° 380).

Au regard des développements qui précèdent quant au fort degré de ressemblance entre les marques « **SOK1.)** » et « **SOC1.)** » pour des produits similaires, la Cour retient que l'impression globale que le consommateur d'attention moyenne a de la marque incriminée est à tel point similaire avec l'impression globale qu'il a gardée de la marque dont la protection est réclamée, de sorte qu'il y a dans son esprit risque de confusion quant à l'origine des produits et services offerts. La Cour approuve en outre par adoption de sa motivation la juridiction de première instance d'avoir retenu que ce risque de confusion existe également dans le chef d'un client professionnel normalement averti.

C'est dès lors à bon droit et par une motivation que la Cour adopte que la demande en annulation de la marque « **SOC1.)** » a été déclarée fondée sur le fondement de l'article 2.28-3 combiné avec l'article 2.4 sous d) de la CBPI.

C'est encore à juste titre et par une motivation que la Cour approuve que le tribunal a fait droit à la demande de la société **SOK1.)** en allocation d'une indemnité de procédure et dit non fondée celle formulée par la société **SOC1.)**.

L'appel n'est dès lors pas fondé.

Au vu du sort réservé à son appel, la demande de l'appelante basée sur l'article 240 du NCPC est à rejeter.

La demande de la société **SOK1.)** en allocation d'une indemnité de procédure est à déclarer fondée dès lors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens. La Cour fixe l'indemnité devant revenir de ce chef à l'intimée à 1.000 €.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondée la demande de la société anonyme **SOC1.)** LUXEMBOURG en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme **SOC1.)** LUXEMBOURG à payer à la société à responsabilité limitée de droit français **SOK1.)** une indemnité de procédure de 1.000 €,

condamne la société anonyme **SOC1.)** LUXEMBOURG aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Nicolas Decker, sur ses affirmations de droit.