

Arrêt N° 46/17 IV-COM

Audience publique du huit mars deux mille dix-sept

Numéro 41523 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e

A, sans état connu, demeurant à, ayant demeuré à,

partie requérante aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 25 juillet 2014,

comparant par Maître Marc Thewes, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée de droit autrichien B, établie et ayant son siège social à,

partie requise aux fins de la prédite requête,

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

LA COUR D'APPEL

A a déposé le 23 février 2012 une demande d'enregistrement de marque Benelux sous le numéro 1242447 auprès de l'Office Benelux de la Propriété Intellectuelle (ci-après OBPI).

La marque dont l'enregistrement a été demandé est le signe semi-figuratif suivant :

Les produits pour lesquels l'enregistrement a été demandé relèvent des classes 25, 30, 32 et 33 et correspondent à la description suivante :

en classe 25 : « *vêtements, chaussures, chapellerie,*

en classe 30 : « *café, thé, cacao, et succédanés du café, riz ; farines et préparations faites de céréales, pain, pâtisserie et confiserie, glaces comestibles, sucre, miel, sirop de mélasse ; levure, poudre pour faire lever ; sel, moutarde ; vinaigre, sauces (condiments) ; épices ; glace à rafraîchir* »,

en classe 32 : *Bières, eaux minérales et gazeuses et autres boissons sans alcool ; boissons à base de fruits et jus de fruits ; sirops et autres préparations pour faire des boissons ;*

en classe 33 : *boissons alcoolisées (à l'exception des bières).*

Le dépôt a été publié le 28 février 2012.

Le 1^{er} mai 2012, la société B (ci-après la société B) a formé opposition à l'encontre de l'enregistrement de la marque demandée pour l'ensemble des produits revendiqués couverts par les marques antérieures en se fondant sur les droits antérieurs suivants :

- l'enregistrement international désignant l'Union européenne n° 1074879, pour des produits compris dans la classe 32 :

- l'enregistrement international désignant le Benelux n° 765696 pour des produits en classe 25, 32 et 33 (boissons alcooliques à l'exception de bières) :

- la marque Benelux de couleur déposée le 10 octobre 2007 et enregistrée le 7 janvier 2008 pour des produits en classe 32 (boissons énergétiques) indiquant le code couleur et accompagnée de la description suivante : « *bleu argent. PMS2747C, PMS877 C, les deux surfaces colorées de taille identique sont adjacentes et sont disposées sur le côté antérieur de l'emballage du produit, et déterminent à proportion égale l'impression générale dégagée par cet emballage* ».

- la marque communautaire complexe semi-figurative n°1143122 enregistrée le 14 avril 2000 pour des produits relevant de la classe 32.

Les motifs invoqués à l'appui de l'opposition étaient fondés sur l'article 2.14, alinéa 1^{er}, sous a et b de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (ci-après : CBPI) combiné avec l'article 2.3 sous b de ladite convention.

La société B a argué d'un risque de confusion en raison de l'identité ou de la ressemblance des signes concernés et de l'identité ou de la similitude des produits et services en question. Elle a notamment fait état des ressemblances visuelles entre les marques antérieures enregistrées et le signe contesté, étant donné que ce dernier comprendrait la même combinaison de couleurs bleu et argent que les droits invoqués et ceci dans les mêmes proportions et pour trois des droits invoqués dans la même division d'une surface trapézoïdale. Elle a encore invoqué l'identité, respectivement la similitude des produits du signe contesté à ceux des droits invoqués et a demandé à l'OBPI de ne pas enregistrer la marque déposée par A pour les produits contre lesquels l'opposition était dirigée.

La défenderesse a soutenu que les signes ne se ressemblent pas du tout et que la seule ressemblance de la lettre B dans les éléments « Bomb » et « Bull » est faible. Quant à la combinaison de couleurs, A a fait valoir que des couleurs n'ont qu'un faible pouvoir distinctif et ne peuvent pas être monopolisées. Elle a ajouté que le signe contesté comprend encore d'autres couleurs que les droits invoqués.

Par décision du 27 mai 2014, l'OBPI a tout d'abord procédé à la comparaison entre le signe contesté et le troisième droit invoqué et des produits relevant des classes respectives des deux marques et ensuite à la comparaison entre le signe contesté et les premier, deuxième et quatrième droits invoqués et les produits relevant de ces marques.

Concernant le troisième droit invoqué, il a constaté qu'il s'agit d'une marque de couleur, plus précisément d'une combinaison de deux couleurs. L'OBPI a précisé que sauf circonstances exceptionnelles, les couleurs n'ont pas de caractère distinctif ab initio, mais peuvent éventuellement l'acquérir à la suite d'un usage en rapport avec les produits ou les services revendiqués.

Il s'est référé aux pièces soumises par la société B pour retenir que le droit invoqué a été très intensivement utilisé et jouit par conséquent d'un caractère distinctif élevé pour ces produits. L'OBPI a ensuite procédé à une comparaison entre les deux signes pour retenir une ressemblance visuelle entre les deux marques, étant donné que tous les éléments du droit invoqué apparaissent quasi-identiquement à l'arrière-plan du signe contesté.

Il a noté que le droit invoqué est composé d'une combinaison de couleurs abstraite bleu et argent sans contours.

Quant à la comparaison des produits du troisième droit invoqué avec ceux de la marque contestée, il a constaté que les produits du signe contesté dans la classe 25 sont dissimilaires des produits du droit invoqué tandis que les produits « *café, thé, cacao et succédanés du café* » dans la classe 30 ont en commun avec le droit invoqué qu'il s'agit de boissons et qu'ils sont similaires. Concernant les produits des classes 32 et 33, il a relevé que la nature et la destination de tous les produits du signe contesté dans ces classes sont les mêmes que celles des produits du droit invoqué, étant donné, qu'il s'agit de boissons destinées à désaltérer ou à être consommées dans des établissements « *sociaux* ». Il a ajouté que ces boissons sont complémentaires et concurrentes, pouvant être remplacées l'une par l'autre ou pouvant même être mélangées. Il a indiqué que comme les produits compris dans la classe 30, 32 et 33 sont des produits de consommation courante, ils sont destinés au public concerné qui fera preuve d'un niveau d'attention normal lors de leur achat. Au regard de l'appréciation globale du risque de confusion, il a considéré que dans la mesure où le signe contesté ressemble au troisième droit invoqué qui a acquis un pouvoir distinctif élevé pour les produits « *boissons énergétiques* » pour lesquels il a été enregistré en raison de son usage intensif et prolongé, le public concerné pourra croire que les produits similaires proviennent de la même entreprise ou d'entreprises liées économiquement.

L'OBPI a en conséquence refusé l'enregistrement de la marque pour les produits suivants :

- classe 30 : café, thé, cacao et succédanés du café
- classe 32 : tous les produits concernés
- classe 33 : tous les produits concernés

En ce qui concerne les autres marques antérieures, l'OBPI a conclu à l'absence d'une ressemblance visuelle, respectivement à une ressemblance visuelle trop faible entre les droits invoqués et le signe contesté. Il n'a plus procédé à l'analyse du risque de confusion à l'égard des produits pour les premier, deuxième et quatrième droits invoqués au motif que cet examen ne pourrait aboutir à une admission de l'opposition élargie.

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 29 mars 2013, A a sollicité l'annulation partielle de cette décision. Elle reproche à l'OBPI d'avoir refusé l'enregistrement de la marque pour les produits susvisés. Elle réclame une indemnité de procédure de 2.500 €.

La société B sollicite la confirmation de la décision entreprise et réclame une indemnité de procédure de 15.000 €.

Les moyens de A :

A l'appui de son recours, A invoque plusieurs griefs tirés en substance de la violation de l'article 2.14 alinéa 1^{er}, sous a et b de la CBPI en combinaison avec l'article 2.3. sous a et b de cette même convention.

Elle fait valoir que l'OBPI a erronément tenu compte du caractère distinctif de la marque de couleur antérieure. La seule désignation abstraite dans l'enregistrement de ladite marque que les couleurs sont « adjacentes » et « dans des proportions équivalentes » serait vague et équivoque.

En outre, le caractère distinctif de la marque antérieure n'aurait pas pu être acquis par l'usage. Elle conteste à cet égard que la marque en question ait fait l'objet d'une utilisation intensive sur le territoire du Benelux dans la présentation indiquée dans l'enregistrement. Les produits « boissons énergétiques » commercialisés par la société B sur le territoire du Benelux ne correspondraient pas à la description du troisième droit invoqué. Dans ses écritures ultérieures du 17 novembre 2015, elle argumente que dans la mesure où la marque de couleur Benelux de la société B n'aurait pas été utilisée pendant une durée prolongée telle que prévue par l'article 2.26 de la CBPI, la société B serait déchue de ses droits. Elle déclare se réserver le droit d'introduire une demande en déchéance de la marque antérieure pour non usage.

A reproche ensuite à l'OBPI de ne pas avoir tenu compte des différences existant entre les signes en conflit. L'OBPI se serait en effet concentré sur les seules couleurs prétendument communes des deux signes sans avoir tenu compte des autres éléments verbaux et figuratifs de la marque demandée dont le caractère distinctif serait nettement plus élevé que celui des deux couleurs en arrière-plan.

A conclut en conséquence à l'absence d'une similitude visuelle entre les marques.

Concernant le public concerné, elle fait grief à l'OBPI de ne pas avoir retenu que les produits des deux marques ne s'adressent pas au même public et répondent par conséquent à des besoins tout à fait différents : les « boissons énergétiques » seraient à destination du seul public jeune et/ou sportif, tandis que les boissons visées par la marque demandée seraient des produits de consommation courante et partant destinés au grand public. Les produits en conflit ne seraient dès lors que très faiblement similaires.

Quant à l'appréciation globale du risque de confusion, elle fait grief à l'OBPI de ne pas avoir retenu que l'attention du consommateur moyen concernant la marque demandée porterait non pas sur les

couleurs argent et bleu mais plutôt sur l'élément verbal « James Bomb ». Cet élément serait de nature à annihiler les éventuelles très faibles ressemblances visuelles.

Elle conclut par conséquent par réformation à l'absence totale de tout risque de confusion entre les deux marques.

Les moyens de la société B :

La société B conteste les arguments de A. Elle explique avoir fait enregistrer la combinaison de couleur abstraite bleu et argent par un dépôt séparé afin d'assurer une meilleure protection de ces éléments figuratifs entrant dans la combinaison de la marque complexe Benelux B. Elle insiste tout d'abord sur le caractère distinctif acquis par la marque antérieure au moyen de son usage étendu pour les boissons énergétiques. Elle renvoie aux nombreuses preuves de l'usage de la marque antérieure pour les produits relevant des classes 30, 32 et 33 et approuve l'OBPI d'avoir reconnu que sa marque de couleur bénéficie d'une grande renommée et jouit d'un caractère distinctif accru pour tous les produits en cause et d'une renommée certaine dans tout le Benelux et dans l'Union Européenne. La société B aurait utilisé la marque de couleur de manière très intensive et pendant une longue période. Le caractère distinctif et la renommée de la marque de couleur aurait augmenté du fait de l'usage qui en a été fait en combinaison avec les autres marques antérieures de la société B. La marque de couleur bénéficierait en conséquence d'une protection élevée qui s'étendrait à la combinaison de couleurs abstraite. L'argumentation de A que le troisième droit invoqué ne posséderait pas de renommée serait dès lors à rejeter comme étant vexatoire au regard notamment des nombreuses preuves versées par la société B.

Elle fait ensuite état de l'identité, sinon du moins de la similitude des produits pour lesquels l'enregistrement de la marque de A est demandé avec ceux pour lesquels la marque antérieure est enregistrée.

Quant au public pertinent, la société B fait valoir que tant les boissons énergétiques que les boissons visées par la marque demandée seraient des biens de consommation relativement bon marché commercialisés dans les mêmes points de vente et seraient destinés au consommateur moyen dont le degré d'attention ne serait pas particulièrement élevé. Finalement, quant à l'appréciation globale du risque de confusion, la société B argumente que le consommateur moyen percevrait en principe une marque dans son ensemble, sans procéder à un examen de ses détails. L'attention du consommateur moyen serait attirée sur la présence des teintes bleu et argent utilisées dans la marque contestée dans une proportion identique, respectivement similaire à celle dans la marque de couleur Benelux antérieure de la société B. Dès lors que la marque antérieure bénéficierait d'un caractère distinctif élevé au regard de sa

renommée et qu'elle jouirait d'une protection accrue, le risque de confusion serait d'autant plus élevé.

L'argumentation de A que les couleurs bleu et argent ne seraient pas l'élément dominant de la marque demandée serait en tout état de cause non pertinente, étant donné que la marque de couleur antérieure aurait conservé une position distinctive autonome dans le signe composé de A.

Au regard de ces développements, y compris les similarités relatives aux produits en cause, la société B approuve l'OBPI de ne pas avoir enregistré la marque contestée pour les produits relevant des classes 32 et 33, et pour les « *café, thé, cacao et succédanés du café* » relevant de la classe 30.

Appréciation de la Cour :

La Cour note au préalable que l'opposition visait tous les produits des classes 32 et 33 de même que les « *café, thé, cacao et succédanés du café* » relevant de la classe 30 et était fondée sur tous les produits visés par les droits antérieurs. L'OBPI a analysé les moyens des parties par rapport à la marque de couleur Benelux antérieure de la société B, enregistrée pour des boissons énergétiques en classe 32 et a fait droit à l'opposition de ladite société de ce chef au regard « *du risque de confusion en ce qui concerne les produits similaires pour lesquels le troisième droit invoqué a été enregistré* ». La marque contestée a en revanche été enregistrée pour les produits non-similaires relevant de la classe 25 et un nombre important de produits relevant de la classe 30.

La Cour est saisie d'un recours de A portant sur l'annulation partielle de la décision attaquée en ce que l'OBPI a accueilli l'opposition et refusé l'enregistrement de la marque pour tous les produits visés dans les classes 32 et 33, et certains produits de la classe 30.

Le recours est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

La Cour tient à rappeler que la société B a fondé son opposition contre la marque contestée de A sur l'article 2.14- 1 a, combiné à l'article 2.3 a et b de la CBPI.

L'article 2.3, sous a et b précité dispose que « *Le rang du dépôt s'apprécie en tenant compte des droits, existant au moment du dépôt et maintenus au moment du litige, à: a. des marques identiques déposées pour des produits ou services identiques; b. 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* ».

Quant à la description de la marque de couleur Benelux antérieure de la société B, la Cour renvoie aux développements faits plus haut. Cette description a été correctement reprise par l'OBPI dans sa décision du 27 mai 2014.

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 (...).* »

A défaut d'une demande en déchéance de la marque de couleur Benelux antérieure de la société B, les développements de A consistant à dire que ladite société serait déchue de ses droits pour absence d'usage normal de sa marque pendant la période visée à l'article 2.26 alinéa 2 de la CBPI sont à rejeter pour défaut de pertinence.

Il convient d'ajouter que A n'est pas admise dans le cadre d'une procédure d'enregistrement de la marque demandée à nier l'existence du caractère distinctif de la marque invoquée à l'appui de l'opposition et de mettre en cause sa validité.

En effet, « *la validité d'une marque internationale ou nationale ne peut pas être mise en cause dans le cadre d'une procédure d'enregistrement d'une marque communautaire, mais uniquement dans le cadre d'une procédure de nullité entamée dans l'État membre concerné* (CJCE, 24 mai 2012, C-196/11 ; TUE, 12 novembre 2008, T-7/04, Shaker/OHMI — Limiñana y Botella (Limoncello della Costiera Amalfitana shaker)).

La Cour est tenue de vérifier de quelle manière le public pertinent perçoit le signe de la marque invoqué prétendument repris dans la marque dont l'enregistrement est demandé et d'apprécier le degré du caractère distinctif de ce signe.

Il résulte de la décision du 27 mai 2014 que A n'avait pas remis en cause le caractère distinctif élevé du droit invoqué pour les produits dits « *boissons énergétiques non comprises dans d'autres classes* ». L'OBPI a retenu « *que comme le démontrent les pièces introduites par l'opposant (voir point 19), le droit invoqué a été très intensivement utilisé et jouit donc d'un caractère distinctif élevé pour ces produits, ce qui n'a pas été contesté par le défendeur* ».

Concernant le caractère distinctif de la marque de couleur antérieure de l'opposante, c'est à bon droit que l'OBPI a pris en compte ce critère, dès lors que le caractère distinctif conditionne le degré de protection reconnu à la marque dans le sens que plus le

caractère distinctif est fort, plus le droit à la protection est élevé (A. Braun et E.Cornu, précis des marques, 5^{ème} éd. n° 375).

Une marque peut se voir reconnaître un caractère distinctif élevé soit intrinsèquement, soit en raison de la connaissance sur le marché de celle-ci. La forte distinction peut résulter des circonstances telles que la notoriété de la marque auprès du public, son originalité ou la rareté du signe employé (Cour d'appel 20 mars 2002, numéro du rôle 16621).

A reproche à l'OBPI de ne pas avoir détaillé les pièces produites par la société B de nature à justifier que la marque de couleur B jouit d'un caractère distinctif élevé pour les produits relevant des classes 32, 33 et certains produits de la classe 30 et partant d'une protection élargie.

La société B fait état du caractère distinctif élevé acquis par la marque antérieure au moyen de son usage étendu pour les boissons énergétiques.

« La renommée d'une marque, lorsqu'elle est démontrée, est un élément qui, parmi d'autres, peut revêtir une importance certaine. En ce sens, il peut être observé que les marques qui ont un caractère distinctif élevé, notamment en raison de leur renommée, jouissent d'une protection plus étendue que celles dont le caractère distinctif est moindre » (CJUE, Canon, C-39/97, 29 septembre 1998, point 18).

Pour examiner si une marque jouit d'un caractère distinctif élevé en raison de la connaissance qu'en a le public, il convient de prendre en considération tous les éléments pertinents de la cause, à savoir, notamment, la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de son usage, l'importance des investissements réalisés par l'entreprise pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie les produits ou les services comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à la marque ainsi que les déclarations des chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles (TUE, 12 juillet 2006, T-277/04).

La société B fait état des éléments de preuve suivants :

- d'un affidavit du 31 octobre 2012 signé par Jennifer A. Powers, intellectual Property Counsel of B GmbH (pièce n° F de Maître Decker) contenant :
 - une présentation contenant des informations sur les parts de marché relatives aux ventes de cannettes B au sein de treize pays de l'Union Européenne au cours de l'année 2009,
 - un tableau contenant des statistiques relatives au marché des boissons énergétiques B à l'échelle mondiale, dans l'Union

Européenne et au Benelux pour les années 2007-2011, indiquant pour le seul Benelux un nombre de vente de cannettes variant entre 132.748.409 et 191.124.413 unités et

- illustrant l'importance des sommes investies pour la promotion des quatre marques antérieures mettant systématiquement l'accent sur l'usage des couleurs bleu et argent dans les publicités et les activités de sponsoring, les montants investis à ce titre variant pour la période entre 2007 et 2011 entre 6.335.000 € et 6.899.000 €, et

- l'investissement de sommes considérables en marketing variant pour la période susvisée entre 22.448.000 € et 30.232.000 €.

L'affidavit versé aux débats fait en outre état de l'organisation de concours « *International Cultural Events* » par la société B s'adressant à des artistes qui leur permet de créer des œuvres d'art à partir de cannettes B, illustrant la marque de couleur Benelux antérieure (tels que B Art of Can).

Il contient en outre des copies de photos représentant la marque de couleur ainsi que les trois autres marques antérieures dans les nombreux points de vente affichant de manière très visible l'utilisation des couleurs bleu et argent.

Les chiffres renseignés de même que les renseignements fournis dans l'affidavit du 31 octobre 2012 sont corroborés par les pièces 1-9 jointes au dit document.

Il y a lieu de préciser que l'existence d'un caractère distinctif supérieur à la normale, en raison de la connaissance qu'a le public d'une marque sur le marché, suppose nécessairement que cette marque soit connue d'au moins une partie significative du public concerné (TUE 12 juillet 2006, Vitakraft-Werke Wührmann/OHMI – Johnson's Veterinary Products, T-277/04, TUE 14 juillet 2016, Monster Energy Company/ OHMI, T-567/15).

Au vu des pièces produites et des renseignements fournis par la société B, c'est à juste titre que l'OBPI a considéré au considérant 34 de la décision attaquée que les documents présentés par la société B attestent d'un usage permettant d'établir le caractère distinctif élevé de la marque de couleur Benelux antérieure de la société B en ce qui concerne les boissons énergétiques. La haute renommée de la marque B est dès lors établie.

En application de l'article 2.3 sous a et b, l'opposition doit être déclarée fondée si la marque dont le dépôt est sollicité est identique ou ressemblante à la marque antérieure et qu'elle se rapporte à des produits ou services identiques ou similaires, de sorte à créer, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association. Le risque d'association ne suffit néanmoins pas pour

fonder une opposition au dépôt d'une marque, il faut qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du consommateur moyen (Cour d'appel 20 mars 2002, n° du rôle 16621; Le précis des marques, 5^{ème} édition, 2009, A. Braun et E. Cornu, n° 368).

Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'interprétation de la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, constitue un risque de confusion le risque que le public puisse croire que les produits ou services concernés proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement (arrêts CJUE, Canon, C-39/97, 29 septembre 1998 ; Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, 22 juin 1999 ; voir aussi CJBenelux A 98/3, Brouwerij Haacht/Grandes Sources belges, 2 octobre 2000 ; CJBenelux, A 98/5, Marca Mode/Adidas, 7 juin 2002)

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 Sabel, 11 novembre 1997, aff.C-251/95 ; Le précis des marques, précité, p.405).

quant au public pertinent

A argumente que bien que les produits visés par les signes en litige soient de même nature, ils n'auraient pas la même destination, étant donné que les boissons énergétiques seraient à destination d'un public jeune et/ou sportif, tandis que les boissons relevant de la classe 30 seraient destinées au consommateur « normal » et que les boissons relevant des classes 32 et 33 seraient réservées à un public adulte.

L'appréciation globale du risque de confusion « *doit se faire par rapport à la perception des marques qu'en a le consommateur moyen de la catégorie de produits ou services en cause, lequel perçoit normalement une marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails* » (CJCE , 22 juin 1999, Lloyd, aff. C-342/97).

La Cour de Justice Benelux s'est ralliée à cette interprétation donnée par la CJCE et a précisé dans l'arrêt Brouwerij du 2 octobre 2000 « *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 également lieu 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 (TUE, 13 février 2007, Mundipharma/OHMI – Altana Pharma, T-256/04).

Les deux signes en cause sont des marques Benelux.

La Cour approuve l'OBPI d'avoir retenu que les produits visés tant par la marque de couleur antérieure que par la marque contestée sont des produits destinés à la consommation courante. Contrairement à l'argumentation de A, les produits visés par la marque de couleur antérieure ne s'adressent pas aux seuls sportifs, voire à un public spécialisé. Les produits visés par les deux marques sont des produits alimentaires quotidiens, peu onéreux et achetés très fréquemment qui s'adressent à un large public. La Cour fait sienne la motivation de l'OBPI pour retenir que le degré d'attention du public pertinent est normal.

Aucun élément n'indique que les boissons énergisantes feraient l'objet d'une attention plus ou moins soutenue que celle que le consommateur moyen accorde généralement à des produits de consommation courante.

quant à la comparaison des produits

Selon une jurisprudence constante, pour apprécier la similitude entre les produits ou les services en cause, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui caractérisent le rapport entre eux. Ces facteurs incluent, en particulier, leur nature, leur destination, leur utilisation ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire. D'autres facteurs peuvent également être pris en compte, tels que les canaux de distribution des produits concernés.

Les produits en classe 32 de la marque de couleur sont des « *boissons énergétiques* ».

Les boissons visées par la marque contestée dans cette même catégorie sont les « *bières, eaux minérales et gazeuses et autres boissons sans alcool ; les boissons à base de jus de fruits et jus de fruits ; sirops et autres préparations pour faire de boissons* ».

C'est à bon droit que la société B fait plaider que la nature des produits (principalement des boissons sans alcool) visés par les deux signes est identique, voire fortement similaire. L'OBPI est à approuver pour avoir considéré que ces produits sont substituables, complémentaires et concurrents. Lesdites boissons sont à considérer comme répondant au même besoin d'étancher la soif, même si elles sont composées d'ingrédients différents. Elles sont destinées au

même public et distribuées par les mêmes canaux de vente, tels que supermarchés, cafés, restaurants ou autres établissements « sociaux » et ont les mêmes utilisateurs finaux.

Il en est de même des produits relevant de la classe 33 « boissons alcoolisées » (à l'exception des bières) pour lesquels l'enregistrement de la marque contestée est sollicité.

Concernant encore les produits relevant de la classe 30 « café, thé, cacao et succédanés du café », c'est encore à juste titre que l'OBPI a considéré que si les produits du droit invoqué sont destinés à augmenter le niveau d'énergie, les produits précités de la classe 30 sont susceptibles d'avoir des effets stimulants. Tous les produits visés sont concurrents et peuvent être remplacés les uns par les autres.

La décision entreprise est dès lors à confirmer en ce que l'OBPI a retenu une similitude entre les produits visés par les deux marques en cause.

quant à l'appréciation de l'impression d'ensemble et quant à la comparaison des signes

A reproche à l'OBPI de ne pas avoir considéré que les éléments verbaux dans le signe contesté prédominent. Les éléments verbaux dans la marque contestée constitueraient en l'espèce les éléments distinctifs et dominants. Elle conclut en conséquence à la dissemblance entre les signes en cause.

Cette argumentation est contestée par la société B qui soutient que la marque de renommée de couleur occupe la place dominante dans le signe contesté et y conserve son autonomie.

La Cour se réfère à la description des signes telle que retenu par l'OBPI dans la décision litigieuse. L'OBPI a décrit le signe contesté comme suit :

« le signe contesté est une marque semi-figurative, positionnée dans un rectangle couché, divisé quasi-diagonalement en une face bleue (à gauche) et une face de diverses teintes de gris ou d'argent. Ces deux faces sont séparées par un jeu de lignes et bandes rouges horizontales, quasi-verticales et diagonales de divergent épaisseur et toutes bordées d'un encadrement blanc. Dans la bande quasi-verticale se trouve le mot « BOMB » en grosses et grasses lettres blanches, à gauche de ce mot le mot « ENERGY » plus petit et également en lettres blanches. Dans l'ouverture de la lettre O émerge un homme stylisé en smoking qui présente, le bras tendu, un verre ou une cannette. Dans la face droite du signe, toute cette scène est reprise, mais cette fois-ci horizontalement. Enfin, en haut

et à peu près au milieu du signe se trouvent les mots « ENERGY DRINK » en petites lettres blanches ».

Il a noté que le droit invoqué est composé d'une combinaison de couleurs abstraites bleu et argent sans contour.

Les parties litigantes s'accordent pour dire que des comparaisons phonétiques et conceptuelles entre les deux signes sont impossibles.

La marque antérieure de couleur est une marque purement figurative tandis que la marque dont l'enregistrement est demandé est composée d'éléments verbaux et figuratifs.

Dans le cadre de l'examen de l'existence d'un risque de confusion, l'appréciation de la similitude entre deux marques ne peut se limiter à prendre en considération uniquement un composant d'une marque complexe et à le comparer avec une autre marque. Il y a lieu, au contraire, d'opérer la comparaison en examinant les marques en cause, considérées chacune dans son ensemble, ce qui n'exclut pas que l'impression d'ensemble produite dans la mémoire du public pertinent par une marque complexe puisse, dans certaines circonstances, être dominée par un ou plusieurs de ses composants (CJCE, 12 juin 2007, C-334/05 Shaker/ OHMI / Limiñana y Botella).

Lorsqu'un signe est constitué à la fois d'éléments figuratifs et d'éléments verbaux, il ne s'ensuit pas automatiquement que c'est l'élément verbal qui doit toujours être considéré comme dominant. (TUE, T-61/14 du 6 octobre 2015, Monster Energy/OHMI- Balaguer).

Lors de l'appréciation du caractère dominant d'un ou de plusieurs composants déterminés d'une marque complexe, il convient de prendre en compte, notamment, les qualités intrinsèques de chacun de ces composants en les comparant à celles des autres composants. En outre, et de manière accessoire, peut être prise en compte la position relative des différents composants dans la configuration de la marque complexe (TUE, 23 octobre 2002, T-6/01 Matratzen Concord/ OHMI).

Il convient de relever que le risque de confusion est d'autant plus élevé que le caractère distinctif de la marque antérieure s'avère important. Les marques qui ont un caractère distinctif élevé, soit intrinsèquement, soit en raison de la notoriété dont elles jouissent sur le marché, bénéficient d'une protection plus étendue que celles dont le caractère distinctif est moindre (Canon, Sabel et Lloyd, déjà cités).

Il convient également de tenir compte de la circonstance selon laquelle le consommateur moyen perçoit normalement une marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails (arrêts Sabel et Lloyd, déjà cités). Il est par ailleurs important 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 non parfaite qu'il en a gardée en mémoire.

Contrairement à l'argumentation de A, la Cour retient que l'élément verbal « Bomb » figurant en lettres blanches majuscules sur une bande rouge quasi-verticale au milieu du signe contesté ainsi qu'en lettres de taille plus petite sur le côté droit du même signe ne fait l'objet que d'une stylisation banale, de telle sorte qu'il n'est pas de nature à attirer particulièrement l'attention des consommateurs. De même, les éléments figuratifs consistant en un homme en veste noire émergeant de la lettre O du mot « Bomb » ne saurait être considéré comme un élément distinctif.

Force est par contre de constater que l'arrière-fond du signe contesté consiste en la combinaison de couleur abstraite bleu et argent quasiment identique à la combinaison de couleurs abstraite bleu/argent PMS 274C PMS 877 C de la marque de couleur antérieure. Les deux surfaces colorées de taille identique sont adjacentes sur le côté antérieur de l'emballage du produit et déterminent à proportion égale l'impression générale dégagée par cet emballage.

Contrairement à l'argumentation de A, cet élément figuratif ne saurait être considéré comme négligeable mais constitue au contraire l'élément dominant dans la perception d'ensemble de la marque demandée.

La Cour se rallie à l'argumentation de la société B pour retenir que dans le signe attaqué, la marque de couleur protégée de couleur abstraite bleu et argent a conservé sa position distinctive autonome. Le fait que cette combinaison de couleur apparaît de manière légèrement trapézoïdale dans le signe contesté est indifférent.

Cette forte ressemblance sur le plan visuel entre la marque de couleur B et la marque contestée ne saurait être le fruit du hasard. La Cour considère qu'elle témoigne de la volonté de A de créer, dans l'esprit du consommateur, sinon une confusion, au moins une association entre la marque contestée et la marque de couleur antérieure protégée.

Cette conclusion est encore corroborée par les éléments suivants repris sur la marque contestée : les mots de « Energy Drink » en haut du signe de même que la mise en valeur d'une cannette en couleur bleue et argent au centre.

Il convient par conséquent d'entériner la décision de l'OBPI selon laquelle il existe un risque que le public pertinent effectue un rapprochement entre les signes en conflit.

L'OBPI a dès lors dit à bon droit que la marque demandée n'est pas enregistrée pour les produits similaires à savoir :

Classe 30 café, thé, cacao et succédanés du café
Classe 32 tous les produits
Classe 33 tous les produits

Le recours de A est en conséquence à rejeter.

Les indemnités de procédure

Au vu du sort réservé à son recours, la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

Celle de la société B est à déclarer fondée, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens.

La Cour lui alloue de ce chef la somme de 5.000 €.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit le recours de A,

le dit non fondé,

confirme la décision de l'Office Benelux de la Propriété Intellectuelle du 27 mai 2014,

dit non fondée la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A à payer à la société à responsabilité limitée de droit autrichien B GmbH une indemnité de procédure de 5.000 €,

condamne A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Marianne DECKER, avocat concluant, sur ses affirmations de droit.

