

Conclusions

de monsieur l'avocat général J. du Jardin
dans l'affaire A 98/3 - Brouwerij Haacht contre Grandes Sources Belges

Les faits

1. La "Brouwerij Haacht", titulaire de la marque *Val* a, par citation du 2 septembre 1992, intenté une action en cessation contre l'usage que la Société Générale des Grandes Sources Belges (SGGSB) faisait depuis 1992 des signes *Valvert* et *Valver*, pour la commercialisation de produits identiques, parce qu'ils présentaient avec la marque *Val* des similitudes suffisamment *ressemblantes* pour susciter un risque d'association entre la marque et le signe.

Auparavant, la "Brouwerij Haacht" avait mis la SGGSB en demeure de renoncer à l'usage du nom *Valvert*. La SGGSB n'y donna pas suite, principalement au motif que la marque *Val* n'avait aucun caractère distinctif ou n'avait tout au plus qu'un caractère distinctif faible.

La "Brouwerij Haacht" fondait sa demande en cessation sur l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi uniforme Benelux sur les marques (LBM), qui permet au titulaire de la marque de s'opposer, en vertu de son droit exclusif, à tout usage qui serait fait d'un *signe ressemblant* pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée ou pour des produits similaires.

Confirmant le jugement du premier juge, la cour d'appel de Bruxelles a rejeté la demande au motif que la ressemblance entre la marque et les signes n'était pas

suffisante pour susciter un risque d'association.

La demanderesse s'est pourvue en cassation contre cette décision, invoquant la violation dudit article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la LBM.

2. Il est soutenu que pour décider que le titulaire d'une marque peut s'opposer à l'emploi d'un signe ressemblant par un tiers, "il suffit que la marque et le signe litigieux présentent (...) une ressemblance telle qu'elle suscite la possibilité qu'une personne, mise en présence du signe, associe le signe et la marque".

En l'espèce, il n'est pas contesté que les marques et signes litigieux ont trait à des produits identiques.

3. Le débat devant le juge du fond se basait sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à savoir les arrêts du 11 (et non 17) novembre 1997 (affaire *Sabel*) et du 29 septembre 1998 (affaire *Cannon*).

Selon cette jurisprudence, lit-on dans l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 1998 (sixième feuillet), le critère "*risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque antérieure*" doit être interprété en ce sens que "*la simple association entre deux marques que pourrait faire le public par le biais de la concordance de leur contenu sémantique ne suffit pas en elle-même pour conclure à l'existence d'un risque de confusion*".

En vertu de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, *ancien* de la LBM (c'est-à-dire avant la modification introduite par le Protocole du 2 décembre 1992 qui assure la mise en œuvre dans la LBM de la directive européenne 89/104/CEE du Conseil du 21

décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (JO, 1989, L 40), cf. infra), "*le droit exclusif à la marque permet au titulaire de s'opposer à tout emploi qui serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant*".

4. Différentes questions se posent ainsi dans la procédure devant la Cour de cassation:

Eu égard à la directive précitée et à l'interprétation donnée par la Cour de Justice CE, comment faut-il comprendre la notion "*ressemblant*" contenue dans l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la LBM ?

Qui est pris en considération pour apprécier cette *ressemblance* ? Une "partie significative du public", ainsi que le décide l'arrêt attaqué par le pourvoi en cassation? Ou uniquement le consommateur moyennement attentif?

Les questions préjudicielles posées par la Cour de cassation de Belgique à la Cour de Justice Benelux portent dès lors sur les critères d'appréciation de la ressemblance entre la marque et le signe au sens de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la LBM.

Les questions préjudicielles:

5.1. L'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi uniforme Benelux sur les marques, telle qu'elle était applicable avant sa modification par le protocole du 2 décembre 1992, doit-il être interprété en ce sens qu'en vertu de son droit exclusif, le titulaire de la marque peut s'opposer à l'usage, pour des produits dont la marque est enregistrée ou pour des produits similaires, d'un signe présentant avec la marque une ressemblance telle que, par ce fait, elle suscite la possibilité qu'une personne, mise en présence du signe, associe le signe et la marque ?

5.2. En cas de réponse négative à cette question :

- a. l'article doit-il être interprété de manière que, dans les circonstances précitées, le titulaire de la marque ne peut s'opposer à l'usage en question que lorsqu'il est susceptible de susciter une confusion ?
- b. la notion "confusion" doit-elle être interprétée en ce sens que la simple association entre deux marques que pourrait faire le public par le biais de la concordance de leur contenu sémantique ne suffit pas en elle-même pour conclure à l'existence d'un risque de confusion ?

5.3. Dans les deux cas, l'article doit-il être interprété en ce sens que l'association et, respectivement, la confusion doivent exister dans le chef d'une "partie significative du public" ou suffit-il que la confusion et, respectivement, l'association soit suscitée dans le chef d'un consommateur moyennement attentif ou encore dans le chef de toute autre personne confrontée à la marque ?

Quant au droit

6. Le problème concerne l'étendue de la protection légale de la marque.

La question de la protection peut se poser à partir du moment où il y a une possibilité (ou un risque) de *ressemblance* entre la marque et le signe.

Cette ressemblance implique-t-elle qu'il doit y avoir une possibilité (ou un risque) d'*association* entre la marque et le signe?

Cette association que le consommateur peut faire entre des marques doit-elle être de nature à susciter dans son chef une *confusion* ?

L'essence de la marque

7. Au départ du raisonnement qui doit conduire à la réponse à ces questions, il convient de se remémorer ce que la *marque* représente dans son essence.

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. L'étendue de la protection dépend principalement du pouvoir distinctif de la marque, propriété que la marque (et le signe) doit posséder pour être valable au sens de l'article 1^{er} de la LBM. "Une marque n'est valable que si elle est distinctive" (Van Bunnem L., Examen de jurisprudence 1992-1998, R.C.J.B., 1999, 291, en particulier le n° 6; Eeckman P., "De beschermingsomvang van het merk ex art. 13, A, 1, 1° BMW, RW 1985-1986, (770) 784); l'arrêt Wrigley/Benzon du 5 octobre 1982, Jurisprudence, 1981-82, 20).

8. Il est à noter que la marque n'indique pas seulement la provenance, elle remplit aussi une fonction publicitaire et elle constitue le support du goodwill du titulaire de la marque, ces fonctions méritant aussi d'être protégées (Voyez Martens S., cité par Van Innis T., Les signes distinctifs, n° 519).

9. Dans ce contexte spécifique, on voudra bien relire les conclusions qu'Ernest Krings, avocat général à la Cour de Justice Benelux, avait prises avant l'arrêt Union du 20 mai 1983, (affaire A 82/5, Benelux, Jurisprudence 1983, 41; - RW 1983-84, (153) 156): "La marque (...) doit remplir deux fonctions: d'une part, apporter au consommateur une garantie de qualité vu l'origine du produit, et d'autre part, conférer

au titulaire de la marque une protection du *goodwill*. Il s'ensuivait traditionnellement que la loi avait pour objet de protéger la force distinctive et de prévenir le danger de *confusion*" (Eeckman P., op.cit., 779; Van Innis Th., op.cit., n° 518).

**

La notion "ressemblant" visée à l'art. 13, A, alinéa 1^{er}, 1°, de la LBM

10. A cet égard, on doit nécessairement se reporter à l'arrêt Union, précité, du 20 mai 1983 qui a défini le critère à retenir pour comprendre la notion de ressemblance.

11. L'essentiel de la définition de la *ressemblance*, c'est-à-dire la notion sur laquelle la Cour de Justice Benelux s'appuie pour cerner la protection de la marque au sens de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1°, de la LBM, est que "la marque et le signe (...) présentent une similitude de nature à établir une *association* entre le signe et la marque".

Ce rapport d'association entre la marque et le signe doit être apprécié globalement, la marque et le signe devant être "considérés en soi et dans leurs rapports mutuels", lit-on dans l'arrêt Union.

Pour déterminer le seuil du champ de protection, le juge devra avoir égard aux points de ressemblance plutôt qu'aux points de différence. La doctrine fait état d'une "impression globale" (Van Bunnem et Putteman, Examen de jurisprudence - Marques et signes distinctifs, R.C.J.B., 1994, 42).

12. On est frappé par le fait que dans cette définition de la notion de "ressemblance", la Cour, à la différence de son avocat général, ne fait aucune référence ni allusion au *risque de confusion* (Eeckman, op.cit., p. 780).

13. On pourrait en inférer que la ressemblance serait "la condition unique et suffisante pour constater l'atteinte à la marque". La ressemblance déterminerait, seule, l'étendue de la protection qui revient à la marque en vertu de l'article 13, A, alinéa 1^{er} (Eeckman, op.cit., p. 770 et 775).

Suivant cette interprétation, on peut parler de *ressemblance* dès qu'il y a possibilité d'établir un *rapport d'association* entre la marque et le signe, c'est-à-dire le pouvoir de la marque ou du signe litigieux de susciter, dans l'esprit du public, des *associations* avec la marque ou le signe protégé.

14. Mais la nature de l'association n'est pas précisée pour autant. La simple association suffit-elle? Ou doit-elle être de nature à rendre la confusion possible?

**

La possibilité de confusion.

15. Dans ses conclusions précitées précédant l'arrêt Union, l'avocat général Krings avait envisagé le risque de confusion tandis que dans son arrêt, la Cour de Justice Benelux n'y a pas fait la moindre allusion, sans exclure expressément toutefois la possibilité de confusion.

16. A mon sens, l'élément *confusion* ne peut pas être éludé s'agissant d'apprécier l'atteinte à la marque.

Mais il reste le problème de savoir quel sens donner à cet élément.

17. D'une part, on pourrait affirmer que l'association n'exprime pas davantage qu'une relation entre deux marques. Pareille conception conduit, je pense, à une interprétation trop extensive de l'élément association dans la protection légale de la marque.

18. D'autre part, la confusion ne saurait être admise en raison du simple fait que des marques peuvent être associées l'une à l'autre en raison de certaines ressemblances. La confusion requiert davantage. Il y aurait confusion si le rapport d'association que le public établit entre les marques (et les signes) est de nature à l'empêcher d'en encore distinguer ces marques les unes des autres. C'est là peut-être une interprétation trop restrictive de l'élément confusion dans la protection de la marque.

19. En tout cas, pour des marques relatives à des produits identiques - et tel est le cas en l'espèce -, la simple association que les consommateurs peuvent établir entre deux marques ne peut suffire à mettre en action le système de protection.

20. La possibilité d'une *association* peut certes jouer un rôle déterminant, mais alors comme seuil du *risque de confusion*.

Le risque de confusion implique que l'on ait établi d'abord un rapport d'association entre la marque et les signes (voyez la note Gielen Ch., sous cour d'appel de Bruxelles, 27 mai 1993, I.E.R., 1993, p. 114, citée par Van Innis T., op.cit., n° 523).

21. A cet égard, il faut prendre en considération le facteur "confusion" pour pouvoir constater une atteinte à la marque, bien que, selon le texte même de la LBM, le risque de confusion n'intervienne pas pour la ressemblance (Eeckman P., op.cit., 779).

22. Dans l'examen du problème, il nous faut faire preuve de réalisme.

Dans de nombreux cas, l'association entre des marques en rapport avec des produits similaires engendrera une possibilité de risque de confusion quant à la provenance de ces produits (Gielen et Wichers Hoeth, *Merkenrecht*, n° 1078).

23. Il est malaisé d'interpréter la notion de "ressemblance" sans intégrer le facteur "confusion". Le risque de confusion reste ainsi un principe de base pour apprécier si des marques ressemblantes relèvent de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1°, de la LBM (Eeckman P., op.cit. 772) et il est ainsi indissociable du facteur "association", auquel on ne peut pas échapper non plus, concernant des produits pour lesquels des marques ressemblantes sont utilisées.

24. Ce point de vue peut être déduit de la directive *européenne* d'harmonisation (I) et de la jurisprudence y relative de la Cour de Justice des Communautés européennes (II).

**

I. La directive d'harmonisation.

25. Afin d'harmoniser les législations sur le droit des marques dans l'Union européenne, le Conseil a adopté la directive 89/104/CEE qui a été transposée dans la LBM par le Protocole du 2 décembre 1992 (entré en vigueur dans le Benelux le

1^{er} janvier 1996, Moniteur belge, 12 mars 1996, 5317).

26. Cette directive impose au juge national l'obligation d'appliquer et d'interpréter sa législation interne, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la directive CE, à la lumière du texte et de la finalité de celle-ci (Cass. Belg., 2 décembre 1996, AC 1996, n° 470, et la note p. 1135; Verhoeven J., "L'application ou la prise en considération des directives communautaires en droit belge", R.C.J.B., 1998, 195 et suiv.).

27. Le juge national est en outre tenu de se conformer à l'interprétation de cette directive, donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes (Van Bunnem L., Examen de jurisprudence (1992 à 1998) - Marques et signes distinctifs, R.C.J.B., 1999, (291), plus particulièrement n° 36, p. 341; comparer avec la chronique du même auteur dans R.C.J.B., 1994, (73), plus particulièrement n° 41, p. 121).

28. La Cour de Justice CE ne laisse en effet subsister aucun doute quant à l'obligation d'*interpréter* la législation nationale *dans un sens conforme à la directive*, que cette législation soit antérieure ou postérieure à celle-ci (arrêt Marleasing S.A. du 13 novembre 1990, C-106/89, Rec. 1990, I, 4135).

29. En vertu de l'article 4, § 1^{er}, b, de la directive d'harmonisation précitée, le droit exclusif à la marque permet au titulaire de s'opposer à tout usage qui serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée ou pour des produits similaires, lorsque, *en raison de l'identité* ou de la *similitude* avec la marque antérieure et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services que les deux marques désignent, il existe, dans l'esprit

du public, un *risque de confusion* qui comprend le *risque d'association* avec la marque antérieure.

30. En vertu de l'article 5, § 1^{er}, b, de la même directive, le titulaire de la marque se voit conférer un droit exclusif à interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du titulaire, de faire usage, dans la vie des affaires, d'un signe identique ou similaire à la marque et dont il est fait usage pour des produits ou des services identiques ou similaires, *s'il existe pour ces raisons, dans l'esprit du public, un risque de confusion* qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque.

31. La ressemblance est ainsi clairement subordonnée à la condition de l'existence, dans l'esprit du public, d'un risque de *confusion* qui comprend le risque d'association avec la marque antérieure. "Il est indispensable d'interpréter la notion de similitude en relation avec le risque de confusion" (directive, dixième considérant).

32. Il en ressort indubitablement, me semble-t-il, que le *risque d'association* n'est plus une notion distincte, mais un élément parmi d'autres permettant d'apprécier le *risque de confusion*. Les deux facteurs, *association et confusion*, sont étroitement liés; l'association ne suffit pas *en soi*, mais elle est le seuil qui peut conduire à la confusion. C'est dans ce cadre que la protection légale peut entrer en action.

33. Toutefois, on peut s'étonner que la notion de *risque de confusion* figurant dans la directive *n'ait pas été reprise* par le Protocole de 1992.

On en trouve une explication dans l'exposé des motifs: "Il n'est en effet pas concevable qu'un signe soit *confondu* avec une marque protégée sans faire naître une *association* entre ce signe et la marque" (exposé des motifs du protocole portant modification de la LBM, V, 15, 16).

34. Il faut faire observer au demeurant que la notion de *risque d'association* a été développée par la jurisprudence Benelux, ce qui permet de dire que l'interprétation de la notion de *ressemblance* par la Cour de Justice Benelux (à savoir l'arrêt Union A 82/5 déjà cité) constitue "une norme admise en droit communautaire", inspirée par cette jurisprudence Benelux, "de sorte que le texte de l'actuel article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o de la LBM pourrait être maintenu" (ibid.; - lisez à ce sujet: Harles G., "La jurisprudence luxembourgeoise en matière de marques", dans "Un quart de siècle de droit Benelux des marques", Bureau Benelux des Marques, 1996, (87), 92).

Van Innis Th. (op.cit., n° 523) cite Braun A.: "Le conseil des ministres s'est rallié à la proposition des Etats du Benelux, insistant pour que soit intégré dans le critère de *risque de confusion* celui de la *possibilité d'association*, tel qu'il avait été dégagé par la Cour de Justice Benelux, suivie en cela par les juridictions nationales. Il n'est pas douteux qu'en apportant cette (...) modification (...) le conseil des ministres a entendu maintenir la jurisprudence de Benelux" (Braun A., "La nouvelle loi Benelux sur les marques, ce qui doit changer, ce qui doit demeurer", T.B.H., 1993, 614).

35. La notion de *ressemblance* doit dès lors être interprétée en corrélation avec le risque de *confusion*; ce risque constitue le fondement de la protection du titulaire de la marque. Et le risque de confusion devient ainsi une exigence pour l'action du titulaire de la marque en vertu de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la LBM. Le simple risque d'*association* ne peut suffire.

36. C'est du reste pour éviter que le *risque de confusion* soit interprété de manière trop restrictive que la notion de *risque d'association* a été reprise dans la

directive d'harmonisation (lire au sujet de la *légistique confuse* qui a présidé à l'adaptation du droit des marques à la suite de la directive européenne: Van Bunnem L., op.cit., RCJB, 1999, n° 36 et suiv.).

37. Même si le législateur n'a pas précisé expressément que la *confusion* doit pouvoir être causée par les similitudes ou ressemblances, l'interprétation dans un sens conforme à la directive conduit tout de même à cette conclusion, sans être cependant *contra legem*, sans être incompatible avec le texte de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la LBM, comme le montre une analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice CE.

**

II. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

38. Deux arrêts doivent être mentionnés en particulier en raison de leur intérêt à l'égard des questions examinées et en vue de l'interprétation de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, de la LBM. La Cour de cassation de Belgique se réfère d'ailleurs à ces arrêts avant de poser les questions préjudicielles.

L'arrêt SABEL du 11 novembre 1997.

39. Cet arrêt nous enseigne que l'*association* que le public peut faire entre les marques et les signes ne suffit plus pour conclure à l'existence d'une atteinte à la marque. Les marques et les signes doivent aussi être confondus.

"La notion de *risque d'association* n'est pas une *alternative* à la notion de *risque de confusion*, mais sert à en préciser l'étendue ."

L'association est une "espèce du risque de confusion" (arrêt Sabel, n° 18).

La protection de la loi ne pourrait dès lors être invoquée, "s'il n'existe pas, dans l'esprit du public, un risque de confusion. La simple association entre deux marques que pourrait faire le public par le biais de la concordance de leur contenu sémantique ne suffit pas en elle-même pour conclure à l'existence d'un risque de confusion".

En d'autres termes, le risque d'association ne peut suffire *en lui-même*. Il faut en outre un risque de confusion de nature à induire le public en erreur, entre autres sur la provenance des produits concernés.

La ressemblance entre la marque et le signe doit pouvoir causer une confusion en raison du rapport d'association que le public peut établir entre eux.

40. Les deux facteurs de risque, *l'association et la confusion*, ne sont pas incompatibles; ils ne sont pas non plus l'un l'alternative de l'autre. Ce sont au contraire des notions complémentaires qui doivent même être prises en considération cumulativement pour pouvoir, en cas de ressemblance, entraîner la protection légale du titulaire de la marque.

41. Dans son commentaire de l'arrêt Sabel, Van Bunnem L. écrit: "La Cour a très clairement exclu l'association simple qu'on pourrait appeler aussi l'association-rappel par opposition à l'association génératrice de confusion, *la seule* qui puisse désormais être retenue comme critère d'infraction" ("Exit le risque d'association - Retour au risque de confusion", J.T. 1998, 227). Il conclut son analyse comme suit: "L'arrêt de la Cour va obliger à une toilette du texte de l'article 13, A, 1, b, de la loi uniforme Benelux actuelle, dont il faudra éliminer la phrase "un risque d'association

entre le signe et la marque" pour lui substituer les termes de la directive, à savoir "un risque de confusion qui comprend le risque d'association" (ibid.).

Nous avons déjà souligné que le législateur n'a pas procédé à cette adaptation du texte (cf. supra à propos de la *légistique confuse* qui a présidé à l'adaptation du droit des marques à la suite de la directive d'harmonisation...).

*

L'arrêt CANNON du 29 septembre 1998.

42. Cet arrêt confirme l'interprétation donnée par l'arrêt Sabel.

"La fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service marqué, en lui permettant de distinguer sans *confusion* possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance".

*

43. Il résulte de cette jurisprudence que les notions de *confusion* et d'*association* doivent être envisagées en connexité l'une avec l'autre pour admettre la *ressemblance*. Les ressemblances doivent être de nature à susciter, dans l'esprit du consommateur moyen, un risque de confusion qui comprend le risque d'association.

Deux questions se posent à ce stade :

44. Première question: l'interprétation que la Cour de Justice CE donne de la directive d'harmonisation et dont la Cour de Justice Benelux doit tenir compte n'est-elle pas *contra legem*, c'est-à-dire incompatible avec le texte de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o (*ancien*), de la LBM, qui est applicable en l'espèce ?

Si l'on admet (cf. *supra*) que la directive d'harmonisation a intégré l'interprétation de la Cour de Justice Benelux, celle-ci peut faire sienne, sans difficulté, la jurisprudence de la Cour de Justice CE, sans faire violence au texte de l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1^o, sans l'interpréter *contra legem*.

Il est du reste singulier que cette interprétation européenne nous ramène inmanquablement aux conclusions de l'avocat général Krings précédant l'arrêt Union (cf. *supra*) (Van Bunnem L., *ibid.*, n° 36) !

C'est aussi l'occasion de faire une *autre* lecture de cet arrêt Union.

Ne se pourrait-il pas qu'en rendant son arrêt Union - creuset de l'interprétation de la notion de *ressemblance* - et tout en ne faisant pas état explicitement du risque de *confusion* dans sa définition du terme "*ressemblant*", la Cour de Justice Benelux ait intégré implicitement ce risque dans son raisonnement, précisément lorsqu'elle énonce la condition que la marque et le signe "présentent une similitude de nature à établir une association entre le signe et la marque"?

Ne pourrait-on pas considérer cette formulation comme une définition implicite du risque de confusion, du moins maintenant, vu le contexte nouveau du système de protection des marques, à la suite de la directive européenne, de son interprétation

par la Cour de Justice CE et de l'adaptation de la législation sur les marques par le Protocole de 1992 ?

**

45. Deuxième question: la Cour de Justice Benelux ne doit-elle pas poser une question préjudicielle d'interprétation à la Cour de Justice CE, dans la mesure où l'interprétation demandée par la Cour de cassation de Belgique fait surgir une difficulté de droit communautaire, parce que, par exemple, les notions figurant dans la LBM ne coïncident pas avec les notions énoncées dans la directive européenne (Voyez à ce sujet De Grijse L., "Wie is nu de prejudiciële rechter in merkenzaken?", dans "Un quart de siècle de droit Benelux des marques, Bureau Benelux des marques, 1996, p. 129, note 39) ?

A propos de "la directive européenne d'harmonisation du droit des marques", Van Bunnem L. écrit: "Il est à noter que la directive, faisant partie du droit communautaire, la transposition des dispositions de celle-ci dans le droit Benelux permet aux tribunaux des pays du Benelux, de poser directement à la Cour de justice européenne, des questions qui relèvent à la fois de la directive et de la L.B.M.

De même la Cour de Justice Benelux est désormais obligée, si la question d'interprétation qui lui est soumise est relative à une disposition commune à la législation du Benelux et à la législation communautaire, de questionner elle-même la Cour de justice". (Van Bunnem L., op.cit., RCJB, 1999, n° 2, p. 294; arrêt Dior/Evora, du 4 novembre 1997).

46. L'interprétation de notions du droit communautaire, telle que la *confusion qui comprend le risque d'association*, qu'on peut lire dans la directive

d'harmonisation, peut effectivement donner lieu à une saisine préjudicielle, à moins que la disposition concernée du droit communautaire n'ait déjà été interprétée par la Cour de Justice CE (voyez à cet égard les arrêts précités Sabel et Cannon) ou que les modalités précises d'application du droit communautaire ne soient pas de nature à faire naître un doute raisonnable.

A ce sujet, j'ai déjà relevé la volonté du législateur communautaire d'éviter une interprétation *trop* stricte de la *confusion*, et sa référence implicite à la jurisprudence de la Cour de Justice Benelux et à son intégration dans le droit communautaire (cf. Braun A., *op.cit.*, et Van Innis Th., *op.cit.*).

Dans ces conditions, il ne s'impose pas, me semble-t-il, de poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice CE.

Finalement, je crois pouvoir exprimer l'avis qu'il ne serait pas conforme à la directive d'interpréter la *ressemblance* sur le fondement du simple risque d'*association*, *sans faire état du risque de confusion*.

Conclusions.

47. A la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions posées par la Cour de cassation de Belgique:

Réponse à la question 1. : La simple association entre des marques et des signes ressemblants concernant des produits identiques ou similaires ne suffit pas

pour reconnaître au titulaire de la marque le droit d'invoquer l'article 13, A, alinéa 1^{er}, 1°, de la LBM, avant sa modification par le Protocole du 2 décembre 1992.

Réponse à la question 2. : L'article précité doit être interprété de manière que, dans les circonstances précitées, le titulaire de la marque ne peut s'opposer à l'usage en question que lorsque celui-ci est susceptible de susciter une confusion. La simple association entre deux marques que pourrait faire le public par le biais de la concordance de leur contenu sémantique ne suffit pas en elle-même pour conclure à l'existence d'un risque de confusion.

Réponse à la question 3. : Le facteur de *confusion* doit être pris en considération en fonction de la réaction des consommateurs concernés.

Qui sont ces consommateurs?

Il convient de répondre à cette question en ayant à l'esprit la réalité.

"La vie se déroule sur le marché (...) et le juge ne pourra donc s'empêcher de se demander comment le public percevra la marque et le signe 'sur le marché' (Gielen et Wichers Hoeth, op.cit., n° 1082).

On entend par là ni une partie significative du public, ni nécessairement des consommateurs avertis et critiques, ni même ceux qui accordent une attention moyenne à la marque et au signe au moment de l'achat,

mais:

- "une personne mise en présence du signe" (cf. l'arrêt Union),
- "la classe des gens à laquelle le produit est destiné" (Braun A., précis des marques (1995), n° 368),
- "le public susceptible d'être confronté au signe (distinctif) d'une marque" (Van Innis T., op.cit., n° 115)

- toute personne en présence de la marque ou du signe.

Dans la mesure où aucun risque théorique de confusion n'est pris en considération, mais bien une possibilité concrète et réelle, la formule "toute personne en présence de la marque ou du signe" vise la catégorie des consommateurs, c'est-à-dire le public qui est l'objet de l'action de la marque.

La composition de ce public est d'ailleurs multiforme et sera généralement déterminée par la nature du produit vendu.

Le libellé *toute personne* n'implique naturellement pas que la réaction d'une seule personne suffirait à déclencher le système de protection.

Bruxelles, le 9 septembre 1999