CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 17 janvier 2002 [1]

1. Selon l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive sur les marques [2], le titulaire d'une marque enregistrée peut interdire aux tiers de faire usage, dans la vie des affaires, d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée. Le tribunal de grande instance de Paris (France) souhaite savoir si, aux fins de cette disposition, un signe peut être considéré comme identique à une marque a) s'il ne reproduit que l'élément distinctif de la marque ou b) s'il reproduit l'intégralité de la marque à laquelle sont adjoints d'autres signes.

Le cadre normatif

La réglementation communautaire

2. L'article 4, paragraphe 1, de la directive dispose:

«Une marque est refusée à l'enregistrement ou est susceptible d'être déclarée nulle si elle est enregistrée:

a) lorsqu'elle est identique à une marque antérieure et que les produits ou services pour lesquels la marque a été demandée ou a été enregistrée sont identiques à ceux pour lesquels la marque antérieure est protégée;

b) lorsqu'en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque antérieure et en raison de l'identité ou de la

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1, ci-après la «directive»).

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.»

3. De même, aux termes de l'article 5, paragraphe 1:

«La marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif. Le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires:

a) d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée;

b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque et le signe, il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque.»

4. À cet égard, le dixième considérant du préambule de la directive énonce notamment:

«que la protection conférée par la marque enregistrée, dont le but est notamment de garantir la fonction d'origine de la marque, est absolue en cas d'identité entre la marque et le signe et entre les produits ou services; que la protection vaut également en cas de similitude entre la marque et le signe et entre les produits ou services; qu'il est indispensable d'interpréter la notion de similitude en relation avec le risque de confusion; que le risque de confusion, dont l'appréciation dépend de nombreux facteurs et notamment de la connaissance de la marque sur le marché, de l'association qui peut en être faite avec le signe utilisé ou enregistré, du degré de similitude entre la marque et le signe et entre les produits ou services désignés, constitue la condition spécifique de la protection [...]».

5. De plus, nous pouvons relever que, bien que n'étant pas directement en cause en l'espèce, les articles 8, paragraphe 1, sous a) et b), et 9, paragraphe 1, sous a) et b), du règlement sur la marque communautaire [3] contiennent des dispositions matériellement identiques à celles respectivement des articles 4, paragraphe 1, sous a) et b), et 5, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive.

3 — Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993 (JO 1994, L 11, p. 1, ci-après le «règlement»).

6. Une marque ne bénéficie donc en principe d'une protection absolue que contre d'autres marques ou signes qui lui sont identiques et dont il est fait usage pour des produits identiques à ceux pour lesquels elle est enregistrée; sinon, il faut également établir l'existence d'un risque de confusion.

La législation française

7. En France, le droit des marques est codifié dans le code de la propriété intellectuelle.

8. L'article L.713-2 dudit code prohibe «la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que:

'formule, façon, système, imitation, genre, méthode', ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement».

9. L'article L.713-3 dispose:

«Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public:

a) la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement;

b) l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.»

10. À l'origine, ces articles ont été insérés par la loi n° 91-7, du 4 janvier 1991 [4], que les autorités françaises ont notifiée comme transposant la directive.

4 — *Journal officiel de la République française*, 6 janvier 1991, p. 316; voir l'article 15, paragraphes I et II.

La procédure

11. LTJ Diffusion est une société française qui produit et vend divers articles vestimentaires et des articles semblables sous la marque «Arthur», enregistrée en France (ainsi qu'à l'échelle internationale pour certains pays) comme marque figurative, dans un graphisme distinctif, avec un point placé sous le «A» majuscule, pour les produits de la classe 25 de la classification de Nice [5] (vêtements, chaussures et chapellerie). Elle emploie ce vocable pour désigner tant les articles que les points de vente dans lesquels ils sont vendus.

12. Sadas Vertbaudet SA (ci-après «Sadas») est une société qui exerce une activité de vente par correspondance; elle vend en particulier des vêtements pour enfants dont une ligne appelée «Arthur et Félicie», dénomination qu'elle a enregistrée en France comme marque verbale pour les produits répertoriés dans un certain nombre de classes, dont ceux de la classe 25, et dont elle a demandé l'enregistrement comme marque communautaire. Il ressort des documents produits par LTJ Diffusion que le graphisme de la marque que Sadas emploie ne reproduit pas le graphisme dans lequel la marque «Arthur» est enregistrée.

13. LTJ Diffusion s'oppose à l'usage que Sadas fait de la marque «Arthur et Félicie» qui, selon elle, contrefait sa propre marque «Arthur», tout comme elle s'est opposée à d'autres marques qui comprennent ce prénom-là. Elle est parvenue à s'opposer à l'enregistrement en France de la marque «Arthur et Nina» par une autre société pour les vêtements, chaussures et chapellerie, et son opposition à l'enregistrement comme marque communautaire, demandé par Sadas, du signe «Arthur et Félicie» est actuellement pendante devant une chambre d'appel de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (ci-après l'«OHMI»). Toutefois, depuis l'ouverture de la présente procédure [6], la première chambre de recours a rejeté ses oppositions à l'enregistrement comme marques communautaires de deux autres signes figuratifs comprenant le vocable «Arthur».

14. Dans le recours introduit devant le tribunal de grande instance, LTJ Diffusion conteste l'usage que Sadas fait de la marque «Arthur et Félicie» qu'elle a enregistrée en France, ainsi que la validité du dépôt fait par Sadas [7]. Elle se fonde principalement sur les articles L.713-2 et L.713-3 du code de la propriété intellectuelle et sur la manière dont la jurisprudence et la doctrine interprètent en particulier ce dernier article comme visant également les cas dans lesquels un élément distinctif d'une marque

5 — Voir l'arrangement de Nice concernant la classification des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé à Stockholm le 14 juillet 1967, et à Genève le 13 mai 1977, et modifié le 28 septembre 1979.

6 — Décisions du 25 juillet 2001 dans l'affaire R 1196/2000-1 LTJ Diffusion/Moorbrook Textiles, et du 3 octobre 2001 dans l'affaire R 433/2000-1 Marc Brown/LTJ Diffusion.

7 — Il semble ressortir des propos tenus à l'audience que, lorsque la dénomination «Arthur et Félicie» a été enregistrée en 1993 comme marque française, LTJ Diffusion ne disposait d'aucun recours pour s'opposer audit enregistrement.

complexe est reproduit ou dans lesquels soit ledit élément, soit l'intégralité de la marque est reproduit avec adjonction d'éléments considérés comme ne portant pas atteinte à son identité [8]. Sadas conteste cette interprétation qu'elle considère comme n'étant pas conforme aux termes de la directive.

15. La juridiction de renvoi a suspendu la procédure et sollicite une décision à titre préjudiciel sur la question suivante:

«L'interdiction édictée par l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres, concerne-t-elle la seule reproduction à l'identique sans retrait ni ajout, du ou des signes composant une marque, ou peut-elle s'étendre à:

1) la reproduction de l'élément distinctif d'une marque composée de plusieurs signes?

2) la reproduction intégrale des signes constituant la marque lorsque leur sont adjoints d'autres signes?»

8 — Les juristes français se réfèrent aux notions de «contrefaçon partielle» et d'«adjonction inopérante». L'origine de ces deux notions, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, est antérieure à la transposition de la directive en droit français.

16. Les parties au principal, le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission ont présenté des observations écrites; tous ainsi que le gouvernement français ont présenté des observations à l'audience.

Analyse

Portée et contexte de la question

— La directive

17. Telle que formulée, la question posée par la juridiction nationale porte exclusivement sur le droit du titulaire d'une marque nationale d'interdire l'usage d'un signe identique à cette marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels elle est enregistrée [article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive].

18. Dans ce contexte, nous pouvons relever que le libellé de la réglementation française diffère sensiblement de celui de la directive qu'elle semble destinée à transposer. Cela peut créer une certaine confusion au sein des juridictions françaises et rendre plus

difficile l'application, en conformité avec la directive, de cette réglementation. Cependant, il est certain en droit communautaire qu'une juridiction nationale appelée à interpréter pareille réglementation interne est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive dont s'agit afin d'atteindre le résultat recherché [9]. Cette règle n'est pas contestée en l'espèce.

19. La réponse à la question particulière de la juridiction nationale intéresse également les motifs susceptibles de fonder le refus ou la nullité de l'enregistrement d'une marque en vertu de l'article 4, paragraphe 1, sous a), puisque le critère de l'identité — entre des marques, ou entre une marque et un signe — est commun aux deux contextes et que l'économie de la directive commande une interprétation uniforme. (Nous souhaiterions insister sur le fait que la notion d'identité à étudier concerne uniquement l'identité entre des marques, ou entre une marque et un signe; des considérations différentes peuvent entrer en ligne de compte dans la détermination de l'identité entre des biens ou des services — question qui n'est pas soulevée en l'espèce.)

20. Toutefois, la décision de la Cour ne concernera ni le droit d'interdire l'usage d'un signe identique lorsque des biens ou des services ne sont pas identiques mais simplement similaires, ni la possibilité de refuser ou d'annuler l'enregistrement dans les mêmes conditions [articles 4, paragraphe 1, sous b), et 5, paragraphe 1, sous b), de la directive]. Dans pareils cas, où il faut démontrer l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public, il importe peu de savoir si la marque et le signe, ou les deux marques, sont eux-mêmes identiques plutôt que similaires, de telle sorte que les contours précis de la distinction entre identité et similitude seront sans incidence sur le résultat.

— Le règlement

21. De plus, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le règlement sur la marque communautaire emploie aux articles 8, paragraphe 1, sous a), et 9, paragraphe 1, sous a), le même critère que celui qui figure aux articles 4, paragraphe 1, sous a), et 5, paragraphe 1, sous a), de la directive et dans des contextes parfaitement équivalents. Eu égard aux décisions prises par l'OHMI, LTJ Diffusion soutient cependant que les deux ensembles de dispositions doivent être interprétés différemment.

22. Elle allègue essentiellement, d'abord, que l'OHMI ne saurait se voir reconnaître

9 — Voir, par exemple, en ce qui concerne spécifiquement la directive, l'arrêt du 16 juillet 1998, Silhouette International Schmied (C-355/96, Rec. p. I-4799, point 36).

le pouvoir de lier les juridictions nationales; ensuite que, en général, directives et règlements ne sauraient être interprétés de la même façon parce qu'ils diffèrent par leur nature et par les conditions de leur application et, troisièmement, qu'une directive dont la seule finalité est l'harmonisation partielle de législations nationales, ce qui laisse de la marge pour adopter des approches différentes, ne saurait être interprétée de la même façon qu'un règlement ayant pour finalité d'instaurer un régime communautaire unique et uniforme.

23. Ces arguments n'emportent pas la conviction.

24. Nous admettons, certes, que les décisions prises par les organes de l'OHMI dans le cadre du règlement ne sauraient lier les juridictions nationales quant à l'interprétation de la directive, mais cela ne signifie pas que ces décisions doivent nécessairement être méconnues; elles peuvent néanmoins faire autorité lorsqu'elles sont conformes aux arrêts de la Cour.

25. Nous récusons également l'argument selon lequel une directive et un règlement qui emploient les mêmes critères et les mêmes termes dans des contextes parallèles doivent être interprétés différemment simplement parce qu'ils sont de nature différente. Au contraire, lorsque le législateur communautaire prend soin de s'exprimer de cette façon — comme il l'a clairement fait dans le domaine des marques — on peut très fortement présumer que les deux mesures sont appelées à recevoir la même interprétation. Le fait qu'elles s'appliqueront dans des circonstances de droit et de fait différentes n'enlève rien à cette présomption.

26. Il est vrai que la directive ne cherche pas à standardiser toutes les règles nationales du droit des marques, mais simplement à rapprocher les dispositions ayant l'incidence la plus directe sur le fonctionnement du marché intérieur [10]. Cependant, la Cour considère que les articles 5 à 7 de la directive procèdent à une harmonisation complète des règles relatives aux droits conférés par la marque et qu'ils définissent ainsi les droits dont jouissent les titulaires de marques dans la Communauté [11].

27. En outre, quand on sait que l'enregistrement comme marque communautaire doit être refusé lorsqu'il entre en conflit avec une marque nationale antérieure [12]

10 — Voir, en particulier, le troisième considérant du préambule de la directive.

11 — Voir, très récemment, l'arrêt du 20 novembre 2001, Davidoff et Levi Strauss (C-414/99 à C-416/99, Rec. p. I-8691, point 39).

12 — Article 8, paragraphe 2, sous a), ii), du règlement; l'inverse — à savoir que l'enregistrement comme marque nationale doit être refusé s'il y a conflit avec une marque communautaire antérieure — découle évidemment de l'article 4, paragraphe 1, de la directive.

mais, s'il est valide, qu'il confère au titulaire des droits susceptibles d'être invoqués dans toute la Communauté envers ceux qui font usage de signes identiques ou similaires, il est clair que l'on porterait gravement atteinte au fonctionnement du marché intérieur si les droits conférés dans chaque cas devaient différer de manière significative.

28. En conséquence, nous estimons, en principe, que les dispositions parallèles de la directive et du règlement qui intéressent la présente affaire doivent être interprétées de la même façon.

— Observations finales sur la portée et le contexte

29. En définitive, la question posée par la juridiction nationale pourrait, par l'emploi des termes «reproduction», «retrait» et «ajout», sembler envisager simplement une situation dans laquelle un contrefacteur cherche précisément à exploiter une marque antérieure par imitation, manipulation ou modification. Toutefois, il convient de souligner que la protection accordée dans le cadre de la directive ne dépend en aucun cas de tels comportements, mais vaut également lorsque le conflit est le résultat fortuit de l'ignorance et d'une totale bonne foi.

30. Les circonstances pertinentes sont donc celles dans lesquelles un signe et une marque enregistrée, ou deux marques enregistrées, sont utilisés pour des biens ou services identiques de sorte que la directive permet au titulaire de la marque (antérieure) d'exercer ses droits sans avoir à prouver l'existence, dans l'esprit du public, de quelque risque de confusion que ce soit. Dans ces conditions, comment doit-on établir que la marque et le signe, ou les deux marques, sont identiques plutôt que simplement similaires?

La signification du terme «identique»

31. Les principes semblent clairs.

32. Les parties qui ont présenté des observations ont toutes plaidé, à l'exception de LTJ Diffusion, en faveur d'une interprétation stricte du terme «identique» dans le contexte en question, et nous partageons ce point de vue. Comme le souligne la Commission en particulier, il serait très difficile de concilier une interprétation large avec les définitions que le dictionnaire donne de ce terme, dans quelque langue que ce soit, définitions qui soulignent le caractère parfaitement semblable des choses comparées. Chose peut-être plus importante, seule une interprétation stricte semble être conforme à l'économie, à la genèse et au contexte des dispositions en cause.

33. Les articles 4, paragraphe 1, sous a), et 5, paragraphe 1, sous a), de la directive confèrent des droits absolus aux titulaires de marques lorsque les éléments pertinents sont tous identiques; les articles 4, paragraphe 1, sous b), et 5, paragraphe 1, sous b), confèrent des droits conditionnés par l'existence d'un risque de confusion lorsque certains éléments sont simplement similaires. Il ressort clairement du dixième considérant du préambule que la protection conférée par la marque vise à être absolue en cas d'identité, mais que, en cas de similitude, le risque de confusion est la condition spécifique pour que joue la protection. Une telle protection absolue et inconditionnelle — qui, comme le souligne la Commission, laisse aux juridictions nationales une faible, voire aucune marge d'appréciation — ne doit évidemment pas être étendue au-delà des situations pour lesquelles elle a été conçue si l'on doit atteindre l'objectif d'assurer la liberté du commerce et une concurrence non faussée dans le marché intérieur [13].

34. Comme le gouvernement français l'a souligné à l'audience, la proposition initiale de directive [14] faite par la Commission ne prévoyait pas de protection absolue et inconditionnelle en cas d'identité. Dans cette proposition, le préambule énonçait que «la protection conférée par la marque est rattachée aux notions de similitude des signes, de similitude des produits ou des services et de risque de confusion qui en résulte». Les droits conférés au titulaire en vertu de l'article 3, paragraphe 1, s'appliquaient lorsque les marques et les signes, et les biens ou les services, étaient identiques *ou* similaires et lorsqu'il existait, dans l'esprit du public, «un sérieux risque de confusion». C'est en 1985 que la proposition modifiée [15] a supprimé la condition de l'existence d'un risque de confusion en cas d'identité à la suite notamment de l'avis du Comité économique et social [16] qui avait souligné: «L'interdiction d'utilisation d'une marque *identique* ne doit pas dépendre de la preuve de l'existence d'un risque de confusion. En ce qui concerne la marque *identique*, il convient, dans l'intérêt de tous les participants, de se limiter *au risque de confusion dans la vie des affaires* [...]» [17].

35. De plus, la Commission et le gouvernement du Royaume-Uni se sont tous deux référés à l'article 16, paragraphe 1, de l'accord ADPIC de 1994 (accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) [18], qui lie la Communauté et dispose: «En cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister».

13 — Voir premier considérant de la directive.

14 — JO 1980, C 351, p. 1.

15 — JO 1985, C 351, p. 4.

16 — JO 1981, C 310, p. 22.

17 — Point 4; souligné dans l'original. À la deuxième occurrence de l'adjectif «identique», il convient en français de lire «similaire». Cette interprétation semble plus conforme à l'avis du Comité économique et social, et est confirmée par les différentes versions linguistiques.

18 — Prévu à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'«accord OMC»), approuvé au nom de la Communauté, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994 (JO L 336, p. 1).

36. De telles considérations ne font que confirmer une conclusion que la simple logique semble commander.

37. Lorsqu'il est fait usage dans la vie des affaires de signes ou de marques rigoureusement identiques pour des biens ou services identiques, il est difficile, voire impossible, de concevoir des circonstances dans lesquelles tous les risques de confusion pourraient être écartés. Dans pareils cas, il serait à la fois superflu et exagéré d'exiger la preuve de l'existence de ce risque.

38. Toutefois, lorsqu'il y a similitude et non identité, il est raisonnable de limiter les droits du titulaire de la marque aux cas dans lesquels on peut établir l'existence d'un risque de confusion puisque, à défaut, leur exercice constituerait une restriction à la liberté du commerce et à la concurrence qui ne pourrait pas être justifiée par l'objectif fondamental du droit des marques de garantir qu'une marque déterminée désigne sans équivoque une origine déterminée [19].

39. Nous estimons ainsi que la protection que les dispositions pertinentes accordent aux titulaires de marques est principalement fondée sur l'existence d'un risque de confusion qu'il est superflu de prouver lorsque les deux marques (ou la marque et le signe) et les produits couverts ne sont pas simplement similaires, mais identiques. Les articles 4, paragraphe 1, sous a), et 5, paragraphe 1, sous a), de la directive ne sont appelés à s'appliquer que dans pareils cas, puisque l'existence d'un risque de confusion peut être présumée sans examen plus approfondi.

40. Mais cela ne nous indique pas encore où il convient de tracer la frontière entre similitude et identité.

41. L'identité absolue en tous points relève évidemment des articles 4, paragraphe 1, sous a), et 5, paragraphe 1, sous a). Et, en principe, toute différence, qu'elle soit considérée comme ajoutant, retranchant ou modifiant un quelconque élément, doit emporter la perte de l'identité entre les signes.

42. Cependant, on a souligné à raison dans les observations présentées devant la Cour qu'il peut y avoir de légères différences entre les marques si bien que les deux marques ne sont pas rigoureusement identiques, mais demeurent néanmoins difficiles à distinguer entre elles.

19 — Pour un exposé un peu plus complet de cet objectif, voir, par exemple, l'arrêt du 17 octobre 1990, HAG GF (C-10/89, Rec. p. I-3711, ci-après l'«arrêt HAG II», points 13 et 14).

43. Nous partageons l'idée selon laquelle la notion d'identité, tout en devant être interprétée strictement, doit tenir compte du fait que le risque de confusion ne diminue pas et que son existence peut ainsi être présumée sans risque sauf si les différences entre deux marques, ou entre une marque et un signe, sont perceptibles.

44. Comment alors mettre en œuvre ces notions? Comment peut-on définir la frontière entre ce qui est minime ou insignifiant et ce qui est visible ou important? Sadas a invoqué un certain nombre de décisions rendues par les juridictions françaises dans lesquelles cette frontière semble avoir été étendue de manière inacceptable; pour ne citer qu'un exemple, il semble que l'expression «belle à craquer» ait été considérée comme contrefaisant la marque «elle» au motif qu'elle reproduisait cette dernière dans son intégralité [20].

45. Toutefois, en citant un certain nombre d'exemples anglais et écossais pour illustrer son propos, le Royaume-Uni a déconseillé à la Cour de rendre en l'espèce un arrêt susceptible d'avoir des implications imprévues dans des circonstances de fait différentes. Il a évoqué de manière générale la difficulté de poser par avance une règle détaillée, qui distinguera toujours de manière appropriée l'important de l'insignifiant, et en particulier la possibilité d'employer des dénominations manifestement imitatives telles que «Imitation X» («X» étant une marque protégée). Dans pareils cas, il peut s'avérer plus problématique d'apporter la preuve d'un risque de confusion — question abordée dans la législation française, mais qui n'est pas en cause en l'espèce [21]. Il préconise par conséquent l'adoption d'une approche générale qui permettra à la juridiction nationale de trancher correctement la présente espèce, mais qui ne doit pas préjuger d'autres affaires différentes et qui peut être ultérieurement précisée. À l'audience, la Commission a adopté une approche largement similaire.

46. Compte tenu de tous les points soulevés, nous sommes d'avis que la Cour devrait, en ce qui concerne l'identité, suivre la voie tracée en matière de similitude, en particulier par ses arrêts SABEL [22] et Lloyd

20 — Bien que, d'après l'exposé du gouvernement français à l'audience, cette jurisprudence semble avoir cédé la place à une interprétation plus stricte de la notion d'identité.

21 — Nous avons évoqué cette question, dans des circonstances quelque peu différentes, au point 56 de nos conclusions présentées, le 20 septembre 2001, dans l'affaire Hölterhoff (C-2/00), en nous référant à la dernière phrase de l'article 6, paragraphe 1, de la directive et à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous h), de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JO L 250, p. 17), telle que modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant la directive 84/450 sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative (JO L 290, p. 18).

22 — Arrêt du 11 novembre 1997 (C-251/95, Rec. p. I-6191, points 22 et 23).

Schuhfabrik Meyer [23], en se fondant sur la nécessité de procéder à une évaluation globale des caractéristiques visuelles, auditives (voire des caractéristiques sensorielles ou organoleptiques au sens large étant donné la possibilité de nouveaux types de marques telles que les marques olfactives) ou conceptuelles des marques ou signes en cause ainsi que sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci, en particulier par leurs éléments distinctifs et dominants, dans l'esprit du consommateur moyen, pareil consommateur étant censé être normalement informé, observateur et circonspect, bien qu'il doive souvent se fier à une image non parfaite d'une marque qu'il a gardée en mémoire. Cela ne signifie pas que la notion d'identité puisse être diluée, mais qu'elle doit être appréciée sur ce fondement.

47. Ainsi, une marque et un signe, ou deux marques, seront toujours identiques lorsque, à la lumière d'une telle appréciation, toutes les différences sont infimes et totalement insignifiantes si bien que le consommateur moyen ne décèlerait aucune différence perceptible entre les deux; sinon, ils peuvent être considérés comme étant similaires tout au plus.

23 — Arrêt du 22 juin 1999 (C-342/97, Rec. p. I-3819, points 18, 25 et 26).

48. Il n'est pas nécessaire ou approprié en l'espèce d'émettre une opinion définitive sur le sort qu'il convient, à cet égard, de réserver à un signe tel que «Imitation X» dans lequel l'élément «X» pris isolément peut être identique à une marque antérieure alors que «Imitation X» ne l'est pas. Dans pareils cas, il est vrai qu'il pourrait être difficile de démontrer l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public étant donné la dénégation audacieuse de l'identité avec l'élément «X». L'article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive pourrait donc ne pas s'appliquer et, si ces cas-là échappaient également à l'article 5, paragraphe 1, sous a), il semblerait difficile d'empêcher ce qui semble constituer un abus flagrant. Toutefois, il se peut bien que le consommateur moyen perçoive une dénomination telle que «Imitation X» non comme un signe autonome, mais comme la marque «X» accompagnée d'un élément étranger.

49. En conséquence, la juridiction nationale doit d'abord définir ce que le consommateur moyen, normalement informé, observateur et circonspect perçoit comme étant les marques pertinentes, ou comme la marque et le signe pertinents, puis se livrer à l'évaluation globale décrite ci-dessus afin de déterminer s'ils sont susceptibles d'être perçus comme étant identiques ou simplement similaires. Dans la première hypothèse, les droits du titulaire de la marque s'appliqueront automatiquement alors que, dans la deuxième hypothèse, il sera nécessaire d'examiner plus avant si un risque de confusion existe.

50. Il n'appartient pas à la Cour d'appliquer cette approche aux faits de l'espèce de la procédure au principal puisque l'évaluation dont s'agit peut exiger une connaissance particulière de circonstances nationales. Cependant, nous suggérons que la reproduction de la marque «Arthur» de LTJ Diffusion dans le même graphisme caractéristique, mais sans le point placé sous le «A» majuscule, aurait pu être perçue par le consommateur moyen comme identique à l'original (la modification étant minime et totalement insignifiante), alors que l'usage d'un graphisme sensiblement différent et/ ou l'adjonction d'un autre vocable pourrait être considéré comme simplement similaire (de tels changements, au moins considérés dans leur ensemble, étant importants).

51. Cette approche — qui semble être également celle largement défendue par toutes les parties ayant présenté des observations en l'espèce, à l'exception de LTJ Diffusion — n'est pas excessivement restrictive des droits du titulaire de la marque. Même lorsque le rapport entre des marques, ou entre une marque et un signe, reste en deçà de cette définition relativement stricte de l'identité, il sera toujours possible au titulaire de la marque d'exercer ses droits en démontrant l'existence d'un risque de confusion. Et si aucun risque de cette nature n'existe, il n'y aura normalement aucune raison de lui permettre d'empêcher l'enregistrement ou l'usage du signe attaqué [24].

52. Dans ce contexte, nous ne sommes pas convaincu par les arguments de LTJ Diffusion selon lesquels l'interprétation plus large, qu'elle préfère, accorderait à des entreprises plus petites une plus grande protection contre «l'impérialisme» de sociétés plus importantes. Au contraire, on pourrait s'attendre à ce que la possibilité d'une protection absolue et inconditionnelle, au-delà de la stricte identité entre les signes, soit exploitée sans merci avant tout par les entreprises jouissant de la plus grande puissance économique. À ce propos, comme nous l'avons rappelé dans les conclusions présentées dans l'affaire Procter & Gamble [25], un magistrat anglais a souligné un jour que «[l]es commerçants fortunés sont généralement avides de clôturer une partie du vaste terrain commun de la langue anglaise et d'en interdire l'accès au public ordinaire d'aujourd'hui et de demain» [26].

24 — Même dans ce cas, les marques jouissant d'une renommée dans l'État membre concerné peuvent disposer d'une plus grande protection en vertu des articles 4, paragraphe 4, sous a), ou 5, paragraphe 2, de la directive.

25 — Point 77 des conclusions présentées, le 5 avril 2001, dans l'affaire Procter & Gamble (arrêt du 20 septembre 2001, C-383/99 P, Rec. p. I-6251).

26 — «Perfection»: Joseph Crosfield & Sons' Application, 1909, 26 RPC 837, p. 854, Court of Appeal, par Cozens-Hardy, Master of the Rolls.

Conclusion

53. À la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit à la question déférée par le tribunal de grande instance de Paris:

«La notion d'identité entre une marque et un signe, qui figure à l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, vise la reproduction à l'identique, sans aucun ajout, retrait ou modification autres que ceux qui sont minimes ou totalement insignifiants.

Pour apprécier de tels cas, la juridiction nationale doit d'abord définir ce que le consommateur moyen, normalement informé, observateur et circonspect perçoit comme étant la marque et le signe pertinents, puis évaluer globalement les caractéristiques visuelles, auditives et autrement sensorielles ou conceptuelles de la marque et du signe en cause ainsi que l'impression d'ensemble produite par ceux-ci, en particulier par leurs éléments distinctifs et dominants, afin de déterminer si la marque et le signe seraient perçus par un tel consommateur comme étant identiques en ce sens que toutes les différences, quelles qu'elles soient, sont minimes ou totalement insignifiantes, ou s'ils seraient au contraire perçus comme étant similaires en ce sens que les différences sont plus importantes que cela.»