

27 avril 2011

Cour de cassation

Pourvoi n° 10-18.141

Chambre commerciale financière et économique

ECLI:FR:CCASS:2011:CO00395

## Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 5 mars 2010), que la société Ipsen Pharma, titulaire de la marque verbale "TANAKAN" déposée le 9 septembre 1993, régulièrement renouvelée et enregistrée sous le n° 1 248 945 pour désigner les produits pharmaceutiques, vétérinaires et hygiéniques, produits diététiques pour enfants et malades, désinfectants, a formé opposition à l'enregistrement de la marque "ANAKA" déposée le 7 novembre 2008 par la société Les Laboratoires Brothier pour désigner les produits pharmaceutiques, notamment médicaments vendus sans ordonnance, appareils et instruments chirurgicaux et médicaux ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Les Laboratoires Brothier fait grief à l'arrêt d'avoir annulé, s'agissant de la comparaison des signes, la décision du directeur général de l'INPI qui avait rejeté l'opposition, alors, selon le moyen, que s'il n'expose pas succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens, le juge, qui ne peut statuer que sur les dernières conclusions déposées, doit viser celles-ci avec indication de leurs dates ; que la cour d'appel en statuant au visa des écritures déposées par la société Ipsen Pharma le 2 octobre 2009, cependant que cette société avait déposé ses dernières écritures le 22 janvier 2010, a violé l'article 954, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Mais attendu que le mémoire déposé le 22 janvier 2010 par la société Ipsen Pharma devant la cour d'appel comportant une argumentation additionnelle par rapport à celui du 2 octobre 2009 et allant à l'encontre de la thèse soutenue par la société Laboratoires Brothier, l'erreur commise quant au visa de la date des dernières écritures de la société Ipsen Pharma ne fait pas grief à la société Laboratoires Brothier ; que le moyen est irrecevable faute d'intérêt ;

Sur le second moyen pris en ses troisième, quatrième et cinquième branches :

Attendu que la société Laboratoires Brothier fait encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public doit être appréciée globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce ; que la marque ANAKA a été déposée pour désigner des "produits pharmaceutiques, notamment médicaments vendus sans ordonnance" ; que la marque TANAKAN vise des "produits pharmaceutiques, vétérinaires, hygiéniques" ; qu'en procédant à l'examen d'un éventuel risque de confusion pour les seuls consommateurs de produits pharmaceutiques vendus sans ordonnances quand ces produits n'étaient pas seuls en cause, la cour d'appel a méconnu son obligation d'examiner tous les facteurs pertinents du cas d'espèce, en violation des articles L. 711-4 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques :

2°/ que lorsqu'une marque est enregistrée pour des produits pharmaceutiques, le public pertinent à prendre en compte pour l'examen du risque de confusion est composé non seulement des consommateurs finaux, mais aussi des professionnels de santé qui sont susceptibles d'influencer voire de déterminer le choix de ceux-ci ; qu'en se bornant à examiner le risque de confusion pour les consommateurs finaux, sans examiner la similitude entre les signes aux yeux des professionnels de santé cependant que chacune des deux marques visait non seulement les "médicaments vendus sans ordonnance" pour la marque ANAKA, mais encore les "produits pharmaceutiques" en leur ensemble, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 711-4 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques ;

3°/ que les patients, consommateurs de produits pharmaceutiques, développent un degré d'attention élevé à l'égard des marques apposées sur les médicaments qu'ils consomment ; qu'en retenant que le consommateur de produits pharmaceutiques délivrés sans prescription médicale pourrait ne "garder en mémoire qu'une image imparfaite de la marque antérieure", la cour d'appel n'a pas pris en considération la spécificité des produits en cause, mais a raisonné comme si le consommateur se trouvait en présence de produits tout autres que les produits pharmaceutiques, et a, une fois encore, violé les articles L. 711-4 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt ayant par un motif non critiqué considéré que les consommateurs finaux faisaient partie du public pertinent, et ayant retenu qu'il existait un risque de confusion entre les signes pour les consommateurs de produits pharmaceutiques délivrés sans prescription médicale, n'était pas tenu d'examiner si un tel risque existait pour les produits pharmaceutiques délivrés sur prescription médicale et pour les professionnels de santé ;

Attendu, en second lieu, que le moyen pris en sa troisième branche ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond du degré d'attention du public constitué par les consommateurs finaux de produits pharmaceutiques délivrés sans ordonnance ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu que le second moyen pris en ses première et deuxième branches ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Les Laboratoires Brothier aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Ipsen Pharma la somme de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept avril deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Bénabent, avocat aux Conseils pour la société Les Laboratoires Brothier.

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir annulé – « pour le surplus » c'est-à-dire sur le plan de la comparaison des signes pour les seuls produits identiques – la décision du directeur général de l'INPI qui avait rejeté l'opposition formée par la société IPSEN PHARMA, titulaire de la marque TANAKAN, à la demande d'enregistrement n°08 3 610 296 de la marque ANAKA formée par la société LES LABORATOIRES BROTHIER ;

AUX MOTIFS QUE : « vu le mémoire en date du 2 octobre 2009 aux termes duquel la société IPSEN PHARMA demande à la cour d'annuler la décision du Directeur général de l'INPI et de condamner la société LES LABORATOIRES BROTHIER à lui verser la somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile » ;

ALORS QUE s'il n'expose pas succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens, le juge, qui ne peut statuer que sur les dernières conclusions déposées, doit viser celles-ci avec indication de leurs dates ; qu'en l'espèce la Cour d'appel a statué au visa des écritures déposées par la société IPSEN PHARMA le 2 octobre 2009, cependant que cette société avait déposé ses dernières écritures le 22 janvier 2010 ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé l'article 954, alinéa 2, du Code de procédure civile.

#### SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir annulé – « pour le surplus » c'est-à-dire sur le plan de la comparaison des signes pour les seuls produits identiques – la décision du directeur général de l'INPI qui avait rejeté l'opposition formée par la société IPSEN PHARMA, titulaire de la marque TANAKAN, à la demande d'enregistrement n°08 3 610 296 de la marque ANAKA formée par la société LES LABORATOIRES BROTHIER ;

AUX MOTIFS QUE « la société IPSEN PHARMA fait grief au directeur général de l'INPI d'avoir écarté tout risque de confusion entre les deux signes en conflit alors que la confusion résulterait des ressemblances visuelles et phonétiques majeures existant entre ces signes ; que le risque de confusion doit d'apprécier globalement au regard de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce, l'appréciation des similitudes des marques en cause devant se fonder sur l'impression d'ensemble produite par celles-ci en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants ; que les deux marques dont s'agit, dépourvues l'une et l'autre de signification, présentent de fortes ressemblances visuelles ; qu'elles sont, en effet, toutes deux reproduites en lettres majuscules d'imprimerie droites et noires ; qu'elles sont pareillement composées d'un seul mot de trois syllabes et comportent cinq lettres communes disposées dans le même ordre ; que la

répétition de la lettre A et la présence de la consonne K, d'emploi peu courant dans la langue française, renforcent la ressemblance ; que sur le plan phonétique, les deux signes sont trisyllabiques ; que l'absence dans la marque ANAKA des consonnes T et N, qui ouvre et ferme respectivement la dénomination TANAKAN et qui sont des consonnes sourdes produisant un son faiblement audible, n'est pas de nature à éliminer la ressemblance importante résultant des trois voyelles communes et répétées et de la sonorité particulière que produit la lettre K ; que le consommateur de produits pharmaceutiques délivrés sans prescription médicale qui ne pourra procéder à la comparaison des deux signes qu'il n'aura pas en même temps sous les yeux ni à l'oreille et qui n'aura gardé en mémoire qu'une image imparfaite de la marque antérieure sera susceptible de les confondre et d'attribuer ainsi une origine commune aux produits couverts par les deux marques ; qu'il s'ensuit que la décision du directeur général de l'INPI doit être annulée de ce chef » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public doit être appréciée globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce ; que l'appréciation globale du risque de confusion doit, lors de l'examen de chaque aspect pertinent des similitudes entre les signes, qu'elles soient visuelles ou phonétiques, se fonder sur l'impression d'ensemble produite par ces signes et ne peut être menée sur la seule base d'un élément dominant qu'à la condition que tous les autres composants des marques en cause soient négligeables ; qu'en l'espèce, sur le plan visuel, la Cour d'appel a retenu que les marques en cause « sont pareillement composées d'un seul mot de trois syllabes et comportent cinq lettres communes disposées dans le même ordre » et que « la répétition de la lettre A et la présence de la consonne K, d'emploi peu courant dans la langue française, renforcent la ressemblance » ; qu'en appréciant ainsi la similitude visuelle des signes au seul regard de l'élément « ANAKA », sans constater que les autres éléments verbaux et graphiques du signe opposé, à savoir les lettres T et N, seraient négligeables dans l'impression d'ensemble produite par celui-ci sur le plan visuel, la Cour d'appel n'a pas apprécié la similitude visuelle des signes en présence en se fondant sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci et a, par là même, violé les articles L. 711-4 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (version codifiée) ;

ALORS, DE DEUXIEME PART, QUE sur le plan de l'appréciation de la similitude phonétique entre deux marques, il y a lieu de comparer l'impression d'ensemble produite par chacune des marques ; qu'en relevant qu'au plan phonétique, les consonnes T et N seraient « des consonnes sourdes produisant un son faiblement audible », et en s'attachant ainsi à la sonorité intrinsèque de ces lettres, pour en déduire que leur absence dans la marque ANAKA ne serait « pas de nature à éliminer la ressemblance importante résultant des trois voyelles communes et répétées et de la sonorité particulière que produit la lettre K », sans rechercher, comme elle y était invitée par la société LES LABORATOIRES BROTHIER dans ses écritures d'appel (cf. p. 10), si la présence des consonnes T et N n'avait pas pour conséquence que les phonèmes d'attaque (respectivement A et TA ) et de fin (respectivement KA et KAN ) étaient radicalement différents, la Cour d'appel n'a pas apprécié la similitude auditive des signes en cause en se fondant sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci, et a encore violé les articles L. 711-4 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (version codifiée) ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public doit être appréciée globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce ; que la marque ANAKA a été déposée pour désigner des « produits pharmaceutiques, notamment médicaments vendus sans ordonnance » ; que la marque TANAKAN vise des « produits pharmaceutiques, vétérinaires, hygiéniques » ; qu'en procédant à l'examen d'un éventuel risque de confusion pour les seuls consommateurs de produits pharmaceutiques vendus sans ordonnances quand ces produits n'étaient pas seuls en cause, la Cour d'appel a méconnu son obligation d'examiner tous les facteurs pertinents du cas d'espèce, en violation des articles L. 711-4 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (version codifiée) ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE lorsqu'une marque est enregistrée pour des produits pharmaceutiques, le public

pertinent à prendre en compte pour l'examen du risque de confusion est composé non seulement des consommateurs finaux, mais aussi des professionnels de santé qui sont susceptibles d'influencer voire de déterminer le choix de ceux-ci ; qu'en se bornant à examiner le risque de confusion pour les consommateurs finaux, sans examiner la similitude entre les signes aux yeux des professionnels de santé cependant que chacune des deux marques visait non seulement les « médicaments vendus sans ordonnance » pour la marque ANAKA, mais encore les « produits pharmaceutiques » en leur ensemble, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 711-4 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (version codifiée) ;

ALORS, DE CINQUIEME PART, QUE les patients, consommateurs de produits pharmaceutiques, développent un degré d'attention élevé à l'égard des marques apposées sur les médicaments qu'ils consomment ; qu'en retenant que le consommateur de produits pharmaceutiques délivrés sans prescription médicale pourrait ne « garder en mémoire qu'une image imparfaite de la marque antérieure », la Cour d'appel n'a pas pris en considération la spécificité des produits en cause, mais a raisonné comme si le consommateur se trouvait en présence de produits tout autres que les produits pharmaceutiques, et a, une fois encore, violé les articles L. 711-4 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle tels qu'ils doivent s'interpréter à la lumière des articles 4 § 1 b) et 5 § 1 b) de la directive 2008/95/CE rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (version codifiée).

## **Décision attaquée**



Cour d'appel de paris  
5 mars 2010