

2.19 CBPI : le mal-aimé, le mal-compris

Bernard VANBRABANT

Chargé de cours à l'ULiège, membre LCII et Jurislab, avocat, Liedekerke

« Pas de protection des marques sans enregistrement ». Et surtout (sauf exceptions...), pas de protection des marques non enregistrées par le détournement du droit de la concurrence déloyale. Ce principe, qui figure aujourd'hui à l'article 2.19 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle¹, a essuyé de vives critiques au cours des dernières années : une partie de la doctrine s'offusque de la sévérité de cette disposition, certes peu courante à tout le moins dans l'interprétation orthodoxe qu'en fait la Cour de justice Benelux², et la considère tout bonnement comme « illégale » car contraire à des normes juridiques qui auraient préséance sur la CBPI³ ; normes qui permettraient de tenir en échec la disposition querellée, tout particulièrement en présence d'un risque de confusion, le mieux étant encore de l'abroger⁴. En somme, cette « règle d'un autre temps » serait une manière de « dinosaure » dont on peut entonner le « requiem »⁵.

Jusqu'ici, l'article 2.19 CBPI résiste toutefois au feu des critiques⁶, comme le démontre encore un récent arrêt de la Cour d'appel de Gand⁷. Et nous pensons, avec l'Ecole de l'ULB⁸, que le « dinosaure », héritier en vérité d'une tradition juridique d'au moins 150 ans⁹, peut survivre à la croisade¹⁰ lancée à son encontre. Pour s'en convaincre, il faut d'abord saisir la justification de la règle « pas de protection sans enregistrement » (I), en préciser la portée (II et III) et évoquer les nombreuses exceptions et nuances qu'elle appelle (IV)¹¹. Une fois ramené à sa juste mesure, le principe de « l'effet réflexe formel »¹² du droit des marques n'apparaît contraire à aucune norme « supérieure » ; favorisant la sécurité juridique voire la liberté d'entreprendre, l'article 2.19 contribue à un équilibre subtil compatible avec la Convention de Paris¹³ (V) comme avec droit européen (VI).

- Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles), faite à La Haye le 25 février 2005. Ci-après, « CBPI ».
- Dans son arrêt du 23 décembre 2010, *D. Engels c. Daewoo Electronics Europe*. Cf. *infra*, II.
- V. WELLENS, « Bescherming van een verpakking via de wet op de handelspraktijken en buiten de Benelux Merkenwet om: Cassatie brengt geen duidelijkheid », *R.D.C.*, n° 2, 2006, pp. 221 et s., spéc. n° 13 ; V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Gand, Larcier, 2007, pp. 86 et s. ; V. WELLENS et P. KLAESER, « La Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et sa transposition en droit belge : vers une protection plus autonome des prestations intellectuelles sur la base du droit de la concurrence déloyale ? », in *Cumul des droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 205 et s. ; A. HALLEMANS, « De reflexwerking van het Benelux merkenrecht t.a.v. het Unieverdrag van Parijs », *I.R.D.I.*, 2011, pp. 226-231 ; A. HALLEMANS et V. WELLENS, « Hoe optreden tegen imitatie van prestaties die niet door intellectuele rechten zijn beschermd ? », *R.W.*, n° 12, 2011, pp. 1406-1422 ; V. WELLENS, « La pratique déloyale de 'parasitisme' redéfinie : vers une convergence accrue avec le droit des marques », *Ann. prat. march.*, 2013, p. 946, n° 8 ; F. VERHOESTRAETE et H. ABRAHAM, « Wanneer is slaafs nabootsen onrechtmatig naar Belgisch recht ? », *Bull. BMM*, 2015/1, pp. 4 et s. ; A. HALLEMANS, « De onwettigheid van het principe 'geen bescherming zonder merkinschrijving' uit artikel 2.19.1. BVIE », *Bull. BMM*, 2015/1, p. 31 ; P. MAEYAERT, « Beschermingsomvang en beperkingen », *I.R.D.I.*, 2016, p. 82, n° 1 ; P. MAEYAERT, « Bescherming tegen look-alikes: een pleidooi voor schrapping van art. 2.19 BVIE », in *Liber amicorum Michel Flamée – Schuim op de branding*, Bruges, Die Keure, 2017, pp. 105-122 ; D. NOESEN, « Verplichte registratie van een teken als merk om bescherming in te roepen ? De (nog steeds) moeilijke toepassing van artikel 2.19 BVIE », *R.A.G.B.*, pp. 1641 et s. ; P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *Ing.-Cons.*, 2020/3, p. 688-697.
- Cf. P. MAEYAERT, *op. et loc. cit.* ; P.-Y. THOUMSIN, *op. cit.*
- P.-Y. THOUMSIN, *op. cit.*
- Selon l'expression de T. COHEN-JEHORAM, C. Van NISPEN et J. HUYDECOPER (*op. cit.*, p. 391), reprise par A. HALLEMANS (« De onwettigheid... », *op. cit.*).
- Gand, 14 mars 2022 (« Physiomer »). Cf. *infra*, note 52.
- Cf. A. PUTTEMANS, « L'effet réflexe du droit des marques : pas de protection, y compris par l'action en concurrence déloyale, sans enregistrement », in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, Larcier, 2017, pp. 149 et s. ; J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le juste équilibre », in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, *op. cit.*, p. 39 et s. ; comparer J. STUYCK, « De stakingrechter, de naleving van contracten en de bescherming van de intellectuele eigendom », *R.D.C.-T.B.H.*, 1991, p. 323 et s., n° 10 ; « Vrijheid van mededinging en intellectuele rechten: Praktische problemen in de grijze zone tussen verboden nabootsing en toegelaten kopie », in F. GOTZEN (éd.), *Marques et concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 9 et s., spéc. pp. 21-25.
- P.-Y. THOUMSIN qualifie la règle de l'effet réflexe de « dinosaure » juridique car elle figurait « déjà » dans la Loi uniforme Benelux sur les marques du 19 mars 1962 (« L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *op. cit.*). Outre que d'aucuns pourraient prendre ombrage de cette métonymie, les prémices de la règle « pas de protection d'une marque sans formalité » sont bien plus anciennes : voir Cass., 27 juin 1878, *Pas.*, I, p. 294, concl. MESDACH DE TER KIELE (« Amer de Hollande ») ; Cass., 16 mars 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 150, et *Ing.-Cons.*, 1939, p. 44 (« ça va seul »). Sur ces arrêts, voir B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, t. I, 2016, pp. 343 et s. ; sur l'arrêt « ça va seul », voir aussi R. JOLIET, « Protection des marques non enregistrées et garantie des droits acquis dans la loi Benelux : un exemple pour la marque européenne ? », *Ing.-Cons.*, 1976, pp. 65 et s., spéc. pp. 75-79 ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles Bruylant, 2000, nos 112-116.
- Selon l'expression d'A. PUTTEMANS (*op. cit.*, n° 8).
- Sur ces différentes questions, voir aussi A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, *op. cit.*, pp. 398-419 ; A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques. Loi uniforme Benelux, droit belge, droit international, droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 5^e éd., 2009, nos 273-275.
- Pour une définition et plus de précision sur ce concept, voir *infra*, notes 35 et 36.
- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979.

TABLE DES MATIÈRES

I. Pour être protégée au Benelux, une marque doit être enregistrée, à moins d'être notoirement connue	257
II. Pas de protection au titre du droit des marques <i>ni</i> en vertu du droit commun de la concurrence déloyale	257
III. Possible régularisation, sous réserve de bonne foi	259
IV. Exceptions et nuances	260
V. Les agissements distincts, le risque de confusion et l'article 10bis de la Convention de Paris	262
VI. L'effet réflexe et le droit de l'Union européenne	263

I. Pour être protégée au Benelux, une marque doit être enregistrée, à moins d'être notoirement connue

« A l'exception du titulaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6bis de la Convention de Paris, nul ne peut, quelle que soit la nature de l'action introduite, revendiquer en justice un signe considéré comme marque, au sens de l'article 2.1, sauf s'il peut faire valoir l'enregistrement de la marque qu'il a demandée ».

Ce premier alinéa¹⁴ de l'article 2.19 appelle plusieurs précisions.

En premier lieu, la disposition exempte expressément de son application les *marques notoirement connues*. En vertu de l'article 6bis de la Convention d'Union de Paris sur la protection de la propriété industrielle¹⁵, renforcé par l'article 16 de l'Accord ADPIC¹⁶, ces marques sont protégées en l'absence de tout enregistrement, tant contre le risque de confusion que contre les autres types d'atteintes qui menacent leur renommée ou leur pouvoir distinctif. Les marques notoirement connues sont d'autant plus nombreuses que la notoriété ne doit être acquise que dans la partie du public concernée¹⁷.

Imposée par le droit international, l'exception relative aux marques notoirement connues est également

logique eu égard à la *justification* de la règle « pas de protection sans enregistrement ». Loin de servir uniquement à remplir les caisses de l'Office Benelux¹⁸, cette règle vise en effet à assurer aux agents économiques une certaine *sécurité juridique*¹⁹ : celui qui se lance dans une activité économique doit pouvoir vérifier que la marque qu'il envisage d'utiliser est libre d'usage. Il est avantageux de pouvoir le faire à travers une recherche dans les registres publics, aujourd'hui accessibles en ligne, de l'Office Benelux, de l'OMPI et de l'EUIPO, sans avoir à craindre l'existence de marques inconnues non déposées²⁰. Lorsqu'elles sont notoirement connues dans un secteur économique, les marques ne peuvent toutefois être raisonnablement ignorées des (futurs) acteurs de ce secteur : elles peuvent dès lors être protégées sans enregistrement.

II. Pas de protection au titre du droit des marques *ni* en vertu du droit commun de la concurrence déloyale

L'enregistrement dont question à l'article 2.19 est le fait générateur du droit exclusif à la marque. Comme l'énonce l'article 2.1 CBPI, « le droit exclusif à la marque en vertu de la convention (Benelux) s'acquiert par l'enregistrement de la marque, dont la demande a été effectuée en territoire Benelux (marque Benelux) ou résultant d'un enregistrement auprès du Bureau international (marque internationale) dont la protection s'étend au territoire Benelux ». C'est à l'occasion de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2004, du Protocole du 11 décembre 2001 modifiant la loi uniforme Benelux en matière de marques, que l'enregistrement s'est substitué au dépôt de la marque comme fait générateur du droit exclusif et, simultanément, comme condition de recevabilité de l'action en justice.

Que faut-il entendre par la « revendication en justice » d'un signe, que l'article 2.19 subordonne à son enregistrement ? Le droit Benelux des marques n'organise

14. Le deuxième alinéa précise que « le cas échéant, l'irrecevabilité est soulevée d'office par le juge ». Pour autant, l'exception n'a pas la valeur d'une fin de non-recevoir au sens du droit judiciaire belge, étant susceptible de couverture : cf. *infra*, III. Quant au troisième alinéa, cf. *infra*, IV.

15. Le paragraphe premier dispose que : « Les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrication ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec celle-ci » (Art. 6bis Conv. Paris, § 1^{er}).

16. Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 3 de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce (OMC) adopté à Marrakech le 15 avril 1994. Voir en particulier l'alinéa 2 en ce qu'il dispose que « L'article 6bis de la Convention de Paris (1967) s'appliquera, mutatis mutandis, aux services », ainsi que l'alinéa 3 consacrant la protection de la « fonction publicitaire » des marques notoires.

17. Art. 16(2) Accord ADPIC.

18. Comparer P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *op. cit.*, n° 8 et n° 11.

19. Cf. notamment C.J. Benelux, 23 décembre 2010, aff. n° A 2009/3, *D. Engels c. Daewoo Electronics Europe, C.J. Benelux-Jurisp.*, 2011, p. 95, concl. J.F. LECLERCQ, I.C.-I.P., 2010, p. 703, *R.D.C.*, 2011 p. 26 ; *I.R.D.I.*, 2011, p. 223, note A. HALLEMANS, I.E.R. (Pays-Bas) 2011, p. 106, note C. GIELEN, B.I.E. (Pays-Bas), 2011, p. 104, note STEINHAUSER, point 9 : « Le législateur Benelux a expressément voulu sanctionner lourdement l'absence de dépôt d'un signe considéré comme marque afin de promouvoir le dépôt des signes considérés comme marques et de favoriser la sécurité juridique, en portant l'existence d'un droit exclusif tel que le droit des marques à la connaissance des tiers au moyen du registre des marques ». Voir aussi P. STEINHAUSER, « Artikel 2.19 lid 1 BVIE en het belang van de rechtzekerheid », *op. cit.*

20. Cf. d'ailleurs l'Exposé des motifs de la loi uniforme Benelux sur les marques évoquant la nécessité d'« éliminer, dans une mesure suffisante, l'incertitude juridique découlant de l'existence de droits potentiels et non-inscrits d'usagers plus anciens mais inconnus ». Rapp. 13^e considérant de la Directive (UE) 2015/2436 sur les marques, soulignant que les objectifs du système d'enregistrement des marques sont de « garantir la sécurité juridique et une bonne administration de la justice ».

une action en revendication *stricto sensu* que dans le cas particulier de l'abus de pouvoir par un agent ou représentant²¹ et il serait absurde d'exiger du revendiquant, dans une telle situation, d'avoir fait procéder à l'enregistrement dont il réclame précisément la rétrocession ; il en va de même lorsqu'une action est intentée aux fins de donner effet au transfert contractuel d'une marque²². Le terme « revendiquer » doit donc être entendu différemment, comme visant toute action visant à la *protection* de la marque²³. Sont ainsi concernées non seulement les actions qui visent à faire cesser et sanctionner l'usage de signes portant atteinte à la marque (art. 2.20 et 2.21 CBPI ; art. XVII.14 C.D.E.) mais aussi les oppositions (art. 2.14) et actions en annulation (art. 2.28 ; art. 2.30bis) formées ou intentées par le titulaire d'une marque antérieure, pour autant qu'elles soient fondées sur le caractère non disponible du signe litigieux (motifs relatifs de refus)²⁴. Il importe peu que ces actions soient formées à titre principal ou sur demande reconventionnelle²⁵.

La règle « pas de protection sans enregistrement » est relativement répandue en droit comparé des marques, en ce sens que de nombreux pays de tradition civiliste²⁶, à l'instar du Benelux, font de l'enregistrement

(ou du dépôt), et non de l'usage, l'événement attributif du droit exclusif²⁷. La législation Benelux se singularise cependant²⁸ en ce qu'elle exclut, en l'absence d'enregistrement, la protection d'un signe considéré comme marque (et non notoirement connu) « *quelle que soit la nature de l'action introduite* »²⁹. Il résulte des travaux préparatoires³⁰, comme de la jurisprudence des cours et tribunaux³¹, qu'est spécialement visée ici³² l'action « de droit commun » en concurrence déloyale fondée sur l'existence d'un (prétendu) risque de confusion³³ : celui qui a omis de faire enregistrer sa marque – ou dont l'enregistrement s'est éteint³⁴ – ne peut contourner l'exigence d'enregistrement en prétendant agir aux fins d'assurer « la loyauté des échanges commerciaux »³⁵. Semblablement devra être sanctionnée par une fin de non-recevoir la tentative, dans les mêmes conditions, d'obtenir des dommages-intérêts sur pied de l'article 1382 du Code civil³⁶.

C'est là ce que la doctrine a dénommé *l'effet réflexe*³⁷ – formel³⁸ – du droit des marques³⁹ (on pourrait aussi parler de l'effet transversal de la règle « pas de protection sans enregistrement »⁴⁰).

21. Art. 2.20ter, al. 1, b), CBPI. Voir aussi l'article 6septies de la Convention de Paris.
22. Voir par exemple Prés. comm. néerl. Bruxelles, 1^{er} octobre 2014, *Ann. prat. march. propr. intell. et conc.*, 2014, p. 772. Si la motivation de cette décision, rejetant la fin de non-recevoir, laisse un peu à désirer (not. dans la lecture que le tribunal fait de l'arrêt *Daewoo*), la solution n'en est pas moins légalement justifiée.
23. Voir d'ailleurs le texte néerlandais : « in rechte bescherming inroepen voor een teken ».
24. En ce sens, voir not. J.-J. EVRARD et Ph. PÉTERS, *La défense de la marque dans le Benelux. Marque Benelux et marque communautaire*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2000, n° 97. Était controversée la question de savoir si l'exigence s'applique également lorsqu'est invoquée, à l'appui d'une demande en nullité, la *mauvaise foi* du déposant. Pour une réponse négative, voir D.W.F. VERKADE, « Merkenrechtelijke ontvankelijkheidsperikelen », in *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr W.L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 297 et s., n° 9 ; Comm. Liège, 2 mai 2003, *D.A.O.R.*, 2002, p. 472 (où le demandeur en nullité se prévalait de l'usage antérieur du signe litigieux à titre de nom commercial). Pour une réponse positive, voir Ch. GIELEN et L. WICHERS-HOETH, *Merkenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, n° 877 ; J.-J. EVRARD et Ph. PÉTERS, *La défense de la marque dans le Benelux. Marque Benelux et marque communautaire*, op. cit., n° 96). La réponse négative nous paraît s'imposer depuis que l'enregistrement a été substitué au dépôt comme condition de recevabilité, et davantage encore depuis que la nullité pour dépôt de mauvaise foi est devenue un motif absolu de refus.
25. Cf. not. D.W.F. VERKADE, « Merkenrechtelijke ontvankelijkheidsperikelen », op. cit., n° 12 ; Ch. GIELEN et L. WICHERS-HOETH, *Merkenrecht*, op. cit., n° 879.
26. Les pays de *common law* retiennent plutôt le premier usage (public) comme l'acte générateur du droit à la marque.
27. Voir la table des « Droits nationaux qui constituent des droits antérieurs » au sens de l'article 8(4) RMUE », figurant dans les lignes directrices pour l'examen de l'EU IPO (Partie C, opposition).
28. Voir not. T. COHEN-JEHORAM, C. Van NISPEN et J. HUYDECOPER, *Industriële Eigendom*, « Deel 2 : Merkenrecht », op. cit., p. 391. Le droit allemand protège par contre assez généreusement les marques non enregistrées : voir la table citée à la note précédente ; voir aussi, précédemment, L. VAN BUNNEN, *Aspects actuels du droit des marques dans le marché commun*, Bruxelles, CIDC, 1967, n° 349 et 363.
29. « Welke vordering hij ook instelt », dans la version néerlandaise.
30. Cf. not. A. BRAUN, et E. CORNU, *Précis des marques*, op. cit., n° 273.
31. Cf. tout particulièrement l'arrêt *Daewoo*, précité (note 20), de la Cour de justice Benelux.
32. Outre bien entendu les actions précitées prévues par la législation spéciale sur les marques.
33. Sur la compatibilité de cette exception avec les dispositions diverses qui visent à sanctionner le risque de confusion, cf. *infra*, V et VI.
34. Cf. C.J. Benelux 23 décembre 2010, *Daewoo*, précité, point 7 : « Selon les dispositions de la CBPI, le titulaire d'une marque éteinte ne peut obtenir en justice aucune protection, pas même celle du droit commun, pour son signe qui sert à distinguer les produits ou services d'une entreprise des produits ou services provenant d'une autre entreprise. La déchéance l'empêche en effet de se prévaloir de l'enregistrement de la marque qu'il a déposée ». En l'espèce, la déchéance de la marque de la partie D. Engels résultait d'un défaut d'usage dans la forme dans laquelle cette marque avait été enregistrée.
35. « Aanvullende bescherming van het gemene recht voor een merk, jawel, maar zeker geen substituerende en gij zult het merk hoe dan ook éerst deponeren, zegt de wetgever (...) » (D.W.F. VERKADE, « Merkenrechtelijke ontvankelijkheidsperikelen », in *Een goede procesorde. Opstellen aangeboden aan Mr W.L. Haardt*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 297 et s., n° 7 (1394). L'action en concurrence déloyale est bien celle qui est visée en priorité par l'article 2.19 de la Convention Benelux, qu'elle soit fondée, comme aux Pays-Bas, sur les règles du Code civil (art. 6:162, précédemment art. 1401) ou, comme en Belgique, sur la réglementation des pratiques du marché (art. VI.104 et XVII.1 C.D.E. (1395)).
36. Telle était d'ailleurs la portée de l'arrêt *Amer de Hollande* cité *supra*, note 1.
37. Comme l'expose A. PUTTEMANS, « la règle de l'effet réflexe, sorte d'effet de miroir ou même boomerang, veut, en matière de propriété intellectuelle, qu'une création intellectuelle ou un signe distinctif ne puisse bénéficier, par la seule application de dispositions générales (comme celles qui régissent la responsabilité civile ou la concurrence déloyale), et en dehors des conditions d'application de la législation spécifique, d'une protection équivalente ou comparable à celle qui est organisée par cette législation spécifique » (voir A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, op. cit., n° 8). Le droit de la propriété intellectuelle n'a en revanche pas d'effet réflexe lorsque l'on se trouve « en dehors de son champ d'action », comme par exemple pour la protection des rencontres sportives (J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne ... », op. cit., n° 11 ; cf. également B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t. I, op. cit., p. 331, concernant la protection prétorienne des objets incorporels non envisagés par le droit de la propriété intellectuelle).
38. On peut en effet distinguer l'effet réflexe *formel* (pas de protection sans enregistrement, principe consacré notamment à l'article 2.19 CBPI) et l'effet réflexe *de fond* (pas de protection sans loi spéciale – ou, plus exactement, en dehors des conditions de fond prévues par la loi spéciale). Voir A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, op. cit., n° 9 ; V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 45 et 65-68 ; B. VANBRABANT, op. cit., pp. 295-297.
39. On peut semblablement s'interroger sur l'effet réflexe formel du droit des brevets ou du droit des dessins et modèles : cf. B. VANBRABANT, op. cit., pp. 308-313 ; Ph. CAMPOLINI, « Secrets non brevetés et concurrence déloyale », in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale*, op. cit., pp. 97 et s.
40. « Doorwerking », en néerlandais. Voir V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, op. cit.

En pratique, on constate que c'est le plus souvent⁴¹ à l'égard d'emballages de produits que l'article 2.19, ou les dispositions qui l'ont précédé⁴², ont été opposés à des actions en concurrence déloyale : emballage de biscuits apéritifs⁴³, bouteille de whisky (forme et étiquette)⁴⁴, emballage de bas-collant⁴⁵; conditionnement d'eau vitaminée (forme et combinaisons de couleurs)⁴⁶; étiquette d'un spray nasal⁴⁷, etc. On observe toutefois que dans nombre de cas semblables, l'exception tirée de l'article 2.19 CBPI (anc. art. 12.A LBDM) n'a pas été soulevée (ni par la partie défenderesse, ni d'office par le juge) ou n'a pas été retenue alors même qu'elle était soulevée⁴⁸.

III. Possible régularisation, sous réserve de bonne foi

Avant même de revenir sur les diverses exceptions et nuances à la règle « pas de protection sans enregistrement », il convient de souligner aussi (ce que les détracteurs de l'article 2.19 omettent généralement de faire) que l'utilisateur (de bonne foi) d'une marque non enregistrée (et qui n'est pas notoirement connue) peut en principe « régulariser » sa situation à l'égard de l'utilisateur ultérieur d'un signe identique ou ressemblant. L'article 4.5, alinéa 2, de la Convention

Benelux dispose en effet que « l'irrecevabilité⁴⁹ qui découle du défaut d'enregistrement du dépôt de la marque (...) est couverte par l'enregistrement ou le renouvellement de la marque (...) effectué en cours d'instance ». Et si la régularisation est possible en cours d'instance, elle l'est *a fortiori* préalablement à l'introduction de l'instance, en préparation de celle-ci⁵⁰. D'où il résulte que, dans nombre de cas, la seule conséquence d'un dépôt « tardif » sera de priver le titulaire de dommages et intérêts (ou d'une cession de bénéfices) pour la période antérieure à l'enregistrement⁵¹. L'action en cessation, et plus généralement l'action visant à faire interdire l'usage du signe de l'utilisateur ultérieur (art. 2.20 CBPI), pourra, elle, en principe prospérer.

Il est vrai que la tentative de régularisation pourrait se heurter à l'enregistrement (ou au dépôt) de la marque *de la partie adverse*⁵², conférant à cette marque une antériorité par rapport à celle du « revendiquant ». Cette antériorité formelle pourrait cependant être surmontée, moyennant l'introduction d'une demande en nullité⁵³, si le déposant ultérieur (lui-même de bonne foi⁵⁴, et ayant fait un usage normal de sa marque⁵⁵) parvient à démontrer que son adversaire a, lui, déposé sa marque de mauvaise foi (art. 2.2bis, al. 2, CBPI); ce qui, notons-le, suppose davantage que

41. Mais pas exclusivement. Voir l'affaire *Daewoo*, concernant une marque constituée de deux lettres stylisées. Ou encore Prés. comm. néerl. Bruxelles, 1^{er} octobre 2014, *Ann. prat. marché, propr. intell. et conc.*, 2014, p. 772 (où l'exception fut toutefois rejetée).
42. A savoir, l'article 2 de la loi du 1^{er} avril 1879 sur les marques de fabrique, l'article 1^{er} de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 89 du 29 janvier 1935 et l'article 12 A de la loi uniforme Benelux sur les marques.
43. Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 22 avril 1977, « *Japanese Rice Crackers* », *Ing.-Cons.*, 1977, p. 249.
44. Prés. Comm. Hasselt, 21 septembre 2001, « *Jim Beam* », *Ann. prat. comm. et conc.*, p. 676.
45. Prés. Comm. Dendermonde, 14 novembre 2001, *Belgian Nurdie Textile Company c. Tamy*, inédit, cité in V. WELLENS, « Bescherming van een verpakking via de wet op de handelspraktijken en buiten de Benelux Merkenwet om : Cassatie brengt geen duidelijkheid », *op. cit.*, n° 3; la décision fut cependant réformée en appel et le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt fut rejeté (cf. ci-dessous, note 46).
46. Prés. Comm. Anvers, 11 février 2010, *Energy Brands c. Vrumona*, *Ann. prat. comm. et conc.*, 2010, p. 501, et Anvers, 18 juin 2010, *ICIP-Ing. Cons.*, 2010, p. 806, et 23 décembre 2010, *ICIP-Ing. Cons.*, 2010, p. 816.
47. Prés. Trib. entr. Gand, 26 août 2020, « *Physiomer* », *ICIP-Ing. Cons.*, 2020, p. 673, note P-Y. THOUMSIN, et R.A.G.B., pp. 1629, note D. NOESEN; Gand, 14 mars 2022, *IRDI*, 2022, p. 222.
48. Cf. T. van INNIS, *op. cit.*, relevant que « jusqu'au début des années 80, cette règle (de l'effet réflexe) a parfois été méconnue dans certains litiges relatifs à des cas d'imitations d'emballages. Dans la lignée de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la L.B.M., il était considéré que l'imitation de l'emballage d'autrui relevait avant tout de la concurrence déloyale (...) ». En réalité, cette jurisprudence (minoritaire ?) n'a pas pris fin au début des années 80. Voir tout particulièrement Gand, 20 janvier 2003, *Ann. prat. comm. et conc.*, 2003, p. 129, note E. De GRUYSE; Cass., 4 février 2005, *R.D.C.B.*, 2006, p. 218, note V. WELLENS (affaire *Belgian Nurdie Textile Company c. Tamy*); sur cet arrêt, voir également nos observations critiques in *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, pp. 381-384.
49. Eu égard à cette possibilité de régularisation, il serait peut-être plus fidèle à la terminologie usuelle (en droit judiciaire belge) de qualifier la règle inscrite à l'article 2.19 de la Convention Benelux de « fin de non-procéder » plutôt que de fin de non-recevoir.
50. Pour une illustration, voir Prés. trib. entr. néerl. Bruxelles, 26 novembre 2020, *Guilbert Express c. Prof Praxis*, *Ann. prat. marché, propr. intell. et conc.*, 2020, p. 1027 – où le demandeur avait mis en demeure la partie adverse en 2017, alors que sa marque n'était pas déposée, mais avait cité en 2019, postérieurement à l'enregistrement; ou encore Prés. trib. entr. néerl. Bruxelles, 10 décembre 2020, *Ann. prat. marché, propr. intell. et conc.*, 2020, p. 1050, où chacune des parties avait déposé auprès de l'Office Benelux le même jour. Le primo-déposant, qui avait également formé une opposition contre la demande de marque de son adversaire, agit en cessation et fait déclarer (partiellement) irrecevable l'action reconventionnelle de ce dernier.
51. Cf. notamment Bruxelles, 2 février 1994, *Ing.-Cons.*, 1994, p. 41. Le titulaire de la marque enregistrée « tardivement » pourra néanmoins exiger une « indemnité raisonnable » pour la période située entre la date de publication de la demande et la date d'enregistrement de la marque : cf. art. 2.21, al. 6, CBPI.
52. Dans l'affaire « *Physiomer* », qui a provoqué un certain émoi dans la doctrine, la partie défenderesse (Febelcare) avait, en cours de procédure, déposé les éléments figuratifs de l'étiquette non pas de son propre produit mais du produit (« *Physiomer* ») de la partie demanderesse (Laboratoires de la Mer). L'objectif de cette manœuvre était de démontrer que lesdits éléments figuratifs constituaient un signe pouvant être « considéré comme marque » au sens de l'article 2.19, alinéa 1, en sorte que la partie demanderesse aurait pu en obtenir l'enregistrement et, s'en étant abstenu, doit subir l'effet réflexe. Cette manœuvre s'avéra payante puisque le juge d'instance comme le juge d'appel déclarèrent irrecevable l'action en concurrence déloyale (Prés. Trib. entr. Gand, 26 août 2020, « *Physiomer* », *ICIP-Ing. Cons.*, 2020, p. 673, note P-Y. THOUMSIN; R.A.G.B., pp. 1629, note D. NOESEN; Gand, 14 mars 2022, RG 2020/1633, inédit). Commentant la décision du premier juge, P-Y. Thoumsin évoque un usage « procédurier », et donc délétaire, de l'article 2.19. Nous ne sommes quant à nous guère perturbés par la perspective de voir les deux conditionnements coexister sur le marché, dès lors que, comme le relève la cour d'appel surabondamment mais à juste titre, tout risque de confusion était en l'espèce exclu compte tenu, d'une part, du faible pouvoir distinctif des « vagues bleues » et, d'autre part, de l'absence de toute ressemblance entre les marques verbales des deux produits (en pratique, Febelcare fut finalement contrainte de retirer la « vague » de son produit au motif – tout à fait distinct – que cet élément pouvait suggérer au consommateur que le produit en question était exclusivement constitué d'eau de mer, alors que tel n'était pas le cas).
53. La mauvaise foi n'est pas un motif d'opposition; une opposition serait en revanche possible si la marque de l'opposant était notoirement connue : cf. art. 2.2ter, al. 2, d, CBPI.
54. Jugé que le demandeur en nullité n'est pas de bonne foi lorsque l'usage dont il se prévaut a lui-même été précédé par l'usage du titulaire de l'enregistrement attaqué (« voor-voorgebruik ») connu du demandeur : voir Bruxelles, 2 février 1994, *Ing.-Cons.*, 1994, p. 41 (*Gibbs c. Yplon*).
55. Il n'est pas évident que ces deux conditions d'application du recours en nullité (cf. C.J. Benelux, arrêt du 21 novembre 1983, aff. A 82/6, *National Foods Holland*; E. CORNU, *Précis des marques*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 193-193bis) soient toujours de mise depuis l'harmonisation de la notion de dépôt de mauvaise foi qui accède ainsi au statut de notion autonome du droit de l'Union européenne (cf. C.J.U.E., 27 juin 2013, *Malaysia Dairy Industries*, aff. C-320/12, points 25-29).

la seule connaissance de l'usage antérieur au dépôt⁵⁶. On se gardera toutefois de trop théoriser l'issue de ce conflit puisqu'en la matière, tout est affaire de circonstances⁵⁷.

IV. Exceptions et nuances

Outre l'importante exception relative aux marques notoirement connues⁵⁸, la législation Benelux contient une seconde exception, souvent perdue de vue : celle relative aux *marques de service anciennes*, plus précisément celles qui étaient en usage avant le 1^{er} janvier 1987 – soit à une époque où le dépôt de telles marques, auprès du bureau Benelux, était impossible – et qui n'ont pas fait l'objet d'un dépôt confirmatif au cours de cette année ; celles-ci demeurent protégées par l'action en concurrence déloyale⁵⁹, sans toutefois que la portée, notamment territoriale, de la protection puisse en être étendue⁶⁰.

En dehors de ces deux exceptions *stricto sensu*⁶¹, il y a lieu de tenir compte de la protection concurrente⁶² offerte par d'autres droits de propriété intellectuelle que le droit à la marque.

A cet égard, c'est évidemment le droit au *nom commercial* qui vient en premier lieu à l'esprit⁶³. Il est communément admis que l'article 2.19 CBPI ne saurait faire obstacle à l'action en concurrence déloyale lorsque celle-ci vise la protection du nom commercial d'une entreprise⁶⁴. Aux termes de l'article 8 de la Convention de Paris⁶⁵, le nom commercial doit en effet être protégé « *sans obligation de dépôt ou d'enregistrement, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce* ». Il s'agit d'une brèche d'autant plus considérable dans l'exigence d'enregistrement qu'il semble suffire que le signe (verbal) soit utilisé par le demandeur comme nom commercial (exclusivement ou non, dans une partie substantielle du territoire Benelux ou non) et que soit invoquée sa protection à ce titre, sans qu'il faille tenir compte de la nature de l'usage qu'il s'agit de faire cesser (en tant que nom commercial ou en tant que marque)⁶⁶.

Au-delà, l'absence de protection d'un signe à titre de marque, quel qu'en soit le motif, n'exclut pas que la copie ou l'imitation de ce signe, et son usage subséquent, puissent être constitutifs de *contrefaçon* au sens du droit des productions intellectuelles, en particulier du *droit des dessins ou modèles* ou du *droit d'auteur*⁶⁷. Dans un certain nombre de cas, le signe

56. Cf. C.J.U.E., 27 juin 2013, *Malaysia Dairy Industries*, précité, point 36 : « la circonstance que le demandeur sait ou doit savoir qu'un tiers utilise un tel signe ne suffit pas, à elle seule, pour établir l'existence de la mauvaise foi de ce demandeur. Il convient, en outre, de prendre en considération l'intention dudit demandeur au moment du dépôt de la demande d'enregistrement (de la) marque, élément subjectif qui doit être déterminé par référence aux circonstances objectives du cas d'espèce ». Il y a là une différence importante avec le système qui avait été conçu par le législateur Benelux, dans lequel était réputé de mauvaise foi « le dépôt, effectué en connaissance ou dans l'ignorance inexcusable de l'usage normal fait de bonne foi dans les trois dernières années sur le territoire Benelux, d'une marque ressemblante pour des produits ou services similaires, par un tiers qui n'est pas consentant ». La qualification de dépôt de mauvaise foi pourrait éventuellement être retenue dans l'affaire *Physiomer* où la partie défenderesse avait déposé auprès de l'Office Benelux, en cours de procédure, non pas l'étiquette de son produit mais celui de la partie demanderesse (sans les éléments verbaux). Cette qualification pourrait en tout cas être retenue si Febelcare décidait de mettre en œuvre le droit exclusif que lui confère l'enregistrement de cette marque, pour empêcher son premier utilisateur d'en poursuivre l'usage.
57. Cf. C.J. Benelux, arrêt du 21 novembre 1983, aff. A 82/6, *National Foods Holland* ; voir également C.J.U.E., 11 juin 2009, *Lindt & Sprüngli*, aff. C-529/07, point 37 ; C.J.U.E., 27 juin 2013, *Malaysia Dairy Industries*, aff. C-320/12, points 36-37 : l'existence de la mauvaise foi du demandeur doit être appréciée globalement, en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce.
58. Cf. *supra*, I.
59. Cf. art. 5.3 CBPI *juncto* art 40.B de la Loi uniforme Benelux sur les marques. Sur la question, cf. not. L. DE GRUYSE, « De bescherming van het dienstmerk volgens de Beneluxwet », in *Les marques de service – De dienstmerken*, n° spécial R.D.C.-T.B.H., Bruxelles, Story scientia, 1987, pp. 9-22 ; A. BRAUN, « Les champs de protection respectifs de la marque de service, de la dénomination sociale, du nom commercial et de l'enseigne », in *Les marques de service*, *op. cit.*, pp. 23-40 ; H. WYCKAERT, « Warenmerken-dienstmerken : een gerelativeerd onderscheid », *R.W.*, 1986, col. 1121 et s. (1410).
60. C.J. Benelux, 16 novembre 1994, *Tetra Pak c. Matrix*, aff. n° A-93/4, *R.W.*, 1994-1995, p. 1258, concl. MOK.
61. Pour ne pas allonger inutilement cette note, on n'abordera pas ici la question de l'étendue de la protection conférée par un enregistrement, ni la situation qui résulte de l'usage d'une marque, par son titulaire, dans une forme qui diffère de celle dans laquelle elle a été enregistrée. Sur ces questions, voir not. l'art. 5, C, 2, de la Convention de Paris, l'arrêt *Specsaver* de la Cour de justice (18 juillet 2013, ECLI:EU:C:2013:497), l'arrêt « Rothschild » de la Cour de cassation (Cass., 6 juin 2005) ou encore l'arrêt *Michelin* de la Cour de justice Benelux (16 décembre 1994, aff. A 93/7), à juste titre critiqué par Th. van INNIS (*Les signes distinctifs*, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 299).
62. Nous préférons parler ici de protection concurrente que de « cumul » de protection, dès lors que, par hypothèse, le signe distinctif en cause n'est pas protégé par le droit des marques, faute d'enregistrement et de notoriété.
63. On peut évidemment citer aussi l'enseigne et l'appellation d'origine, mais la première n'est qu'une modalité d'usage du nom commercial, et la seconde n'est protégée qu'au terme d'une procédure d'enregistrement. Par ailleurs l'appellation d'origine (ou indication de provenance géographique) ne peut en principe pas « être considérée comme marque » et tombent donc sous le coup de l'alinéa 3 de l'article 2.19.
64. Cf. notamment Th. VAN INNIS, *Les signes distinctifs*, *op. cit.*, n° 43 ; G. BOGAERT et P. MAEYAERT, « Handelsnaam – vennootschapsnaam – Merk – Bescherming en onderlinge conflicten, Rechtspraak (1990-1997) », *R.D.C.*, 1999, pp. 72 et s., n° 11 ; A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, *op. cit.*, n° 274 et 350 ; T. COHEN-JEHORAM, C.J.J.C. Van NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Merkenrecht*, *op. cit.*, p. 391 (Pays-Bas) ; J.-J. EVRARD et Ph. PÉTERS, *La défense de la marque dans le Benelux. Marque Benelux et marque communautaire*, *op. cit.*, n° 97 ; A. HALLEMANS, « De reflexwerking... », *op. cit.*, n° 10 ; B. MICHAUX, « Compétence et procédure », in F. GOTZEN (éd.), *Marques et concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 201 ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, *op. cit.*, n° 264 ; J. STUYCK, « Vrijheid van mededinging en intellectuele rechten », *op. cit.*, spéc., pp. 24-25 ; et la jurisprudence citée. L'enregistrement n'est pas davantage requis lorsque le titulaire d'un nom commercial agit en nullité, pour dépôt de mauvaise foi, d'un enregistrement (ou dépôt) de marque : cf. Comm. Liège, 2 mai 2003, *D.A.O.R.*, 2002, p. 472.
65. Les dispositions de la Convention de Paris peuvent être invoquées en Belgique non seulement par les ressortissants de pays membres de l'Union de Paris ou de l'OMC (art. 2 Accord ADPIC), mais également par les nationaux (cf. art. 2 de la loi d'assentiment du 26 septembre 1974, *M.B.*, 29 janvier 1975).
66. On observe toutefois quelques divergences dans la doctrine en ce qui concerne la portée exacte de cette dérogation à l'effet réflexe formel du droit des marques : voir B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, pp. 363-370.
67. Voir not. L. DE GRUYSE, « De bescherming van het dienstmerk volgens de Beneluxwet », *op. cit.*, n° 10 ; B. MICHAUX, « Compétence et procédure », *op. cit.* ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, *op. cit.*, n° 263 ; Ch. GIELEN et L. WICHERS-HOETH, *Merkenrecht*, *op. cit.*
En France, un arrêt de la Cour de cassation confirme la possibilité de cumul : cf. Cass. Fr., 4 juillet 2006, *D.*, 2006, p. 2398 (sommaire), note J. DALEAU, jugeant que les dénominations sociales et logos commerciaux ne sont pas exclus du champ de protection des œuvres de l'esprit et que la protection d'un signe par le droit d'auteur n'est pas incompatible avec sa protection à titre de marque ; comparer Hoge Raad der Nederlanden, 8 septembre 2006, *A&M*, 2007, p. 458, note COHEN-JEHORAM ; Cour EFTA, 6 avril 2017, aff. E 5/16, « Vigeland », suggérant que dans certaines circonstances, le dépôt, à titre de marque, de la représentation d'une œuvre entrée dans le domaine public pourrait être contraire à l'ordre public. Sur la possibilité de « prolonger » la protection d'une œuvre par l'enregistrement d'une marque tridimensionnelle, voir V. VANOVERMEIRE, « Inschrijving van een in het openbaar domein gevallen werk », in A. CRUQUENAIRE et S. DUSOLLIER (dir.), *Le cumul des droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 177 et s.

(distinctif) en question pourra en effet correspondre à l'aspect extérieur d'un produit, ou d'une partie de produit, répondant aux conditions de nouveauté et de « caractère individuel » du droit des dessins et modèles⁶⁸, ou constituer une œuvre originale (un dessin, une photographie, un slogan ou le nom d'un personnage de fiction⁶⁹, par exemple)⁷⁰. Comme on le sait, la jouissance et l'exercice du droit d'auteur sont accordés sans formalité, du seul fait de la création (art. 5 (2) Conv. Berne), tandis que les dessins ou modèles non enregistrés sont protégés pendant une brève période par le droit de l'Union européenne. Cela étant, la *contrefaçon* suppose non seulement que soient satisfaites les conditions précitées mais également un degré d'imitation ou de ressemblance « en la forme »⁷¹. Pour reprendre la situation en cause dans l'affaire *Physiomer*, le dessinateur d'une vague marine, ou son ayant cause, ne peut prétendre interdire tout autre dessin de vague : les idées sont de libres parcours.

Faut-il rapporter aux différentes situations envisagées ci-dessus la précision⁷² figurant à l'alinéa 3 de l'article 2.19 selon laquelle « les dispositions du (titre II) n'infirmen en rien le droit des usagers d'un signe *qui n'est pas considéré comme marque*, au sens de l'article 2.1⁷³, d'invoquer *le droit commun* dans la mesure où il permet de s'opposer à l'emploi illicite de ce signe »⁷⁴ ? Dans ces situations, il est en effet question d'un signe « considéré » *en tant que* nom commercial, dessin ou modèle, œuvre littéraire ou artistique..., et donc autrement que « comme marque ». Dans ce cas, le « droit commun » serait avant tout celui de la propriété intellectuelle.

Sur base d'une telle lecture de l'article 2.19, alinéa 3, d'aucuns pourraient suggérer qu'un emballage, la forme générale d'un produit ou une publicité, peut

aussi être « considéré(e) », ou si l'on préfère, envisagé(e), *autrement que* « comme marque », en sorte que l'action en concurrence déloyale serait recevable dans ces hypothèses⁷⁵. Observons que la « précision » relative au signe « qui n'est pas considéré comme marque » figurait déjà dans la version originale de la loi Benelux sur les marques (LUBM), à l'article 12, sous B, et que l'Exposé des motifs fait allusion à la situation où l'emploi d'un signe « contribue à imiter le conditionnement de (...) produits ». Cette indication apporte de l'eau au moulin des partisans d'une application « autonome » de l'action en concurrence déloyale en cas de copie servile de l'emballage de produits (parasitaire et/ou génératrice de confusion).

Les quelques auteurs qui se sont penchés sur la question font cependant une lecture plus restrictive de l'article 2.19, alinéa 3 (anc. 12.B LBDM) et retiennent que le signe « qui n'est pas considéré comme marque » est celui qui *ne peut être enregistré comme tel*, objectivement, et qu'est dès lors indifférent le moyen de droit qui est invoqué par le demandeur en cessation⁷⁶. Seraient par conséquent visés, aujourd'hui⁷⁷, les signes qui ne servent pas à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, ceux qui ne peuvent être représentés dans le registre de manière suffisamment claire et précise ou encore ceux qui tombent sous une des nombreuses exclusions de l'article 2.2*bis* (motifs absolus de refus).

Certaines de ces exclusions ont manifestement pour objet d'aménager les rapports du droit des marques avec d'autres droits de propriété intellectuelle : tel est le cas du signe constitué par la forme ou une autre caractéristique du produit « qui est nécessaire à l'obtention d'un résultat technique » (art. 2.2*bis*, al. 1, e, i)) ou « qui donne une valeur substantielle au produit » (art. 2.2*bis*, al. 1, e, i)) – c'est respectivement dans

68. Ledit aspect devra en outre échapper aux exclusions prévues par ce droit.

69. Voir TPICE, 30 juin 2009, *Danjaq c. OHMI*, T-435/05 (« Dr. No »).

70. Comparer P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *op. cit.*, n° 8. Nous ne croyons pas faire preuve d'un « optimisme » exagéré en formulant cette réserve, aucun juge n'ayant jamais décidé (ni aucun auteur précédemment soutenu) qu'une œuvre littéraire ou artistique, un dessin ou un modèle devrait être privé de la protection que lui assure le droit spécial de la propriété intellectuelle dès lors que cette création est utilisée par une entreprise comme signe distinctif.

71. Comme le note le professeur Cabay, la contrefaçon en droit d'auteur mène le plus souvent à une confusion « entre les produits », laquelle suppose « un degré particulièrement élevé de similitudes », et non une simple confusion « sur l'origine commerciale » des produits (« La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne... », *op. cit.*, n° 3, p. 43).

72. Précision ou confirmation « surabondante », puisque l'alinéa 1 ne vise expressément que les « signes considérés comme marques » (cf. Ch. GIELEN et L. WICHERS-HOETH, *Merkenrecht*, *op. cit.*, n° 889). A titre d'exemples de « non-marques » pouvant faire l'objet d'une action en concurrence déloyale en cas d'imitation, ces auteurs évoquent les slogans, titres de films et de livres, emblèmes ou encore l'aménagement d'un magasin. Cependant, des signes relevant de ces catégories ont pu, depuis lors, être reçus comme marque, lorsqu'ils ont acquis un pouvoir distinctif.

73. L'article 2.1 dispose que : « Peuvent constituer des marques tous les signes, notamment les mots, y compris les noms de personnes, ou les dessins, les lettres, les chiffres, les couleurs, la forme d'un produit ou de son conditionnement, ou les sons, à condition que ces signes soient propres à :

- a. distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises ; et
- b. être représentés dans le registre d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de déterminer précisément et clairement l'objet bénéficiant de la protection conférée à leur titulaire ».

74. Nous soulignons.

75. Une telle lecture fonde sans doute implicitement le rejet de la fin de non-recevoir par la Cour d'appel de Gand comme le rejet du pourvoi par la Cour de cassation dans l'affaire *Belgian Nurdie Textile Company c. Tamy* (Gand, 20 janvier 2003 ; Cass., 4 février 2005, *op. cit.*, note 47).

76. Voir A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, *op. cit.*, 398 ; E. DE GRUYSE, *op. cit.*, n° 5 ; B. MICHAUX, « Compétence et procédure », *op. cit.*, p. 201 ; A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, *op. cit.*, n° 277 ; p. 201 rappor. T. van INNIS, *op. cit.*, n° 288, à propos des emballages. Le projet de l'AIPPI qui a précédé l'adoption de la LBM évoque d'ailleurs les « signes non enregistrables » (niet voor inschrijving vatbare tekens) : cf. Ch. GIELEN et L. WICHERS-HOETH, *Merkenrecht*, *op. cit.*, n° 889.

77. Force est de constater que la portée de la réserve relative au « signe qui n'est pas considéré comme marque » s'est rétrécie au fur et à mesure de l'extension de la notion de marque enregistrable. Telle était déjà la constatation de R. Joliet en ce qui concerne la reprise de la règle « pas de protection sans dépôt » dans la loi Benelux (cf. R. JOLIET, « Protection des marques non enregistrées... », *op. cit.*, p. 88). Rappelons aussi que dans la version originale de la LBUM, les marques n'étaient pas susceptibles d'être déposées pour des services ; elles ne le sont que depuis le 1^{er} janvier 1987. Plus récemment, ce sont les marques sonores, puis les marques « dynamiques » qui ont fait leur entrée dans le cénacle de l'enregistrable.

le droit des brevets et dans celui des dessins et modèles que doit être recherchée leur protection, plutôt que dans le droit « commun » de la concurrence déloyale, qui n'opère pas les mêmes arbitrages, subtils, entre les différents intérêts en jeu⁷⁸ et ne garantit pas l'équilibre nécessaire entre les droits fondamentaux en cause⁷⁹ ; tel est le cas également des appellations d'origine et indications géographiques, des mentions traditionnelles pour les vins ou des spécialités traditionnelles garanties, protégées par des systèmes de propriété collective.

Mais le « droit commun » est surtout celui de la concurrence déloyale et de la responsabilité civile. Or, si ce droit commun offre certes quelques perspectives de protection pour certains signes non enregistrables comme marques – songeons aux parfums⁸⁰ ou aux noms commerciaux dénués de pouvoir distinctif ou n'ayant acquis un tel pouvoir, par l'effet de leur usage, que dans une partie non substantielle du Benelux⁸¹ –, il faut se garder de conclure que tout signe non enregistrable comme marque serait *ipso facto* protégé, dès lors que d'autres branches du droit de la propriété intellectuelle doivent (aussi⁸²) se voir reconnaître un effet réflexe *matériel*⁸³ : en particulier, comme l'écrit Julien Cabay, le juge devra être attentif à ne pas accueillir l'action en concurrence déloyale dans la situation « où l'on plaide l'existence d'une 'copie servile' d'un produit – et donc d'un risque de confusion 'entre les produits' –, alors que la forme n'aurait pas pu bénéficier de la protection du droit d'auteur et/ou du droit des dessins et modèles et qu'il n'y a en outre pas de risque de confusion 'sur l'origine commerciale' du produit »⁸⁴.

V. Les agissements distincts, le risque de confusion et l'article 10bis de la Convention de Paris

Last but not least, la théorie de l'effet réflexe ne fait pas obstacle à la poursuite, par l'action en concurrence déloyale, de la cessation de *comportements distincts* de la reprise du signe considéré comme marque mais non enregistré⁸⁵, tels par exemple le *dénigrement* des produits du demandeur ou la *tromperie sur la qualité* des produits du défendeur. Tel était déjà la portée de l'arrêt « ça va seul » rendu par le Cour de cassation le 16 mars 1939, qui préfigure la théorie de l'effet réflexe⁸⁶.

Qu'en est-il du risque de confusion ?

Dès l'adoption de la loi Benelux uniforme sur les marques, deux thèses s'affrontèrent quant à la question de savoir si la règle de l'effet réflexe, alors inscrite à l'article 12 LBUM, trouvait à s'appliquer en présence d'un risque de confusion. P. Eeckman répondait négativement, invoquant la préséance de l'article 10bis de la Convention de Paris, dont l'alinéa 3, 1°, dispose, apparemment sans nuances, que « notamment devront être interdits (comme actes de concurrence déloyale) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent »⁸⁷. Ce à quoi le professeur Gotzen répondait, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de ladite disposition, que celle-ci devait être interprétée restrictivement et ne concernait pas la confusion causée par l'usage d'un signe pouvant être considéré comme marque, en sorte qu'une telle marque devait être déposée si elle n'était pas notoirement connue⁸⁸.

78. Sur l'effet réflexe du droit des brevets, voir B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, op. cit., pp. 308-309 et pp. 314 et s. ; Ph. CAMPOLINI, « Brevets, secrets non brevetés et concurrence déloyale » in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale*, op. cit., p. 97-148.

79. Voir J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe' du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le juste équilibre », op. cit.

80. Comparer Ch. GIELEN et L. WICHERS-HOETH, *Merkenrecht*, op. cit., n° 888.

81. Cf. T. COHEN-JEHORAM, C.J.J.C. Van NISPEN et J.L.R.A. HUYDECOPER, *Merkenrecht*, op. cit., p. 390.

82. Le droit des marques doit, nous semble-t-il, se voir reconnaître un effet réflexe matériel en ce qu'il exclut la protection des « marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce » (art. 2.2bis, al. 1, d) et des « signes constitués exclusivement par la forme ou une autre caractéristique imposée par la nature même du produit » [art. 2.2bis, al. 1, e), i)]. De tels signes ne devraient bénéficier d'aucune protection privative.

83. Sur cette notion, cf. *supra*, notes 37 et 38.

84. J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe' du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le juste équilibre », op. cit., p. 79.

85. Voir en particulier A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, op. cit., n° 270, concernant les actes contraires aux usages honnêtes « circonstanciels » à une éventuelle atteinte à la marque. Le professeur PUTTEMANS souligne que « c'est seulement lorsque la copie, qui n'enfreint aucun droit de propriété intellectuelle valide et en vigueur, s'accompagne de pratiques déloyales procurant à l'imitateur un avantage distinct de celui obtenu grâce à cette copie (vol de secret, dénigrement, tromperie, création d'un risque de confusion, tierce-complicité, harcèlement...) que ces pratiques peuvent et doivent être interdites par l'application des règles classiques du droit de la concurrence déloyale (ou du droit de la consommation) » (A. PUTTEMANS, « Introduction générale, principes et interrogations. Réflexions autour de l'arrêt Noël Marquet de la Cour de cassation », in *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses*, op. cit., pp. 9 et s., n° 17).

86. « Que, certes, des faits de concurrence déloyale, qui accompagnent une contrefaçon de marque de fabrique, ne cesseraient pas pour cela de pouvoir être atteints par application de l'article 1382 du Code civil, mais que ce serait ruiner les principes légaux de la protection des marques de fabrique que d'admettre que la contrefaçon elle-même soit réprimée conformément à cet article, sous la qualification de concurrence déloyale, sans égard aux dispositions de la loi du 1^{er} avril 1879 » (nous soulignons).

87. P. EECKMAN, « Actes de confusion, contrefaçons de marque et l'article 10bis de la Convention d'Union de Paris », *Ing.-Cons.*, 1964, pp. 109 et s. Cette thèse fut reprise bien plus tard, en substance, par M. Wellens : cf. V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, op. cit., n° 140 et s., pp. 86-87.

88. M. GOTZEN, « Les articles 10bis et 10ter de la Convention d'Union de Paris, l'action en cessation et l'arrêt de cassation du 16 mars 1939 », *Ing.-Cons.*, 1964, pp. 293 et s.

Quelques 50 années plus tard la Cour de justice Benelux consacra cette lecture restrictive de l'article 10bis dans son arrêt *Daewoo*, disant pour droit que cette disposition « ne fait pas obstacle à l'application de l'article 2.19, alinéa 1^{er}, CBPI ». A juste titre selon nous car, au-delà de la portée des travaux préparatoires évoqués par la Cour⁸⁹, il y a lieu d'observer que, contrairement à l'article 8 de la Convention de Paris (relatif à la protection du nom commercial⁹⁰), l'article 10bis n'interdit pas aux Etats de subordonner la sanction du risque de confusion à une condition d'enregistrement, lorsque la confusion est causée par l'usage d'un signe ressemblant à une marque. L'article 10bis impose uniquement aux Etats d'assurer une « protection effective » contre la concurrence déloyale (al. 1). Or, tel est bien le cas du droit belge, considéré dans son ensemble, eu égard notamment aux différentes exceptions à l'effet réflexe formel, à la faculté de régularisation ou encore à la réserve des actes d'accompagnement, rappelés ci-dessus⁹¹.

Le risque de confusion ne constitue pas en soi un agissement distinct ou un acte d'accompagnement ; il peut *résulter*, en tout ou en partie, d'un tel acte ou agissement, auquel cas l'action en concurrence déloyale pourra éventuellement prospérer ; mais s'il est exclusivement la conséquence de l'usage du signe considéré comme marque mais non enregistré, l'effet réflexe jouera, dans les limites rappelées ci-avant.

C'est en ce sens que la Cour de justice Benelux observe, toujours dans son arrêt *Daewoo*, que « Les dispositions concernées de la CBPI n'excluent toutefois pas que le titulaire d'une marque qui n'est pas enregistrée ou sur laquelle le droit est éteint en vertu du droit uniforme Benelux puisse invoquer la protection du droit commun contre des actes de concurrence

déloyale au sens de l'article 10bis, alinéa 3, 1^o, de la Convention d'Union, si l'usage de cette marque ou d'un signe ressemblant *fait partie des agissements créant la confusion* »⁹².

Une application de la réserve relative aux agissements multiples peut être trouvée dans un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 25 octobre 2018⁹³. Dans cette affaire, le concurrent d'une entreprise active dans la production et la vente de carrelages en céramique (Impermo) avait imité, non seulement les (7) modèles les mieux vendus de cette dernière mais également la dénomination (relativement originale) de chacun de ces carrelages et de surcroît utilisé, dans sa publicité sur Internet, un signe verbal ressemblant à la marque d'Impermo (« Tilestone »). Ces agissements pris dans leur ensemble dénotent un comportement véritablement parasitaire, dont la Cour constate en outre qu'il est réellement de nature à tromper la clientèle sur l'origine des produits. Cette décision mérite l'approbation.

VI. L'effet réflexe et le droit de l'Union européenne

Les adversaires de l'article 2.19 ne désarment toutefois pas à la suite de l'arrêt *Daewoo*.

D'aucuns⁹⁴ croient découvrir une condamnation de l'effet réflexe dans un considérant de la directive sur les marques⁹⁵ ou dans un *obiter dictum* de l'arrêt « Lego »⁹⁶, alors que l'un et l'autre se bornent à réserver de manière générale l'application du droit de la concurrence déloyale, dans un contexte tout à fait étranger à la condition d'enregistrement.

89. A propos de ceux-ci (les travaux de la conférence de La Haye de 1925), voir B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, op. cit., pp. 373-376.

90. Cf. *supra*, IV.

91. Cf. B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, op. cit., p. 376 ; rappr. A. PUTTEMANS, « L'effet réflexe du droit des marques », op. cit., n° 11.

92. Arrêt *Daewoo*, point 9, *in fine* (dernier attendu). Dans sa note sous l'arrêt *Daewoo*, monsieur Hallemaens donne l'exemple de la confusion qui serait engendrée par la copie, non seulement de l'emballage ou de l'étiquette, mais de « l'ensemble de la ligne d'un produit » (« de hele productlijn »). L'auteur évoque, à titre d'illustration, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 janvier 2010 relatif à la bière « Steenbrugge » (A. HALLEMANS, note sous C.J. Benelux, 23 décembre 2010, *I.R.D.I.*, 2010, p. 305). Cependant, contrairement à ce qu'indique M. Hallemaens, l'incidence de l'effet réflexe formel du droit des marques n'est pas discutée – ni partant écartée – dans cet arrêt qui, par ailleurs, conclut (au terme d'une analyse minutieuse des faits de la cause) à l'absence de risque de confusion entre les « *trade dress* » des bières d'abbaye en cause ! Quant à la copie de la « ligne d'un produit », elle devrait avant tout être appréhendée sous l'angle du droit des dessins et modèles, voire du droit d'auteur, et si ni l'un, ni l'autre ne mène à un constat de contrefaçon, cette conclusion ne devrait pas être contournée par l'application du droit de la concurrence déloyale. Il s'agit ici de l'effet réflexe matériel des droits sur les créations, garant du principe de la liberté de copie, et donc de concurrence. A cet égard, voir en particulier J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le juste équilibre », op. cit.

93. Anvers, 25 octobre 2018, *Vloeren Van Calster c. Impermo-Stultjens*, *Ann. prat. marché, propr. intell. et conc.*, 2018, p. 625.

94. Cf. not. P. MAEYAERT, « Beschermingsomvang en beperkingen », op. cit. ; P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction », op. cit. (*supra*, note 3).

95. Considérant 40 de la directive : « La présente directive ne devrait pas exclure l'application aux marques des dispositions du droit des États membres, autres que le droit des marques, telles que les dispositions relatives à la concurrence déloyale, à la responsabilité civile ou à la protection des consommateurs ». De fait, la directive n'exclut pas l'application de ces autres dispositions ; et elle n'en altère pas davantage la portée. Comme l'observe le professeur Puttemans, la directive laisse en réalité aux États membres la liberté de protéger ou non les marques non enregistrées et non notoirement connues (A. PUTTEMANS, « L'effet réflexe du droit des marques », op. cit., n° 12), et ne réglemente que les marques enregistrées (non sans souligner les bienfaits de l'enregistrement : cf. *supra*, n° 17). Si le législateur européen avait voulu imposer la protection généralisée des marques non enregistrées, nul doute qu'il l'aurait fait de manière explicite.

96. C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI et Mega Brands*, ECLI:EU:C:2010:516, point 61 : « la situation d'une entreprise ayant développé une solution technique à l'égard de concurrents mettant sur le marché des copies serviles de la forme de produit incorporant exactement la même solution ne saurait être protégée en conférant un monopole à ladite entreprise par l'enregistrement en tant que marque du signe tridimensionnel constitué par ladite forme, mais *peut, le cas échéant, être examinée à la lumière des règles en matière de concurrence déloyale*. Un tel examen n'est cependant pas l'objet du présent litige » (nous soulignons). On observe que la Cour « prend des pincettes » pour réserver l'application complémentaire du droit de la concurrence déloyale. Comme le note Julien CABAY, cette réserve ne saurait être lue comme une invitation, faite au juge national, à perturber l'équilibre réalisé par le législateur européen en sanctionnant comme un acte de concurrence déloyale la (seule) copie servile d'une forme nécessaire à l'obtention d'un résultat technique (cf. J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le juste équilibre », n° 13 ; l'auteur considère que l'arrêt *Lego* consacre, plutôt qu'il ne condamne, l'effet réflexe – de fond, cette fois – du droit de la propriété intellectuelle sur le droit de la concurrence déloyale [op. cit., n° 14]).

D'autres observent que le risque de confusion est également traqué par la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs⁹⁷ comme par la Directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative⁹⁸ ; ces directives, ayant « primauté » sur la Convention Benelux, conduiraient à mettre hors service l'article 2.19⁹⁹.

A cette thèse, la Cour d'appel de Gand répond, dans son récent arrêt *Physiomer*¹⁰⁰, que cette contrariété éventuelle est sans conséquence dès lors que les directives en question n'ont pas d'effet direct vertical et qu'une « interprétation conforme » n'est pas sollicitée en l'espèce. On eût préféré que la cour, au lieu de contourner la question, l'affronte de face, soit en la déférant à la Cour de justice, soit en y répondant elle-même. Et nous pensons, comme A. Puttemans et J. Cabay, que cette question appelle une réponse négative : l'article 2.19 n'est pas contraire aux directives précitées. D'une part parce le législateur européen laisse aux Etats membres une marge d'appréciation significative quant au degré de protection à assurer aux marques non enregistrées. Si le législateur et la Cour de justice Benelux

appliquent le principe « pas de protection sans enregistrement » avec une rigueur particulière, c'est qu'ils entendent privilégier, davantage que d'autres, la sécurité juridique¹⁰¹, voire la liberté de concurrence, des opérateurs commerciaux¹⁰² ; cette préférence, eu égard aux nombreuses soupapes qui assortissent la règle, ne conduit toutefois pas à sacrifier d'autres intérêts dignes de protection. Au contraire, le système mis en place par le droit de l'Union européenne, entre différents droits fondamentaux¹⁰³. D'autre part, plus prosaïquement peut-être, l'article 2.19 n'est pas contraire à la Directive 2005/29 parce que le consommateur, ne « revendiquant » aucune marque, n'est en rien empêché, pas plus que les associations qui le représentent, de réclamer la cessation d'une pratique commerciale, fût-elle liée à l'usage d'un signe pouvant être considéré comme marque, qui entraîne dans son chef un risque de confusion déterminant¹⁰⁴. Mais l'entreprise qui a négligé de procéder au dépôt du signe en question ne devrait pas pouvoir prendre prétexte d'un tel risque pour contourner cette prescription du droit spécial des marques. *Jura vigilantibus non dormientibus prosunt.*

97. Voir l'article 6, paragraphe 2 (transposé à l'article VI.98 du Code de droit économique) selon lequel « une pratique commerciale est (...) réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique : a) toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent ».
98. La licéité de la publicité comparative est subordonnée à la condition qu'elle ne soit « pas source de confusion parmi les professionnels, entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent » (art. 4 (h) transposé à l'article VI.17, 4°, C.D.E.). Plus généralement, cette directive interdit la publicité (comparative ou non) qui est trompeuse et impose d'apprécier cette caractéristique en tenant « compte de tous (les) éléments (de ladite publicité) et notamment de ses indications concernant les caractéristiques des biens ou services » y compris « leur origine (...) commerciale » (art. 3 (a), transposé à l'art. VI.105, 1°, C.D.E.).
99. Cf. not. V. WELLENS, *Doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, *op. cit.*, pp. 88-97 ; V. WELLENS et P. KLAESER, « La Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et sa transposition en droit belge : vers une protection plus autonome des prestations intellectuelles sur la base du droit de la concurrence déloyale ? », in *Cumul des droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 205 et s. ; A. HALLEMANS, « De onwettigheid... », *op. cit.*, pp. 33-34 ; D. NOESEN, « Verplichte registratie van een teken als merk om bescherming in te roepen ? De (nog steeds) moeilijke toepassing van artikel 2.19 BVIE », note sous Prés. Trib. entr. Gand, 26 août 2020, *R.A.G.B.*, pp. 1641 et s. ; P.-Y. THOUMSIN, « L'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *op. cit.*, n° 2.
100. Gand, 14 mars 2022, évoqué *supra*, note 48.
101. Sur la valeur reconnue par la Cour de justice à la sécurité juridique, voir not. C.J.U.E., 19 mai 2022, C-466/20, EU:C:2022:400, Heitec/Heitec Promotion.
102. C'est à juste titre que la Cour d'appel de Gand considère, dans l'affaire *Physiomer*, que l'usage d'une vague sur l'emballage d'un spray nasal à base d'eau de mer, tout comme diverses « circonstances accompagnantes » invoquées par le Laboratoire de la Mer (débauchage de personnel, fixation des prix, etc.), ne sont pas contraires aux usages honnêtes du commerce mais relèvent de la liberté de concurrence.
103. Sur ce point, voir spécialement J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l'effet réflexe du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le juste équilibre », *op. cit.*
104. Voir B. VANBRABANT, La propriété intellectuelle, *op. cit.*, p. 387 ; A. PUTTEMANS, « L'effet réflexe du droit des marques », *op. cit.*, n° 14-15.