

Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 15 septembre 2010), que la société Suza et la société Professionnal Computer associés France (société PCA), exerçant concurremment une activité de commerce de gros de produits informatiques et électroniques, sont titulaires, la première de la marque française semi-figurative "advance" déposée le 26 avril 2001 et enregistrée sous le n° 01 097 595 pour désigner divers produits et services en classes 9 et 38, la seconde des marques françaises dénominatives "heden" déposée le 23 août 2001 et "max-in-power" déposée le 14 mai 2003, enregistrées sous les n° 01 3118 286 et 03 3 227 515 pour désigner divers produits en classe 9 ; que la société PCA ayant fait constater par huissier de justice et par l'agence pour la protection des programmes que des requêtes sur le moteur de recherche Google, à partir des termes "heden" "max-in-power" et "PCA France" déclenchaient, par la mise en oeuvre du service Adwords, l'affichage de liens commerciaux proposant à l'internaute la connexion à des sites Internet de revente de produits informatiques commercialisés sous la marque "advance", a fait assigner les sociétés Suza et Google France en contrefaçon de marques, concurrence déloyale et parasitisme, publicité trompeuse et mensongère ; que, reconventionnellement, la société Suza a sollicité la condamnation de la société PCA pour contrefaçon de la marque "advance" et concurrence déloyale ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Suza fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée pour contrefaçon de marques, alors, selon le moyen :

1°/ que le titulaire d'une marque ne peut interdire à un annonceur de faire de la publicité pour des produits identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, à partir d'un mot-clé identique ou similaire à ladite marque, que s'il en résulte une atteinte à la fonction d'indication d'origine de celle-ci ; que dans ce cadre, il appartient au juge de rechercher, au cas par cas, eu égard à la présentation, dans son ensemble, de l'annonce commerciale et à son contenu, si celle-ci permet ou non à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou bien au contraire, s'il est économiquement lié à celui-ci ; qu'en décidant en l'espèce qu'existait un risque de confusion entre l'origine des produits advance et heden, sans analyser ni même se référer à la présentation dans leur ensemble des annonces commerciales générées par la société Suza et à leur contenu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 713-2 du code de la propriété intellectuelle interprété à la lumière de l'article 5 §1 a) de la directive n° 89/104 du 21 décembre 1988 ;

2°/ que seuls des faits qui lui sont personnellement imputables peuvent être retenus pour caractériser, à l'encontre d'un annonceur ayant recours à un système de référencement sur internet, des actes de contrefaçon ; qu'en se fondant en l'espèce sur la mention de la marque "heden", dans l'annonce commerciale générée par un tiers, pour imputer à la société Suza, dont l'annonce était pourtant dépourvue de toute référence à cette marque, la responsabilité d'un risque de confusion entre les produits "heden" et "advance", et caractériser à son encontre des faits de contrefaçon de marques, la cour d'appel a violé l'article L. 713-2 du code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article L. 716-1 du même code ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt, après avoir constaté par un motif non critiqué que les signes "heden" et "max-in-power", réservés à titre de mots-clés par la société Suza, étaient identiques aux marques de la société PCA, relève que

l'insertion dans le moteur de recherche de Google de ces deux mots-clés suscite l'apparition immédiate et simultanée tant des résultats de recherche traditionnels que de liens commerciaux, alors que le signe introduit comme critère de recherche reste exposé dans la fenêtre qui lui est destinée en haut de l'écran ; qu'il relève encore, par motifs propres et adoptés, que les liens commerciaux renvoient l'internaute vers des sites proposant des produits identiques de marque "heden" et de marque "advance" et que l'activation d'un comparateur de prix fait apparaître l'offre en vente de produits "advance" ; que la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que l'annonce publicitaire incriminée ne permettait pas ou ne permettait que difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits visés par l'annonce provenaient de la société PCA ou d'une entreprise économiquement liée à celle-ci, ce dont résultait une atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque, a pu retenir l'existence d'une contrefaçon ;

Attendu, d'autre part, qu'il ne résulte ni des conclusions de la société Suza, ni de l'arrêt que cette société ait soutenu, devant la cour d'appel, que la circonstance qu'un lien commercial généré par un tiers et comportant la mention de la marque "heden" ne pouvait être retenue pour lui imputer la responsabilité d'un risque de confusion entre les produits "heden" et "advance" ; que ce moyen est nouveau et mélangé de fait et de droit ;

D'où il suit qu'irrecevable en sa seconde branche, le moyen n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Suza fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée pour concurrence déloyale, alors, selon le moyen, qu'un internaute moyen, normalement informé et raisonnablement attentif qui entre une requête par mot-clé dans un moteur de recherche, est susceptible a priori de faire la différence entre les résultats naturels de sa recherche et les liens commerciaux générés qui s'affichent, sous une bannière dédiée, dans une partie nettement distincte de l'écran ; qu'en se bornant en l'espèce à relever que l'introduction du signe PCA dans le moteur de recherche faisait apparaître, en première ligne, sous la rubrique liens commerciaux les annonces publicitaires de la société Suza relatives aux produits Advance, pour retenir l'existence d'un risque de confusion, chez l'internaute moyen, quant à l'origine des produits et caractériser ainsi une faute à l'encontre de la société Suza, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt, après avoir constaté que la société PCA exerçait des activités concurrentes de celles de la société Suza sous le nom commercial "PCA", relève que l'insertion dans le moteur de recherche de Google du mot-clé "PCA" déclenche l'apparition immédiate et simultanée tant des résultats de recherche traditionnels que de liens commerciaux comportant des annonces publicitaires pour des produits "advance" et renvoyant à des adresses de sites Internet qui ne permettent pas d'identifier l'annonceur, alors que dans le même temps le signe "PCA" reste affiché dans la fenêtre affectée à la recherche ; qu'en l'état de ces constatations faisant ressortir l'existence d'un risque de confusion sur l'origine des produits commercialisés par les deux entreprises, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt d'avoir débouté la société Suza de sa demande en contrefaçon de la marque "advance" à l'encontre de la société PCA, alors, selon le moyen :

1°/ qu'au sens de l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle, le risque de confusion doit s'apprécier globalement et se fonder, pour la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause, sur l'impression d'ensemble produite par ces marques en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants ; qu'en ne se fondant en l'espèce que sur les détails opposant visuellement les signes en présence pour retenir qu'ils produisaient une impression d'ensemble distincte exempte de toute confusion, sans tenir compte de la similitude visuelle générée entre eux par leurs éléments dominants et distinctifs, la cour d'appel a violé la disposition susvisée ;

2°/ que le risque de confusion doit s'apprécier globalement en se plaçant du point de vue du consommateur d'attention moyenne et normalement informé qui n'a pas en même temps les signes sous les yeux ; qu'en fondant en l'espèce son appréciation du risque de confusion entre les marques sur les détails opposant visuellement les signes, ce qui supposait nécessairement que les deux signes soient en présence l'un de l'autre, la cour d'appel a violé l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

3°/ que le risque de confusion doit s'apprécier globalement, en tenant compte notamment de l'interdépendance des différents facteurs ; qu'il en résulte que le juge ne peut se déterminer au vu des seules similitudes et différences relevées entre les signes sans rechercher si leur faible similitude n'est pas compensée par l'identité ou la similitude des produits couverts ; qu'en se bornant à exclure en l'espèce tout risque de confusion entre les marques "advance" et "heden", sans prendre en compte pour l'appréciation de ce risque, la stricte identité des produits, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que les produits concernés sont identiques, l'arrêt retient qu'au plan auditif les signes en cause produisent des sonorités parfaitement distinctes et qu'au plan conceptuel le terme "advance" évoque le progrès alors que le terme "heden" suggère le paradis ; qu'il retient encore qu'au niveau visuel les dénominations sont inscrites dans un graphisme différent, qu'elles ne présentent aucune similitude au niveau de leur construction et que, si chacune est placée dans un ovale, les couleurs employées confèrent au logo "heden" pris dans son ensemble un aspect de clarté contrairement à l'impression plus sombre qui se dégage de la marque opposée ; que l'arrêt en déduit qu'en l'absence de similarité entre les signes, l'identité des produits concernés ne suffit pas à créer un risque de confusion ; que la cour d'appel qui a ainsi procédé à une appréciation globale du risque de confusion vis à vis du consommateur d'attention moyenne en se fondant sur l'impression d'ensemble produite par les signes et en prenant en compte l'interdépendance des facteurs, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Suza international France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à chacune des sociétés Professionnal Computer associés France et Google France 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-neuf novembre deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour la société Suza international France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement confirmatif attaqué d'avoir condamné la société SUZA à payer à la société PCA à titre de dommages et intérêts la somme de 30 000 euros au titre de la contrefaçon et ordonné à l'encontre de la société SUZA une mesure d'interdiction de poursuivre les actes de contrefaçon ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « sur la demande en contrefaçon, qu'il est constant que la société SUZA a réservé pour mot-clé, dans le cadre du service de référencement ayant sur internet « GOOGLE AdWords », les signes verbaux « HEDEN » et « MAX-IN-POWER », que ces signes sont identiques aux marques dont la société PCA est titulaire, étant à cet égard observé que si le premier reproduit sans modification ni ajout tous les éléments de la marque dénominative « HEDEN », le second, considéré dans son ensemble aux côtés de la marque « MAX-IN-POWER » recèle des différences si insignifiantes (suppression d'un tiret et d'un espace blanc) qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen, que l'emploi ces signes a pour objet de déclencher l'affichage de liens promotionnels vers des sites sur lesquels sont proposés des produits identiques à ceux pour lesquels les marques opposées ont été enregistrées ; qu'en l'état de ces éléments, c'est à raison que les premiers juges ont examiné la demande en contrefaçon au regard des dispositions de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle, en vertu desquelles « sont interdits, sauf autorisation du propriétaire a) 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 ; que pour contester la contrefaçon, la société SUZA fait valoir essentiellement que le choix d'un signe identique à une marque en tant que mot-clé destiné à déclencher l'affichage d'un lien commercial pointant vers un site internet ne constitue pas un usage à titre de marque dès lors notamment qu'il n'y a pas de désignation de produits ou services par le signe choisi pour mot-clé et que ce signe n'est pas reproduit dans l'annonce où figure le lien commercial ; qu'il résulte des dispositions précitées, appréciées au regard de l'article 5§1 a) de la directive 89/104 que le titulaire de la marque est habilité à interdire l'usage, sans son consentement, d'un signe identique à ladite marque par un tiers, lorsque cet usage a lieu dans la vie des affaires, et fait pour des produits ou services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, et porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque ; qu'il appert des faits de l'espèce, que la sélection par l'annonceur d'un signe identique à une marque d'autrui en tant que mot-clé voué à déclencher l'affichage de son message publicitaire constitue à l'évidence un usage de ce signe dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique, c'est à dire dans la vie des affaires et non dans le domaine privé, que l'avantage économique qui est ici recherché par l'annonceur consiste à faire connaître ses propres produits à l'internaute désireux de trouver des informations ou des offres sur les produits du titulaire de la marque et, par là même, à lui proposer une alternative par rapport aux produits couverts par la marque, circonstance qui caractérise à la charge de l'annonceur l'usage d'un signe identique à la marque d'autrui pour des produits identiques à ceux pour lesquels cette marque a été enregistrée ; qu'il importe dès lors de vérifier si l'usage en question porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque qui est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service marqué, en lui permettant de distinguer ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance ; que la Cour relève, au vu des procès-verbaux versés aux débats par la société PCA et tout particulièrement des captures d'écran qui y sont annexées : - que l'insertion dans le moteur de recherche de GOOGLE des mots clé « HEDEN » et « MAX-IN-POWER » suscite l'apparition immédiate et simultanée, tant des résultats « naturels » de la recherche que des liens commerciaux, - que ces liens commerciaux sont affichés alors que, dans le même temps, la marque introduite en tant que critère de la recherche demeure exposée dans la fenêtre qui lui est destinée située en partie haute de l'écran, - que l'internaute est encore moins à même d'opérer une discrimination entre les résultats « naturels » de sa recherche et les liens commerciaux quand ses derniers visent également des produits de la marque objet de sa recherche, ainsi, le mot clé « HEDEN » déclenche, sous la rubrique liens commerciaux », l'affichage au côté de l'annonce publicitaire dédiée aux

produits « ADVANCE », du message suivant : HEDEN passez à la loupe tous les prix des produits HEDEN et économisez ! monsieurprix.com/heden ; que dans ces circonstances, l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif serait fondé à regarder les produits « ADVANCE » et les produits « HEDEN » comme provenant d'une même entreprise ou d'entreprises économiquement liées ; que par voie de conséquence, est caractérisée une atteinte à la fonction essentielle de la marque qui consiste, dans le domaine du commerce électronique, à permettre à l'internaute parcourant les annonces affichées en réponse à une recherche au sujet de la marque, de distinguer les produits ou services du titulaire de cette marque de ceux qui ont une autre provenance ; qu' il s'infère de ces observations que c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu à la charge de la société SUZA des actes de contrefaçon des marques « HEDEN » et « MAX-IN-POWER » dont la société PCA est titulaire ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES DES PREMIERS JUGES QUE « sur la contrefaçon de marque par la société SUZA, le tribunal considère que le choix des mots clefs « HEDEN » et « MAX-IN-POWER » par la société SUZA constitue des actes de contrefaçon par reproduction en application de l'article L. 713-2 du Code de propriété intellectuelle qui n'oblige pas à la démonstration d'un risque de confusion, les produits désignés étant identiques (produits informatiques) et les signes ne présentant que des différences insignifiantes ; qu'en effet, la société SUZA en choisissant des mots clé qui sont les marques de son concurrent pour faire apparaître des annonces pour ses propres produits a fait de ces signes un usage dans la vie des affaires ; que la société SUZA ne saurait prétendre que les marques en cause ne sont pas reproduites sur les pages écran puisque son annonce n'est affichée que lorsque l'internaute a saisi comme mot clé la marque en cause, dénomination qui reste visible comme critère de la recherche sur la page de résultats comportant les liens commerciaux litigieux ; que si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie rend licite le démarchage de la clientèle d'un concurrent, il n'autorise pas le commerçant à utiliser dans un système publicitaire les signes de ce dernier, objets de droit privatif, pour faire la promotion de ses propres produits ; que dans ces conditions le tribunal considère que la contrefaçon est constituée et ce, aussi bien lorsque l'annonce mentionne le lien avec le site de la société SUZA que lorsque celle-ci fait apparaître le site d'un comparateur de prix dont l'activation permet l'apparition d'offre en vente de produits ADVANCE ;

Alors, en premier lieu, que le titulaire d'une marque ne peut interdire à un annonceur de faire de la publicité pour des produits identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, à partir d'un mot-clé identique ou similaire à ladite marque, que s'il en résulte une atteinte à la fonction d'indication d'origine de celle-ci ; que dans ce cadre, il appartient au juge de rechercher, au cas par cas, eu égard à la présentation, dans son ensemble, de l'annonce commerciale et à son contenu, si celle-ci permet ou non à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou bien au contraire, s'il est économiquement lié à celui-ci ; qu'en décidant en l'espèce qu'existait un risque de confusion entre l'origine des produits ADVANCE et HEDEN, sans analyser ni même se référer à la présentation dans leur ensemble des annonces commerciales générées par la société SUZA et à leur contenu, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle interprété à la lumière de l'article 5§1 a) de la directive n° 89/104 du 21 décembre 1988 ;

Alors, en second lieu, que seuls des faits qui lui sont personnellement imputables peuvent être retenus pour caractériser, à l'encontre d'un annonceur ayant recours à un système de référencement sur internet, des actes de contrefaçon ; qu'en se fondant en l'espèce sur la mention de la marque HEDEN, dans l'annonce commerciale générée par un tiers, pour imputer à la société SUZA, dont l'annonce était pourtant dépourvue de toute référence à cette marque, la responsabilité d'un risque de confusion entre les produits HEDEN et ADVANCE, et caractériser à son encontre des faits de contrefaçon de marques, la Cour d'appel a violé l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article L. 716-1 du même code.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement confirmatif attaqué d'avoir condamné la société SUZA à payer à la société PCA à titre de dommages et intérêts la somme de 10 000 euros au titre de la concurrence déloyale et ordonné à l'encontre de la société SUZA une mesure d'interdiction de poursuivre ses actes de concurrence déloyale ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « sur la demande en concurrence déloyale, il est pareillement constant que la société SUZA a sélectionné le signe PCA constitutif du nom commercial de la société PCA en tant que mot clé appelé à déclencher dans les conditions précédemment évoquées, l'affichage de liens promotionnels visant les produits qu'elle commercialise rédigés comme suit : le boîtier ultime ? advance, une gamme de boîtiers uniques à prix imbattable ! www.suza.fr, boîtier bon qualité/prix ? Advance, une gamme de boîtiers uniques à prix imbattable ! www.informatique.kelkoo.fr ; que le principe de la liberté du commerce implique qu'un signe qui ne fait pas l'objet de droits de propriété intellectuelle puisse être librement utilisé, sous certaines conditions, toutefois, tenant, notamment, à l'absence de faute par la création d'un risque de confusion sur l'origine du produit, attentatoire à un exercice paisible du commerce car de nature à provoquer un détournement de la clientèle ; que la Cour relève en l'espèce, au vu des procès-verbaux versés aux débats, que l'internaute qui introduit le signe PCA comme critère de sa recherche, qu'il convient de regarder comme attachant un intérêt particulier aux produits offerts à la vente par la société PCA, voit apparaître en première ligne sous la rubrique, liens commerciaux, les annonces publicitaires précitées, lesquelles renvoient respectivement à des adresses de sites internet (www.suza.fr et www.informatique.kelkoo.fr) sans communiquer le moindre élément permettant d'identifier la personne physique ou morale pour laquelle ces annonces sont faites ; qu'au regard de ces circonstances, l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif serait fondé à croire que les produits « ADVANCE » sont commercialisés par la société PCA, de sorte que, le risque de confusion sur l'origine des produits se trouve en l'espèce caractérisé » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES DES PREMIERS JUGES QUE « pour les mêmes motifs que précédemment, l'utilisation du nom commercial d'un concurrent comme mot clé pour faire apparaître une annonce publicitaire pour ses propres produits, constitue de la part de la société SUZA des actes de concurrence déloyale et ce d'autant que dans les résultats de la recherche figure en première position la société PCA France ce qui dans l'esprit de l'internaute qui voit affiché dans la rubrique « liens commerciaux » l'annonce de la société SUZA à une association entre les deux sociétés ; qu'il importe peu que la société PCA France ne fasse pas la preuve des investissements publicitaires qu'elle consacre à la promotion de ses produits dès lors qu'il est démontré qu'elle figure dans les bases GOOGLE comme importateur exclusif des produits « HEDEN » et « MAX-IN-POWER ».

Alors qu'un internaute moyen, normalement informé et raisonnablement attentif qui entre une requête par mot-clé dans un moteur de recherche, est susceptible a priori de faire la différence entre les résultats naturels de sa recherche et les liens commerciaux générés qui s'affichent, sous une bannière dédiée, dans une partie nettement distincte de l'écran ; qu'en se bornant en l'espèce à relever que l'introduction du signe PCA dans le moteur de recherche faisait apparaître, en première ligne, sous la rubrique liens commerciaux les annonces publicitaires de la société SUZA relatives aux produits Advance, pour retenir l'existence d'un risque de confusion, chez l'internaute moyen, quant à l'origine des produits et caractériser ainsi une faute à l'encontre de la société SUZA, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir débouté la société SUZA de sa demande en contrefaçon de la marque « ADVANCE » à l'encontre de la société PCA ;

AUX MOTIFS QUE « sur la demande de contrefaçon, la société SUZA, titulaire de la marque semi-figurative n° 01 3 097 595 « ADVANCE », déposée le 21 avril 2001 pour désigner notamment des produits informatiques, reproche à la société PCA de porter atteinte à ses droits en faisant usage, pour désigner des produits identiques à ceux couverts par l'enregistrement du logo « HEDEN » qui constituerait selon elle une imitation de la marque en reproduisant notamment l'élément figuratif de forme ovale ; que la société PCA conteste toute contrefaçon en invoquant un droit antérieur d'auteur sur le logo incriminé et le caractère frauduleux du dépôt effectué en violation de ce droit ; que la société PCA ne produit pas le moindre élément de preuve à l'appui des allégations selon lesquelles le logo aurait été créé en 1999, qu'elle n'établit pas davantage une utilisation de ce logo antérieurement à l'enregistrement de la marque dès lors que les seules pièces datées produites pour justifier d'une telle utilisation sont des photocopies dénuées aux yeux de la cour de toute valeur probante ; que la demande en annulation de la marque pour atteinte à un droit antérieur et dépôt frauduleux ne saurait en conséquence prospérer ; que la marque opposée est constituée d'un cartouche ovale à fond noir entouré d'un liseré rouge, au sein duquel est inscrite, en lettres majuscules de couleur rouge disposées en éventail, la dénomination ADVANCE, dont la première lettre, A, dépasse le cadre du cartouche ; que le logo attaqué « HEDEN » n'étant pas identique à la marque première faute de la reproduire sans modification ni ajout en tous ses éléments constitutifs, l'action en contrefaçon doit être examinée au regard de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle aux termes duquel : sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public/ a) (...), b° l'imitation d'une marque ou l'usage d'une marque imitée pour les produits ou services identiques ou similaires à ceux désignées dans l'enregistrement ; qu'il est constant que les produits concernés sont identiques ; qu'il importe dès lors de rechercher au terme d'une appréciation globale de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce qui doit être fondée, en ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique et conceptuelle des signes en cause, sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants ; que les signes en cause produisent, au plan auditif, des sonorités parfaitement distinctes ; qu'ils ne présentent aucune proximité au plan conceptuel, « ADVANCE » étant susceptible d'évoquer le progrès et « HEDEN » le paradis ; qu'au plan visuel, le logo incriminé est composé d'un élément figuratif de forme ovoïde, de couleur bleu, entouré d'un liseré jaune, dans lequel est inscrite en lettres épaisses au fond rouge et aux contours blancs, la dénomination « HEDEN » dont les deux branches de la première lettre, H, sortent du cadre sur le pourtour de l'élément figuratif, en partie inférieure est indiquée la mention « le partenaire des pros » ; qu'il ressort de la comparaison des signes des différences tenant d'abord à l'élément figuratif lui-même, certes de forme ovale dans les deux cas, mais un ovale très arrondi, de couleur bleu indigo et entouré de jaune pour ce qui est du logo « HEDEN », très étendu en longueur, de couleur noire et bordé de rouge pour ce qui est de la marque invoquée, ensuite à la forme et à la couleur des caractères composant l'élément dénominateur, le mot « HEDEN » étant composé de lettres hautes de couleur rouge mais entourées de blanc et sur fond bleu, les lettres du mot « ADVANCE » étant certes aussi de couleur rouge mais plus courtes et inscrites sur un fond noir ; que les différences ainsi relevées confèrent aux signes en présence une apparence d'ensemble distincte exempte de toute confusion, le logo « HEDEN » frappant d'emblée par sa clarté, à raison notamment de la couleur blanche en partie centrale du logo, la marque « ADVANCE », produisant à raison de la présence de son caractère bicolore rouge et noir une impression plus sombre ; que de surcroît, il ne peut échapper à l'observation que les dénominations « ADVANCE » et « HEDEN » qui occupent dans chacun des signes une place centrale sont radicalement différentes, notamment pour n'avoir en commun ni la syllabe d'attaque ni la séquence de chute ; qu'il s'évince de l'appréciation globale résultant de la comparaison des signes opposés au plan visuel, phonétique et conceptuel, que les signes en cause produisent une impression distincte au regard de laquelle le facteur tenant à l'identité des produits concernés n'est pas de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne, normalement informé et raisonnablement avisé qui ne serait pas fondé à attribuer à ces produits une origine commune ou à les associer comme provenant d'entreprises économiquement liées ; que le jugement sera réformé en ce qu'il a retenu des actes de contrefaçon au préjudice de la société SUZA ;

Alors, en premier lieu, qu'au sens de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, le risque de confusion doit s'apprécier globalement et se fonder, pour la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause, sur l'impression d'ensemble produite par ces marques en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants ; qu'en ne se fondant en l'espèce que sur les détails opposant visuellement les signes en présence pour retenir qu'ils produisaient une impression d'ensemble distincte exempte de toute confusion, sans tenir compte de la similitude visuelle générée entre eux par leurs éléments dominants et distinctifs, la Cour d'appel a violé la disposition susvisée ;

Alors, en deuxième lieu, que le risque de confusion doit s'apprécier globalement en se plaçant du point de vue du consommateur d'attention moyenne et normalement informé qui n'a pas en même temps les signes sous les yeux ; qu'en fondant en l'espèce son appréciation du risque de confusion entre les marques sur les détails opposant visuellement les signes, ce qui supposait nécessairement que les deux signes soient en présence l'un de l'autre, la Cour d'appel a violé l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle ;

Alors, en dernier lieu, que le risque de confusion doit s'apprécier globalement, en tenant compte notamment de l'interdépendance des différents facteurs ; qu'il en résulte que le juge ne peut se déterminer au vu des seules similitudes et différences relevées entre les signes sans rechercher si leur faible similitude n'est pas compensée par l'identité ou la similitude des produits couverts ; qu'en se bornant à exclure en l'espèce tout risque de confusion entre les marques ADVANCE et HEDEN, sans prendre en compte pour l'appréciation de ce risque, la stricte identité des produits, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle.