

Cour de cassation
chambre commerciale
Audience publique du mardi 14 février 2012
N° de pourvoi: 10-27873
Non publié au bulletin

Rejet

Mme Favre (président), président
SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société DCM Friesland que sur le pourvoi incident relevé par les sociétés Kärcher sas et Alfred Kärcher ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris 10 septembre 2010), que la société de droit allemand Alfred Kärcher GmbH a, le 15 mai 2007, procédé au dépôt d'une marque française figurative constituée par la combinaison des couleurs noire et jaune individualisées par leur numéro de codification internationale et enregistrée sous le n° 07 3 500 379 pour désigner notamment des appareils de nettoyage à haute pression; que la société Kärcher France, filiale de la société Alfred Kärcher, est l'importateur et le distributeur exclusif en France des produits de cette société ; que faisant valoir que la société DCM Friesland (société DCM) commercialisait en France, sous la dénomination Karömat, une gamme de nettoyeurs haute pression, reprenant les couleurs jaune et noire et constituant pour six d'entre eux une imitation des modèles de la société Alfred Kärcher, cette société et la société française Kärcher (les sociétés Kärcher) l'ont fait assigner en contrefaçon de marque et en concurrence déloyale et parasitaire ; que reconventionnellement la société DCM a sollicité la nullité de la marque ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que la société DCM fait grief à l'arrêt d'avoir dit qu'elle avait commis des actes de concurrence déloyale et parasitaire à l'égard des sociétés Kärcher et d'avoir prononcé à son encontre une condamnation au paiement de dommages-intérêts ainsi que des mesures d'interdiction et de publication alors, selon le moyen :

1°/ qu'en s'abstenant de répondre aux conclusions de la société DCM qui faisait valoir que l'interdiction de commercialiser en France ses produits qui sont librement commercialisés en Belgique, aux Pays Bas, en Allemagne ou en Pologne en concurrence avec ceux de la société Kärcher était contraire à la libre circulation des marchandises garantie par l'article 30 du Traité des Communautés européennes et que les seules restrictions légitimes à cette liberté posées par le Traité reposent sur des principes de « moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ... ou de protection de la propriété industrielle et commerciale », étant précisé que « ces interdictions ou interdictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres », la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que l'interdiction de la commercialisation dans un Etat membre de l'Union européenne de biens légalement produits et commercialisés dans un autre Etat membre constitue une exception au principe de la libre circulation des marchandises qui ne peut être admise que si elle est justifiée par des motifs d'intérêt général ; que tel ne peut être le cas d'une interdiction fondée sur une prétendue concurrence déloyale entre produits de deux marques différentes lorsque les produits objet de l'interdiction sont déjà commercialisés licitement, concurrentement avec ceux de l'autre fabricant, dans plusieurs autres Etats membres ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 28 et 30 du Traité CE ;

Mais attendu que l'arrêt relève qu'alors qu'il n'est pas justifié que les formes et couleurs adoptées par les sociétés Kärcher pour des nettoyeurs haute pression sont d'usage sur le marché français, les appareils incriminés empruntent une configuration générale et approachante de ceux des sociétés Kärcher et une même répartition des couleurs jaune et noire ; qu'il en déduit que la présence sur le territoire français des appareils Kärcher et Karömät ne peut que créer dans l'esprit du public un risque de confusion et faire naître la croyance que les sociétés Kärcher sont associées à la commercialisation en France des nettoyeurs de la société DCM ; que de ces constatations et appréciations souveraines,

la cour d'appel, qui a répondu en les écartant aux conclusions prétendument délaissées, a pu déduire que le comportement de cette société était contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale et justifiait qu'il lui soit fait interdiction de commercialiser les produits incriminés en France ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du même pourvoi :

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

1°/ que pour déclarer la société DCM coupable d'actes de concurrence déloyale et parasitaires, l'arrêt relève que les nettoyeurs haute pression commercialisés sous la marque Karömat empruntent une répartition des couleurs jaune et noire qui n'est commandée par aucune exigence technique et qui est de nature à créer dans l'esprit du public un risque de confusion ; qu'en statuant ainsi quand elle avait constaté concernant la nullité de la marque de la société Kärcher représentée graphiquement par le code d'identification des couleurs jaune et noire, que la combinaison de ces deux couleurs n'a aucun caractère distinctif dès lors qu'il s'agit de couleurs de base qui sont plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits et que la couleur noire est d'un large usage pour des appareils techniques et salissants, la cour d'appel, qui s'est contredite, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que pour accueillir l'action en concurrence déloyale formée contre la société DCM , l'arrêt relève que si les appareils incriminés ne sont pas de dimensions et de formes identiques à ceux des sociétés Kärcher, ils empruntent une configuration générale approchante et une répartition des couleurs jaune et noire qui ne sont commandées par aucune exigence technique et qui, ensemble, créent dans l'esprit du public un risque de confusion ; qu'en se déterminant de la sorte sans rechercher, ainsi qu'elle était invitée à le faire, si d'une part, la répartition entre une coque de couleur et un soubassement noir ne répondait à la logique qui prévaut à la construction de tout nettoyeur haute pression dont le fond est nécessairement plus foncé, pour éviter les salissures excessives, et le dessus plus clair pour marquer la visibilité du produit, et si d'autre part, la conception et la disposition des éléments techniques de commande et des accessoires, très souvent similaires sur le même type de machine, n'étaient pas dictées par les contraintes liées à la fonctionnalité et à l'accessibilité de ces éléments ainsi qu'à l'ergonomie de ces appareils au regard de leur fonction et de leurs conditions d'usage, la cour d'appel n'a pas mis en mesure la Cour de cassation d'exercer son contrôle au regard de l'article 1382 du code civil ;

3°/ qu'en se bornant à relever que la configuration générale des produits et la répartition de la combinaison des couleurs jaune et noire ne pouvaient que créer dans l'esprit du public un risque de confusion sans s'expliquer sur les conclusions de la société DCM qui faisait valoir que les produits Karömat étaient exclusivement destinés à une clientèle de professionnels parfaitement en mesure d'appréhender les différences entre les appareils commercialisés sous sa marque et celle des sociétés Kärcher, en sorte que tout risque de confusion devait être écarté, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ qu' en tout état de cause, qu' un produit qui ne fait pas l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduit ; que le seul fait que cette reproduction permette à celui qui la pratique de bénéficier du courant d'achat ou du pouvoir attractif d'un concurrent n'est pas en soi fautif sauf à vider de toute substance le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; que dès lors, en jugeant, aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges, que la société DCM avait eu un comportement parasitaire en commercialisant la copie de six appareils bien qu'elle ait annulé la marque déposée par les sociétés Kärcher et qu'elle n'ait caractérisé l'existence d'aucun élément de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle de professionnels à laquelle s'adresse ces produits, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu , en premier lieu, que l'arrêt , après avoir relevé que la marque n° 07 3 500 379 a été déposée sans aucun agencement particulier des couleurs noire et jaune, constate que, bien que la répartition de ces couleurs ne réponde à aucune exigence technique ou ne soit liée aux conditions d'usage des appareils , la société Käromat a adopté pour la carrosserie de ses appareils une même répartition des mêmes couleurs ; qu'il relève encore, par motifs propres et adoptés, que le volume, les formes générales de la carrosserie et la répartition des commandes et des accessoires de six des nettoyeurs de la société Kärcher ,dont il n'est pas démontré qu'il serait d'usage de les adopter sur le marché français, se retrouvent sur six modèles de la société DCM et que les deux sociétés s'adressent au moins pour certains de leurs nettoyeurs à haute pression à une clientèle de professionnels ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a répondu en les écartant aux conclusions de la société DCM et qui a procédé à la recherche prétendument omise, a pu, sans se contredire, déduire que cette société s'était rendue coupable de concurrence déloyale en créant un risque de confusion entre ses produits et ceux des sociétés Kärcher ;

Attendu, en second lieu, que l'action en responsabilité pour agissements parasitaires peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif et ne requiert pas l'existence d'un risque de confusion ;

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

Sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que les société Kärcher font grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité de la marque n° 07 3 500 379 alors, selon le moyen, qu'une contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; que la première branche du deuxième moyen du pourvoi principal reproche à la cour d'appel d'avoir entaché sa décision de contradiction de motifs en

retenant d'une part, pour annuler la marque n° 07 3 500 379, qu'une combinaison de couleur jaune et noire n'était pas distinctive et d'autre part, pour retenir que la Société DCM s'est rendue coupable de concurrence déloyale, que l'emprunt par elle pour les produits qu'elle commercialise d'une répartition des couleurs jaune et noire, qui n'est commandé par aucune exigence technique, est de nature à créer dans l'esprit du public un risque de confusion avec les produits de la Société Kärcher ; que si par extraordinaire ce grief de contradiction de motifs était accueilli, le chef de l'arrêt prononçant l'annulation de la marque se trouverait par là même privé de motif et devrait donc être également cassé en application de l'article 625 du code de procédure civile ;

Mais attendu que le deuxième moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche, ayant été rejeté, le moyen est devenu sans objet ;

Et attendu que le troisième moyen du pourvoi principal ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois tant principal qu'incident ;

Condamne la société DCM Friesland aux dépens,

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer aux sociétés Kärcher SAS et Alfred Kärcher GmbH la somme globale 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 quatorze février deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils pour la société DCM Friesland

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR dit que la société DCM Friesland avait commis des actes de concurrence déloyales et parasitaires à l'égard des sociétés Kärcher, D'AVOIR condamné la société DCM Friesland à payer aux sociétés Kärcher la somme de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts, D'AVOIR fait interdiction à la société DCM Friesland de poursuivre la commercialisation des appareils HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90 M, HD 900-150, 595 H Total Stop et GILDER sous leurs formes et présentations incriminés, directement ou indirectement, sous astreinte de 150 euros par jour de retard passé le délai de deux mois suivant la signification de la décision, D'AVOIR condamné la société DCM Friesland à faire retirer du marché français tous les appareils HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90 M, HD 900-150, 595 H total stop et GILDER sous astreinte de 150 euros par jours de retard passé le délai de deux mois suivant la signification de la décision, D'AVOIR autorisé les sociétés Kärcher à faire publier un extrait du dispositif de la présente décision dans trois revues de son choix et aux frais de la société DCM Friesland à titre de complément de dommages et intérêts, D'AVOIR interdit à la société DCM Friesland de faire usage notamment à titre publicitaire de l'image des appareils litigieux, sous astreinte de 300 euros par infraction constatée passé un délai de quinze jours suivant la signification du présent arrêt et D'AVOIR débouté la société DCM Friesland de sa demande de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QUE la marque de la société Kärcher gmbH est en effet représentée graphiquement par la désignation du code d'identification des deux couleurs qui la composent ; qu'une combinaison de deux couleurs n'est pas, contrairement à ce que soutient la société DCM Friesland, exclue du champ des signes susceptibles de constituer une marque ; qu'en revanche, il faut qu'un tel signe soit pourvu d'un caractère distinctif au sens de l'article 2 de la directive 2008/CE, c'est-à-dire qu'il ait la capacité de signifier aux yeux du consommateur concerné l'origine du produit ainsi désigné, et, partant, de lui permettre de réitérer une expérience positive d'achat ; que la CJCE dans son arrêt Heidelberg Bauchemie du 24 juin 2004 est venue préciser à cet égard que la simple revendication d'une juxtaposition de deux couleurs sans agencement systématique associant ces couleurs de façon prédéterminée et constante, est nécessairement imprécise et ne permet pas au consommateur de mémoriser une combinaison précise le mettant en mesure de réitérer une expérience d'achat ; que tel est bien le cas de l'espèce puisque la marque en cause est composée de deux couleurs sans aucun agencement particulier ; qu'il importe dès lors de déterminer si en dépit de l'imprécision de ses contours, cette combinaison de couleurs a pu acquérir un caractère distinctif avant son dépôt et, à défaut, après celui-ci ; que force est de relever tout d'abord qu'il s'agit de couleurs de base et qu'elles seront dès lors plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits en cause ; qu'il importe d'apprécier néanmoins si, pour les produits en cause, une proportion substantielle des milieux intéressés associerait cette combinaison de couleurs à la société Kärcher ou à une société liée à elle, à l'exclusion de toute autre entreprise ; qu'à cet égard, l'appelante produit divers catalogues et brochures montrant qu'elle s'est singularisée des 1976 en présentant ces produits sous les deux couleurs jaune et noire ; que si l'usage récurrent qu'a fait l'appelante, bien avant le dépôt de la marque, de la combinaison des couleurs jaunes et noire n'est pas sérieusement contestable, il demeure que cette constatation est insuffisante à conférer un caractère distinctif à la combinaison d'autant que, comme relevé ciavant, les deux couleurs jaune et noire telles que déposées sont des couleurs de base qui seront en conséquence plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits

et qu'il n'est pas plus contestable que la couleur noire est d'un large usage pour des appareils techniques et salissants ; qu'ainsi l'appelante n'établit pas que lors du dépôt – quand bien même était-elle en position dominante sur le marché des appareils en cause et quand bien même aurait-elle été la première à faire usage de ces deux couleurs -, la combinaison des couleurs jaune et noire, sans agencement particulier, était perçue par le public comme lui signifiant l'origine des produits de nettoyage de haute pression que commercialisait la société Kärcher SAS en France ; que s'agissant de la période antérieure au dépôt, elle verse des sondages réalisés auprès d'un échantillon de consommateurs en février 2007 par TNS Sofres puis en juin 2007 par la société BVA qui, selon elle, démontraient que le public associerait « spontanément » les couleurs jaune et noire à Kärcher et attribuerait à l'appelante l'origine des produits présentés sous lesdites couleurs ; que toute fois pour que cette association de couleurs puisse malgré sa très faible portée intrinsèque remplir la fonction essentielle d'une marque, il faut que grâce à l'exploitation qui en a été faite, le public concerné identifie sans hésitation la combinaison en cause comme lui signifiant l'origine des produits visés à l'enregistrement ; qu'à la question « cette combinaison jaune et noire vous évoque-t-elle une marque d'appareils de nettoyage à haute pression ou d'appareils de nettoyage à haute pression ou d'appareils de nettoyage à vapeur ou d'appareils pour polir les sols, d'aspirateurs ou de balayeurs », 40 % seulement des personnes interrogées, ont répondu par l'affirmative en renvoyant à la marque en cause ; qu'outre le fait que la question était orientée puisqu'elle pose comme acquis que cette association de couleurs constitue une marque, il demeure qu'une minorité des personnes interrogées a répondu positivement en sorte qu'il n'est pas établi que le signe tel que déposé permette de distinguer de façon immédiate et certaine les produits de la concluante ; que dès lors c'est à bon droit, sans qu'il soit nécessaire de poser à la CJUE une question préjudicielle sur la portée des articles 2 et 3 de la directive 2008/95 CE, que les premiers juges ont annulé la marque de l'appelante ; que le choix des seules couleurs jaune et noire, pareillement réparties, et apposées sur la carrosserie des appareils n'est nullement dicté par des impératifs techniques ou liées aux conditions d'usage des appareils ; qu'en effet si d'autres opérateurs sur le marché peuvent également recourir à ce même jeu de couleur pour des matériels comparables, cette occurrence au demeurant rare selon les pièces versées aux débats, ne prouve d'évidence pas le caractère nécessaire du choix de ces deux seules couleurs et, au surplus, de leur même répartition sur la carrosserie des appareils ; que s'agissant de la configuration de ces derniers, les appelantes soutiennent que les volumes et les lignes des modèles HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90, HD 900-150, 595 H Total Stop et Glider de l'intimée sont très proches de ceux des modèles Kärcher, respectivement, HD S 550 Eco, K 720 MX, K 221 +, HD 698 C Eco, HD 5/12 CX, et T 300 ; qu'en effet les premiers juges ont à bon droit par des motifs que la cour fait siens, relevé que ces appareils reprenaient des configurations générales des appareils des sociétés Kärcher et notamment leur volume, une carrosserie approachante et une même répartition des commandes et accessoires ; que l'intimée met en avant des différences de poids, de dimensions ou de lignes qui exclurait tout risque de confusion et souligne que d'autres opérateurs sur le marché commercialisent des appareils semblables qui épousent les mêmes formes que celles reprochées ; que si les appareils incriminés ne sont pas de dimensions et de formes identiques à ceux des sociétés appelantes, ils empruntent une configuration générale approachante et une répartition des couleurs jaune et noire qui ne sont commandées par aucune exigence technique et qui, ensemble, ne peuvent que créer dans l'esprit du public un risque de confusion lequel comprend le risque d'association ; que celui-ci est caractérisé en l'espèce par la croyance que les sociétés Kärcher auraient été associées à la commercialisation de ces nettoyeurs sous les formes et les couleurs qu'elle a adoptées ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE l'examen comparatif des produits Kärcher et des produits Karomat permet de constater que les formes sont ressemblantes et les couleurs jaune et noire apposées selon les mêmes dispositions ; que c'est ainsi que le modèle HDS 550 Eco de Kärcher se caractérise par une forme ramassée près du sol compacte, quasi cubique ; qu'il est équipé de deux roues dans sa partie inférieure arrière et d'une petite roue à l'avant ; que l'avant et le sous bassement sont noirs, la coque est jaune ; que le modèle HD 600-100 de Karomat reprend une forme semblable et les couleurs sont agencées de la même manière ; que le modèle K720 MX de Kärcher se caractérise par sa forme allongée vers le haut ; que sa ligne légèrement bombée donne l'impression de pencher vers l'arrière ; que sa partie inférieure repose sur un socle noir se terminant par deux roues ; qu'il est équipé d'une poignée centrale en sa partie supérieure ; que le socle et la partie supérieure sont noires, la coque est jaune ; qu'on retrouve globalement la même forme dans le modèle Karomat C110 M ainsi que le même agencement des couleurs ; que le modèle K 221 + de Kärcher est d'une taille inférieure au précédent ; qu'il a vocation à être déplacé manuellement ; que sa forme allongée lui permet de tenir debout et d'être manié grâce à sa poignée centrale ergonomique ; qu'il est de couleur jaune et est accompagné d'un flexible de couleur noire et d'un embout « pistolet de couleur noire » ; que le modèle Karomat C90 M reprend l'ensemble de ces caractéristiques tant en ce qui concerne la forme que l'agencement des couleurs ; que le modèle HDS 698 Eco Kärcher se caractérise par une forme ramassée vers le sol, compacte et cubique ; que la coque est de couleur jaune ; que la partie inférieure repose sur un socle de couleur noire ; que le modèle Karomat HD 900-150 reprend cette forme ainsi que l'agencement des couleurs ; que le modèle Kärcher HD 5/12 CX se caractérise par sa forme allongée vers le haut permettant une station de bout ; qu'il est de la même gamme que le modèle K720MX mais de dimension inférieure ; que la coque est jaune ; que le socle est constitué d'une base en plastique noire allant de l'avant et remontant vers l'arrière donnant l'impression de soutenir l'appareil posé sur deux grosses roues disposées de façon latérale ; que les caractéristiques de ce modèle, en ce compris la disposition des couleurs, se retrouvent dans le modèle Karomat 595 H Total Stop ; que le modèle T 300 de Kärcher est un nettoyeur qui est de forme cylindrique et plat ; qu'il comporte une poignée circulaire dans sa partie supérieure et est raccordé à un manche ; qu'il est de couleur jaune la poignée étant de couleur noire ; que ces caractéristiques se retrouvent dans le modèle Gilder de Karomat ; que constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale, notamment doivent être interdits tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec les produits ou l'activité commerciales de concurrents et d'autre part, constitue un acte de concurrence parasitaire la circonstance selon laquelle une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel ou d'investissements ; qu'il a été relevé précédemment que les nettoyeurs haute pression Karomat reprennent les lignes

des modèles Kärcher ainsi que l'agencement des couleurs jaunes et noires ; que par ailleurs la marque Karömat n'est pas sans évoquer la marque Kärcher, puisqu'elles commencent toutes les deux par la même syllabe ; que ceci a pour effet d'attirer les clients vers les modèles Karömat ; que les appellations des modèles sont très proches puisqu'elles sont constituées de lettres suivies de chiffres ; que s'il est certain que certaines formes sont dictés par des impératifs techniques, rien n'obligeait la société DCM Friesland à apposer la couleur jaune et noire selon le même agencement que celui utilisés sur les produits comparables de marque Kärcher ; que par ailleurs la société DCM Friesland a tenté de profiter de l'effet de gamme en commercialisant des copies de six appareils des sociétés Kärcher ; que ce faisant, elle a commis des actes de concurrence parasitaires en bénéficiant du courant d'achat établi en faveur des appareils Kärcher et en usurpant sans bourse déliée leur image positive et leur pouvoir attractif ;

ALORS, d'une part, QU'en s'abstenant de répondre aux conclusions de la société DCM Friesland qui faisait valoir que l'interdiction de commercialiser en France ses produits qui sont librement commercialisés en Belgique, aux Paysbas, en Allemagne ou en Pologne en concurrence avec ceux de la société Kärcher était contraire à la libre circulation des marchandises garantie par l'article 30 du Traité des Communautés européennes et que les seules restrictions légitimes à cette liberté posées par le Traité reposent sur des principes de « moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ... ou de protection de la propriété industrielle et commerciale », étant précisé que « ces interdictions ou interdictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans el commerce entre Etats membres », la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, d'autre part, QUE l'interdiction de la commercialisation dans un Etat membre de l'Union européenne de biens légalement produits et commercialisés dans un autre Etat membre constitue une exception au principe de la libre circulation des marchandises qui ne peut être admise que si elle est justifiée par des motifs d'intérêt général ; que tel ne peut être le cas d'une interdiction fondée sur une prétendue concurrence déloyale entre produits de deux marques différentes lorsque les produits objet de l'interdiction sont déjà commercialisés licitement, concurrentiellement avec ceux de l'autre fabricant, dans plusieurs autres Etats membres ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé les articles 28 et 30 du Traité CE.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR dit que la société DCM Friesland avait commis des actes de concurrence déloyales et parasitaires à l'égard des sociétés Kärcher, D'AVOIR condamné la société DCM Friesland à payer aux sociétés Kärcher la somme de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts, D'AVOIR fait interdiction à la société DCM Friesland de poursuivre la commercialisation des appareils HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90 M, HD 900-150, 595 H Total Stop et GILDER sous leurs formes et présentations incriminés, directement ou indirectement, sous astreinte de 150 euros par jour de retard passé le délai de deux mois suivant la signification de la décision, D'AVOIR condamné la société DCM Friesland à faire retirer du marché français tous les appareils HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90 M, HD 900-150, 595 H total stop et GILDER sous astreinte de 150 euros par jours de retard passé le délai de deux mois suivant la signification de la décision, D'AVOIR autorisé les sociétés Kärcher à faire publier un extrait du dispositif de la présente décision dans trois revues de son choix et aux frais de la société DCM Friesland à titre de complément de dommages et intérêts, D'AVOIR interdit à la société DCM Friesland de faire usage notamment à titre publicitaire de l'image des appareils litigieux, sous astreinte de 300 euros par infraction constatée passé un délai de quinze jours suivant la signification du présent arrêt et D'AVOIR débouté la société DCM Friesland de sa demande de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QUE la marque de la société Kärcher gmbH est en effet représentée graphiquement par la désignation du code d'identification des deux couleurs qui la composent ; qu'une combinaison de deux couleurs n'est pas, contrairement à ce que soutient la société DCM Friesland, exclue du champ des signes susceptibles de constituer une marque ; qu'en revanche, il faut qu'un tel signe soit pourvu d'un caractère distinctif au sens de l'article 2 de la directive 2008/CE, c'est-à-dire qu'il ait la capacité de signifier aux yeux du consommateur concerné l'origine du produit ainsi désigné, et, partant, de lui permettre de réitérer une expérience positive d'achat ; que la CJCE dans son arrêt Heidelberg Bauchemie du 24 juin 2004 est venue préciser à cet égard que la simple revendication d'une juxtaposition de deux couleurs sans agencement systématique associant ces couleurs de façon prédéterminée et constante, est nécessairement imprécise et ne permet pas au consommateur de mémoriser une combinaison précise le mettant en mesure de réitérer une expérience d'achat ; que tel est bien le cas de l'espèce puisque la marque en cause est composée de deux couleurs sans aucun agencement particulier ; qu'il importe dès lors de déterminer si en dépit de l'imprécision de ses contours, cette combinaison de couleurs a pu acquérir un caractère distinctif avant son dépôt et, à défaut, après celui-ci ; que force est de relever tout d'abord qu'il s'agit de couleurs de base et qu'elles seront dès lors plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits en cause ; qu'il importe d'apprécier néanmoins si, pour les produits en cause, une proportion substantielle des milieux intéressés associerait cette combinaison de couleurs à la société Kärcher ou à une société liée à elle, à l'exclusion de toute autre entreprise ; qu'à cet égard, l'appelante produit divers catalogues et brochures montrant qu'elle s'est singularisée des 1976 en présentant ces produits sous les deux couleurs jaune et noire ; que si l'usage récurrent qu'a fait l'appelante, bien avant le dépôt de la marque, de la combinaison des couleurs jaunes et noire n'est pas sérieusement contestable, il demeure que cette constatation est insuffisante à conférer un caractère distinctif à la combinaison d'autant que, comme relevé ciavant, les deux couleurs jaune et noire telles que déposées sont des couleurs de base qui seront en conséquence plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits et qu'il n'est pas plus contestable que la couleur noire est d'un large usage pour des appareils techniques et salissants ; qu'ainsi l'appelante n'établit pas que lors du dépôt – quand bien même était-elle en position dominante sur le marché des appareils en cause et quand bien même aurait-elle été la première à faire usage de ces deux couleurs -,

la combinaison des couleurs jaune et noire, sans agencement particulier, était perçue par le public comme lui signifiant l'origine des produits de nettoyage de haute pression que commercialisait la société Kärcher SAS en France ; que s'agissant de la période antérieure au dépôt, elle verse des sondages réalisés auprès d'un échantillon de consommateurs en février 2007 par TNS Sofres puis en juin 2007 par la société BVA qui, selon elle, démontraient que le public associerait «spontanément» les couleurs jaune et noire à Kärcher et attribuerait à l'appelante l'origine des produits présentés sous lesdites couleurs ; que toute fois pour que cette association de couleurs puisse malgré sa très faible portée intrinsèque remplir la fonction essentielle d'une marque, il faut que grâce à l'exploitation qui en a été faite, le public concerné identifie sans hésitation la combinaison en cause comme lui signifiant l'origine des produits visés à l'enregistrement ; qu'à la question « cette combinaison jaune et noire vous évoque-t-elle une marque d'appareils de nettoyage à haute pression ou d'appareils de nettoyage à haute pression ou d'appareils de nettoyage à vapeur ou d'appareils pour polir les sols, d'aspirateurs ou de balayeurs », 40 % seulement des personnes interrogées, ont répondu par l'affirmative en renvoyant à la marque en cause ; qu'outre le fait que la question était orientée puisqu'elle pose comme acquis que cette association de couleurs constitue une marque, il demeure qu'une minorité des personnes interrogées a répondu positivement en sorte qu'il n'est pas établi que le signe tel que déposé permette de distinguer de façon immédiate et certaine les produits de la concluante ; que dès lors c'est à bon droit, sans qu'il soit nécessaire de poser à la CJUE une question préjudicielle sur la portée des articles 2 et 3 de la directive 2008/95 CE, que les premiers juges ont annulé la marque de l'appelante ; que le choix des seules couleurs jaune et noire, pareillement réparties, et apposées sur la carrosserie des appareils n'est nullement dicté par des impératifs techniques ou liées aux conditions d'usage des appareils ; qu'en effet si d'autres opérateurs sur la marché peuvent également recourir à ce même jeu de couleur pour des matériels comparables, cette occurrence au demeurant rare selon les pièces versées aux débats, ne prouve d'évidence pas le caractère nécessaire du choix de ces deux seules couleurs et, au surplus, de leur même répartition sur la carrosserie des appareils ; que s'agissant de la configuration de ces derniers, les appelantes soutiennent que les volumes et les lignes des modèles HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90, HD 900-150, 595 H Total Stop et Glider de l'intimée sont très proches de ceux des modèles Kärcher, respectivement, HD S 550 Eco, K 720 MX, K 221 +, HD 698 C Eco, HD 5/12 CX, et T 300 ; qu'en effet les premiers juges ont à bon droit par des motifs que la cour fait siens, relevé que ces appareils reprenaient des configurations générales des appareils des sociétés Kärcher et notamment leur volume, une carrosserie approachante et une même répartition des commandes et accessoires ; que l'intimée met en avant des différences de poids, de dimensions ou de lignes qui excluait tout risque de confusion et souligne que d'autres opérateurs sur le marché commercialisent des appareils semblables qui épousent les mêmes formes que celles reprochées ; que si les appareils incriminés ne sont pas de dimensions et de formes identiques à ceux des sociétés appelantes, ils empruntent une configuration générale approachante et une répartition des couleurs jaune et noire qui ne sont commandées par aucune exigence technique et qui, ensemble, ne peuvent que créer dans l'esprit du public un risque de confusion lequel comprend le risque d'association ; que celui-ci est caractérisé en l'espèce par la croyance que les sociétés Kärcher auraient été associées à la commercialisation de ces nettoyeurs sous les formes et les couleurs qu'elle a adoptées ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE l'examen comparatif des produits Kärcher et des produits Karomat permet de constater que les formes sont ressemblantes et les couleurs jaune et noire apposées selon les mêmes dispositions ; que c'est ainsi que le modèle HDS 550 Eco de Kärcher se caractérise par une forme ramassée près du sol compacte, quasi cubique ; qu'il est équipé de deux roues dans sa partie inférieure arrière et d'une petite roue à l'avant ; que l'avant et le sous bassement sont noirs , la coque est jaune ; que le modèle HD 600-100 de Karomat reprend une forme semblable et les couleurs sont agencées de la même manière ; que le modèle K720 MX de Kärcher se caractérise par sa forme allongée vers le haut ; que sa ligne légèrement bombée donne l'impression de pencher vers l'arrière ; que sa partie inférieure repose sur un socle noir se terminant par deux roues ; qu'il est équipé d'une poignée centrale en sa partie supérieure ; que le socle et la partie supérieure sont noires, la coque est jaune ; qu'on retrouve globalement la même forme dans le modèle Karomat C110 M ainsi que le même agencement des couleurs ; que le modèle K 221 + de Kärcher est d'une taille inférieure au précédent ; qu'il a vocation à être déplacé manuellement ; que sa forme allongée lui permet de tenir debout et d'être manié grâce à sa poignée centrale ergonomique ; qu'il est de couleur jaune et est accompagné d'un flexible de couleur noire et d'un embout « pistolet de couleur noire » ; que le modèle Karomat C90 M reprend l'ensemble de ces caractéristiques tant en ce qui concerne la forme que l'agencement des couleurs ; que le modèle HDS 698 Eco Kärcher se caractérise par une forme ramassée vers le sol, compacte et cubique ; que la coque est de couleur jaune ; que la partie inférieure repose sur un socle de couleur noire ; que le modèle Karomat HD 900-150 reprend cette forme ainsi que l'agencement des couleurs ; que le modèle Kärcher HD 5/12 CX se caractérise par sa forme allongée vers le haut permettant une station de bout ; qu'il est de la même gamme que le modèle K720MX mais de dimension inférieure ; que la coque est jaune ; que le socle est constitué d'une base en plastique noire allant de l'avant et remontant vers l'arrière donnant l'impression de soutenir l'appareil posé sur deux grosses roues disposées de façon latérale ; que les caractéristiques de ce modèle, en ce compris la disposition des couleurs, se retrouvent dans le modèle Karomat 595 H Total Stop ; que le modèle T 300 de Kärcher est un nettoyeur qui est de forme cylindrique et plat ; qu'il comporte une poignée circulaire dans sa partie supérieure et est raccordé à un manche ; qu'il est de couleur jaune la poignée étant de couleur noire ; que ces caractéristiques se retrouvent dans le modèle Gilder de Karomat ; que constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale, notamment doivent être interdits tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec les produits ou l'activité commerciales de concurrents et d'autre part, constitue un acte de concurrence parasitaire la circonstance selon laquelle une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel ou d'investissements ; qu'il a été relevé précédemment que les nettoyeurs haute pression Karomat reprennent les lignes des modèles Kärcher ainsi que l'agencement des couleurs jaunes et noires ; que par ailleurs la marque Karomat n'est pas sans évoquer la marque Kärcher, puisqu'elles commencent toutes les deux par la même syllabe ; que ceci a pour effet d'attirer les clients vers les modèles Karomat ; que les appellations des modèles sont très proches puisqu'elles

sont constituées de lettres suivies de chiffres ; que s'il est certain que certaines formes sont dictés par des impératifs techniques, rien n'obligeait la société DCM Friesland à apposer la couleur jaune et noire selon le même agencement que celui utilisés sur les produits comparables de marque Kärcher ; que par ailleurs la société DCM Friesland a tenté de profiter de l'effet de gamme en commercialisant des copies de six appareils des sociétés Kärcher ; que ce faisant, elle a commis des actes de concurrence parasites en bénéficiant du courant d'achat établi en faveur des appareils Kärcher et en usurpant sans bourse déliée leur image positive et leur pouvoir attractif ;

ALORS, d'une part, QUE pour déclarer la société DCM Friesland coupable d'actes de concurrence déloyale et parasites, l'arrêt relève que les nettoyeurs haute pression commercialisés sous la marque Karömat empruntent une répartition des couleurs jaune et noire qui n'est commandée par aucune exigence technique et qui est de nature à créer dans l'esprit du public un risque de confusion ; qu'en statuant ainsi quand elle avait constaté concernant la nullité de la marque de la société Kärcher représentée graphiquement par le code d'identification des couleurs jaune et noire, que la combinaison de ces deux couleurs n'a aucun caractère distinctif dès lors qu'il s'agit de couleurs de base qui sont plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits et que la couleur noire est d'un large usage pour des appareils techniques et salissants, la cour d'appel, qui s'est contredite, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, d'autre part, QUE pour accueillir l'action en concurrence déloyale formée contre la société DCM Friesland, l'arrêt relève que si les appareils incriminés ne sont pas de dimensions et de formes identiques à ceux des sociétés Kärcher, ils empruntent une configuration générale approchante et une répartition des couleurs jaune et noire qui ne sont commandées par aucune exigence technique et qui, ensemble, créent dans l'esprit du public un risque de confusion ; qu'en se déterminant de la sorte sans rechercher, ainsi qu'elle était invitée à le faire, si d'une part, la répartition entre une coque de couleur et un soubassement noir ne répondait à la logique qui prévaut à la construction de tout nettoyeur haute pression dont le fond est nécessairement plus foncé, pour éviter les salissures excessives, et le dessus plus clair pour marquer la visibilité du produit, et si d'autre part, la conception et la disposition des éléments techniques de commande et des accessoires, très souvent similaires sur le même type de machine, n'étaient pas dictées par les contraintes liées à la fonctionnalité et à l'accessibilité de ces éléments ainsi qu'à l'ergonomie de ces appareils au regard de leur fonction et de leurs conditions d'usage, la cour d'appel n'a pas mis en mesure la Cour de cassation d'exercer son contrôle au regard de l'article 1382 du code civil ;

ALORS, encore, QU'en se bornant à relever que la configuration générale des produits et la répartition de la combinaison des couleurs jaune et noire ne pouvaient que créer dans l'esprit du public un risque de confusion sans s'expliquer sur les conclusions de la société DCM Friesland qui faisait valoir que les produits Karömat étaient exclusivement destinés à une clientèle de professionnels parfaitement en mesure d'appréhender les différences entre les appareils commercialisés sous sa marque et celle des sociétés Kärcher, en sorte que tout risque de confusion devait être écarté, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, en tout état de cause, QU' un produit qui ne fait pas l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduit ; que le seul fait que cette reproduction permette à celui qui la pratique de bénéficier du courant d'achat ou du pouvoir attractif d'un concurrent n'est pas en soi fautif sauf à vider de toute substance le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; que dès lors, en jugeant, aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges, que la société DCM Friesland avait eu un comportement parasite en commercialisant la copie de six appareils bien qu'elle ait annulé la marque déposée par les sociétés Kärcher et qu'elle n'ait caractérisé l'existence d'aucun éléments de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle de professionnels à laquelle s'adresse ces produits, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR condamné la société DCM Friesland à payer aux sociétés Kärcher la somme de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts, D'AVOIR fait interdiction à la société DCM Friesland de poursuivre la commercialisation des appareils HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90 M, HD 900-150, 595 H total Stop et GILDER sous leurs formes et présentations incriminés, directement ou indirectement, sous astreinte de 150 euros par jour de retard passé le délai de deux mois suivant la signification de la décision, D'AVOIR condamné la société DCM Friesland à faire retirer du marché français tous les appareils HD 600-100, C 110 M, Mobile C 90 M, HD 900-150, 595 H Total Stop et GILDER sous astreinte de 150 euros par jours de retard passé le délai de deux mois suivant la signification de la décision, D'AVOIR autorisé les sociétés Kärcher à faire publier un extrait du dispositif de la présente décision dans trois revues de son choix et aux frais de la société DCM Friesland à titre de complément de dommages et intérêts et D'AVOIR interdit à la société DCM Friesland de faire usage notamment à titre publicitaire de l'image des appareils litigieux, sous astreinte de 300 euros par infraction constatée passé un délai de quinze jours suivant la signification du présent arrêt ;

AUX MOTIFS QUE selon le tableau analytique des ventes d'appareils litigieux vendus par DCM Friesland, ce sont 69 appareils qui ont été vendus et qui ont généré un chiffre d'affaires de 34 961,10 euros, étant observé qu'aucun chiffre n'est fourni sur la vente de l'appareil HD 600-100, pourtant présenté sur le catalogue 2007 ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE le tribunal possède suffisamment d'éléments pour évaluer à la somme de 50 000 euros le montant des dommages et intérêts dus aux sociétés Kärcher en réparation des actes de concurrence déloyale et parasite ;

ALORS, d'une part, QU'en condamnant la société DCM Friesland à payer aux sociétés Kärcher des dommages et

intérêts sans caractériser l'existence d'un préjudice économique subi par les sociétés Kärcher en relation causale avec les actes de concurrence déloyale et de parasitisme qui lui sont reprochés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

ALORS, d'autre part, QU'en faisant interdiction à la société DCM Friesland de poursuivre la commercialisation, à faire usage à titre publicitaire et à retirer du marché français l'appareil C 90 de Karômat qui serait la copie du modèle K 221 de Kärcher sans rechercher, ainsi qu'elle était invitée à le faire, si ce modèle était encore commercialisé par les sociétés Kärcher, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat aux Conseils pour les sociétés Kärcher et Alfred Kärcher

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir prononcé la nullité de la marque de couleur jaune et noire n° 07 3 500 379 pour l'ensemble des produits figurant à son enregistrement ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « la société Kärcher GmbH fait valoir que sa marque répond à l'exigence de représentation graphique puisque les deux couleurs qui la composent sont identifiées par leur référence dans la codification internationale ; qu' elle constitue bien un signe au sens de l'article 2 de la directive 2008/95 CE et que l'article 3.3 de cette directive énonce que si la marque a acquis un caractère distinctif avant même son enregistrement du fait de son usage antérieur, elle ne peut pas être annulée ; que tel serait le cas de l'espèce puisqu'avant même la date de son dépôt, elle apposait sa marque bicolore depuis plus de trente ans sur ses très nombreux appareils de nettoyeurs haute pression, pour lesquels elle détenait déjà plus de 60 % des parts du marché considéré ; que, ceci rappelé, la marque de l'appelante est en effet représentée graphiquement par la désignation du code d'identification des deux couleurs qui la composent ; qu'une combinaison de deux couleurs n'est pas, contrairement à ce que soutient l'intimée, exclue du champ des signes susceptibles de constituer une marque ; qu'en revanche, il faut qu'un tel signe soit pourvu d'un caractère distinctif au sens de l'article 2 de la directive sus visée, c'est à dire qu'il ait la capacité de signifier aux yeux du consommateur concerné l'origine du produit ainsi désigné, et, partant, de lui permettre de réitérer une expérience positive d'achat ; que la CJUE dans son arrêt Heidelberg Bauchemie du 24 juin 2004 est venue préciser à cet égard que la simple revendication d'une juxtaposition de deux couleurs sans agencement systématique associant ces couleurs de façon prédéterminée et constante, est nécessairement imprécise et ne permet pas au consommateur de mémoriser une combinaison précise le mettant en mesure de réitérer une expérience d'achat ; que tel est bien le cas de l'espèce puisque la marque en cause est en effet composée de deux couleurs sans aucun agencement particulier ; qu'il importe dès lors de déterminer si en dépit de l'imprécision de ses contours, cette combinaison de couleurs a pu acquérir un caractère distinctif avant son dépôt et, à défaut, après celui-ci ; que force est de relever tout d'abord qu'il s'agit de couleurs de base et qu'elles seront dès lors plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits en cause ; qu'il importe d'apprécier néanmoins si, pour les produits en cause, une proportion substantielle des milieux intéressés associerait cette combinaison de couleurs à la société Kärcher ou à une société liée à elle, à l'exclusion de toute autre entreprise ; qu'à cet égard, l'appelante produit divers catalogues et brochures montrant qu'elle s'est singularisée dès 1976 en présentant ces produits sous les deux couleurs jaune et noire ; que si l'usage récurrent qu'a fait l'appelante, bien avant le dépôt de la marque, de la combinaison des couleurs jaune et noire n'est pas sérieusement contestable, il demeure que cette seule constatation est insuffisante à conférer un caractère distinctif à la combinaison d'autant que, comme relevé ci-avant, les deux couleurs jaune et noire telles que déposées sont des couleurs de base qui seront en conséquence plus difficilement perçues par le public comme un signe indicateur de l'origine commerciale des produits et qu'il n'est pas plus contestable que la couleur noire est d'un large usage pour des appareils techniques et salissants ; qu'ainsi l'appelante n'établit pas que lors du dépôt - quand bien même était-elle en position dominante sur le marché des appareils en cause et quand bien même aurait-elle été la première à faire usage de ces deux couleurs -, la combinaison des couleurs jaune et noire, sans agencement particulier, était perçue par le public comme lui signifiant l'origine des produits de nettoyage de haute pression que commercialisait la société Kärcher SAS en France ; que s'agissant de la période postérieure au dépôt, elle verse des sondages réalisés auprès d'un échantillon de consommateurs en février 2007 par TNS Sofres puis en juin 2008 par la société BVA qui, selon elle, démontreraient que le public associerait "spontanément" les couleurs jaune et noire à Kärcher et attribuerait à l'appelante l' origine des produits présentés sous lesdites couleurs ; que toutefois pour que cette association de couleurs puisse malgré sa très faible portée intrinsèque remplir la fonction essentielle d'une marque, il faut que, grâce à l'exploitation qui en a été faite, le public concerné identifie sans hésitation la combinaison en cause comme lui signifiant l'origine des produits visés à l'enregistrement ; qu'à la question "cette combinaison jaune et noire vous évoque-t-elle une marque d'appareils de nettoyage à haute pression ou d'appareils de nettoyage à vapeur ou d'appareils pour polir les sols, d'aspirateurs ou de balayeurs", 40% seulement des personnes interrogées, ont répondu par l'affirmative en renvoyant à la marque en cause ; qu'outre le fait que la question était orientée puisqu'elle pose comme acquis que cette association de couleurs constitue une marque, il demeure qu'une minorité des personnes interrogées a répondu positivement en sorte qu'il n'est pas établi que le signe tel que déposé permette de distinguer de façon immédiate et certaine les produits de la concluante ; que c'est dès lors à bon droit, sans qu'il soit nécessaire de poser à la CJUE une question préjudicielle sur la portée des articles 2 et 3 de la directive 2008/95 CE, que les premiers juges ont annulé la marque de l'appelante » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « si la marque associe plusieurs couleurs, sa représentation graphique doit comporter, outre l'identification de chacune des couleurs au moyen d'un code international, l'agencement associant les couleurs de manière prédéterminée et constante ; qu'en l'espèce, si la marque française dont s'agit précise bien les codes internationaux correspondant aux deux couleurs déposées, elle ne précise pas leur agencement ; que ce défaut de distinctivité est d'autant plus grand que les deux couleurs composant la marque sont des couleurs primaires ; que dès

lors, cette marque est de nature à empêcher la commercialisation de toutes machines figurant à l'enregistrement comportant du jaune et du noir ; que la société KARCHER soutient que ces couleurs ont acquis un caractère distinctif par l'usage ; qu'elle a fait réaliser par TNS SOFRES le 2 mars 2007 un «bilan d'image Kärcher» d'où il résulterait que le public concerné associerait ces deux couleurs aux produits Kärcher ainsi qu'un sondage BVA en juin 2008, selon lequel 40% des personnes interrogées ont associé ces couleurs à des "appareils à haute pression, des appareils à vapeur, des appareils pour polir les sols, des aspirateurs ou des balayeurs" ; que le tribunal considère que les questions posées n'étaient pas suffisamment ouvertes pour que leurs réponses puissent être prise en compte ; qu'en toute hypothèse, elles étaient biaisées par le caractère dominant de la société Kärcher par rapport à ces appareils, la part de marché de la société KARCHER des nettoyeurs haute pression pour décembre 2007 s'élevant en volume à 60,2% et en valeur à 71% ; que dès lors, la société KARCHER n'établit pas que sa marque jaune et noire à acquis un caractère distinctif par l'usage ; que dans ces conditions la marque française n° 07 3500379 composée des couleurs jaune (code international RAL 1018) et noire (code international RAL 9005) déposée à l'INPI le 15 mai 2007 en classe 7 doit être annulée faute de distinctivité»

ALORS QU'une contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; que la première branche du deuxième moyen du pourvoi principal reproche à la Cour d'appel d'avoir entaché sa décision de contradiction de motifs en retenant d'une part, pour annuler la marque n° 07 3 500 379, qu'une combinaison de couleur jaune et noire n'était pas distinctive et d'autre part, pour retenir que la Société DCM FRIESLAND s'est rendue coupable de concurrence déloyale, que l'emprunt par elle pour les produits qu'elle commercialise d'une répartition des couleurs jaune et noire, qui n'est commandé par aucune exigence technique, est de nature à créer dans l'esprit du public un risque de confusion avec les produits de la Société KARCHER ; que si par extraordinaire ce grief de contradiction de motifs était accueilli, le chef de l'arrêt prononçant l'annulation de la marque se trouverait par là même privé de motif et devrait donc être également cassé en application de l'article 625 du code de procédure civile.

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 10 septembre 2010