

COUR DE CASSATION

Audience publique du **12 juin 2012**

Cassation

M. PETIT, conseiller doyen faisant fonction de président

Arrêt n° 656 F-D

Pourvoi n° K 11-20.132

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la société Swarovski France, société par actions simplifiée,
dont le siège est 15 boulevard Poissonnière, 75002 Paris,

2°/ la société Swarovski Aktiengesellschaft, société anonyme,
dont le siège est Dröschstrasse 15, 9495 Triesen, Liechtenstein,

contre l'arrêt rendu le 1er avril 2011 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 2), dans le litige les opposant à la société Agatha diffusion, société
à responsabilité limitée, dont le siège est 45 avenue Victor Hugo,
bâtiment 258 Sud, 93300 Aubervilliers,

défenderesse à la cassation ;

Les demanderesse invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 15 mai 2012, où étaient présents : M. Petit, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Pezard, conseiller rapporteur, M. Jenny, conseiller, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Pezard, conseiller, les observations de la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat des sociétés Swarovski France et Swarovski Aktiengesellschaft, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de la société Agatha diffusion, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Agatha Diffusion (la société Agatha), titulaire de la marque figurative n° 93 496 162, constituée par la représentation stylisée d'un chien de race scottish-terrier, debout, vu de profil gauche, avec un collier autour du cou pour désigner des produits des classes 3, 14, 18 et 25 dont les bijoux, déposée le 10 décembre 1993 auprès de l'INPI, et régulièrement renouvelée le 5 décembre 2003, a fait assigner en contrefaçon de sa marque et paiement de dommages-intérêts la société Swarovski France (la société Swarovski) qui commercialisait un pendentif représentant un chien stylisé, et la société Swarovski AG, qui offrait à la vente le pendentif sur le site internet de vente en ligne que cette société exploitait ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les sociétés Swarovski et Swarovski AG font grief à l'arrêt d'accueillir ces demandes alors, selon le moyen :

1°/ que l'utilisation du signe litigieux à des fins autres que l'identification d'une marque (comme élément de décoration par exemple) ne constitue pas un acte de contrefaçon, sauf si le public perçoit un lien entre le signe argué de contrefaçon et la marque prétendument contrefaite ; qu'en accueillant la demande en contrefaçon de la société Agatha, après avoir relevé qu'aux yeux du public, le chien Swarovski n'apparaissait que comme un pendentif, ce qui excluait tout lien avec la marque Agatha, la cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle interprété à la lumière de l'article 5 de la directive 89/104 du 21 décembre 1988 devenue la directive 2008/95 du 22 octobre 2008 ;

2°/ qu'en retenant que le chien Swarovski créait un risque de confusion avec la marque Agatha, sans rechercher si les sociétés Swarovski ne faisaient pas du signe litigieux un usage autre que celui de distinguer l'origine du produit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 713-1, L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle interprétés à la lumière de l'article 5 de la directive 89/104 du 21 décembre 1988 devenue la directive 2008/95 du 22 octobre 2008 ;

3 °/ que commet un abus de droit le titulaire d'une marque qui, sous couvert d'exercer une action en contrefaçon aux fins de faire sanctionner les atteintes portées à la marque, cherche en réalité à rendre plus difficile la vente de produits concurrentiels à ceux couverts par sa marque ; que la société Swarovski soutenait que la société Agatha avait détourné l'action en contrefaçon dès lors qu'elle avait exercé celle-ci dans le but de protéger non pas sa marque mais les parts qu'elle détient sur le marché des bijoux ayant la forme d'un scottish-terrier stylisé ; qu'en s'abstenant de rechercher si la société Agatha n'avait pas exercé l'action en contrefaçon pour dissuader voire empêcher ses concurrents de commercialiser des bijoux en forme de scottish-terrier stylisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 713-36 et L. 716-1 du code de la propriété intellectuelle interprétés à la lumière de la directive 2008/95 du 22 octobre 2008, ensemble l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt retient que le public associera nécessairement le pendentif à la marque de la société Agatha en raison de sa renommée et du grand degré de similitude existant entre les dessins ; qu'il retient encore que la vente du bijou par la société Swarovski peut faire croire à l'existence d'un lien matériel dans la vie des affaires entre les produits litigieux et le titulaire de la marque ainsi qu'à une origine commune des produits ; qu'il relève que l'action diligentée par la société Agatha ne cherche pas à faire interdire la commercialisation d'un bijou où figure un scottish-terrier mais celle d'un bijou qui dans sa forme reproduirait la marque ou en serait une imitation illicite ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que la société Agatha n'avait pas agi en contrefaçon pour empêcher de façon générale ses concurrents de commercialiser des bijoux en forme de scottish-terrier stylisé, la cour d'appel a, sans être tenue à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le second moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles L. 711-1 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

Attendu que pour retenir le risque de confusion entre la marque litigieuse et le pendentif, l'arrêt retient que leurs dessins présentent une stylisation identique ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, en considérant les seuls dessins et sans prendre en compte la couleur, le matériau, la taille en facettes, ainsi que l'aspect d'ensemble tridimensionnel du pendentif, la cour d'appel, qui n'a pas procédé à l'examen de l'impression d'ensemble produite par la marque et le bijou, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er avril 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Agatha aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer aux sociétés Swarovski et Swarovski AG la somme globale de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze juin deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils, pour les sociétés Swarovski France et Swarovski Aktiengesellschaft

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit qu'en imitant, pour réaliser un pendentif, le dessin du scottish-terrier constituant la marque figurative n° 9349162 de la société Agatha Diffusion, les sociétés Swarovski France et Swarovski AG avaient commis des actes de contrefaçon, d'AVOIR fait interdiction aux exposantes d'exploiter de quelque manière que ce soit et sous quelque forme que ce soit en France le pendentif en cause sous astreinte de 500 euros par infraction constatée, passé le délai d'un mois suivant la signification de la décision et de les AVOIR condamnées in solidum à payer à la société Agatha diffusion la somme de 20.000 euros à valoir sur le préjudice résultant de l'atteinte à la marque ainsi que la somme de 40.000 euros à valoir sur son préjudice commercial ;

AUX MOTIFS QUE : « en l'espèce, l'action diligentée par la société Agatha n'interdit pas la représentation d'un bijou figurant un scottish-terrier mais celle d'un bijou qui dans sa forme reproduirait la marque ou en serait une imitation illicite ; qu'il est encore soutenu par les appelantes qu'il ne saurait y avoir de contrefaçon dans la mesure où le pendentif n'est qu'un objet décoratif et ne peut être pris pour une marque, ce d'autant qu'il est toujours représenté accompagné des marques et logo de son fabricant-vendeur Swarovski ; qu'il n'y aurait ainsi aucune atteinte à la fonction de garantie de la marque et, partant de la contrefaçon, le bijou en cause étant clairement identifié comme étant un bijou de la société Swarovski ; mais que la circonstance qu'un signe soit constitué d'un élément décoratif ne fait pas, en soi, obstacle, à la protection conférée par l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle interprété à la lumière de l'article 5 de la directive 89/104 du 21 décembre 1988 devenue la directive 2008/95 du 22 octobre 2008, lorsque le degré de similitude est tel que le public concerné établit un lien entre le signe et la marque ; qu'en l'espèce, si le public ne peut que constater qu'il s'agit d'un pendentif, il l'associera néanmoins à la marque de la société Agatha en raison de la renommée de la marque de cette société et du grand degré de similitude existant entre les dessins ; que les sociétés Swarovski ne peuvent en outre être suivies lorsqu'elles prétendent que la société Agatha n'exploiterait pas sa marque comme un "signe de ralliement" et que le dessin du scottish-terrier ne serait présent que sur les bijoux présentés à la vente ; qu'étant observé qu'elles n'en tirent aucune conséquence quant à la validité de la marque, la société Agatha démontre qu'elle exploite de manière constante et intensive sa marque dans sa fonction de marque (pièces n° 6, 8, 32, 34) ;» ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « les défenderesses font valoir que le pendentif est un objet décoratif et n'est pas utilisé à titre de marque pour identifier la provenance d'un produit ; que cependant le caractère décoratif du pendentif n'empêchera pas le consommateur de faire le lien entre ce bijou et l'entreprise titulaire de la marque spécialisée dans la commercialisation de bijoux fantaisie ; qu'aussi ce bijou en raison de ses similitudes avec la marque de la demanderesse porte atteinte à sa fonction essentielle qui est d'informer le consommateur sur l'origine des produits qui en sont revêtus » ;

ALORS 1^o) QUE l'utilisation du signe litigieux à des fins autres que l'identification d'une marque (comme élément de décoration par exemple) ne constitue pas un acte de contrefaçon, sauf si le public perçoit un lien entre le signe argué de contrefaçon et la marque prétendument contrefaite ; qu'en accueillant la demande en contrefaçon de la société Agatha, après avoir relevé qu'aux yeux du public, le chien Swarovski n'apparaissait que comme un pendentif, ce qui excluait tout lien avec la marque Agatha, la cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle interprété à la lumière de l'article 5 de la directive 89/104 du 21 décembre 1988 devenue la directive 2008/95 du 22 octobre 2008 ;

ALORS 2^o) en toute hypothèse QU'en retenant que le chien Swarovski créait un risque de confusion avec la marque Agatha, sans rechercher si les sociétés Swarovski ne faisaient pas du signe litigieux un usage autre que celui de distinguer l'origine du produit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 713-1, L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle interprétés à la lumière de l'article 5 de la directive 89/104 du 21 décembre 1988 devenue la directive 2008/95 du 22 octobre 2008 ;

ALORS 3^o) QUE commet un abus de droit le titulaire d'une marque qui, sous couvert d'exercer une action en contrefaçon aux fins de faire sanctionner les atteintes portées à la marque, cherche en réalité à rendre plus difficile la vente de produits concurrentiels à ceux couverts par sa marque ; que la société Swarovski soutenait que la société Agatha avait détourné l'action en contrefaçon dès lors qu'elle avait exercé celle-ci dans le but de protéger non pas sa marque mais les parts qu'elle détient sur le marché des bijoux ayant la forme d'un scottish-terrier stylisé ; qu'en s'abstenant de rechercher si la société Agatha n'avait pas exercé l'action en contrefaçon pour dissuader voire empêcher ses concurrents de commercialiser des bijoux en forme de scottish-terrier stylisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 713-36 et L. 716-1 du code de la propriété intellectuelle interprétés à la lumière de la directive 2008/95 du 22 octobre 2008, ensemble l'article 1382 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit qu'en imitant, pour réaliser un pendentif, le dessin du scottish-terrier constituant la marque figurative n° 9349162 de la société Agatha Diffusion, les sociétés Swarovski France et Swarovski AG avaient commis des actes de contrefaçon, d'AVOIR fait interdiction aux exposantes d'exploiter de quelque manière que ce soit et sous quelque forme que ce soit en France le pendentif en cause sous astreinte de 500 euros par infraction constatée, passé le délai d'un mois suivant la signification de la décision et de les AVOIR condamnées in solidum à payer à la société Agatha diffusion la somme de 20.000 euros à valoir sur le préjudice résultant de l'atteinte à la marque ainsi que la somme de 40.000 euros à valoir sur son préjudice commercial ;

AUX MOTIFS QUE : « la société Agatha Diffusion SARL (ci-après AGATHA) est titulaire de la marque figurative n° 93496162 constituée par la représentation stylisée d'un chien de race scottish-terrier, debout, vu de profil gauche, avec un collier autour du cou pour désigner des produits de classe 3, 14, 18 et 25 dont les bijoux, déposée le 10 décembre 1993 et renouvelée le 5 décembre 2003 ; qu'elle exploite cette marque pour des bijoux de fantaisie consistant notamment en des pendentifs recouverts de strass ; que la société Swarovski France commercialise un pendentif représentant un chien stylisé qui, selon la société Agatha reproduit la marque susvisée, dans des boutiques en France, pendentif présenté également sur le site internet exploité par la société Swarovski AG visant le consommateur français ; que la société Agatha a, après avoir envoyé une lettre de mise en demeure le 11 avril 2008, assigné devant le tribunal de grande instance de Paris, la société Swarovski France SAS et la société Swarovski AG en contrefaçon de sa marque et en paiement de dommages et intérêts ; que les sociétés appelantes prétendent pouvoir opposer à la société Agatha des droits antérieurs ayant commercialisé avant le dépôt de la marque des bijoux représentant des scottish-terrier vus de profil, avec une queue dressée, deux pattes apparentes et un collier, ce qui d'ailleurs n'avait nullement suscité de protestations de la part de la société Agatha ; mais que les bijoux invoqués représentant un chien scottish-terrier ne sont pas identiques dans leur forme à celui déposé à titre de marque, qui plus est stylisé notamment dans la forme des pattes et de la tête d'une dimension plus proéminente que celle des bijoux antérieurs qui représentent d'une manière réaliste cet animal ; que le document mis aux débats en appel, la lettre du 26 août 1992 et ses annexes portant la référence d'une broche qui, dans les catalogues, correspond à un scottish-terrier, certes représenté de profil, mais comportant une représentation réaliste, en raison de la barbiche sous le museau, du regard par représentation d'un oeil et d'un ruban comportant un noeud proéminent (pièce n° 35), montre que les sociétés appelantes diffusaient déjà des bijoux de scottish-terrier avant le dépôt de la marque mais dans une forme totalement distincte de celle déposée à titre de marque ; qu'elles ne peuvent ainsi se prévaloir de droits antérieurs à la marque ; qu'il est encore soutenu par les appelantes que la marque déposée par la société Agatha est

très faiblement distinctive ; que selon elles, l'image du scottish-terrier (debout, à l'arrêt, de profil, avec deux pattes apparentes, une oreille apparente et une petite queue dressée) est utilisée par de nombreuses marques de joaillerie ou d'habillement pour des accessoires de mode (tels Prada, Tiffany et Co, Lola Bijoux, Robert Coin) et que deux autres marques ont été déposées représentant le logo d'un scottish-terrier ; que la protection de la marque est donc restreinte et que toute divergence même mineure avec la marque exclut la contrefaçon ; que si les appelantes font valoir exactement que la représentation d'un chien scottish-terrier est fréquente pour commercialiser des bijoux, il subsiste cependant que la figuration du dessin déposé à titre de marque se distingue de toutes les autres représentations et conserve ainsi son pouvoir distinctif dans la mesure où il est totalement arbitraire pour désigner les produits visés et est ainsi propre à désigner dans la vie des affaires l'origine du produit, ce d'autant qu'il est établi par la société Agatha que cette marque est largement connue du public, ce signe servant également d'emblème à la société ; que les sociétés appelante soutiennent que le pendentif litigieux ne reproduit nullement un animal de ce type mais n'importe quel "petit chien standard", très naïf et épuré, faisant partie d'une collection d'articles représentant des figures du monde de l'enfance et qui ne peut être identifié à la race du scottish-terrier de sorte que l'impression d'ensemble suscitée par le pendentif et la marque exclut tout risque de confusion ; que la marque et le bijou en cause ont une configuration stylisée de manière identique (museau carré important par rapport au corps, oreille dressée, queue relevée, corps ramassé et pattes massives de forme géométrique) ; que les différences principales qui existent notamment dans l'arrondi de la partie arrière, la suppression du collier, la posture distincte des pattes (de sorte que l'un évoque un chien en arrêt et l'autre en mouvement) ne suffisent pas à éviter tout risque de confusion dans la mesure où la configuration générale est identique, où les produits sont identiques et où la grande renommée de la marque de la société Agatha fait que le consommateur d'attention moyenne (s'agissant de produits de consommation courante) qui n'a pas en même temps les deux signes sous les yeux mais qui se fie à l'image qu'il a gardée du signe, sera conduit à penser que les deux signes ont une même origine, l'impression d'ensemble étant identique ; que par ailleurs, ainsi que l'a dit le tribunal par des motifs pertinents que la cour fait siens, la commercialisation dans des boutiques clairement identifiables et dans un emballage particulier ne suffit pas à écarter tout risque de confusion, une telle diffusion sous la marque Swarovski n'éliminant pas l'identification qui peut être faite par le consommateur entre le bijou incriminé et la marque d'Agatha ; qu'ainsi la vente du bijou par la société Swarovski qui constitue un acte d'usage de la marque déposée pour ces produits peut faire croire à l'existence d'un lien matériel dans la vie des affaires entre les produits litigieux et le titulaire de la marque et à une origine commune des produits» ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « la société Agatha Diffusion est titulaire de la marque figurative n° 93496162 représentant la silhouette d'un scottish-terrier en position debout, de profil la tête étant orientée à gauche, avec un collier ; que le caractère distinctif d'une marque s'apprécie au regard des produits ou services qu'elle désigne ; qu'en l'espèce, la marque a été déposée pour des produits de classes 3, 14, 18 et 25 et notamment dans la classe 14 pour les métaux précieux et leurs alliages et produits en ces matières ou en plaqué non compris dans les autres classes, joaillerie, bijouterie, pierres précieuses, horlogerie et instruments chronométriques ; qu'or, ces divers produits sont sans aucun lien avec l'image d'un chien et plus spécialement d'un scottish-terrier, de telle sorte que ce signe présente un caractère totalement arbitraire pour désigner ces produits ce qui lui confère une grande distinctivité ; que le fait que l'image de ce chien soit assez largement exploitée comme éléments de décor ou que sa représentation ne présente pas de caractère original est ainsi sans incidence sur cette distinctivité qui s'apprécie au regard des produits figurant dans le dépôt de la marque ; que par ailleurs, si d'autres entreprises ont choisi une marque représentant un scottish-terrier : marque Chipie ou Mille Amis, il y a lieu de constater que pour Chipie, le chien est présenté de profil droit, en mouvement et que pour Mille amis, le corps du chien est caché derrière un rectangle noir bordé de blanc de telle sorte que même dans l'hypothèse où ces marques concerneraient des produits identiques ou similaires, elles présentent chacune des caractères propres qui permettent de les distinguer ; qu'enfin les défenderesses versent aux débats des modèles de bijoux représentant des scottish-terriers et elles invoquent spécialement une broche également déclinée en pendentif qu'elles déclarent avoir commercialisée dès la saison automne /hiver 1991 et jusqu'en 2000 ; que cependant les pièces versées aux débats par les défenderesses en langue étrangère ou postérieures à 1993 n'établissent pas de façon certaine que ce bijou a été commercialisé en France avant que la société Agatha diffusion ne dépose elle-même sa marque ; que les défenderesses ont également commercialisé un petit chien dit terrier, cependant celui-ci, dont le corps est plus fin et plus allongé ne reproduit pas la silhouette constituant la marque de la société Agatha Diffusion ; qu'il en est de même des autres modèles de bijoux présentés par les défenderesses dont la date d'une éventuelle commercialisation en France demeure au surplus ignorée ; que les défenderesses échouent à démontrer le caractère faiblement distinctif de la marque de la société Agatha Diffusion dont elles entendaient tirer les conséquences quant au degré de protection qui y serait attaché ; que le pendentif litigieux représente un chien debout à la silhouette trapue avec des pattes courtes et regroupées, et une tête au museau carré, d'un volume important par rapport au reste du corps ; que cette silhouette ainsi définie crée la même impression d'ensemble que celle de la marque de la société Agatha diffusion alors qu'au surplus les chiens sont représentés tous les deux sous leur profil gauche ; que les deux silhouettes présentent des différences tenant à l'arcade sourcilière, la forme des oreilles et de la queue

et l'existence ou non d'un collier ; que cependant ces différences portent sur des détails qui ne suffisent pas à altérer l'impression d'ensemble identique produite par les deux silhouettes sur un consommateur d'attention moyenne qui n'ayant pas les deux objets sous les yeux, conservera le souvenir d'un petit chien debout, trapu avec une tête importante au museau carré, de telle sorte qu'il ne parviendra pas à individualiser les deux dessins ; que par ailleurs, la marque antérieure désignant les bijoux et le pendentif entrant dans cette catégorie, le risque de confusion est important d'autant plus que la société Agatha diffusion a elle-même acquis une grande renommée dans le domaine des bijoux accessoires (pièce 34-7 Cosmopolitan 2000 "le petit chien qui symbolise Agatha diffusion la marque française de bijouxaccessoires la plus diffusée dans le monde, est connu jusqu'au Japon") ; que le fait que les sociétés Swarovski commercialisent le pendentif dans leurs boutiques clairement identifiables et dans un emballage qui leur est propre ne suffit pas à écarter ce risque de confusion dans la mesure où ces modalités particulières de commercialisation ne sont pas inhérentes au produit et constituent des circonstances variables qui à ce titre ne peuvent être prises en considération pour écarter, de façon définitive, le risque de confusion ; que le pendentif en forme de scottish-terrier des sociétés Swarovski constitue donc une contrefaçon de la marque figurative n°93496161 de la société Agatha Diffusion ; » ;

ALORS 1°) QU'une marque constituée d'un signe banal est faiblement distinctive et ne saurait donc se voir conférer qu'une protection limitée ; qu'après avoir retenu que la représentation d'un chien scottishterrier est souvent exploitée comme élément de décor, notamment pour commercialiser des bijoux, la cour d'appel s'est bornée à affirmer que le dessin utilisé comme marque conserve un pouvoir distinctif dans la mesure où il est arbitraire pour désigner les produits visés ; qu'en statuant de la sorte, sans mieux s'expliquer sur les motifs de cette distinction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 711-1, L. 711-2 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

ALORS 2°) QUE l'appréciation globale du risque de confusion entre les signes en présence ne peut être fondée sur un élément dominant qu'à la condition que les autres composants de la marque soient négligeables ; qu'en retenant l'existence d'un risque de confusion en raison d'une configuration stylisée de manière identique, élément dominant, tout en relevant l'existence de différences telles que la marque évoquait un chien en arrêt et le pendentif un chien en mouvement, sans expliquer en quoi ces différences devaient être tenues pour négligeables, la cour d'appel a privé sa décision de base égale au regard des articles L. 711-1 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

ALORS 3°) QUE l'appréciation globale du risque de confusion entre les signes en présence ne peut être fondée sur un élément dominant qu'à la

condition que les autres composants de la marque soient négligeables ; que pour considérer que le scottish-terrier servant de modèle au bijou Swarovski et utilisé par Agatha comme signe distinctif de sa marque présentaient une stylisation identique, la cour d'appel s'est bornée à comparer les « dessins » de la marque et du pendentif sans prendre en compte la couleur (bleu clair), le matériau (le cristal propre aux créations Swarovski), la taille en facettes, ainsi que l'aspect d'ensemble tridimensionnel dynamique, naïf, transparent et étincelant de ce dernier ; qu'en négligeant ainsi de préciser en quoi ces éléments n'étaient pas pertinents pour évaluer le risque de confusion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 711-1 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

ALORS 4°) QUE l'appréciation globale du risque de confusion requiert l'examen des facteurs pertinents extrinsèques au signe argué de contrefaçon ; qu'en considérant que les modalités de commercialisation spécifiques à Swarovski (boutiques, emballages ...) ne suffisent pas à écarter ce risque de confusion dans la mesure où elles ne constituent que des circonstances variables étrangères au produit, la cour d'appel a violé les articles L. 711-1 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle.