

## Cour de cassation, ch. com., 17 janvier 2006

Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant en la forme des référés, (Paris, 13 février 2004), que la société Or brun, spécialisée dans la fabrication de fertilisants naturels composés de fumiers de ferme et d'algues marines, est titulaire de la marque dénominateur "Or brun", n° 1 529 308, déposée le 5 avril 1978 en classe 1 et régulièrement renouvelée ; qu'ayant constaté que la société de droit néerlandais DMC International BV (société DMC) diffusait dans le magazine "Jardin pratique" une publicité ayant pour titre "comment fabriquer de l'or brun en quatorze jours" et pour sous titre "or brun est le terme des jardiniers expérimentés pour désigner un compost nourrissant, riche en nutriments", publicité dans laquelle elle proposait "un appareil génial pour fabriquer un compost riche prêt à l'emploi en quatorze jours", la société Or brun a assigné la société DMC en contrefaçon de sa marque, puis a saisi, sur le fondement de l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés pour qu'il soit fait interdiction provisoire, sous astreinte, à la société DMC, de continuer à utiliser la dénomination "Or brun" ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société DMC fait grief à l'arrêt de lui avoir fait interdiction à titre provisoire d'utiliser la dénomination "Or brun" à quelque titre que ce soit et sous quelque forme que ce soit, sous astreinte de 5 000 euros par infraction constatée à compter de la signification de l'arrêt, alors, selon le moyen :

1) que l'action en référé prévue par l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle est subordonnée à la constatation du caractère sérieux de l'action au fond en contrefaçon ; qu'elle suppose donc que l'action au fond soit exercée contre le véritable contrefacteur au sens des articles L. 713-2 et L. 713-3 du même Code ; qu'en faisant droit à la demande de la société Or brun, dirigée contre la société DMC, gestionnaire du plan média, sans préciser en quoi cette société, qu'elle a qualifié à tort d'annonceur, avait participé à titre personnel aux actes incriminés par ces textes, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle qu'elle a violé ;

2) qu'en ne répondant pas à l'argumentation de la société DMC, qui faisait valoir dans ses conclusions délaissées que ni le délit d'apposition de marque de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle, ni le délit de l'article L. 713-3 du même Code ne présentaient

un caractère sérieux à son encontre, à défaut d'imputabilité de l'usage litigieux, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions et a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt relève que la mesure prévue par l'article L. 716-6 du Code de la propriété intellectuelle peut être réclamée contre "l'annonceur", lorsque, comme en l'espèce, c'est lui qui a fait passer la publicité litigieuse sans qu'apparaisse le nom du donneur d'ordre de sorte qu'il est nécessairement responsable de la diffusion qu'il effectue et ne saurait se retrancher derrière son client dont il a révélé tardivement l'identité ; qu'en déduisant de ces constatations et appréciations que l'action en contrefaçon engagée contre la société DMC qui avait fait paraître la publicité litigieuse, apparaissait fondée, la cour d'appel, qui a ainsi répondu aux conclusions prétendument délaissées, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

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

1) que, comme elle le faisait valoir dans ses conclusions délaissées, l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui vise "la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque... ainsi que l'usage d'une marque reproduite pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement" était inapplicable en l'espèce, dès lors que la marque "Or brun" désigne des engrais organiques de la classe 1 de la classification internationale de Nice, tandis que la publicité litigieuse vise la commercialisation d'un composteur, c'est à dire d'un appareil destiné à fabriquer du compost à partir de déchets domestiques relevant de la classe 7 de la classification ; d'où il suit qu'en statuant comme a fait, alors qu'il ne pouvait s'agir que de produits similaires tels que visés par l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, ce qui supposait que soit constatée l'apparence qu'il résulte des faits incriminés un risque de confusion dans l'esprit du public, la cour d'appel a violé l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle ;

2) que 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 ;

3) que pour les mêmes raisons, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions et violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'en constatant que dans la publicité litigieuse figuraient les mentions "comment fabriquer de l'or brun en quatorze jours" avec comme sous-titre "Or brun est le terme des jardiniers expérimentés pour désigner un compost nourrissant, riche en nutriments", la cour d'appel qui, répondant aux conclusions prétendument délaissées, a retenu l'utilisation dans cette publicité de la marque arguée de contrefaçon pour désigner un produit identique à celui visé lors du dépôt, a légalement justifié sa décision et pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.