

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE
2e Chambre
ARRÊT DU 05 JUILLET 2018**

N°2018/ 340

Rôle N° RG 15/17921 - N° Portalis DBVB-V-B67-5PRS

SARL INTOX

C/

SARL ELEVEN

SEL ABITBOL

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE en date du 03 Septembre 2015 enregistré au répertoire général sous le n° 13/06202.

APPELANTE

SARL INTOX,

dont le siège est MARSEILLE

représentée et plaidant par Me Julia BRAUNSTEIN, avocat au barreau de MARSEILLE

INTIMÉE

SARL ELEVEN,

dont le siège est PARIS

représentée par Me Frédéric AMSELLEM, avocat au barreau de MARSEILLE, assistée et plaidant par Me Vanessa BOUCHARA ADDAD, avocat au barreau de PARIS

PARTIES INTERVENANTES

SEL ABITBOL

et

SELAFAMA pris en la personne de Maître Lucille ... en qualité de mandataire liquidateur

de la SAS ELEVEN,

désignées à ses fonctions par jugement du Tribunal de Commerce du 28 mars 2017 demeurant
PARIS CEDEX 10

intervenantes volontaires

représentée par Me Frédéric AMSELLEM, avocat au barreau de MARSEILLE, assistée et
plaissant par Me Vanessa BOUCHARA ADDAD, avocat au barreau de PARIS

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 785 et 786 du code de procédure civile, l'affaire a
été débattue le 14 Juin 2018 en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant
Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente, et Monsieur Jean-Pierre PRIEUR, Conseiller,
chargés du rapport.

Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente, a fait un rapport oral à l'audience, avant les
plaidoiries.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente

Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller

Monsieur Jean-Pierre PRIEUR, Conseiller

Greffier lors des débats : Madame Viviane BALLESTER.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au
greffe le 05 Juillet 2018..

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 05 Juillet 2018.

Signé par Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente et Madame Viviane BALLESTER,
greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

**_*_*_

Vu les articles 455 et 954 du code de procédure civile,

Vu le jugement contradictoire du 3 septembre 2015 rendu par le tribunal de grande instance
de Marseille, première chambre civile,

Vu l'appel interjeté le 12 octobre 2015 par la S.A.R.L. INTOX,

Vu les dernières conclusions de la S.A.R.L. INTOX, appelante en date du 7 décembre 2017,

Vu les dernières conclusions de la société ELEVEN, de la SEL ABITBOL et de la SELAFA MJA en la personne de maître Lucile ... es qualités de liquidateur judiciaire de la société ELEVEN, intimées en date du 19 avril 2018,

Vu l'ordonnance de clôture en date du 14 mai 2018,

SUR CE, LA COUR,

Il est expressément renvoyé pour un plus ample exposé des faits de la cause et de la procédure à la décision entreprise et aux écritures des parties, Il sera simplement rappelé que :

La société ELEVEN est une société française de création, fabrication et vente de vêtements.

Elle commercialise des modèles de tee-shirts représentant des personnalités affublées d'une main dont le majeur est apposé au-dessus de la lèvre supérieure de la personnalité et comporte une moustache tatouée.

Elle a fait procéder le 16 avril 2013 à un constat d'offre à la vente dans le magasin à enseigne VERSION FRANÇAISE exploité à Marseille par la S.A.R.L. INTOX.

Le 25 avril 2013 elle a fait pratiquer, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de grande instance de Marseille en date du 19 avril 2013, une mesure de saisie-contrefaçon dans les locaux de l'entreprise VERSION FRANÇAISE, concernant des modèles de tee-shirts :

- des modèles de Tee-shirts sur lesquels sont floqués la Photographie de RIHANNA, sur fond blanc et sur fond beige, et au-dessus de la lèvre supérieure de cette dernière apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tatouée noire rebiquant vers le haut, ce modèle comportant une étiquette " DOLLS PARIS ", au prix de 8,90 euros,

- des modèles de Tee-shirts représentant une "femme" (MEGAN FOX) sur fond noir, rose, gris et blanc, et de manière similaire, au-dessus de la lèvre supérieure de cette dernière apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tatouée noire rebiquant vers le haut, ce modèle comportant une étiquette " THENA ", au prix de 8,90 euros.

Estimant que ces tee-shirts reproduisent les modèles qu'elle a précédemment créés et commercialisés, la société ELEVEN a, selon acte d'huissier du 16 mai 2013 fait assigner la S.A.R.L. INTOX devant le tribunal de grande instance de Marseille, en contrefaçon de droit d'auteur, et en concurrence déloyale et en réparation des préjudices en résultant et en mesures d'interdiction.

Suivant jugement contradictoire du 3 septembre 2015 dont appel, le tribunal a :

- débouté la société INTOX de son action en nullité des droits d'auteurs revendiqués par la société ELEVEN,

- dit que la société INTOX a commis des actes de contrefaçon des droits d'auteurs appartenant à la société ELEVEN en offrant à la vente des vêtements reproduisant les caractéristiques des modèles " MOUSTACHE,

- condamné la société INTOX à verser à la société ELEVEN la somme de 20 000 euros en réparation du préjudice résultant de cette contrefaçon,

- dit que la société INTOX a commis en outre des actes de concurrence déloyale,

- condamné la société INTOX à verser à la société ELEVEN la somme de 15 000 euros en réparation du préjudice subi du fait de ses agissements délictuels,

- interdit à la société INTOX de représenter et de vendre les modèles contrefaisant sous astreinte provisoire de 100 euros par infraction constatée et par jour de retard à compter de la signification du jugement,

- ordonné le dépôt de l'ensemble du stock résiduel des modèles contrefaisant sous le contrôle d'un huissier de justice au frais de la société INTOX dans le délai de huit jours suivant la signification du jugement et dit que ce délai passé, ce dépôt devra s'effectuer sous astreinte provisoire de 1000 euros par jour de retard,

- ordonné la publication du jugement dans trois journaux ou revues au choix de la société ELEVEN et au frais de la société INTOX à concurrence de 1 500 euros hors taxe par insertion,

- autorisé la société ELEVEN à publier le présent jugement, en intégralité ou par extraits, sur la page d'accueil du site www.elevengaris.com, pour une période de un mois à compter du lendemain de la signification de la décision,

- condamné la société INTOX à verser à la société ELEVEN la somme de 4 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile,

- ordonné l'exécution provisoire de la décision,

- mis l'intégralité des dépens à la charge de la société INTOX.

Par jugement du 18 janvier 2016 la société ELEVEN a été placée sous sauvegarde de justice.

Par jugement du 28 mars 2017 le tribunal de commerce de Paris a placé la société ELEVEN en redressement judiciaire, converti en liquidation judiciaire par jugement du 28 mars 2017, la SELAFA MJA en la personne de Maître Lucile ... a été désigné en qualité de liquidateur.

Il convient en conséquence de mettre hors de cause la SEL ABITBOL, mandataire judiciaire dont le mandat a cessé et de recevoir la société SELAFA en son intervention volontaire, es qualités.

En cause d'appel la S.A.R.L. INTOX appelante demande dans ses dernières écritures en date du 7 décembre 2017 de :

vu l'article 31 du Code de procédure civile,

vu l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, vu les articles L.111-1, L.113-4, L.331-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle,

vu l'article 1382 du Code civil,

- réformer le jugement du Tribunal de Grande Instance de Marseille n° 15/541 du 3 décembre 2015 dans l'ensemble de ses dispositions, statuant de nouveau, sur la contrefaçon : à titre principal,

- dire et juger que la Société ELEVEN est irrecevable à agir pour défaut d'intérêt légitime et de qualité, sur le fondement des droits d'auteur revendiqués sur les tee-shirts de la collection " Moustache " représentant Will Smith, ... et Megan ..., à titre subsidiaire,

- 'constater' l'absence d'originalité des apports de la Société ELEVEN sur les tee-shirts de la collection " Moustache " représentant Will Smith, ... et Megan ..., de même suite,

- dire et Juger que les tee-shirts de la collection " Moustache " représentant Will Smith, ... et Megan ..., ne bénéficient pas de la protection du livre I du Code de la propriété intellectuelle,

par conséquent,

- débouter la Société ELEVEN de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions, en tout état de cause,

- prononcer la nullité du Procès Verbal de Constat de Me ... du 16 avril 2013,

- 'constater' l'absence de preuve de la contrefaçon, par la Société INTOX, des tee-shirts désignés par la Société INTOX sous les noms " Will ... " et " Megan Fox ",

- 'constater ' que les condamnations prononcées sont injustifiées eu égard à l'absence de préjudice de la Société ELEVEN, statuant de nouveau, sur la concurrence déloyale :

- 'constater' l'absence de faits de concurrence déloyale imputables à la Société INTOX autres que ceux retenus pour fonder l'action en contrefaçon,

- débouter la Société ELEVEN de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions, formulées au titre de la concurrence déloyale, statuant sur la demande subsidiaire de condamnation pour des actes de concurrence déloyale :

- 'constater' que la Société ELEVEN est irrecevable à agir en concurrence déloyale pour défaut d'intérêt légitime et de qualité à agir,

- 'constater' l'absence de faits de concurrence déloyale,

- débouter la Société ELEVEN PARIS de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions, formulées au titre de la concurrence déloyale,

- condamner la Société ELEVEN au paiement de la somme de 10.000 euros en application de

l'article 700 du Code de procédure civile,

- la condamner aux entiers dépens distraits au profit de Maître Julia

La société ELEVEN, de la SEL ABITBOL et de la SELAFA MJA en la personne de maître Lucile ... es qualités de liquidateur judiciaire de la société ELEVEN, intimé s'opposent aux prétentions de l'appelante, et demandent dans leurs dernières écritures en date du 19 avril 2018 de :

- confirmer en toutes ses dispositions le jugement du Tribunal de Grande Instance de Marseille du 3 septembre 2015 (RG n° 13/06202).

- dire que la SEL ABITBOL doit être mise hors de cause, son mandat ayant cessé par jugement du tribunal de Commerce de Paris du 27 mars 2017,

- déclarer la demande en intervention volontaire de la SELAFA MJA, en la personne de Maître Lucile ..., agissant ès qualités de mandataire liquidateur de la société ELEVEN recevable et bien fondée,

- débouter la société INTOX de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,

- dire que l'ensemble des condamnations seront versées à la SELAFA MJA, en la personne de Maître Lucile ..., agissant ès qualités de mandataire liquidateur de la société ELEVEN, statuant de nouveau,

à titre principal, sur la validité du Procès-Verbal de saisie du 16 avril 2013,

- dire et juger que constat d'achat réalisé le 16 avril 2013 est valable, sur la validité du Procès-Verbal de saisie-contrefaçon du 25 avril 2013,

- dire et juger que les opérations de saisie-contrefaçon réalisées le 25 avril 2013 ont été correctement diligentées et que le procès-verbal est valable,

- condamner la société INTOX à verser à la SELAFA MJA, en la personne de Maître Lucile ..., agissant ès qualités de mandataire liquidateur de la société ELEVEN :

50 000 euros supplémentaires en réparation des actes de contrefaçon, et 15 000 euros supplémentaires en réparation des actes de concurrence déloyale et parasitaire distincts commis à son encontre,

à titre subsidiaire, Si par extraordinaire, la Cour d'appel considérait que les trois modèles revendiqués n'étaient pas protégeables sur le fondement du droit d'auteur,

sur la validité du Procès-Verbal de saisie du 16 avril 2013,

- dire et juger que constat d'achat réalisé le 16 avril 2013 est valable, sur la validité du Procès-Verbal de saisie-contrefaçon du 25 avril 2013

- dire et juger que les opérations de saisie-contrefaçon réalisées le 25 avril 2013 ont été correctement diligentées et que le procès-verbal est valable

- dire et juger qu'en application de l'article 1240 du Code Civil, la société INTOX a commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société ELEVEN en offrant à la vente et en commercialisant une gamme de trois modèles de tee-shirts reproduisant les caractéristiques des modèles " MOUSTACHE " RIHANNA, WILL SMITH et MEGAN FOX de la société ELEVEN,

- condamner la société INTOX à verser à la SELAFA MJA, en la personne de Maître Lucile ..., agissant ès qualités de mandataire liquidateur de la société ELEVEN une somme de 100 000 euros en réparation du préjudice subi à ce titre, en tout état de cause,

- condamner la société INTOX à payer à la SELAFA MJA, en la personne de Maître Lucile ..., agissant ès qualités de mandataire liquidateur de la société ELEVEN, la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Sur la fin de non-recevoir,

L'article L. 111.1 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que:

" L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Selon l'article L 111-2 du code de la propriété intellectuelle, l'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.

Aux termes de l'article L 113-2 du code de la propriété intellectuelle est dite de collaboration l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques.

Est dite composite l'oeuvre nouvelle à laquelle est incorporée une oeuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.

Est dite collective l'oeuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble à la vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé.

Selon l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle :

" L'oeuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée sous réserve des droits de l'auteur de l'oeuvre préexistante. " Selon l'article L 113-4 du même code l'oeuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée sous réserve des droits de l'auteur de l'oeuvre préexistante.

La S.A.R.L. INTOX soulève l'absence d'intérêt légitime et de qualité à agir de la société ELEVEN en faisant valoir qu'il ressort de divers articles de presse que la plupart des artistes représentés sur les tee-shirts de la collection Moustache de la société ELEVEN n'ont jamais consenti à l'utilisation de leur image et que celle-ci a repris les Photographies de tiers sans leur autorisation.

Elle précise que plusieurs artistes ont déposé une plainte le 6 octobre 2015 relativement à des faits commis sur le territoire américain et sur le territoire français devant le tribunal fédéral de New-York ; que la société ELEVEN est consciente de cette utilisation frauduleuse.

Que d'ailleurs son modèle phare n'est plus proposé à la vente sur son site internet ;

Elle ajoute que la société ELEVEN n'exploite pas de manière paisible en France et non équivoque les Photographies de star reproduites sur les vêtements de la collection de vêtements moustaches et qu'il n'y a d'ailleurs plus d'exploitation des tee-shirts représentant notamment Will Smith, Megan ... et Rihanna, de sorte qu'elle n'a pas qualité pour revendiquer la qualité de propriétaire des droits sur les tee-shirts Moustache.

La société ELEVEN fait valoir que la plainte déposée aux États-Unis n'a aucune incidence en droit français et qu'un accord confidentiel a été signé entre la société ELEVEN et les personnalités concernées sur le territoire des États Unis ainsi qu'en attestent les documents et articles de presse versés au débat ;

Que par conséquent, la société INTOX ne peut tirer aucun argument juridique des accords confidentiels de cession de droits à l'image, territoriaux et limités dans le temps et transaction américaine confidentielle ayant porté sur l'utilisation par ELEVEN de l'image d'une personnalité sur trois, concernées par cette affaire.

Elle ajoute que les droits qu'elle revendique sur les tee-shirts " MOUSTACHE " ne portent pas sur la Photographie en tant que telle mais sur la combinaison des éléments suivants :

<< la Photographie du visage d'une personne célèbre, en l'espèce [.-], en gros plan, visage sur lequel a été apposé la Photographie d'un majeur tatoué d'une moustache ' et donc sur une oeuvre composite.

Elle poursuit en indiquant que le modèle Moustache a été créé en 2010 par son gérant qui en atteste de façon précise et circonstanciée, corroborée par des factures de commercialisation du modèle, dossier de presse, éléments de communications, look-books etc et qu'elle bénéficie de la présomption de titularité.

Elle précise qu'elle justifie de la commercialisation des modèles litigieux comme suit :

- des factures de commercialisation (portant notamment les références " RHIA " pour le modèle représentant RIHANNA, "MF " pour le modèle représentant MEGAN FOX et " MENBLAK " pour Will SMITH), la plus ancienne remontant à novembre 2010 et comportant une des références présentes dans les look books

- ses look-books depuis la collection printemps-été 2011,

- ses éléments de communication,

- son dossier de presse,

- un sondage d'opinion, Que ces éléments établissent que les modèles " MOUSTACHE " ont été commercialisés sous le nom d'ELEVEN au titre de la collection automne hiver 2010 et dès

novembre 2010 car le lien entre les factures et les modèles " MOUSTACHE " est parfaitement établi comme le prouvent les références des modèles sur les look-books, lesquelles correspondent aux références reportées sur les factures (ex. : " RHIA " pour le modèle représentant RIHANNA, " MENBLAK " pour Will ... et " MF " pour le modèle représentant MEGAN FOX.)

Ceci rappelé, comme le relève la société ELEVEN, celle-ci a incorporé à son oeuvre, la Photographie préexistante, sans que le photographe ne collabore à la création du tee-shirt, les deux oeuvres étant le fruit de deux apports distincts dans le temps.

Il s'agit en conséquence d'une oeuvre nouvelle, à laquelle a été incorporée une oeuvre préexistante du photographe, sans la collaboration de ce dernier, de sorte qu'étant l'auteur de cette oeuvre elle a qualité à agir en contrefaçon, sans l'autorisation de l'auteur de l'oeuvre première.

Elle justifie par de nombreux documents probants qui se corroborent entre eux par les factures et les références des modèles, avoir commercialisé le modèle MOUSTACHE et ses dérivés depuis la collection automne/hiver 2010, notamment le modèle Kate

Le fait que certains modèles ne soit plus en vente au regard des phénomènes de renouvellement de la mode est inopérant sur la qualité à agir de la société ELEVEN.

En l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé les tee-shirts dont s'agit, les actes de possession de la société ELEVEN qui l'exploite sous son nom, de façon paisible en France, et qui est reconnue de façon notoire dans la presse pour en être à l'origine, font présumer, que cette personne est titulaire sur l'oeuvre, quelle que soit sa qualification, du droit de propriété incorporelle de l'oeuvre.

Que la fin-de non recevoir soulevée par l'appelante, doit être écartée. Sur la protection au titre du droit d'auteur, La S.A.R.L. INTOX conteste le caractère original des tee-shirts litigieux de sorte que la société ELEVEN ne détient pas de droit d'auteur sur ces derniers.

Elle fait valoir à cet effet que l'idée d'apposer une moustache selon le mode 'fingerstache' n'est pas protégeable ; que les éléments revendiqués : fond uni, pour faire ressortir la Photographie qui n'a pas été prise par elle, l'apposition du majeur sur lequel est représentée une moustache tatouée noire rebiquant vers le haut correspondant à un mouvement créé en 2003 aux États-Unis par un tatoueur, bien antérieure à la collection de tee-shirts diffusée par la société ELEVEN, le rectangle utilisé pour des raisons techniques tenant aux conditions de flocage et la main repliée sur la gauche du visage, ne sont pas originaux ;

Que la mise en forme de ces éléments n'est pas originale ; que la combinaison n'est qu'une simple idée consistant à utiliser le phénomène fingerstache pour illustrer des tee-shirts et ce de façon tout à fait classique.

La S.A.R.L. ELEVEN soutient qu'elle est titulaire de droits d'auteur sur le modèle de tee-shirt Moustache représentant des personnalités affublées d'une main dont le majeur est apposé au-dessus de la lèvre supérieure de la personnalité et comporte une moustache tabouée noire.

Que l'un de ces modèles présente Rihanna dont l'originalité réside dans la combinaison des caractéristiques essentielles suivantes :

- modèle de tee-shirt à fond uni,
- sur lequel est floquée la Photographie de Rihanna,
- au dessus de la lèvre supérieure de Rihanna, apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tabouée noire, rebiquant vers le haut,
- le reste de la main repliée apparaît à la gauche de Rihanna,
- la représentation apparaît dans un rectangle,
- en noir et blanc.

Qu'un autre de ces modèles représente WILL SMITH :

Que ce modèle de tee-shirt " MOUSTACHE" de Will ... présente également une originalité incontestable, résidant dans la combinaison de ses caractéristiques essentielles :

- modèle de tee-shirt à fond uni,
- sur lequel est floquée la Photographie de Will ..., sous lequel apparaît la tête d'un bulldog avec les paupières closes,
- au dessus de la lèvre supérieure de Will ..., apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tabouée noire, rebiquant vers le haut,
- le reste de la main repliée apparaît à la gauche de Will ...,
- la représentation apparaît dans un rectangle,
- en noir et blanc.

Qu'un troisième représente MEGAN FOX :

Que ce modèle de tee-shirt "MOUSTACHE" de MEGAN FOX présente lui aussi une originalité incontestable, résidant dans la combinaison de ses caractéristiques essentielles :

- modèle de tee-shirt à fond uni,
- sur lequel est floquée la Photographie de MEGAN FOX,
- au dessus de la lèvre supérieure de MEGAN FOX, apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tabouée noire, rebiquant vers le haut,
- le reste de la main repliée apparaît à la gauche de MEGAN FOX,
- la représentation apparaît dans un rectangle,
- en noir et blanc.

Elle précise que ces modèles de tee-shirts, qui ont fait l'objet de nombreuses déclinaisons, ont été conçus par le gérant de la société ELEVEN en début d'année 2010.

Que pour chaque déclinaison du modèle, la personnalité de l'auteur s'exprime notamment par le choix de la personnalité, de la Photographie et de son cadrage ; que la moustache est volontairement étroite et rebiquée pour donner un aspect amusant et décalé ; qu'ainsi, l'auteur a manifesté un parti pris en créant ces modèles, par le choix de la Photographie de chacune de ces personnalités et de son cadrage, combinés aux caractéristiques très particulières susvisées.

Que la combinaison de ces caractéristiques confère à ces modèles un caractère original, permettant de les distinguer d'autres réalisations appartenant au même genre, et traduit un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de leur créateur, justifiant ainsi la protection instituée par le Livre I du Code de la Propriété Intellectuelle au titre du droit d'auteur.

Ceci rappelé, si l'oeuvre revendiquée par la société ELEVEN s'inscrit dans un mouvement artistique utilisant l'adjonction d'un doigt tatoué d'une moustache sur un visage, le photomontage conçu par cette dernière et apposé sur les tee-shirts comportant la composition d'un visage d'une personne célèbre spécialement choisie, en l'espèce RIHANNA, WILL SMITH et MEGAN FOX en gros plan, chaque visage inséré dans un rectangle, cadré de manière déterminée, sur lequel a été apposé la Photographie d'un majeur tatoué d'une moustache dont la main est repliée dans un agencement particulier, le tout dans un fond uni, démontre l'effort créatif et le parti pris esthétique portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur, de sorte que c'est à bon droit que le tribunal a jugé que celle-ci est éligible à la protection du droit d'auteur.

Que d'ailleurs il ressort du sondage qu'a fait établir la société ELEVEN que 80, 8 % des sondés associent le tee-shirt MOUSTACHE à la société ELEVEN marquant ainsi sa singularité.

Sur la validité du procès-verbal réalisé le 16 avril 2013, La S.A.R.L. INTOX fait valoir que l'huissier instrumentaire a outrepassé ses pouvoirs définis à l'article 1er de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en émettant un jugement subjectif en indiquant avoir pu constater la présence d'un tee-shirt représentant la personnalité de Will ... avec les caractéristiques sus mentionnées.

Elle ajoute qu'aucun justificatif de paiement n'est annexé au bon de caisse espèces de 8,90 euros, de sorte qu'il n'est pas possible de faire le lien avec VERSION FRANÇAISE. Elle en sollicite la nullité.

Cependant, comme le relève la société ELEVEN, l'huissier n'a fait que reprendre la présentation des faits de cette dernière et a identifié le modèle acheté en indiquant qu'il reprenait les caractéristiques sus mentionnées, ce qui n'est que purement descriptif, par un simple renvoi et le ticket de caisse annexé à son rapport établi l'achat litigieux.

Il n'y a donc pas lieu à faire droit à la demande de nullité.

Sur le procès-verbal de saisie-contrefaçon du 25 avril 2013,

La société INTOX expose que les tee-shirts saisis n'ont pas été communiqués en première instance et qu'aucune Photographie n'est annexée au procès-verbal de saisie ; qu'il n'est donc pas justifié de la commercialisation de tee-shirts sur lesquels serait apposée une photographie de Megan ... par elle et le tee-shirt communiqué en cause d'appel ne permet pas d'en justifier.

Elle ajoute que compte tenu du très faible nombre de tee-shirts vendus au public constaté par l'huissier : 35 pièces Rihanna à 8,90 euros la somme de 20.000 euros allouée par le tribunal est injustifiée et ce alors que la société ELEVEN ne justifie pas de ses investissements.

La société ELEVEN répond qu'elle a produit au conseil de l'appelante les pièces en original et les communique de nouveau.

Elle ajoute que lors des opérations de saisie-contrefaçon l'huissier de justice a constaté qu'étaient exposés à la vente les modèles suivants :

- des modèles de Tee-shirts sur lesquels sont floqués la photographie de RIHANNA, sur fond blanc et sur fond beige, et au-dessus de la lèvre supérieure de cette dernière apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tatouée noire rebiquant vers le haut, ce modèle comportant une étiquette " DOLLS PARIS ", au prix de 8,90 euros;

- des modèles de Tee-shirts représentant une " femme " (MEGAN FOX) sur fond noir, rose, gris et blanc, et de manière similaire, au-dessus de la lèvre supérieure de cette dernière apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tatouée noire rebiquant vers le haut, ce modèle comportant une étiquette " THENA ", au prix de 8,90 euros.

Que la commercialisation des tee-shirts sur lesquels est apposée la photographie de RIHANNA, MEGAN FOX et WILL SMITH.

Ceci rappelé, il ressort de ce procès que les trois tee-shirts litigieux sont mis en vente par la société INTOX.

Sur la contrefaçon

L'article L.122-4 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que :

" Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur [...] est illicite " La société INTOX conteste la contrefaçon reprochée en faisant valoir que ses tee-shirts se contentent de reprendre l'idée de la société ELEVEN et ne constituent pas une copie servile car les photographies sont cadrées différemment ;

Que les ressemblances provenant d'une communauté d'origine elles ne sont pas constitutives de contrefaçon.

La société ELEVEN fait valoir que les tee-shirts présentés à la vente par la société INTOX constituent des copies serviles des siens.

Effectivement l'examen comparatif des tee-shirts en présence fait apparaître qu'ils reproduisent tous les caractéristiques revendiquées par la société ELEVEN :

- modèle de tee-shirt à fond uni,

- sur lequel est floquée la même Photographie de la même personnalité (en dessous de la personnalité figure un bull-dog en ce qui concerne le modèle WILL SMITH),
- au-dessus de la lèvre supérieure de ladite personnalité, apparaît le majeur d'une main sur lequel est représentée une moustache tabouée noire, rebiquant vers le haut
- le reste de la main repliée apparaît à la gauche de la personnalité,
- la représentation apparaît dans un rectangle,
- en noir et blanc.

Le cadrage légèrement différent du modèle MEGAN FOX n'est pas de nature exclure la reproduction quasi servile des produits notamment par la reprise identique des Photographies des personnalités.

C'est en conséquence a bon droit que le tribunal a jugé qu'en proposant à la vente ces tee-shirts la société INTOX a commis des actes de contrefaçon.

Sur la concurrence déloyale et le parasitisme,

La concurrence déloyale doit être appréciée au regard de la liberté du commerce ce qui implique l'existence d'un comportement fautif ayant pour origine la volonté manifeste de créer, un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit, circonstance attentatoire à l'exercice paisible et loyal du commerce.

L'appréciation de la faute au regard du risque de confusion doit résulter d'une approche concrète et circonstanciée des faits de la cause prenant en compte notamment le caractère plus ou moins servile, systématique ou répétitif de la reproduction ou de l'imitation, l'ancienneté d'usage, l'originalité, la notoriété de la prestation copiée.

La S.A.R.L. INOX soutient qu'il n'existe pas de faits distincts de ceux invoqués au titre de la contrefaçon et qu'il n'y a pas eu d'investissement, la société ELEVEN s'étant servie sans autorisation de la notoriété des personnes reproduites sur les tee-shirts.

La société ELEVEN soutient que la société INOX a commis des actes distincts de concurrence déloyale et de parasitisme en se plaçant dans son sillage.

Comme relevé pertinemment par le tribunal, les nombreux articles de presse et l'étude de notoriété communiqués démontrent que les photomontages ornant les vêtements de la société ELEVEN sont connus d'un grand nombre de consommateurs et apparaissent même emblématiques de la marque de sorte qu'en vendant sous forme de déclinaisons des tee-shirts identiques de couleur différente créant un effet de gamme à moindre coût la société INTOX s'est placée dans son sillage pour bénéficier sans débours des frais de publicité les investissements de la société ELEVEN ce qui est constitutifs d'actes distincts de la contrefaçon.

Sur les mesures réparatrices,

La société INTOX fait valoir que la société ELEVEN ne communique aucune facture pour étayer ses arguments et qu'elle a remis de bonne foi les documents qu'elle a pu collecter auprès de ses fournisseurs en l'état d'un différend avec son expert comptable à l'époque.

La reprise de trois modèles de la collection phare de la société ELEVEN a engendré un préjudice commercial résultant de la vente des tee-shirts contrefaisants, a altéré la valeur de ses propres produits et a porté atteinte à son image, par le développement d'une gamme à bas prix.

Le simple logiciel de caisse mis à la disposition de l'huissier n'a pas permis d'établir l'étendue de la masse contrefaisante en l'absence de toute comptabilité ; que les factures d'achat transmises postérieurement portant sur 290 achats de tee-shirt, non validées par un comptable sont peu probantes.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a alloué à la société ELEVEN la somme de 20.000 euros en réparation du préjudice subi au titre de la contrefaçon et celle de 15.000 euros en réparation de celui subi au titre de la concurrence déloyale et en ce qu'il a ordonné des mesures d'interdiction et de mesures de destruction du stock sous astreinte pour faire cesser les actes fautifs et autorisé des mesures de publication en réparation complémentaire, et, y ajoutant de condamner l'appelante à payer à la société intimée en la personne de son liquidateur judiciaire la SELAFA MJA en la personne de Maître Lucile ... la somme supplémentaire de 50.000 euros au titre de la contrefaçon et 15.000 euros supplémentaires au titre de la concurrence déloyale.

Sur les autres demandes,

L'équité commande d'allouer à la société intimée en la personne de son liquidateur judiciaire, la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et de rejeter la demande formée à ce titre par l'appelante.

Les dépens resteront à la charge de l'appelante qui succombe.

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, par arrêt contradictoire, en dernier ressort, Met hors de cause la SEL ABITBOL,

Déclare recevable en la forme l'intervention volontaire de la SELAFA MIA en qualité de liquidateur judiciaire de la société ELEVEN,

Rejette l'ensemble des demandes de l'appelante,

Confirme le jugement déferé en toutes ses dispositions, Y ajoutant,

Condamne l'appelante à verser à la SELAFA MJA en la personne de Maître Lucile ... es qualités de liquidateur judiciaire de la société ELEVEN :

- la somme de 50.000 euros en réparation de préjudice résultant de la contrefaçon,

- la somme de 15.000 euros en réparation des actes de concurrence déloyale,
- la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne l'appelante aux entiers dépens de l'instance.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,