

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE BORDEAUX
QUATRIÈME CHAMBRE CIVILE
ARRÊT DU 20 MAI 2020**

(Rédacteur : Madame Catherine BRISSET, Conseiller)

N° RG 17/07148 – N° Portalis DBVJ-V-B7B-KGJ2

SARL UKAL ELEVAGE

c/

SA ACTION PIN

Nature de la décision : AU FOND

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 17 novembre 2017 (R.G. 2016F01189) par le Tribunal de Commerce de BORDEAUX suivant déclaration d'appel du 26 décembre 2017

APPELANTE :

SARL UKAL ELEVAGE Agissant en la personne de son représentant légal, demeurant en cette qualité audit siège 2 RUE DE L'ETANG PARC ECO DE LA VALLEE DE [...]

représentée par Maître Annie X de la SCP ANNIE X AVOCAT, avocat au barreau de BORDEAUX assistée par Maître Pierre GREFFE avocat au barreau de PARIS

INTIMÉE :

SA ACTION PIN prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité au siège [...]

représentée par Maître Pierre FONROUGE de la SELARL LEXAVOUE BORDEAUX, avocat au barreau de BORDEAUX assistée par Maître Eric DECLETY avocat au barreau de BAYONNE

COMPOSITION DE LA COUR :

:

Monsieur Robert CHELLE, Président,

Madame Elisabeth FABRY, Conseiller,

Madame Catherine BRISSET, Conseiller,

Greffier: Monsieur Hervé GOUDOT

ARRÊT :

— contradictoire

— prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour,

FAITS ET PROCÉDURE

La SA Action Pin fabrique et commercialise des produits sanitaires, phytosanitaires, d'hygiène et d'entretien à base de résine de pin. Elle fabrique et commercialise notamment un produit dénommé Coloder, à base de colophane, destiné à faciliter le plumage et/ou le pelage des volailles, porcs et gibiers.

La SARL Ukal Elevage commercialise différents produits destinés aux éleveurs. Elle commercialise notamment un produit dénommé Chick'a à base de colophane, destiné à faciliter le plumage et le pelage des animaux.

En août 2016, la société Action Pin a demandé à la société Ukal Elevage de cesser la commercialisation des produits colophanes dans ses conditionnements actuels avec étiquetage identique ou similaire à ceux de son produit Coloder. La société Ukal Elevage a contesté l'existence d'une possible confusion.

Par acte du 12 septembre 2016, la société Action Pin a fait assigner la société Ukal Elevage devant le tribunal de commerce de Bordeaux en invoquant une concurrence déloyale.

Par jugement du 17 novembre 2017, le tribunal a :

Ordonné à la société Ukal Elevage de cesser la commercialisation des produits Colophane avec la charte graphique, les étiquettes actuelles et la couleur des contenants, auprès des consommateurs sous astreinte de 500 euros par jour de retard à compter du trentième jour suivant la signification du présent jugement et dans la limite de 30 jours,

Condamné la société Ukal Elevage à verser à la société Action Pin la somme de 20 000 euros en réparation du préjudice subi,

Débouté la société Action Pin du surplus de ses demandes,

Ordonné l'exécution provisoire de la décision à intervenir uniquement sur la mesure de cessation de commercialisation des produits sous astreinte,

Débouté la société Ukal Elevage de ses demandes reconventionnelles,

Condamné la société Ukal Elevage à verser à la société Action Pin la somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamné la société Ukal Elevage aux dépens.

La société Ukal Elevage a relevé appel de la décision le 26 décembre 2017 énonçant dans sa déclaration les chefs du jugement expressément critiqués et intimant la société Action Pin.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Dans ses dernières écritures en date du 21 novembre 2019, auxquelles il convient de se référer pour un plus ample exposé des moyens et prétentions, la société Ukal Elevage demande à la cour de :

Infirmier le jugement en ce qu'il a :

Omis de statuer sur la question de la recevabilité à agir de la société Action Pin SA ;

Ordonné « à la société Ukal Elevage SARL de cesser la commercialisation des produits Colophane avec la charte graphique, les étiquettes actuelles et la couleur des contenants, auprès des consommateurs, sous astreinte de 500,00 euros (cinq cents euros) par jour de retard à compter du trentième jour suivant la signification du présent jugement et dans la limite de 30 jours. »

Condamné « la société Ukal Elevage SARL à verser à la société Action Pin SA la somme de 20 000,00 euros (vingt mille euros) en réparation du préjudice subi. »

Débouté « la société Ukal Elevage SARL de ses demandes reconventionnelles Ordonné « l'exécution provisoire de la décision à intervenir uniquement sur la mesure de cessation de commercialisation des produits sous astreinte. »

Condamné « la société Ukal Elevage SARL à verser à la société Action Pin SA la somme de 2.500,00 euros (deux mille cinq cents euros) sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. »

Condamné « la société Ukal Elevage SARL aux dépens d'instance. »

Et statuant à nouveau,

Constater que la société Action Pin invoque plusieurs étiquetages différents sans jamais identifier celui sur lequel elle fonde son action et constater, en outre, qu'elle ne rapporte pas la preuve qu'elle aurait exploité l'un ou l'autre de ces étiquetages pour son produit Coloder antérieurement au mois d'août 2012, date à laquelle la société Ukal Elevage a conçu le sien, ni antérieurement au mois d'octobre 2013 date à laquelle elle a commencé à le commercialiser ;

En conséquence,

Déclarer la société Action Pin irrecevable en son action en concurrence déloyale à l'encontre de la société Ukal Elevage ;

Au surplus,

Constater que l'étiquetage de la société Action Pin et celui de la société Ukal Elevage présentent des différences significatives, résultant notamment de la présence, sur chacun d'eux, des logos particulièrement distinctifs de leur marque respective, lesquelles excluent tout risque de confusion, y compris par association, sur l'origine commerciale des produits vendus ;

En conséquence,

Débouter la société Action Pin de sa demande en concurrence déloyale ;

Annuler le procès-verbal de constat en date du 29 avril 2016 ;

Subsidiairement,

Constater l'absence de préjudice subi par la société Action Pin SA ;

Reconventionnellement,

Dire et juger que l'utilisation de l'expression 'Résine de pin des Landes' par la société Action Pin sur ses conditionnements et dans ses publicités est constitutive de concurrence déloyale par pratiques commerciales trompeuses en application de l'article L. 121-2 du code de la consommation et de l'article 1240 du code civil, son produit ne contenant pas de pin issu de la forêt des Landes

Dire et juger, à titre subsidiaire, que ces agissements sont constitutifs de concurrence déloyale à l'encontre de la société Ukal Elevage en application de l'article 1240 du code civil

En conséquence,

Faire interdiction à la société Action Pin, sous astreinte de 500 euros par infraction constatée à compter de la signification de l'arrêt, d'utiliser, sur quelque support que ce soit, l'expression 'Résine de pin des Landes' ;

Condamner la société Action Pin à régler à la société Ukal Elevage la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale par pratiques commerciales trompeuses ;

Condamner la société Action Pin à régler à la société Ukal Elevage la somme de 10 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamner la société Action Pin aux entiers dépens de la présente instance dont distraction au profit de Maître X, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Elle fait valoir que le tribunal a omis de statuer sur la recevabilité de l'action alors qu'elle opposait à son adversaire qu'il ne justifiait pas par des pièces ayant date certaine une exploitation de sa charte graphique avant août 2012, date à laquelle elle a conçu la sienne. Elle considère qu'il n'est pas justifié d'une exploitation de la charte graphique invoquée avant août 2012 et même avant octobre 2013. Au fond, elle conteste tout risque de confusion. Elle précise que les conditionnements respectifs présentent un caractère banal alors que les étiquetages diffèrent radicalement et qu'il doit être tenu compte de la présence des marques. Elle considère qu'il ne peut lui être reproché de reproduire le terme colophane, lequel est descriptif et nécessaire. Elle conteste tout acte de dénigrement. Elle invoque la nullité du procès-verbal de constat du 29 avril 2016, l'huissier ne s'étant pas borné à des constatations matérielles et soutient qu'il ne s'agit pas d'une exception de procédure. Subsidiairement, elle conteste tout préjudice au regard du chiffre d'affaires par elle réalisé sur ce produit. À titre reconventionnel, elle invoque une concurrence déloyale de son adversaire par des pratiques commerciales trompeuses découlant de l'utilisation résine de pin des landes de nature à faire croire au consommateur que la résine proviendrait de la forêt des Landes ce qui est inexact.

Dans ses dernières écritures en date du 23 juillet 2019, auxquelles il convient de se référer pour un plus ample exposé des moyens et prétentions, la société Action Pin demande à la cour de :

Déclarer mal fondé l'appel de la société Ukal Elevage à l'encontre du jugement du tribunal de commerce de Bordeaux du 17 novembre 2017, et débouter la société Ukal Elevage de son appel,

Confirmer le jugement du tribunal de commerce de Bordeaux en ce qu'il a ordonné à la société Ukal Elevage de cesser la commercialisation des produits Colophane avec la charte graphique, les étiquettes actuelles et la couleur des contenants, auprès des consommateurs, sous astreinte de 500 euros par jour de retard à compter du 30e jour suivant la signification du jugement de première instance et dans la limite de 30 jours,

Confirmer le jugement du tribunal de commerce de Bordeaux en ce qu'il a débouté la société Ukal Elevage de ses demandes reconventionnelles, et a condamné la société Ukal Elevage aux dépens et à une indemnité de 2 500 euros sur le fondement de l'article 700 du CPC,

Déclarer recevable et bien fondé l'appel incident formé par la société Action Pin à l'encontre du jugement du tribunal de commerce de Bordeaux du 17 novembre 2017,

Réformer le jugement du tribunal de commerce de Bordeaux du 17 novembre 2017 en ce qu'il a condamné la société Ukal Elevage à payer à la société Action Pin la somme de 20 000 euros en réparation du préjudice subi et a débouté la société Action Pin du surplus de ses demandes.

Augmenter le montant des dommages et intérêts alloués par le tribunal à la société Action Pin en réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale commis par la société Ukal Elevage,

Condamner la société Ukal Elevage à payer à la société Action Pin la somme de 50 000 euros, sauf à parfaire, à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi,

Ordonner à titre de mesure complémentaire réparatoire du préjudice subi la publication de l'arrêt à intervenir en totalité ou en extraits dans le journal Le Chasseur Français, aux frais de la société Ukal Elevage, et dans la limite de la somme de 10 000 euros HT + TVA et condamner la société Ukal Elevage à payer cette somme à la société Action Pin sur justificatifs,

Condamner la SARL Ukal Elevage aux dépens de la procédure de première instance et d'appel, y compris les frais des deux constats d'huissier de justice des 9 novembre 2015 et 29 avril 2016,

Condamner la SARL Ukal Elevage à payer entre les mains de la société Action Pin une nouvelle indemnité de 5 000 euros au titre de l'article 700 du CPC.

Rejeter toutes demandes et prétentions contraires de la part de société Ukal Elevage.

Elle soutient que c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu des actes de concurrence déloyale, lesquels procèdent en l'espèce de la volonté de son adversaire de créer une confusion entre les produits. Elle invoque une impression d'ensemble de nature à établir une confusion dans l'esprit de la clientèle et soutient son antériorité en faisant valoir que tant le conditionnement que l'étiquetage de ses produits sont quasiment identiques depuis 2003. Elle s'explique sur les éléments de confusion. Elle soutient que la demande de nullité du procès-verbal de constat est irrecevable pour ne pas avoir été présentée in limine litis. Formant appel incident, elle soutient que son préjudice n'a pas été justement apprécié par les premiers juges. Elle conteste toute pratique commerciale trompeuse faisant valoir qu'il n'est pas démontré que la mention litigieuse altère de manière substantielle le comportement économique du consommateur. Elle précise que son fournisseur a indiqué que la résine provenait de pin des Landes.

La clôture de la procédure a été prononcée selon ordonnance du 26 février 2020, pour une audience fixée au 18 mars 2020.

Cette audience n'a pas eu lieu à la date prévue en raison de l'état d'urgence sanitaire. Il a été statué par procédure sans audience, sans opposition des parties, conformément aux dispositions de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 et de l'article 8 de l'ordonnance n°304-2020 du 25 mars 2020.

MOTIFS DE LA DÉCISION

En premier lieu, l'appelante soutient que le tribunal a omis de statuer sur la fin de non-recevoir par elle soulevée. Cependant, le débat qu'elle instaure sur l'antériorité de

l'exploitation, en particulier de la charte graphique par son adversaire, ne touche pas à son droit d'agir mais relève du débat de fond et non pas d'une fin de non-recevoir. Elle ne précise d'ailleurs pas de fondement à l'irrecevabilité qu'elle invoque.

Dès lors, l'action de l'intimée était recevable et la question de l'antériorité doit être envisagée au fond.

Contrairement aux affirmations de l'appelante, les éléments produits par l'intimée permettent de retracer l'évolution de la charte graphique de l'intimée, qui a évolué avec le temps, le catalogue commercial de 1997 faisant apparaître une charte graphique avec des différences significatives par rapport à celle présentée actuellement. Il est exact, ainsi que les premiers juges l'ont retenu, qu'on ne peut se référer à la charte graphique figurant sur la fiche d'impression validée le 6 décembre 2012 (quatre animaux stylisés faisan, sanglier, poule, canard) puisque l'appelante peut se prévaloir d'un usage antérieur à cette date, soit au 4 septembre 2012 ainsi qu'il résulte de ses propres bons à tirer (pièce 8). En effet, la pièce 15 ne peut être considérée comme justifiant d'un usage de la charte avec quatre animaux à la date du 16 novembre 2010, en ce que le document est unilatéral, émane de la société Action Pin, sans élément extrinsèque puisque la signature et la mention bon à tirer avec une date ne peuvent être identifiés de manière certaine.

En revanche, il convient de tenir compte de la charte graphique telle qu'elle était utilisée par l'appelante avec trois animaux stylisés (canard, faisan, porc) à compter du mois de juillet 2003. Contrairement aux affirmations de l'appelante, l'intimée justifie bien de cette date par la production d'une fiche technique d'impression de son imprimeur Jokey datée du 1er juillet 2003, associée à un document publicitaire daté du 8 août 2008 démontrant la commercialisation effective du produit sous cette présentation.

C'est dans ces conditions et à partir de la charte graphique à trois animaux telle que figurant sur le document du 1er juillet 2003 de la pièce 8 de l'intimée qu'il convient d'envisager si elle établit des actes de concurrence déloyale de la part de l'appelante.

Il convient tout d'abord de statuer sur la validité des preuves produites par l'intimée puisqu'il est sollicité de la cour qu'elle prononce la nullité du procès-verbal de constat du 29 avril 2016. Il ne s'agit pas d'une exception de procédure qui devrait être soulevée avant toute défense au fond puisque ceci ne porte pas sur une prétention mais de la discussion portant sur les éléments de preuve produits par les parties. Cette demande est ainsi recevable. Il est exact ainsi que le fait valoir l'appelante que l'huissier ne s'est pas borné à des constats mais a de surcroît apporté des appréciations. Il ne s'en déduit toutefois pas la nullité du procès-verbal, pour laquelle il n'est pas invoqué de fondement juridique spécifique. La cour écartera en revanche les énonciations de l'huissier qui sont subjectives et retiendra uniquement les photographies, éléments objectifs, annexés au constat. Elle ne retiendra que les photographies des produits commercialisés par l'appelante puisqu'elle ne se fonde pas sur les produits commercialisés par l'intimée dans leur version graphique présentée sur les photographies du procès-verbal.

Ainsi que le fait valoir l'intimée les conditionnements ne peuvent être retenus comme participants à une concurrence déloyale en ce qu'ils présentent un caractère banal, largement

répandu et, pour la boîte poudreuse, utilisée par de nombreuses entreprises pour des produits très divers. De même, il ne saurait être reproché à l'appelante l'usage du terme colophane puisqu'il s'agit d'un terme purement descriptif quant à la nature du produit commercialisé.

En revanche, l'étiquetage et la charte graphique utilisés sont bien de nature à entretenir une confusion dans l'esprit du public. En effet, en retenant la charte graphique de l'intimée mise en place en 2003 et commercialisée sous cette forme on constate que la charte graphique développée par l'appelante à partir de 2012 comportait également trois animaux stylisés, à savoir poule, canard et porc, et surtout utilisait les mêmes codes couleurs à savoir le vert et le rouge, agencés d'une façon très similaire. Il existait certes des éléments différents et la marque Chick'a était présente sur les conditionnements de l'appelante. Toutefois, l'impression d'ensemble de bandes vertes faisant ressortir un O, de mentions en rouge ou en vert et d'animaux en nombre identique dans un style très proche était bien de nature à entretenir une confusion entre les produits dans l'esprit du public. Or, au-delà des différences qui sont articulées par l'appelante, c'est bien l'impression d'ensemble sur le consommateur normalement attentif qui doit être envisagée. Cette impression d'ensemble était très similaire si on compare les produits commercialisés par la société Ukal Elevage, tels qu'ils ont été photographiés par l'huissier dans le constat du 9 novembre 2015 et les photographies annexées au procès-verbal du 29 avril 2016 avec les produits tels que commercialisés par la société Action Pin avant 2012 et selon la charte graphique produite en pièce 8 et 11.

C'est donc à juste titre que les premiers juges ont retenu des actes de concurrence déloyale par risque de confusion entretenue entre les produits et ont ordonné à la société Ukal Elevage de cesser, sous astreinte, la commercialisation de ses produits avec la charte graphique adoptée.

Sur le préjudice, l'appelante conteste tout préjudice alors que l'intimée soutient que les premiers juges, en retenant la somme de 20 000 euros, l'ont sous-estimé et sollicite la somme de 50 000 euros.

Tout d'abord, l'intimée ne peut solliciter sur une base manifestement très forfaitaire la somme de 50 000 euros, sauf à parfaire, sans même expliciter ce qui viendrait la parfaire, uniquement en faisant état d'une baisse de chiffre d'affaires alors que la mesure d'un préjudice ne peut résulter que d'une perte de marge. Il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise qui ne peut suppléer à la carence des parties.

L'intimée ne peut davantage soutenir qu'il n'existerait aucun préjudice alors que des actes de concurrence déloyale emportent nécessairement un préjudice ne serait ce que par l'avantage indu dont a bénéficié l'appelante. C'est ainsi en tenant compte de cet avantage indu que la société Ukal Elevage s'est octroyé et des volumes d'affaires respectifs qu'il convient d'envisager le préjudice. Il résulte des pièces produites que la société Action Pin avait un volume d'affaires sur ce produit d'environ 200 000 euros entre 2012 et 2014. Il a ensuite baissé sans qu'on puisse imputer toute cette baisse aux actes de concurrence déloyale. Il n'y a en effet pas lieu de remettre en cause les éléments chiffrés établis, non par l'appelante, mais par son expert-comptable sur un chiffre d'affaires réduit quant à ce produit, toujours inférieur à 5 000 euros quelque soit l'année considérée.

Au regard de la disparité de ces volumes d'affaires respectifs, les actes de concurrence déloyale ont bien causé un préjudice à l'intimée mais celui-ci est demeuré particulièrement réduit et doit être réparé par une somme de 5 000 euros. Le jugement sera infirmé en ce sens et la société Ukal Elevage condamnée au paiement de cette somme.

Dans le cadre de son appel incident, la société Action Pin demande la publication de l'arrêt à intervenir dans le journal Le Chasseur Français. Si la publication peut constituer une mesure complémentaire de réparation bien que ceci ne soit pas expressément précisé en demande, encore faut-il qu'il soit établi qu'elle participe à cette réparation. Tel n'est pas le cas en l'espèce au regard des volumes d'affaires tels que retenus ci-dessus et surtout de l'absence de tout élément sur des actes de concurrence déloyale imputables à l'appelante qui perdureraient depuis le jugement.

La société Ukal Elevage invoque des actes de concurrence déloyale que la société Action Pin aurait commis en apposant sur ses produits la mention trompeuse résine de pin des landes alors que l'activité de gemmage a disparu en Gironde dans les années 1990.

C'est toutefois à juste titre que les premiers juges ont rejeté cette demande dès lors que l'appelante ne démontre pas la réalité de ses assertions. En effet pour soutenir que la résine de pin ne pourrait provenir des Landes, l'appelante se contente de produire un article, paru dans un journal d'information générale, sur la disparition de l'activité de gemmage abandonnée dans les années 1980. Cet article par nature très général et ne faisant aucune référence aux produits de l'appelante ne peut démontrer que les produits commercialisés ne proviendraient pas de pin des Landes alors que l'intimée produit un document émanant de la société DRT qui fait état d'une résine issue de pin des Landes. Ce document n'est certes pas une attestation conforme aux dispositions de l'article 202 du code de procédure civile, mais il s'agit d'un document signé et établi sur papier à entête de l'entreprise de sorte qu'il peut être retenu comme élément de preuve alors que l'appelante ne produit d'autre pièce que cet article de presse.

La demande ne pouvait donc qu'être rejetée.

Au total, sauf pour la cour à préciser que l'action de la société Action Pin était recevable, ce qui n'était qu'implicite dans la décision entreprise, le jugement sera confirmé sauf sur le montant des dommages et intérêts, ramené à 5 000 euros et sur l'indemnité de procédure qui sera appréciée globalement.

L'appel est partiellement bien fondé, mais l'action de l'appelante demeurait au principal bien fondée de sorte que la société Ukal Elevage, pour l'ensemble de la procédure, sera condamnée au paiement de la somme de 3 000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour l'ensemble de la procédure. Elle sera condamnée aux dépens de première instance et d'appel sans qu'il y ait lieu d'y inclure le coût des procès-verbaux de constat mesures prises à la seule initiative de la société Action Pin.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, contradictoirement, conformément aux dispositions de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 et de l'article 8 de l'ordonnance n°304-2020 du 25 mars 2020, et en dernier ressort,

Confirme le jugement du tribunal de commerce de Bordeaux du 17 novembre 2017 sauf à préciser que l'action était recevable et sauf sur le montant des dommages et intérêts ainsi que sur l'indemnité de procédure,

L'infirmant de ces chefs et statuant à nouveau,

Déclare l'action de la SA Action Pin recevable,

Condamne la SARL Ukal Elevage à payer à la SA Action Pin la somme de 5 000 euros à titre de dommages et intérêts,

Condamne la SARL Ukal Elevage à payer à la SA Action Pin la somme de 3 000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour l'ensemble de la procédure,

Rejette le surplus des demandes,

Condamne la SARL UKal Elevage aux dépens de première instance et d'appel.

Le présent arrêt a été signé par Monsieur Robert Chelle, Président, et par Monsieur Hervé Goudot, Greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.