

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE COLMAR  
PREMIERE CHAMBRE CIVILE – SECTION A  
ARRET DU 16 Décembre 2019

Numéro d'inscription au répertoire général : 1 A N° RG 17/03556 – N° Portalis DBVW-V-B7B-GRLM

Décision déferée à la Cour : 13 Juin 2017 par le TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE STRASBOURG

APPELANTES :

SAS COMEXO prise en la personne de son représentant légal

[...]

Représentée par Me Dominique D'AMBRA, avocat à la Cour

Avocat plaidant : Me QUENTEL, avocat à PARIS

SASU EASYFOOD prise en la personne de son représentant légal

[...]

Représentée par Me Guillaume HARTER, avocat à la Cour

Avocat plaidant : Me DALMASSO, avocat à PARIS

INTIMEES :

Société X Y Z, prise en la personne de son représentant légal

[...]

Société ADAM'S CONSULTING Z

[...]

Représentées par Me Anne CROVISIER, avocat à la Cour

Avocat plaidant : Me UNGERER, avocat à STRASBOURG

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 09 Octobre 2019, en audience publique, devant la Cour composée de :

M. ROUBLOT, Conseiller faisant fonction de Président, entendu en son rapport

Mme HARRIVELLE, Conseillère

Monsieur FREY, Conseiller

qui en ont délibéré.

Greffier, lors des débats : Mme MUNCH-SCHEBACHER

ARRET :

— Contradictoire

— rendu par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de Procédure Civile.

— signé par M. Philippe ROUBLOT, conseiller faisant fonction de président et Mme Régine VELLAINÉ, greffière, à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

Par assignation en date du 5 janvier 2017, la société X Y Z et la société Adam's consulting Z, sociétés privées à responsabilité limitée de droit belge, ont attiré la société par actions simplifiée (SAS) Comexo et la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) Easyfood devant la première chambre civile du tribunal de grande instance de Strasbourg, reprochant aux défenderesses des actes de contrefaçon de droits d'auteur et de marque, exposant notamment que la marque 'Biggy Burger', correspondant à une recette de sauce hallal développée par la société X Y Z, avait fait l'objet d'un dépôt par la société Adam's consulting Z le 7 décembre 2015, les demanderesses invoquant également la titularité des droits d'auteur sur la physionomie originale de la bouteille dans laquelle était conditionnée le produit.

Par jugement réputé contradictoire rendu le 13 juin 2017, le tribunal de grande instance de Strasbourg a :

— dit que le modèle de bouteille « Tubbies » créé par les sociétés la société X Y Z et la société Adam's consulting Z ne bénéficie pas de la protection par le droit d'auteur au sens du code de la propriété intellectuelle,

— dit que la SASU Easyfood et la SAS Comexo avaient commis des actes de contrefaçon de la marque internationale « Biggy Burger » n° 1284540 désignant la France,

— débouté les sociétés la société X Y Z et la société Adam's consulting Z de leur demande en reconnaissance d'actes de concurrence déloyale et parasitaire,

— fait interdiction à la SASU Easyfood et la SAS Comexo de commercialiser la bouteille de sauce « Biggy Burger » sous astreinte de 100 euros par jour de retard à compter de la signification du jugement,

— ordonné la confiscation et la destruction aux frais de la SASU Easyfood et la SAS Comexo de tout élément reproduisant la marque « Biggy Burger »,

— ordonné la publication du dispositif du jugement pendant une durée d'un mois sur le site internet de xx sous astreinte de 100 euros par jour de retard à compter de la signification du jugement,

— condamné in solidum la SASU Easyfood et la SAS Comexo à verser aux sociétés la société X Y Z et la société Adam's consulting Z la somme de 12 993,64 euros à titre de réparation du préjudice matériel, augmentée des intérêts au taux légal à compter de la signification du jugement,

— condamné in solidum la SASU Easyfood et la SAS Comexo à verser aux sociétés la société X Y Z et la société Adam's consulting Z la somme de 5 000 euros à titre de réparation du préjudice moral, augmentée des intérêts au taux légal à compter de la signification du jugement,

— débouté du surplus,

— condamné in solidum la SASU Easyfood et la SAS Comexo aux frais et dépens, ainsi qu'à payer aux sociétés la société X Y Z et la société Adam's consulting Z la somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

— ordonné l'exécution provisoire.

Sur les actes de contrefaçon de droit d'auteur sur la physionomie originale de la bouteille « Tubbies », il a jugé qu'ils n'étaient pas caractérisés, dès lors que la forme de la bouteille ne portait pas la marque d'un effort créatif particulier, en ce que le cintrage ne lui conférait aucun profil original et était régulièrement utilisé dans la grande distribution, le modèle relevant avant tout d'un impératif fonctionnel lié à la contenance du produit à savoir des sauces, outre que la combinaison des couleurs orange et jaune était classiquement utilisée pour les sauces, notamment les sauces de type mayonnaise, excluant ainsi tout choix artistique et esthétique particulier et, dès lors, tout caractère propre ou nouveau.

Il a, en revanche, retenu la commission d'actes de contrefaçon de la marque internationale « Biggy Burger » n° 1284540 désignant la France, dans la mesure où la marque prétendument contrefaite était bien utilisée pour désigner des produits ou services identiques à ceux désigné dans l'enregistrement de la marque authentique, et où, même si le terme n'était pas apposé à l'identique sur les bouteilles commercialisées par les défenderesses, il existait une similitude visuelle entre les deux étiquettes sur lesquelles il était apposé le terme impliquant un risque de

confusion, la marque étant, en outre, utilisée dans le cadre d'une activité commerciale, les produits litigieux étant commandés par la SASU Easyfood à son fournisseur la SAS Comexo qui les livrait directement aux clients de la première.

Il a, par ailleurs, écarté l'existence d'une faute constitutive de concurrence déloyale et parasitaire, dont les demanderesses ne rapportaient pas la preuve, compte tenu d'une physionomie différente des bouteilles commercialisées par les défenderesses par rapport aux bouteilles « Tubbies ».

S'agissant des mesures sollicitées, il a fait droit à la mesure d'interdiction de commercialiser les bouteilles de sauce, compte tenu des actes de contrefaçon de la marque « Biggy Burger », ce qui justifiait également la confiscation et la destruction aux frais des défenderesses de tout élément reproduisant la marque, ainsi que la publication judiciaire du dispositif du jugement sur le site Easyfood, cohérente en ce qu'elle était destinée à diminuer le risque de confusion dans le cas où certaines bouteilles seraient encore commercialisées par les défenderesses.

Et concernant, enfin, les préjudices subis, il a retenu un préjudice matériel à hauteur du montant au titre de la commercialisation des seules sauces « Biggy Burger », de même qu'un préjudice moral résultant de l'usage, reconnu et prolongé, de la marque.

La SAS Comexo a interjeté appel de cette décision par déclaration déposée le 1er août 2017.

Dans ses dernières conclusions en date du 20 mars 2019, elle demande à la cour, in limine litis, de juger que le tribunal de grande instance de Strasbourg était incompétent au profit du tribunal de grande instance de Lille ou du tribunal de grande instance de Paris et d'inviter les parties à mieux se pourvoir.

Elle sollicite en tout état de cause la réformation du jugement entrepris en toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a dit que le modèle de bouteille 'Tubbies' ne pouvait bénéficier de la protection par le droit d'auteur au sens du code de la propriété intellectuelle, et en ce qu'il a débouté les sociétés la société X Y Z et la société Adam's consulting Z de leur demande en reconnaissance d'actes de concurrence déloyale et parasitaire ;

Et elle demande à la cour, statuant à nouveau, de :

— juger que la société X Y Z et la société Adam's consulting Z sont irrecevables à agir à l'encontre des sociétés la SAS Comexo et la SASU Easyfood,

— juger que le procès verbal de saisie contrefaçon du 8 décembre 2016 est nul et, en conséquence, écarter des débats les éléments de preuve collectés dans le cadre de ces opérations,

— juger que la société X Y Z et la société Adam's consulting Z sont mal fondées en toutes leurs demandes, fins et moyens de première instance et en appel,

— juger que la société Comexo en tant que fabricant de sauces à façon pour le compte de Easyfood n'a commis aucun acte de contrefaçon de la marque internationale « Biggy Burger » n° 1284540 désignant la France ;

— lui donner acte de ce qu'elle a cessé toute livraison de produits porteur du signe litigieux et donc en conséquence, dire que toute mesure d'astreinte à son encontre est inutile compte tenu de cette prise d'acte ;

En cas de condamnation, si par extraordinaire une condamnation devait être prononcée à son encontre :

— condamner la SASU Easyfood à la garantir de toutes sommes qu'elle serait condamnée à

verser à la société X Y Z et/ou la société Adam's consulting Z du fait de la présence du signe « Biggy Burger » sur les bouteilles de sauces que ladite société lui

a demandé de préparer,

En tout cas :

— condamner la société X Y Z et la société Adam's consulting Z à lui payer la somme de 12 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

— les condamner aux entiers dépens de la première instance et de la présente instance.

À l'appui de ses prétentions, elle entend d'abord rappeler n'avoir pu faire valoir ses arguments devant le premier juge, l'affaire ayant été clôturée et jugée sans qu'elle en ait connaissance et sans mention de ce qu'une procédure en référé avait été, parallèlement, introduite sans succès. Elle entend, par ailleurs, préciser avoir pour activité la création de sauces pour l'industrie et la restauration, et agir à ce titre comme un sous-traitant de la société Easyfood, grossiste, en les conditionnant dans le type de conditionnement requis par cette dernière, se bornant pour le reste à coller et imprimer des étiquettes conçues à la demande d'Easyfood. Elle déclare, en revanche, ignorer le lien exact entre les sociétés demanderesse, désormais intimées, qui n'ont pas fait exécuter le jugement rendu à son encontre dans les conditions susmentionnées.

Elle invoque, in limine litis, l'incompétence de la juridiction strasbourgeoise, en l'absence d'acte de contrefaçon commis dans son ressort, auquel seul se rattache la résidence de l'huissier de justice commis pour réaliser un constat de site internet ne visant pas le public, les saisies-contrefaçons n'ayant, par ailleurs, pas été réalisées dans ce ressort, et alors que les domiciles des sociétés requises commandaient le choix de saisir les juridictions de Lille ou Paris.

Elle conclut par ailleurs à l'irrecevabilité des demandes adverses pour défaut de qualité à agir de la société X Y Z et la société Adam's consulting Z, leur reprochant, s'agissant des demandes fondées sur une contrefaçon de droit d'auteur, de procéder par pures affirmations pour prétendre être les créateurs de la bouteille dénommée « Tubbies » tout comme pour invoquer son caractère original, sans rapporter la preuve d'une exploitation non équivoque, outre que, comme l'a jugé le premier juge, n'est pas en cause une oeuvre originale. Et s'agissant des demandes fondées sur la marque invoquée, elle fait valoir que la société Adam's consulting Z ne démontrait pas, au jour où l'instance a été introduite, qu'elle était titulaire des droits sur l'enregistrement international n°1 284 540, ni même sur la marque Benelux n° 0 981 900 sur laquelle est

revendiquée une priorité de l'enregistrement international dans l'instance au fond devant le tribunal de grande instance de Strasbourg, les requérantes ne démontrant ainsi pas leur qualité pour agir en contrefaçon sur le fondement de la marque française résultant de l'enregistrement international n° 1 284 540 à la date où le jugement entrepris a été rendu.

Elle invoque encore l'illégalité, selon elle flagrante, des opérations de saisie-contrefaçon, faute de compétence du tribunal de grande instance de Strasbourg pour les ordonner, et de respect par l'huissier instrumentaire des prescriptions en la matière quant aux pièces communiquées.

Sur actes de contrefaçon de la marque internationale « Biggy Burger » invoquée, dont elle détaille les caractéristiques, elle entend exclure que les termes « Biggy » ou « Burger » constituent des éléments distinctifs de cette marque semi-figurative, l'un renvoyant à l'usage des sauces concernées, l'autre à la taille du burger auquel il est fait allusion, et ce alors que

tout risque de confusion est, à ses yeux, écarté, d'autant que ces éléments ne sont pas utilisés à titre de marque, mais commercialisés sous la marque « Kingga » qui apparaît de façon très visible dans le cadre d'un packaging utilisant un code couleur et mettant en valeur les ingrédients utilisés ou l'utilisation suggérée.

Elle entend, de surcroît, voir confirmer le jugement sur l'absence de contrefaçon de droit d'auteur, faute pour la bouteille « Tubbies » de remplir la condition d'originalité requise, le jugement ayant ainsi, en particulier, relevé son aspect ergonomique usuel pour ce type de produit, dont le cintrage est bien une caractéristique, comme le démontre une requête par type de sauce sur un moteur de recherche, outre que forme, couleur, bouchon et étiquette des bouteilles en cause diffèrent.

De même, elle soutient l'absence d'actes de concurrence parasitaire, au regard précisément de ces différences entre les bouteilles, excluant tout risque de confusion, tandis que, s'agissant des demandes subsidiaires relatives aux prétendus actes de contrefaçon de la marque invoquée, elles ne peuvent être imputées à la concluante.

Quant aux mesures sollicitées par la société X Y Z et la société Adam's consulting Z, elle les qualifie d'infondées, sollicitant l'infirmité du jugement entrepris sur ce point, à défaut de compétence du tribunal pour les ordonner et de qualité à agir des requérantes pour les obtenir, mais également en l'absence de justification de ces mesures, l'interdiction revêtant un caractère indéfini incompatible avec l'équité du procès, outre qu'elle est désormais sans objet, tout comme l'astreinte. Et quant aux demandes en réparation de préjudices, elle entend relever que la société X Y Z est infondée à demander réparation d'un quelconque préjudice sur le fondement du droit d'auteur ou au titre d'une prétendue contrefaçon, et que seule la société Adam's consulting Z a demandé réparation de son préjudice moral, le premier juge ayant excédé sa saisine à cet égard. Elle ajoute que, s'agissant du préjudice moral invoqué par la société Adam's consulting Z, elle allègue que cette société ne démontre pas l'exploitation de la marque qu'elle invoque et donc de détournement de clientèle, qui ne serait au demeurant pas imputable à la concluante. Pour ce qui concerne le préjudice matériel revendiqué par les intimées, elle entend observer que cette demande inclut toutes les sauces commercialisées dans des bouteilles « Tubbies » et non sous la seule marque ou appellation « Biggy Burger », et rappelle en outre que le préjudice subi n'est pas égal au montant du chiffre d'affaires manqué mais à la marge

brute minorée des charges variables obligatoirement exposées en complément des achats de produits.

Enfin, elle justifie sa demande en garantie envers la SASU Easyfood par son rôle de sous-traitant ne s'adressant pas à des consommateurs finaux.

La SASU Easyfood a interjeté appel par déclaration d'appel du 11 août 2017, l'affaire étant enrôlée sous le numéro 17/03742, avant d'être jointe à la procédure n° 17/03556, dans laquelle elle s'était constituée intimée le 11 octobre 2017.

Elle a conclu en dernier lieu le 30 août 2019, sollicitant, également, in limine litis, de juger que le tribunal de grande instance de Strasbourg était incompétent au profit du tribunal de grande instance de Lille ou du tribunal de grande instance de Paris et d'inviter les parties à mieux se pourvoir.

Et en tout état de cause, elle conclut à l'infirmité de la décision entreprise, sauf en ce qu'elle a dit que le modèle de bouteille « Tubbies » ne pouvait bénéficier de la protection par le droit d'auteur au sens du code de la propriété intellectuelle, et en ce qu'elle a débouté les sociétés demanderesse de leur demande en reconnaissance d'actes de concurrence déloyale et parasitaire, et demande à la cour, statuant à nouveau de :

— juger que la société X Y Z et la société Adam's consulting Z sont irrecevables à agir à l'encontre des sociétés Comexo et Easyfood ;

— juger que le procès verbal de saisie contrefaçon du 8 décembre 2016 est nul et, en conséquence, écarter des débats les éléments de preuve collectés dans le cadre de ces opérations,

— juger que la société X Y Z et la société Adam's consulting Z sont mal fondées en toutes leurs demandes, fins et moyens de première instance et en appel,

— juger qu'elle n'a commis aucun acte de contrefaçon de la marque internationale « Biggy Burger » n° 1284540 désignant la France ;

— lui donner acte de ce qu'elle a cessé toute livraison de produits porteur du signe litigieux et donc en conséquence, dire que toute mesure d'astreinte à son encontre est inutile compte tenu de cette prise d'acte.

En cas de condamnation, elle entend voir rejeter la demande en garantie formée à son encontre par la société Comexo.

Elle demande enfin, en tout cas, la condamnation de la société X Y Z et la société Adam's consulting Z aux dépens de première instance et d'appel, ainsi qu'à lui verser une indemnité de 10 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Rappelant également avoir été privé de la possibilité de faire valoir ses arguments en première instance, elle conteste, à l'instar de la SAS Comexo, la compétence du tribunal de grande instance de Strasbourg, précisant notamment que son site internet n'était pas un site de

commerce en ligne, de même que la qualité à agir des requérantes, désormais intimées, faute pour ces dernières de justifier de leurs droits d'auteurs sur la bouteille « Tubbies » comme d'un droit sur la marque litigieuse, dont aucun certificat d'enregistrement n'est produit, la SAS Comexo ne justifiant de la titularité d'aucun droit, tandis que le dépôt par la SASU Easyfood se heurte à une protection antérieure dans la même catégorie. Elle conteste également la validité des opérations de saisie-contrefaçon tant au regard de l'incompétence alléguée du tribunal de grande instance de Strasbourg que du non-respect, par l'huissier instrumentaire, des prescriptions du code de procédure civile.

Sur le fond, elle conteste toute reproduction à l'identique de la marque « Biggy Burger », arguant d'une commercialisation sous la marque Kingga, et relevant de multiples dissemblances entre les deux signes, excluant en conséquence tout risque de confusion, s'agissant de surcroît de mentions descriptives et non d'éléments distinctifs, d'autant que l'usage de cette appellation est répandu.

Elle réfute également tout acte de contrefaçon du droit d'auteur, en l'absence d'originalité de la bouteille « Tubbies », en référence, notamment, aux motifs du jugement querellé, tout en précisant que l'impression visuelle d'ensemble de la bouteille ne permet pas de la distinguer des autres bouteilles de sauces à thème présentes sur le marché, et que les deux bouteilles litigieuses diffèrent par leurs formes, leurs coloris et leur étiquette.

Elle conteste également, et pour les mêmes motifs, tout acte de concurrence déloyale ou parasitaire et remet en cause les mesures ordonnées par le premier juge, qu'il s'agisse de la mesure d'interdiction, vague et indéterminée, de la mesure d'astreinte, sans objet dès lors que la concluante a cessé de commercialiser des produits de la marque « Kingga », la publication relative à ces produits étant inactive depuis l'ordonnance de référé.

Et sur les demandes adverses en réparation, elle conteste tout droit à réparation de la SAS Comexo à défaut de protection de la bouteille par le droit d'auteur et de droit d'exploitation de la marque ; quant à la SASU Easyfood, elle fait valoir qu'elle ne démontrerait pas son exploitation de la marque litigieuse, ce qui ne résulte pas des documents publicitaires produits.

Sur l'appel incident de la société X Y Z et la société Adam's consulting Z, rappelant les règles de calcul du préjudice subi dans l'hypothèse en cause, elle entend indiquer qu'il appartient aux sociétés intéressées d'apporter la preuve tant de son principe que de son montant.

Enfin, sur la demande en garantie formulée par la société Comexo, elle la qualifie d'infondée, en l'absence de fondement légal ou contractuel, en l'absence, notamment de cession d'un quelconque droit par la concluante à la SAS Comexo, qui lui permettrait de se prévaloir de la garantie d'éviction prévue à l'article 1626 du code civil, outre que la société Comexo, fabricant du produit fini, ne saurait se dégager de sa responsabilité en cette qualité, si celle-ci était engagée.

La société X Y Z et la société Adam's consulting Z se sont constituées intimées le 2 octobre 2017.

Dans leurs dernières écritures déposées le 24 juin 2019, elles concluent à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a :

— dit que la SAS Comexo et la SASU Easyfood ont commis des actes de contrefaçon de la marque internationale « Biggy Burger » n° 1284540 désignant la France ;

— leur a fait interdiction, sous astreinte, de commercialiser la bouteille de sauce « Biggy Burger »,

— ordonné la confiscation et la destruction aux frais de ces sociétés de tout élément reproduisant la marque « Biggy Burger »,

— ordonné la publication du dispositif du jugement à intervenir pendant une durée d'un mois sur le site Internet de la société Easyfood (<http://kingga.fr>), sous astreinte,

— condamné in solidum la SAS Comexo et la SASU Easyfood aux frais et dépens de la présente instance.

Elles sollicitent l'infirmité, pour le surplus, du jugement déféré, et que la cour, statuant à nouveau :

— confirme que la SAS Comexo et la SASU Easyfood ont commis des actes de contrefaçon de la marque internationale « Biggy Burger » n° 1284540 désignant la France ;

— dise et juge que ces sociétés ont commis des actes de contrefaçon des droits d'auteur dont les sociétés concluantes sont titulaires sur la physionomie de la bouteille « Tubbies » ;

En conséquence :

— ordonner à la SAS Comexo et la SASU Easyfood la cessation des actes litigieux sous astreinte de 100 (cent) Euros par jour de retard à compter de la signification de la décision à intervenir, ainsi que la confiscation et la destruction, aux frais de la société Easyfood et de la société Comexo, de tout élément contrefaisant les droits d'auteur ou le droit de marque

ci-avant mentionnés, ainsi qu'ordonner la publication du dispositif du jugement à intervenir pendant une durée d'un mois sur le site internet de la société Easyfood (<http://kingga.fr/>), aux frais de cette dernière, sous astreinte de 100 (cent) Euros par jour de retard à compter de la signification de la décision à intervenir ;

— condamner la SAS Comexo et la SASU Easyfood in solidum à leur verser la somme de 103 872,42 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice matériel résultant de la contrefaçon, augmentée des intérêts au taux légal du jour de l'assignation au jour du paiement, à titre de dommages et intérêts complémentaires, subsidiairement à compter du jour de la décision à intervenir, ainsi que la somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral résultant de la contrefaçon, augmentée des intérêts au taux légal du jour de l'assignation au jour du paiement, à titre de dommages et intérêts complémentaires, subsidiairement à compter du jour de la décision à intervenir.

À titre subsidiaire, elles entendent voir dire et juger que la SAS Comexo et la SASU Easyfood ont commis des actes de concurrence déloyale et parasitaire, et en conséquence, voir ordonner à ces sociétés la cessation des actes litigieux sous astreinte de 100 euros par jour de retard à compter de la signification de la décision à intervenir, outre la confiscation et la destruction, aux frais des sociétés concernées de tout élément reproduisant la bouteille « Tubbies » ou la marque « Biggy Burger », et ordonner la publication du dispositif du jugement à intervenir pendant une durée de trois mois sur les sites internet respectifs de la société Easyfood (<http://kingga.fr/>), aux frais de cette dernière, sous astreinte de 100 euros par jour de retard à compter de la signification de la décision à intervenir. Elle entend également obtenir la condamnation des sociétés appelantes, in solidum à verser aux intimées et demanderesses à la première instance la somme de 103 872,42 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice matériel résultant de la concurrence déloyale, augmentée des intérêts au taux légal du jour de l'assignation au jour du paiement, à titre de dommages-intérêts complémentaires, subsidiairement à compter du jour de la décision à intervenir.

En tout cas, elles demandent à la cour de condamner la SAS Comexo et la SASU Easyfood aux dépens de première instance et d'appel principal et incident, ainsi qu'à leur verser une indemnité de 12 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Elles soutiennent ainsi que la compétence du tribunal de grande instance de Strasbourg est justifiée au regard des règles de compétence en matière de contrefaçon constatée sur internet, prévoyant que le lieu du fait dommageable est celui de tout lieu où le site internet litigieux est accessible, ce qui était le cas, comme en atteste le procès-verbal de constat. À cet égard, elles contestent que le site en cause soit uniquement un site « vitrine » tout en considérant cette circonstance comme indifférente, dès lors qu'il est utilisé à titre publicitaire, afin de faire la promotion des produits contrefaisants.

S'agissant de la recevabilité de leur action, elles invoquent, en ce qui concerne leur qualité à agir en contrefaçon de droit d'auteur, une présomption prétorienne résultant de l'exploitation non équivoque de la bouteille litigieuse du fait de sa commercialisation sous la marque des concluentes, qui sont dirigées par les mêmes personnes, le modèle de bouteille ayant été créé en 2005 et étant commercialisé depuis 2006 par leurs soins, ce dont attestent les factures produites. Quant à la qualité à agir de la société Adam's consulting en contrefaçon de marque, elle s'évince, selon les concluentes, de la production du certificat d'enregistrement de la marque, constatée tant par le juge des référés que par le premier juge, contrairement à ce qu'allèguent les parties adverses, ainsi que de la consultation des bases de données françaises et Benelux sur la propriété intellectuelle, qui suffirait à elle seule à prouver le titre et sa validité au jour de l'introduction de l'instance. Elles ajoutent que les contrefacteurs ne

peuvent pas, pour échapper à leur responsabilité, opposer d'éventuels droits antérieurs détenus par des tiers, lesquels ont seule qualité pour s'en prévaloir.

Elles contestent également l'argumentation adverse sur la validité des opérations de saisie-contrefaçon, le procès-verbal attestant que la requête, à laquelle était joint le bordereau de pièces, avait été portée à la connaissance des personnes présentes, dans le respect du principe du contradictoire, la société Comexo n'étant, au demeurant, pas recevable à soulever ces

arguments, seule la société Easyfood étant visée par la signification. En tout état de cause, elles allèguent que la seule remise de l'ordonnance préalablement au déroulement des opérations à la SASU Easyfood aurait été suffisante pour lui donner une information complète sur les opérations litigieuses, sans qu'un préjudice n'en résulte. Pour ce qui est de l'incompétence alléguée du tribunal de grande instance de Strasbourg, elles s'en remettent à leur précédente argumentation sur ce point.

Sur la contrefaçon de marque, elles invoquent, tout d'abord, une imitation de la marque litigieuse, rappelant que le risque de confusion doit être apprécié globalement, aux termes de la jurisprudence européenne, et entendant, à ce titre, souligner des similitudes visuelles, phonétiques et conceptuelles entre les deux marques, de nature à laisser croire au public qu'il existerait des liens d'interdépendance économique entre les parties et que leurs produits auraient une origine commune, peu important l'apposition de la marque « Kingga » sur l'un des produits, dès lors qu'il existe un risque d'association, que les différences mentionnées par les parties adverses, au demeurant souvent minimales ou inexistantes, ne sauraient suffire à dissiper, s'agissant de surcroît de produits identiques, et d'une marque ayant un caractère distinctif, compte tenu de la spécialité du produit désigné et de l'usage du terme « Biggy » qui n'a pas de signification propre et apparaît comme l'élément distinctif dominant du signe. Quant à l'usage du signe « Biggy Burger » par les parties adverses, il vise à identifier le produit aux yeux du consommateur, le distinguant des autres produits de la société ou de ses concurrents, à l'instar des dénominations de modèles automobiles. Son usage relève donc, selon elles, de la contrefaçon.

S'agissant de la contrefaçon de droit d'auteur, elles entendent souligner avoir créé un modèle original de bouteille dans lesquelles sont conditionnées les sauces qu'elles commercialisent, cette originalité, qui se distingue de la nouveauté et du caractère propre qui sont des conditions de l'accès à la protection par le droit des dessins et modèles, relevant, à leurs yeux, d'un choix esthétique et artistique, et non exclusivement fonctionnel, tenant à la fois à la combinaison de deux couleurs distinctes et à un cintrage ne se retrouvant dans aucun autre modèle. Quant aux actes de contrefaçon en cause, qui doivent s'apprécier uniquement au vu des ressemblances, elles qualifient ces dernières, clichés photographiques à l'appui, de flagrantes, qu'il s'agisse des coloris, de la forme, de la présence du cintrage, des bouchons ou des dimensions de la bouteille comme de l'étiquette, ce qui exclut tout effort de personnalisation des parties adverses, dont le rôle respectif ressort du procès-verbal de saisie-contrefaçon.

Sur les mesures sollicitées, elles estiment justifiée une mesure d'interdiction visant à faire cesser des agissements générateurs d'un détournement de clientèle quotidien, mesure dont elle conteste la généralité, s'agissant de faire cesser des actes définis par le code de la propriété intellectuelle. Elles ajoutent que l'astreinte reste également justifiée en l'absence de preuve de la cessation des agissements litigieux. De même, elles demandent la confirmation de la mesure de destruction destinée à garantir l'effectivité de la mesure d'interdiction. Elles entendent, en outre, observer que malgré l'exécution provisoire assortissant le jugement, toutes les publications en ligne représentant la marque n'ont pas cessé. Quant à la mesure de publication, elle vise à diminuer le risque de confusion créé dans l'esprit du public par les agissements contrefaisants et à assurer une réparation complémentaire aux préjudices moraux subis.

S'agissant enfin de la réparation des préjudices, elles invoquent un préjudice matériel résultant de la perte de gains qu'elles imputent aux agissements litigieux, à hauteur du montant de l'approvisionnement de la SASU Easyfood auprès de la SAS Comexo. Elles revendiquent, en outre, toutes deux l'indemnisation d'un préjudice moral résultant de la contrefaçon de leur droit d'auteur et/ou de leur droit de marque.

À titre subsidiaire, à supposer que la bouteille ne fasse pas l'objet de la protection des oeuvres de l'esprit, elles soutiennent que les agissements qu'elles imputent à la SAS Comexo et la SASU Easyfood seraient à tout le moins constitutifs de concurrence déloyale et parasitaire, dès lors que l'imitation de la marque de la SASU Easyfood associée à l'utilisation de produits identiques dans des formes identiques, avec création d'un effet de gamme similaire, sans aucun investissement, générerait un risque de confusion, au profit des appelantes, dans l'esprit du public. La cessation de ces agissements impliquerait la prise de mesures d'interdiction, de destruction et de publication, outre réparation du préjudice subi, dans les mêmes termes que celui invoqué à titre principal au titre du préjudice matériel.

Pour un plus ample exposé des prétentions et moyens de chacune des parties, il conviendra de se référer à leurs dernières conclusions respectives.

La clôture de la procédure a été prononcée le 4 septembre 2019, et l'affaire renvoyée à l'audience de plaidoirie du 9 octobre 2019, puis mise en délibéré à la date du 4 décembre 2019, par mise à disposition au greffe.

MOTIFS :

I/ Sur la compétence du TGI de Strasbourg pour connaître du litige :

In limine litis, les sociétés Comexo et Easyfood soulèvent l'incompétence du tribunal de grande instance de Strasbourg pour connaître du présent litige, invoquant les dispositions de l'article 42 du code de procédure civile et celles du règlement (UE) n° 1215/2012 dit « Bruxelles I bis », pour en déduire que le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel est domicilié le défendeur, outre application, selon elles dispositions spéciales du code de l'organisation judiciaire, relatives aux actions civiles en matière de marques, certains tribunaux déterminés par décret sont compétents, et devant déterminer la compétence des juridictions de Paris ou de Lille. Elles insistent sur le fait qu'aucun acte de contrefaçon n'aurait, à leur sens, pu être constaté par le simple accès au site internet en cause.

À cela les intimées répliquent en invoquant l'application de l'article 46 du code de procédure civile, ainsi que du règlement « Bruxelles I bis » précité, qui prévoient qu'en matière d'action en responsabilité délictuelle, le demandeur peut décider de saisir la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi.

La cour observe qu'en l'espèce, les intimées avancent à raison que le fait que le site internet en cause permette ou non l'achat des produits litigieux est indifférent. En effet, peu importe que l'achat soit impossible, dans la mesure où le site « kingga.fr » réalise la promotion des produits concernés, faits susceptibles en eux-mêmes d'être qualifiés de contrefaçon. En outre, le site en cause permet la mise en contact des éventuels clients avec la société vendant les produits, de

sorte qu'il est susceptible de conduire à des achats. Dès lors, l'accès au site internet étant susceptible de créer un dommage aux sociétés demanderesse, et ce site étant accessible depuis le lieu où a été réalisé le constat d'huissier, situé dans le ressort du tribunal de grande instance de Strasbourg, il convient de retenir que les intimées étaient fondées à saisir cette juridiction, qui est compétente pour connaître du litige. L'exception d'incompétence soulevée par les appelantes sera rejetée.

II/ Sur la qualité à agir des sociétés X et Adam's consulting :

Les sociétés Comexo et Easyfood contestent ensuite la recevabilité de l'action des sociétés X et Adam's consulting, arguant qu'elles sont dépourvues de qualité à agir. Il convient de distinguer selon que les actions sont introduites sur le fondement de la contrefaçon de marque ou sur celui de la contrefaçon de droit d'auteur.

— en matière de droit d'auteur :

Les appelantes nient le fait que les bouteilles litigieuses (dites « tubbies ») puissent être protégées au titre des droits d'auteur, leur déniant toute originalité. Toutefois, il convient de souligner que l'examen d'un tel moyen relève de l'étude de l'affaire au fond et ne saurait être envisagé au stade de l'examen de la recevabilité de la demande.

Pour justifier de leur qualité à agir et répondre à leurs adversaires qui avancent qu'une personne morale ne peut être titulaire de droits d'auteur, les sociétés X et Adam's consulting rappellent pertinemment qu'en vertu d'une présomption prétorienne, en l'absence de revendication de l'auteur, l'exploitation d'une oeuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard des tiers, qu'elle est titulaire sur cette oeuvre du droit de propriété incorporelle d'auteur. Elles prétendent ainsi démontrer une exploitation non équivoque des bouteilles sous les marques « Nawhal's » et « Biggy Burger », qui leur appartiennent. Elles produisent à l'appui des factures établies au nom de la société X qui illustrent la commercialisation des produits sur lesquelles elles revendiquent des droits.

Les appelantes, qui ne contestent pas l'existence de la présomption précitée établie au profit de l'exploitant du produit litigieux, répliquent que les pièces censées démontrer cette exploitation non équivoque ne concernent que la société X, et non la société Adam's consulting. Elles rappellent que la jurisprudence exige une démonstration rigoureuse de l'exploitation non équivoque.

Il convient en effet de constater que les factures et courriels produits par les intimées (pièces n°31 et 32) ne font aucune référence à la société Adam's consulting. Ces éléments ne concernent que la société X, pour laquelle ils permettent d'établir qu'elle exploitait les bouteilles « tubbies » pour vendre ses sauces, ainsi qu'il ressort des factures établies pour des clients et des échanges relatifs à de la documentation commerciale. Concernant la société Adam's consulting en revanche, aucune preuve d'exploitation n'est apportée. Le fait que les bouteilles aient été vendues sous la marque « Biggy Burger » ne saurait être suffisant, dès lors que le dépôt de cette marque par la société Adam's consulting n'est démontré qu'à partir du 14 septembre 2015 (marque Bénélux) et du 7 décembre 2015 (marque internationale), alors que les factures et les courriels produits sont antérieurs.

En conséquence, il y a lieu de retenir que la société X a qualité à agir pour solliciter la protection des bouteilles « tubbies » au titre du droit d'auteur, mais qu'il n'en va pas ainsi pour la société Adam's consulting, qui devra être déclarée irrecevable à agir sur ce fondement.

— en matière de marque :

S'agissant de la société X, les appelantes soulignent qu'elle ne démontre pas disposer de droits sur la marque « Biggy Burger ». Ceci n'est pas contredit par l'intéressée. En outre, il convient de constater qu'aucun enregistrement de la marque en cause au profit de la société X n'est produit. Par conséquent, le jugement sera infirmé en ce qu'il prononcé des condamnations au profit de la société X, sur le fondement de la contrefaçon de la marque « Biggy Burger ».

S'agissant de la société Adam's consulting, il est à relever qu'elle produit le certificat d'enregistrement de la marque internationale « Biggy Burger », valable à partir du 7 décembre 2015, ainsi que des extraits des bases de données de l'INPI et de l'Office Benelux de la Propriété intellectuelle. Il s'en déduit qu'elle démontre ainsi détenir les droits sur cette marque.

Le fait que cette marque ait été précédemment enregistrée au profit d'un tiers ne remet pas en cause ce constat, alors que l'enregistrement du 7 décembre 2015 a été fait valablement et sans contestations au profit de la société Adam's consulting. Les allégations de la société Comexo sur le caractère prétendument équivoque des justificatifs produits ne sont pas davantage pertinents, les pièces produites par la société Adam's consulting étant parfaitement claires, tant dans les mentions relatives au titulaire de la protection que de la période sur laquelle celle-ci s'étend.

La fin de non-recevoir soulevée par les appelantes en ce qui concerne la qualité à agir de la société Adam's consulting en contrefaçon de la marque « Biggy Burger » sera donc rejetée.

III/ Sur la validité de la saisie-contrefaçon :

Les appelantes concluent à la nullité des opérations de saisie-contrefaçon auxquelles a fait procéder la société Adam's consulting, sur le fondement d'une ordonnance sur requête rendue par le tribunal de grande instance de Strasbourg le 18 octobre 2016.

Elles invoquent tout d'abord l'incompétence du tribunal de grande instance de Strasbourg pour rendre une telle ordonnance, mais ce moyen ne peut être accueilli pour les raisons exposées précédemment, lors de l'analyse de l'exception d'incompétence territoriale.

Elles soutiennent ensuite que le procès-verbal de saisie-contrefaçon doit être déclaré nul, faute de signification de la requête par huissier, comme prévu par l'article 495 du code de procédure civile, ce dernier mentionnant uniquement une prise de connaissance de l'ordonnance par la personne présente et une lecture intégrale par ses soins de l'ordonnance, et de la requête, ce à quoi la société Adam's consulting leur oppose qu'il se déduit de ces mentions que la signification de la requête a bien été effectuée, outre que les mentions de l'ordonnance étaient suffisamment précises pour ne pas faire grief, ce que conteste la société Easyfood, arguant que

l'ordonnance ne reprend pas les termes de la requête et vise les produits argués de contrefaçon de manière très sommaire.

Cela étant, il convient de relever que la seule mention relative à la signature par les représentants de la force publique ne saurait faire foi. Il résulte de la lecture de l'acte de signification que seule l'ordonnance y est visée. Le fait que l'huissier mentionne avoir donné lecture de la requête n'est pas suffisant pour satisfaire aux dispositions précitées, qui prévoient la remise d'une copie. Il n'est, dès lors, pas démontré que l'huissier a satisfait aux exigences légales en la matière, seule la preuve de la signification de l'ordonnance ayant été apportée.

Néanmoins, l'omission de la formalité prévue par l'article 495 du code de procédure civile n'affecte la validité des opérations réalisées sur le fondement de l'ordonnance sur requête que s'il en est résulté un préjudice pour le destinataire de la mesure.

Or en l'espèce, la cour relève que l'ordonnance en question était précisément motivée, et notamment en ce qui concerne les produits argués de contrefaçon, dont il était bien spécifié qu'il s'agissait des sauces « Kingga » commercialisées sous la dénomination « Biggy Burger ». L'ordonnance mentionnait également le fondement de la requête, à la savoir la contrefaçon de marque. Elle expliquait en outre qu'elle était accordée à la société Adam's consulting afin de lui permettre d'obtenir les preuves des agissements argués de contrefaçon, ce à fin de pouvoir engager une action à ce titre.

Il résulte de ce constat que l'ordonnance signifiée était suffisante pour informer la société Easyfood des faits qui lui étaient reprochés, ainsi que du fondement de l'action que son adversaire envisageait d'introduire à son encontre. Ainsi, la cour retient que l'absence de signification de la requête ne portait pas préjudice à la société Easyfood, qui a été mise en mesure de comprendre ce qui lui était reproché et d'exercer sa défense. En conséquence, il n'y a pas lieu de prononcer la nullité du procès-verbal de saisie-contrefaçon, la demande des appelantes à ce titre étant rejetée.

#### IV/ Sur les actes de contrefaçon de la marque « Biggy Burger » :

Pour solliciter l'infirmité du jugement entrepris, les appelantes contestent avoir reproduit à l'identique la marque semi-figurative « Biggy Burger », détenue par la société Adam's consulting. Cette dernière ne discute pas ce moyen mais répond que la démonstration d'une absence de reproduction à l'identique est sans objet, dès lors qu'elle approuve le premier juge en ce qu'il a retenu en l'espèce des faits de contrefaçon par imitation, réprimés sur le fondement de l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle. Il n'y a ainsi pas lieu d'examiner l'existence d'une contrefaçon par reproduction à l'identique, dont les intimées ne se prévalent plus à hauteur de cour. Celles-ci sollicitent, cependant, la confirmation du jugement et avancent que la contrefaçon par imitation, au sens de l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle, est caractérisée.

La cour rappelle que l'examen de la contrefaçon par imitation implique de rechercher si un risque de confusion peut exister, dans l'esprit du consommateur, entre le signe protégé à titre de marque et le signe litigieux, amenant le public à croire que les produits en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement.

Ce risque de confusion se fait par appréciation d'ensemble, en prenant en compte notamment le degré de similitude entre les signes litigieux d'une part, ainsi qu'entre les produits désignés d'autre part. Ainsi, il convient d'examiner les similitudes visuelles, auditives ou conceptuelles, portant en particulier sur l'élément dominant de la marque, et non de s'attacher aux éventuelles différences si elles apparaissent négligeables.

En l'espèce, la société Adam's consulting expose de manière pertinente que les signes en cause sont parfaitement identiques du point de vue phonétique et conceptuel. Les deux signes comportent en effet les mêmes mots, « Biggy » et « Burger », et se prononcent de la même façon. Sur le plan des idées, les deux signes renvoient là encore à des concepts similaires, le terme de « burger » évoquant immédiatement un type de sandwich de restauration rapide, le terme « biggy » étant un dérivé du mot anglais « big » et permettant de qualifier, dans un langage familier, un gros objet. Ainsi les deux signes évoquent la consommation d'un gros hamburger.

Pour ce qui est du plan visuel, les appelantes soulèvent une série de différences qui permettraient, selon elles, d'exclure toute imitation. Elles indiquent ainsi que les deux termes, tels qu'ils les emploient, n'apparaissent pas sur la même ligne contrairement à la marque de la société Adam's consulting, que la police utilisée est sans fioritures, que les termes sont précédés du mot « sauce », que les couleurs diffèrent, qu'une photographie d'un hamburger accompagné de frites figure sous le terme « burger », que leur marque « Kingga » est très nettement visible au-dessus du signe litigieux, et qu'enfin le personnage en forme de burger de la marque déposée ne figure pas sur leurs étiquettes.

À ces éléments, la société Adam's consulting répond à raison que d'importantes similitudes existent sur le point de vue visuel, dans la mesure où les deux signes présentent une orthographe identique, sont imprimés en position centrée sur l'étiquette, en teintes claires sur fond brun plus foncé, les termes « burger » étant d'un marron clair très proche. Elle ajoute également que l'apposition de la mention « sauce » ou de la marque « Kingga » ne sont pas de nature à modifier le constat d'une grande proximité visuelle des signes.

En outre, il convient de remarquer que le consommateur moyen n'a que rarement la possibilité de comparer directement les deux signes, de sorte qu'il se fiera à l'impression d'ensemble laissée dans son esprit par la marque antérieure, les différences de détail que pourrait comporter le signe litigieux étant sans incidence sur une impression globale de proximité.

La cour constate de fortes similitudes entre les signes en cause, tant sur les plans phonétique et conceptuel que visuel, les différences existant sur ce dernier plan étant négligeables et n'affectant pas l'impression d'ensemble qui en ressort.

Au surplus, il importe de souligner l'identité des produits concernés, s'agissant de deux sauces destinées à garnir des hamburgers. Cette similarité de produits renforce encore l'impression d'ensemble qui se dégage du signe « Biggy Burger » utilisé par les appelantes, dont il doit être retenu qu'il est propre à générer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur.

Pour contester toute contrefaçon, les appelantes soutiennent encore que les termes employés par la marque en cause, « biggy » et « burger », ne peuvent être considérés comme distinctifs.

Elles indiquent que ces mots évoquent l'usage qui est fait du produit, s'agissant d'une sauce destinée à garnir un hamburger. Elles ajoutent que le mot « biggy » ne fait que renvoyer à la taille de cet aliment.

La société Adam's consulting réplique pertinemment qu'en vertu des dispositions du code de la propriété intellectuelle, le caractère distinctif d'un signe susceptible de constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits désignés. Ainsi, il s'agit d'apprécier la distinctivité du signe au regard non pas d'un hamburger mais bien d'une sauce.

Les appelantes se prévalent à ce sujet de l'article L. 711-2 du code de la propriété intellectuelle, qui dispose que sont dépourvus de caractère distinctif « [...] des signes ou dénomination pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur [...] ». Elles arguent que dans le cas présent, les termes litigieux renvoient à la destination du produit, qui est une sauce ayant vocation à garnir un aliment. Elles en déduisent que les termes de la marque, qui se bornent à décrire la destination du produit, ne sont pas distinctifs.

Répondant à ce moyen, la société Adam's consulting insiste sur le fait que les sauces en cause peuvent garnir tous types de plats, et ne sauraient être limitées à des « burger », encore moins de grande taille. La formule « Biggy Burger » n'est donc pas purement descriptive de la destination de la sauce. Elle ajoute que cette formule n'existe pas dans le langage courant et ne correspond à aucun type de sauce connu, ne pouvant ainsi pas être comparée avec des termes génériques comme « ketchup », « mayonnaise » ou « béarnaise ». Elle souligne encore qu'aucun lien ne peut être établi, contrairement à ce que font les appelantes, avec la recette de hamburger « big mac » commercialisée par la société McDonald's.

La cour retient en effet que le terme « Biggy », associé à celui de « burger », est distinctif et ne peut être considéré comme purement descriptif de sa destination. Outre le fait qu'il est un dérivé familier de « big » et n'existe pas en tant que tel dans le dictionnaire anglais, son utilisation pour désigner des sauces à burger n'est pas simplement explicative de sa destination, mais apparaît au contraire suffisamment arbitraire.

Pour le cas où la similarité des signes serait retenue, ainsi qu'en a décidé la cour, les appelantes opposent encore à leur adversaire que la contrefaçon ne peut être caractérisée que lorsque le présumé contrefacteur fait un usage à titre de marque du signe protégé. Tel n'est pas le cas, avancent-elles, lorsque l'opérateur utilise ce signe pour décrire ou indiquer certaines caractéristiques de ses produits, par hypothèse identiques. Elles expliquent qu'elles commercialisent des sauces sous la marque « Kingga », chaque variété de la gamme étant vendue sous une étiquette analogue, comprenant la marque, une photographie d'ingrédients liés à la composition ou à la destination de la sauce, et un nom désignant la variété (« moutarde », « andalouse », « barbecue », etc.) ; et que donc l'emploi des termes « Biggy Burger » n'est qu'une appellation et ne sert pas à titre de marque, le signe « Kingga » remplissant cet emploi. Elles ajoutent enfin que l'appellation « Biggy Burger » est commune pour désigner des restaurants de hamburger dont certains usent d'une sauce également appelée « Biggy Burger ».

Toutefois, ainsi que le soutient la société Adam's consulting, il échet de relever que le parallèle avec les autres dénominations de sauce n'est pas pertinent, les termes « Biggy Burger » n'étant

pas d'usage courant, contrairement aux autres exemples invoqués par les appelantes. Le signe litigieux n'est en outre pas descriptif de la composition de la sauce concernée. Les noms de restaurants invoqués à ce titre sont sans emport, dès lors que seul l'usage pour des produits similaires peut être pris en compte. Quant aux sauces commercialisées par la société Colona, d'une part, il ne peut être déduit de ce seul exemple le caractère générique des termes, et d'autre part, il ressort des éléments versés au dossier que cette société a cessé d'employer le signe litigieux suite aux protestations des appelantes. Au surplus, il est à remarquer que l'emploi de la marque « Kingga » ne permet pas de considérer que seul ce signe remplirait la fonction de marque, l'emploi de deux marques, l'une faisant référence au producteur, l'autre au modèle du produit, étant parfaitement possible.

Il se déduit de l'ensemble de ces analyses que les sociétés appelantes se sont bel et bien livrées à l'imitation du signe « Biggy Burger » pour l'employer à titre de marque et désigner des produits similaires à ceux commercialisés par la société Adam's consulting. En conséquence, la cour juge que les actes de contrefaçon de marque allégués sont caractérisés. Le jugement sera confirmé en ce sens.

V/ Sur les actes de contrefaçon de droits d'auteur :

La société X, seule des intimées recevables à agir à ce titre, prétend avoir créé un modèle original de bouteilles en plastique, dénommé « tubbie », servant à conditionner les sauces qu'elle commercialise. Elle estime pouvoir profiter de la protection au titre de droit d'auteur sur cette oeuvre. Elle en déduit que, les appelantes usant des mêmes bouteilles, elles se rendent coupables de contrefaçon de ses droits d'auteur.

Les appelantes approuvent pour leur part le premier juge, qui a écarté la protection au titre du droit d'auteur, jugeant que les bouteilles « tubbies » ne révèlent aucun caractère original ou propre, que leur apparence ne relève pas d'un effort de création, mais au contraire correspond à des impératifs ergonomiques, et qu'elles s'inscrivent dans des lignes de formes très répandues en matière de bouteilles de sauces.

Pour sa part, la société X reproche au jugement d'avoir pris en compte l'existence de bouteilles similaires sur le marché pour en déduire que les « tubbies » ne présentent aucun caractère d'originalité. Elle argue qu'au contraire, ses bouteilles présentent plusieurs caractéristiques originales, ainsi notamment la combinaison de deux couleurs (orange vif pour le bouchon et jaune clair pour le corps) et le cintrage marqué. Elle souligne que ces éléments ne sont pas purement fonctionnels mais relèvent d'un choix esthétique.

Néanmoins, la cour considère que c'est à bon droit, par des motifs pertinents, que le premier juge a retenu que les bouteilles « tubbies » ne reflètent pas une création originale, mais sont comparables, tant pour la forme que pour la couleur, à de nombreux autres modèles de bouteilles de sauce. À ceci, il convient seulement d'ajouter que les éléments versés à la procédure, s'ils permettent certes d'observer que de nombreux contenants différents existent, établissent cependant sans ambiguïté le constat d'une banalité de la forme « tubbie ». L'absence de cintrage sur certaines de ces bouteilles ne permet pas de déduire que cet élément constituerait une création originale de la société X, d'autres modèles se révélant en être dotés. La société X est ainsi défailante à démontrer la création d'une oeuvre originale.

La bouteille « tubbie » dont la société X prétend être l'auteur n'est donc pas originale et ainsi n'est pas susceptible d'être protégée au titre du droit d'auteur. Il n'y a dès lors pas lieu d'envisager la comparaison avec les bouteilles commercialisées par les appelantes. Le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté la société X de sa demande à ce titre.

#### IV/ Sur la concurrence déloyale :

La cour n'ayant pas retenu l'existence d'un droit privatif de la société X sur les bouteilles « tubbies », il convient d'examiner la demande subsidiaire tendant à la condamnation des appelantes au titre de la commission alléguée d'actes de concurrence déloyale.

À cet égard, il convient en premier lieu de relever, ainsi que l'a fait le premier juge, que les intimées ne sont pas fondées à agir en concurrence déloyale pour des faits identiques à ceux qualifiés de contrefaçon. La caractérisation de la contrefaçon de la marque « Biggy Burger » ayant été retenue par la cour, aucune demande ne peut donc aboutir, à ce propos, sur le fondement de la concurrence déloyale.

En ce qui concerne les bouteilles « tubbies », il incombe à la société X de démontrer un comportement fautif des appelantes. La société X prétend à ce titre que les sociétés Comexo et Easyfood ont reproduit la physionomie des bouteilles créées par elle, sans son consentement, cherchant ainsi à profiter de ses investissements et détournant ses clients à moindre coût. Elle détaille les points communs entre les contenants : forme et dimensions similaires, forme de bouchon identique, présence d'un cintrage, étiquettes de dimensions identiques, code couleur identique. Elle ajoute encore que ces similarités sont accentuées par le fait que les concurrents proposent la même gamme de produits à une clientèle analogue.

Cependant, c'est par des motifs pertinents et que la cour adopte, que le premier juge a décidé que les bouteilles commercialisées par les sociétés Comexo et Easyfood sont distinctes de la « tubbie » de la société X, en ce qu'elles sont de couleur différente, corps beige et bouchon blanc dans un cas, corps jaune et bouchon orange dans l'autre ; que le mécanisme d'ouverture du bouchon n'est pas le même ; et que la physionomie générale est différente. À ceci, il importe d'ajouter que le cintrage est notablement différent, celui porté par les bouteilles des appelantes étant d'ailleurs double, outre que la forme générale de la bouteille n'est pas étroitement identique.

Il en résulte que les bouteilles employées par les sociétés Comexo et Easyfood ne peuvent être considérées comme susceptibles de générer un risque de confusion, étant précisé que celui-ci doit ici s'apprécier dans le contexte d'un marché où il est fait un large emploi de bouteilles en plastique de ce type.

Au surplus, il échet de remarquer que la société X, qui prétend avoir réalisé des investissements considérables pour mettre la bouteille « tubbie » au point, investissements dont ses concurrents auraient selon elle tenté de profiter indûment, ne démontre en réalité aucunement être à l'origine de la création de ladite bouteille, ni avoir consacré d'importants moyens à cette élaboration.

Par conséquent, il convient de confirmer le jugement querellé, en ce qu'il a décidé que la société X n'apporte pas la preuve de fautes constitutives de concurrence déloyale, et en ce qu'il l'a déboutée de sa demande à ce titre.

V/ Sur la réparation du préjudice subi par la société Adam's consulting :

En réparation des actes de contrefaçon dont la cour a retenu qu'ils étaient caractérisés, la société Adam's consulting sollicite différentes mesures.

— sur la mesure d'interdiction :

L'intéressée demande en premier lieu que soit ordonné aux sociétés Comexo et Easyfood de cesser les actes litigieux, ce que ces sociétés contestent, estimant cette demande est trop vague et indéfinie, et en ce sens contraire aux principes du procès équitable.

Néanmoins, les actes de contrefaçon ayant été caractérisés, il convient d'ordonner aux sociétés Comexo et Easyfood de cesser toute commercialisation susceptible de porter atteinte aux droits de la société Adam's consulting sur la marque « Biggy Burger ». Le jugement sera confirmé sur ce point.

— sur la mesure de confiscation et de destruction :

La société Adam's consulting souhaite également que soient ordonnées la confiscation et la destruction des produits contrefaisants.

Cependant, les appelantes établissent qu'elles ont cessé la commercialisation des sauces « Biggy Burger » depuis l'intervention de l'ordonnance de référé, en mai 2017. Il n'apparaît dès lors plus nécessaire d'ordonner la confiscation et la destruction des produits contrefaisants, le jugement devant être infirmé de ce chef et cette demande rejetée.

— sur la mesure de publication :

Compte tenu de la nature et de l'ampleur des actes de contrefaçon retenus, il apparaît justifié d'ordonner la publication du dispositif du présent arrêt sur le site de la société Easyfood, « <http://kinga.fr/> », à l'expiration d'un délai de huit jours après la signification du présent arrêt, ceci pendant une durée de deux mois, sous astreinte de 100 euros par jour de retard.

— sur la réparation du préjudice subi par la société Adam's consulting :

Les sociétés X et Adam's consulting mettent en compte une somme de 103 872,42 euros. Elles se réfèrent au procès-verbal de saisie-contrefaçon, qui a constaté que la société Easyfood s'est approvisionnée en sauces auprès de la société Comexo à hauteur de ce montant. Elles indiquent qu'il s'agit nécessairement de ventes manquées pour elles, leur causant un préjudice indemnisable.

Il convient à ce titre de rappeler que seule la contrefaçon de la marque « Biggy Burger », déposée par la société Adam's consulting, a été retenue. La société X Y ne saurait donc prétendre à aucune indemnisation, ayant été déclarée irrecevable à agir sur le fondement de la contrefaçon de marque, et ayant été déboutée au titre de la contrefaçon de droit d'auteur.

S'agissant du préjudice matériel subi par la société Adam's consulting, il est à constater que c'est par une juste appréciation des éléments en cause que le premier juge a retenu que, parmi les factures produites pour justifier du préjudice, seuls les montants relatifs à la marque « Biggy Burger » peuvent être pris en compte. Les commandes relatives à d'autres types de sauces ne constituent pas un préjudice commercial pour la société Adam's consulting, dans la mesure où seule la sauce « Biggy Burger » constitue une contrefaçon. Le premier juge en a exactement déduit que seule une somme de 12 993,64 euros, correspondant aux achats de sauce « Biggy Burger », peut être retenue au titre du préjudice subi par la société Adam's consulting du fait des actes de contrefaçon.

S'agissant de son préjudice moral, la société Adam's consulting sollicite une somme de 20 000 euros, sans s'en expliquer.

La cour, compte tenu des éléments versés au dossier, estime que l'allocation d'une somme de 2 000 euros indemniserait adéquatement le préjudice subi au titre de l'atteinte à la marque.

VI/ Sur la demande en garantie formulée par la société Comexo :

La société Comexo expose qu'en tant que producteur, elle se contente de fabriquer les sauces sur-mesure selon les commandes de ses clients, qui sont des professionnels de l'industrie alimentaire. Elle se limite à exécuter le cahier des charges précis déterminé par le client, y compris en ce qui concerne le conditionnement des sauces. Elle estime dès lors n'avoir commis aucun acte de contrefaçon, s'étant conformée aux spécifications déterminées par la société Easyfood. Elle demande en conséquence que cette dernière soit condamnée à la garantir d'une éventuelle condamnation à verser des dommages et intérêts. Toutefois, la société Comexo ne conteste pas avoir été la productrice des étiquettes portant la marque contrefaisante. Elle a donc bien fabriqué et commercialisé, en les vendant à la société Easyfood, les produits contrefaisants. Dès lors, il importe peu qu'elle n'ait pas elle-même conçu l'étiquette litigieuse. En tant que fournisseur, elle était tenue de s'assurer de la licéité des produits qu'elle commercialisait, quand bien même ils correspondaient à une commande précise du client. La société Comexo sera par conséquent déboutée de sa demande de garantie.

VII/ Sur les demandes accessoires :

Les sociétés Comexo et Easyfood succombant pour l'essentiel seront tenues, in solidum, des dépens de l'appel, par application de l'article 696 du code de procédure civile, outre confirmation du jugement déféré sur cette question.

L'équité commande en outre de mettre à la charge des sociétés Comexo et Easyfood une indemnité de procédure pour frais irrépétibles de 3 000 euros au profit des sociétés X Y et Adam's consulting, tout en disant n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de

procédure civile au profit des sociétés Comexo et Easyfood, et en confirmant les dispositions du jugement déferé de ce chef.

## P A R C E S M O T I F S

LA COUR,

CONFIRME le jugement rendu le 13 juin 2017 par le tribunal de grande instance de Strasbourg, sauf en ce qu'il a :

— ordonné la confiscation et la destruction, aux frais des sociétés Comexo et Easyfood, de tout élément reproduisant la marque « Biggy Burger » ;

— condamné in solidum les sociétés Comexo et Easyfood à indemniser la société X Y au titre de la contrefaçon de marque ;

— condamné in solidum les sociétés Comexo et Easyfood à verser aux sociétés X Y et Adam's consulting la somme de 5 000 euros au titre du préjudice moral,

Statuant à nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant :

REJETTE l'exception d'incompétence territoriale soulevée par les sociétés Comexo et Easyfood,

REJETTE les fins de non-recevoir soulevées par les sociétés Comexo et Easyfood, au titre du défaut de qualité à agir de la société X sur le fondement de la contrefaçon de droits d'auteur, et de la société Adam's consulting Z sur le fondement de la contrefaçon de marque,

DECLARE la société X Y Z irrecevable à agir sur le fondement de la contrefaçon de marque et la société Adam's consulting Z irrecevable à agir sur le fondement de la contrefaçon de droits d'auteur,

REJETTE la demande en nullité de l'ordonnance sur requête du 18 octobre 2016 et du procès-verbal de saisie-contrefaçon du 8 décembre 2016,

DEBOUTE la SAS Comexo de sa demande en garantie formée à l'encontre de la SASU Easyfood,

CONDAMNE la SAS Comexo et la SASU Easyfood, in solidum, à verser à la société Adam's consulting Z la somme de 2 000 euros au titre du préjudice moral subi du fait d'actes de contrefaçon sur sa marque « Biggy Burger »,

CONDAMNE la SAS Comexo et la SASU Easyfood, in solidum, aux dépens,

CONDAMNE, sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, la SAS Comexo et la SASU Easyfood, in solidum, à verser aux sociétés X et Adam's consulting, ensemble, la somme de 3 000 euros,

DIT n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile au profit des sociétés Comexo et Easyfood.