

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE NOUMÉA
Chambre Commerciale, 8 Août 2012

Numéro R.G. : 11/81

Décision déferée à la Cour rendue le 21 Septembre 2011 par le Tribunal mixte de Commerce de NOUMEA. Saisine de la cour : 18 Octobre 2011

APPELANTE

LA SOCIETE LE FROID, SA prise en la personne de son représentant légal 7 rue des Frères Charpentier - Montravel - 98800 – NOUMEA représentée par la SELARL de GRESLAN

INTIMÉE

LA GRANDE BRASSERIE DE NOUVELLE-CALEDONIE - GBNC SA prise en la personne de son représentant légal 12 rue E. Harbulot - Complexe PENTECOST - BP. 98 - 98845 - NOUMEA CEDEX représentée par la SELARL DESCOMBES & SALANS

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 04 Juillet 2012, en audience publique, devant la cour composée de :

Bertrand DAROLLE, Président de Chambre, président,
Christian MESIERE, Conseiller,
François BILLON, Conseiller, qui en ont délibéré,
Christian MESIERE, Conseiller, ayant présenté son rapport.
Greffier lors des débats: Mikaela NIUMELE

ARRÊT

-Contradictoire,

-Prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 451 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie,

- Signé par Bertrand DAROLLE, président, et par Cécile KNOCKAERT, greffier, auquel la minute de la décision a été transmise par le magistrat signataire.

PROCEDURE DE PREMIERE INSTANCE

Par un jugement rendu le 21 septembre 2011, auquel il est renvoyé pour l'exposé de l'objet du litige, le rappel des faits et de la procédure, les prétentions et les moyens des parties, le Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA, statuant :

1) sur les demandes formées par la SA. GRANDE BRASSERIE DE NOUVELLE CALEDONIE dite GBNC à l'encontre de la SA. LE FROID, aux fins d'obtenir :

- * la liquidation de l'astreinte dont était assortie l'ordonnance de référé du 20 décembre 2010,
- * le paiement de la somme de 7.500.000 FCFP au titre de l'astreinte liquidée,
- * le bénéfice de l'exécution provisoire,
- * le paiement de la somme de 350.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile (Désistement d'instance en date du 05 juillet 2011)

2) sur les demandes reconventionnelles formées par la SA. LE FROID à l'encontre de la SA. GRANDE BRASSERIE DE NOUVELLE CALEDONIE dite GBNC, aux fins d'obtenir :

- * le paiement de la somme de 5.000.000 FCFP à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et agissements déloyaux,
- * le prononcé d'une astreinte de 500.000 FCFP par infraction constatée pour faire cesser la réalisation de constats d'huissiers chez ses distributeurs,
- * la publication du jugement à intervenir aux frais de la GBNC,
- * le paiement de la somme de 500.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

A :

- * donné acte à la société GBNC de son désistement d'instance,
- * débouté la société LE FROID de ses demandes reconventionnelles,
- * débouté la société LE FROID de ses prétentions au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
- * mis les dépens à la charge, pour moitié, de chacune des parties.

PROCEDURE D'APPEL

Par une requête enregistrée au greffé de la Cour le 18 octobre 2011, la société LE FROID a déclaré relever appel de cette décision, qui ne semble pas avoir été signifiée. Elle précise que son appel est partiel. Dans son mémoire d'appel et ses conclusions postérieures, elle sollicite l'infirmité du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté ses demandes reconventionnelles et sa demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Elle demande à la Cour :

- * de condamner la société GBNC à lui payer la somme de 5.000.000 FCFP à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et agissements déloyaux,
- * d'ordonner la publication du jugement à intervenir dans un journal d'annonces légales aux frais de la GBNC,
- * de condamner la société GBNC à lui payer la somme de 1.000.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Elle fait valoir pour l'essentiel :

- qu'au mois d'octobre 2010, la société GBNC a saisi le juge des référés au motif que la campagne publicitaire lancée par la société LE FROID pour la promotion de sa bière 'MANTA Classique' comportait des similitudes avec la promotion de sa bière 'NUMBER

ONE' de nature à induire une confusion dans l'esprit du public quant à l'origine de la bière 'MANTA',

- que par une ordonnance du 20 décembre 2010, le juge des référés a fait partiellement droit aux demandes de la GBNC, lui enjoignant de faire cesser toute communication comportant la représentation de la vague telle qu'utilisée dans le cadre de la campagne de lancement de la bière 'MANTA' ainsi que la diffusion d'une publicité représentant le contenu d'un réfrigérateur avec, dans l'ombre, une canette de bière concurrente délaissée,
- que cette décision était assortie d'une astreinte de 500.000 FCFP par jour de retard et ce, durant 15 jours,
- qu'au mois de février 2011, la société GBNC a de nouveau saisi le juge des référés au motif que le conditionnement des packs de bière 'MANTA' faisant apparaître le visuel de la vague était toujours exposé à la vente,
- que par une ordonnance du 18 avril 2011, le juge des référés a refusé d'ordonner une nouvelle astreinte,
- qu'elle reproche à la GBNC d'avoir demandé à des huissiers de constater l'inexécution d'une obligation qui ne pesait pas sur elle (retrait des publicités et packagings comportant la représentation d'une vague), donnant ainsi aux commerçants qui sont ses clients, une indication fausse,
- qu'en effet, elle n'avait pas l'obligation de retirer les packagings comportant la représentation d'une vague,
- que cette information mensongère et dénigrante a été réalisée 23 fois avec à chaque fois interpellation des commerçants, ce qui lui a causé un préjudice évident en terme d'image,
- qu'il s'agit d'un véritable harcèlement constitutif d'agissements déloyaux de la part de la société GBNC à l'encontre de son concurrent la société LE FROID, alors même qu'elle avait scrupuleusement respecté les termes de l'ordonnance du 20 décembre 2010.

Par conclusions datées du 13 mars 2012, la société GRANDE BRASSERIE DE NOUVELLE CALEDONIE dite GBNC sollicite la confirmation du jugement entrepris en toutes ses dispositions et demande à la Cour :

- * de rejeter toutes les demandes présentées par la société LE FROID,
- * de la condamner à lui payer la somme de 500.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de première instance et d'appel.

Elle fait valoir pour l'essentiel :

- que doit être considéré comme déloyal l'acte qui est contraire à la loi ou au règlement, soit aux usages normaux du commerce et au comportement du concurrent avisé,
- que c'est à juste titre que le premier juge a relevé que dans le cadre d'une instance en liquidation d'astreinte, la charge de la preuve de la constatation de l'inexécution d'une obligation incombait au demandeur et que c'était à bon droit qu'elle avait mandaté un huissier aux fins d'établir la présence de bière 'MANTA' reprenant le packaging litigieux comportant la représentation d'une vague,
- que dès lors, ces constats ne peuvent constituer un abus de droit, ce que le premier juge n'a pas manqué de relever,
- qu'en l'espèce, les constats d'huissier ne font que reprendre les termes de l'ordonnance du 20 décembre 2010 et ne sont donc aucunement mensongers,

- que la société LE FROID fait preuve d'une grande mauvaise foi en déformant les faits à son avantage,
- qu'en effet, le juge des référés lui a bien indiqué qu'elle ne devait plus exposer le packaging litigieux aux yeux du public,
- qu'elle savait pertinemment qu'elle avait pour obligation de ne plus exposer à la clientèle le packaging litigieux,
- que la preuve en est que la société LE FROID a fait fabriquer et poser des autocollants pour masquer la vague figurant sur les deux côtés des emballages des packs de bière 'MANTA' se trouvant encore dans ses stocks,
- que c'est pour ce seul motif que le juge des référés a refusé d'ordonner une nouvelle astreinte.

Les ordonnances de clôture et de fixation de la date d'audience ont été rendues le 04 juin 2012.

MOTIFS DE LA DECISION

1) Sur la recevabilité de l'appel :

Attendu que l'appel formé dans les délais légaux, doit être déclaré recevable ;

2) Sur les demandes présentées par la société LE FROID :

Attendu qu'il résulte des pièces versées et des débats que la société GRANDE BRASSERIE DE NOUVELLE CALEDONIE dite GBNC et la société LE FROID se partagent le marché local de la bière (fabrication et commercialisation), dont la consommation est particulièrement importante sur le territoire de la Nouvelle Calédonie, avec toutes les conséquences néfastes que cela entraîne en termes de santé publique, de sécurité publique (délinquance routière, actes de violence de nature délictuelle et criminelle, incivilités, dégradations, destructions etc ...) et de pollutions visuelles (bouteilles et canettes abandonnées sur la voie publique ou dans la nature) ;

Que depuis 1972, la société GBNC commercialise différentes marques de bière, dont la plus connue est la NUMBER 1 ONE, qui représente une véritable 'institution' en Nouvelle Calédonie ;

Que depuis quelques années, les emballages et les contenants utilisés par la société GBNC montrent une canette de bière sur un fond représentant une vague déferlante de couleur jaune orangée et blanche en sa partie supérieure (crête, écume) ;

Que depuis 1975, la société LE FROID commercialise la bière 1664 de KRONENBOURG ;

Qu'en 2008, elle a lancé un nouveau produit sur le marché, la bière MANTA, qualifiée de '100 % calédonienne' ;

Qu'à partir de 2010, sont apparues deux variantes, la bière MANTA Classique (5% de volume d'alcool) et la bière MANTA Intense ;

Que dans le cadre de la campagne de publicité destinée au lancement et à la promotion de ces deux produits, la société LE FROID a utilisé un 'visuel' qui présente une vague déferlante surplombant une canette de bière ;

Que ce 'visuel' est accompagné, côté gauche, d'un dessin représentant un motif assez classique de tatouage polynésien figurant une 'raie manta' et sur le côté droit, des slogans 'La nouveauté en plus' et 'L'intensité en plus' ;

Que la société LE FROID a repris cette image de vague déferlante sur les emballages des produits qu'ils soient en carton ou en matière plastique ;

Que la société GBNC, estimant que cette similitude était de nature à induire un risque de confusion dans l'esprit du consommateur, a saisi le juge des référés ;

Qu'auparavant, elle avait fait procéder à un sondage d'opinion par une entreprise spécialisée, lequel a révélé que le risque de confusion était bien réel puisque sur 150 personnes interrogées, près de la moitié attribuait la bière MANTA à la société GBNC ;

Que par une ordonnance de référé rendue le 20 décembre 2010, le Président du Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA a :

* Vu le trouble manifestement illicite causé à la société GRANDE BRASSERIE DE NOUVELLE CALEDONIE par les agissements déloyaux de la société LE FROID entraînant un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs entre deux produits et les deux établissements qui les commercialisent et constituant, dans le cadre d'une publicité particulière, un dénigrement,

* Enjoint à la société LE FROID de cesser, dans les quarante huit heures de la signification de la présente décision, toute communication comportant la représentation de la vague telle qu'utilisée actuellement dans le cadre de sa campagne publicitaire de lancement de la bière de marque MANTA Classique,

* Enjoint à la société LE FROID de cesser, dans les quarante huit heures de la signification de la présente décision, la diffusion de sa publicité représentant le contenu d'un réfrigérateur avec, dans l'ombre, une canette de bière concurrente délaissée,

* Dit qu'à défaut la société LE FROID encourra une astreinte comminatoire de cinq cent mille (500.000) francs CFP par jour de retard et ce durant quinze jours, passé lequel délai il pourra de nouveau être fait droit ;

Que cette décision n'a pas été frappée d'appel ;

Que la société GBNC a mandaté un huissier de justice afin de vérifier si l'injonction relative à la cessation de toute communication comportant la représentation d'une vague et la représentation d'un réfrigérateur avec dans l'ombre, une canette de bière concurrente délaissée, était respectée ;

Que dans un procès-verbal dressé le 07 janvier 2011 et portant sur des constatations effectuées entre le 24 décembre 2010 et le 07 janvier 2011, l'huissier a constaté la présence du dessin figurant la vague objet du litige sur 'les packagings' (emballages) des packs de bière MANTA et ce, dans plusieurs commerces de NOUMEA, les magasins Champion Alma, Casino Johnston Magenta Discount ;

Qu'à ce procès-verbal, l'huissier a annexé 27 photographies prises sur place ;

Attendu que pour faire cesser le trouble manifestement illicite résultant des agissements déloyaux de la société LE FROID entraînant un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs entre les deux bières en concurrence, le juge des référés a prohibé 'toute communication comportant la représentation de la vague telle qu'utilisée actuellement dans le cadre de sa campagne publicitaire de lancement de la bière de marque MANTA Classique' ;

Que les termes choisis, à savoir 'toute communication comportant la représentation de la vague' s'entendent nécessairement de tous les supports possibles et imaginables de communication ou de marketing : publicité classique par voie de presse, par voie d'affichage, présentation et conditionnement des produits litigieux, et donc de leurs emballages, qu'ils soient en matière plastique comme les 'packagings' ou en carton ;

Que la vague déferlante stylisée, utilisée par la GBNC pour la commercialisation de sa bière NUMBER 1 ONE, constitue le signe distinctif sur lequel peut porter la confusion des consommateurs ;

Que la preuve que la société LE FROID avait parfaitement conscience de la portée et de l'étendue de l'injonction formulée par le juge des référés a été fournie par elle-même dans le cadre de la seconde procédure de référé engagée par la société GBNC ;

Qu'en effet, dans sa décision du 18 avril 2011, le juge des référés note 'il ressort des pièces versées aux débats que la société LE FROID a fait fabriquer et poser des autocollants pour masquer la vague figurant sur deux côtés des emballages des packs de bière MANTA encore dans ses stocks'... 'elle démontre, par la production d'un constat dressé par huissier le 24 février 2011, que les packs de bière 'MANTA Classique' et 'MANTA Intense' sont aujourd'hui recouverts de ce sticker chez les revendeurs de cette marque de bière' ... 'il n'y a, dès lors pas lieu de fixer une nouvelle astreinte pour contraindre la société LE FROID à faire disparaître un visuel qui est, aujourd'hui, camouflé aux yeux du public' ;

Que c'est sur la base de ce constat et pour ce motif que le juge des référés a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner une nouvelle astreinte ;

Qu'il s'ensuit que c'est avec beaucoup de mauvaise foi que dans le cadre de la présente procédure, la société LE FROID vient soutenir :

* que la GBNC a demandé à des huissiers de constater l'inexécution d'une obligation qui ne pesait pas sur elle, à savoir le retrait des publicités et packagings comportant la représentation d'une vague,

* qu'elle n'avait pas l'obligation de retirer les packagings comportant la représentation d'une vague,

* qu'il s'agit d'une information mensongère et dénigrante auprès des commerçants qui distribuent ses produits,

* que ces faits lui ont causé un préjudice évident en terme d'image,

* qu'il s'agit d'un véritable harcèlement constitutif d'agissements déloyaux de la part de la société GBNC à l'encontre de son concurrent,

* que la société LE FROID avait scrupuleusement respecté les termes de l'ordonnance du 20 décembre 2010 ;

Qu'enfin, il convient de relever qu'en cours d'instance, la société GBNC, qui était à l'origine de la présente procédure, a fait savoir qu'elle entendait se désister de l'instance ;

Que la société LE FROID qui, il convient de le rappeler est à l'origine de ce contentieux, a refusé ce désistement et a maintenu ses demandes reconventionnelles ;

Attendu qu'au vu des développements qui précèdent, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu:

* que l'établissement des constats d'huissier ne saurait caractériser un abus de droit ou des agissements déloyaux de la part de la société GBNC,

* que le caractère dénigrant des agissements imputés à la société GBNC n'était pas démontré,

* qu'il n'était pas justifié du harcèlement allégué par la société LE FROID, et l'a déboutée de ses demandes comme non justifiées ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point ;

PAR CES MOTIFS :

La Cour,

Statuant publiquement et par arrêt contradictoire ;

Déclare l'appel recevable en la forme ;

Confirme le jugement rendu le 21 septembre 2011 par le Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA, sauf en ce qu'il a ordonné le partage des dépens entre les deux parties ;

Infirme ledit jugement sur ce seul point et statuant à nouveau :

Dit que la société LE FROID, qui succombe, devra intégralement supporter les dépens ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires comme mal fondées ;

Vu les dispositions prévues par l'article 700 du Code de procédure civile condamne la société LE FROID à payer à la société GRANDE BRASSERIE DE NOUVELLE CALEDONIE dite GBNC la somme de cinq cent mille (500.000) FCFP ;

Condamne la société LE FROID aux entiers dépens de première instance et d'appel, avec distraction d'usage au profit de la SELARL d'avocats DESCOMBES & SALANS sur ses offres de droit ;

LE GREFFIER
LE PRÉSIDENT