

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS  
Pôle 5 – Chambre 2  
ARRÊT DU 19 JUIN 2020

Numéro d'inscription au répertoire général : n° RG 19/09051 – n° Portalis 35L7-V-B7D-B7266

Décision déferée à la Cour : ordonnance de référé du 29 mars 2019 – Tribunal de grande instance de PARIS – RG n°19/51677

APPELANTE AU PRINCIPAL et INTIMEE INCIDENTE

S.A.R.L. LES BISCUITS X, agissant en la personne de ses représentants légaux en exercice domiciliés en cette qualité au siège social situé

[...]

[...]

Immatriculée au rcs de Saint-Malo sous le numéro 822 560 397

Représentée par Me Frédéric LALLEMENT de la SELARL BDL AVOCATS, avocat au barreau de PARIS, toque P 480

Assistée de Me Dorothée BARTHELEMY DELAHAYE, avocate au barreau de PARIS, toque E 126

INTIMES AU PRINCIPAL et APPELANTS INCIDENTS

[...], pris en la personne de son président domicilié en cette qualité au siège social situé

[...]

[...]

Inscrit sous le numéro siren 529 304 057

S.A.R.L. GRAIN DE MOUTARDE, prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité au siège social situé

[...]

[...]

Immatriculé au rcs de Paris sous le numéro 827 853 367

Représentés par Me Frédérique ETEVENARD, avocate au barreau de PARIS, toque K 0065

Assistés de Me Laëticia BENARD plaidant pour ALLEN & OVERY LLP, avocate au barreau de PARIS, toque J 022

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 29 janvier 2020, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme Anne-Marie GABER, Présidente de chambre

Mme Laurence LEHMANN, Conseillère

Mme Françoise BARUTEL, Conseillère

qui en ont délibéré

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffière lors des débats : Mme Carole TREJAUT

ARRET :

Contradictoire

Par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile

Signé par Mme Anne-Marie GABER, Présidente, et par Mme Carole TREJAUT, Greffière, présente lors de la mise à disposition.

Vu l'ordonnance contradictoire de référé du 29 mars 2019 rendue par le délégataire du président du tribunal de grande instance de Paris, signifiée le 16 avril 2019 à la demande de la société Les Biscuits X,

Vu l'appel interjeté le 24 avril 2019 par la société Les Biscuits X,

Vu les dernières conclusions (conclusions récapitulatives n°4) remises au greffe, et notifiées, par voie électronique, le 17 décembre 2019 de la société appelante, incidemment intimée,

Vu les dernières conclusions (intitulées conclusions en réponse n°3 mais constituant en fait un quatrième jeu de conclusions en réponse) remises au greffe, et notifiées, par voie électronique, le 13 janvier 2020 du Fonds de dotation Emeraude Solidaire (FDES) et de la société Grain de Moutarde entreprise de l'économie sociale et solidaire, intimés et incidemment appelants,

Vu l'ordonnance de clôture du 23 janvier 2020,

SUR CE, LA COUR,

Il est expressément renvoyé, pour un exposé complet des faits de la cause et de la procédure, à la décision entreprise et aux écritures précédemment visées des parties.

Il sera simplement rappelé que la société Les Biscuits X constituée le 6 septembre 2016, a une activité de boulangerie, pâtisserie sandwicherie et de vente de tels produits.

Elle exploite sous l'enseigne 'BISCUITS X' un fonds de commerce de biscuiterie connu à Dinard depuis 1963, qu'elle a acquis le 4 novembre 2016 et qui a été créé le 4 novembre 1958 par M. Y X.

Elle a fait enregistrer la marque française verbale 'BISCUITS X' le 25 décembre 2016 sous le numéro 16 4 324 964 pour désigner en classes 29, 30 et 32 les produits suivants :

« Viande ; poisson ; volaille ; gibier ; extraits de viande ; fruits conservés ; fruits congelés ; fruits secs ; fruits cuisinés ; légumes conservés ; légumes surgelés ; légumes séchés ; légumes cuits ; gelées ; confitures ; compotes ; 'ufs ; lait ; produits laitiers ; huiles et graisses comestibles ; graisses alimentaires ; beurre ; charcuterie ; salaisons ; crustacés (non vivants) ; conserves de viande ; conserves de poisson ; fromages ; boissons lactées où le lait prédomine ; Café ; thé ; cacao ; sucre ; farine ; préparations faites de céréales ; pain ; pâtisseries ; confiserie ; glaces alimentaires ; miel ; sirop de mélasse ; levure ; poudre à lever ; sel ; glace à rafraîchir ; sandwiches ; pizzas ; crêpes (alimentation) ; biscuits ; gâteaux ; biscottes ; sucreries ; chocolat ; boissons à base de cacao ; boissons à base de café ; boissons à base de thé ; Bières ; eaux minérales (boissons) ; eaux gazeuses ; boissons à base de fruits ; jus de fruits ; sirops pour boissons ; préparations pour faire des boissons ; limonades ; nectars de fruits ; sodas ; apéritifs sans alcool ".

Elle a également enregistré le nom de domaine 'biscuitsjoyeux.fr' créé le 15 juin 2017.

Un échange de courriels et une recherche d'accord sont intervenus avec le FDES, créé en 2010 pour soutenir en particulier les personnes exclues ou marginalisées, quant au projet d'adoption par ce dernier du terme X pour un concept de 'coffee-shops' (cafés) dont les employés sont en situation de handicap, ainsi qu'à l'occasion de l'ouverture médiatisée d'un premier restaurant 'X' à Rennes fin 2017 par le FDES et la société Grain de Moutarde, immatriculée au registre du commerce et des sociétés le 21 février 2017 et titulaire depuis le 9 octobre 2017 notamment du nom de domaine 'X.fr' pour présenter les cafés 'X'.

Le FDES, après avoir demandé l'enregistrement le 27 juillet 2017 d'une marque semi-figurative française 'CHACOF SERVI AVEC LE COEUR', a déposé :

' en classes 29, 30, 32, 41 et 43 :

— les marques verbales 'X', française n° 4400588 le 30 octobre 2017 (limitée aux classes 41 et 43 le 15 mai 2018) et de l'Union européenne (UE) n°17513193 le 23 novembre 2017,

— les marques semi figuratives 'X SERVI AVEC LE COEUR', française n°4400608 le 30 octobre 2017 et de l'UE n°17513284 le 23 novembre 2017 ainsi représentées :

— les marques verbales ' X SERVI AVEC LE COEUR', française n°4400599 le 30 octobre 2017 et de l'UE n° 17513235 le 23 novembre 2017,

' en classes 41 et 43 :

— la marque verbale française 'CAFÉ X' n° 44006671 le 22 novembre 2017.

La société Les Biscuits X a pour sa part déposé le 14 novembre 2017 en classes 29, 30 et 32 une nouvelle marque nominale française, 'Maison X' n°4404183 et s'est opposée, respectivement les 14

janvier et 3 mai 2018, aux demandes d'enregistrement des marques verbales françaises et de l'UE 'X' du FDES.

Elle a mis ce dernier en demeure, le 2 juillet 2018, entre autres, de procéder au retrait intégral de ses marques incluant le terme 'X' et de cesser toute utilisation de cette dénomination et lui a rappelé, le 18 octobre 2018, qu'aucun accord n'était intervenu.

Elle a ensuite fait diligenter, les 23 et 29 octobre 2018, deux procès-verbaux de constats par huissier de justice concernant respectivement des affichages ainsi que des signalétiques à Dinard portant la mention 'X' ou 'CAFE X', et l'utilisation sur internet de ces signes en particulier à l'occasion de la course à la voile dénommée La Route du Rhum.

Deux autres cafés 'X' employant des personnes en situation de handicap mental ou présentant des troubles cognitifs et proposant un service de petite restauration ont été ouverts à Paris en mars et novembre 2018 et la société Les Biscuits X a ainsi fait assigner en référé le 14 novembre 2018 le FDES et la société Grain de Moutarde, aux fins d'obtenir une mesure d'interdiction provisoire sous astreinte de l'usage du signe 'X' à titre distinctif, isolément ou non, et le paiement d'une indemnité provisionnelle de 5 000 euros en réparation du préjudice subi pour contrefaçon et concurrence déloyale.

Suivant l'ordonnance dont appel, le premier juge, rejetant le surplus des demandes, a :

— dit que l'assignation a été valablement délivrée et que l'utilisation du terme « X » par le FDES et la société Grain de Moutarde à titre de marque et de nom de domaine, sans ajout d'un autre élément verbal ou figuratif pour désigner des produits alimentaires ainsi que des services de bar et de restauration, porte une atteinte vraisemblable aux droits de la société Les biscuits X conférés par sa marque française verbale 'BISCUITS X',

— fait interdiction provisoire sous astreinte au FDES et à la société Grain de Moutarde de faire usage du signe « X » sans association à un autre élément verbal ou figuratif, pour désigner des produits et/ou services identiques ou similaires à ceux visés à l'enregistrement de la marque « BISCUITS X »,

— condamné in solidum le FDES et la société Grain de Moutarde à payer à la société Les Biscuits X 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Les Biscuits X a débuté le 1er avril 2019 l'exploitation d'une seconde boutique de boulangerie-pâtisserie, dans une galerie marchande à Saint-Malo, sous l'enseigne 'MAISON X depuis 1963'.

Il n'est pas discuté qu'au cours de la présente instance d'appel elle a fait assigner au fond devant le tribunal de grande instance de Paris le FDES et la société Grain de Moutarde.

Par ailleurs, la procédure d'opposition par elle initiée le 3 mai 2018 devant l'Office de l'UE pour la propriété intellectuelle (EUIPO) à l'enregistrement de la marque de l'UE 'X' a été suspendue le 5 juin 2019 dans l'attente d'une décision dans une autre procédure d'opposition.

Enfin la chambre 1 du pôle 5 de cette cour a, par arrêt du 5 novembre 2019, rejeté le recours du FDES à l'encontre d'une décision du directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) du 22 octobre 2018 qui a estimé justifiée l'opposition à la demande d'enregistrement de la marque verbale française 'X' pour les produits et services suivants :

« Services de restaurants, cafés, cafétérias, snacks-bars, bars à en-cas, bars à café, salons de thé, maisons de thé et restaurants de plats à emporter ; Préparation de plats et boissons à emporter ; Services de bars ; Services de traiteurs ; Services de préparation de nourriture et de boissons ; Services de boissons dans le cadre d'un contrat ; Services de restauration rapide ; Services d'établissements de restauration rapide ; Services d'établissements de restauration rapide et de restaurants en service continu ; Services de traiteurs au sein de cafétérias de restauration rapide ».

C'est dans ces circonstances, que la société Les Biscuits X, appelante, critique l'ordonnance de référé entreprise en ce qu'elle n'a pas retenu de contrefaçon vraisemblable de sa marque par les expressions 'CAFE X' et 'X SERVI AVEC LE COEUR', ni l'usage à titre de marque du terme 'X' dans des slogans ou éléments rédactionnels, ni une utilisation du terme 'X' compromettant avec l'évidence requise en référé son activité, et n'a pas fait droit à ses demandes d'indemnité provisionnelle et de concurrence déloyale pour laquelle elle invoquait une atteinte à sa dénomination sociale, à son nom commercial et à son enseigne.

Elle sollicite ainsi une extension de la mesure d'interdiction ordonnée en première instance à l'usage du signe 'X' à titre distinctif 'au sein d'expressions telles que « CAFE X », « X servi avec le coeur » ; «BUVEZ X », « X aime servir dans la joie et ouvrir les coeurs » etc. personnifiant le terme « X » et lui conférant une fonction distinctive' et une augmentation de l'astreinte prononcée jusqu'à ce qu'intervienne une décision au fond ou un accord, ainsi que le paiement d'une somme provisionnelle de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale commis à son encontre, et de la somme de 25 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le FDES et la société Grain de Moutarde, incidemment appelants, soulèvent devant la cour l'irrecevabilité des conclusions d'appel et réitèrent leur demande d'annulation de l'assignation, d'irrecevabilité des demandes en concurrence déloyale et de rejet des demandes de la société Les Biscuits X.

Ils sollicitent la condamnation de cette dernière à payer au FDES sous astreinte une provision de 60 000 euros en réparation du préjudice subi du fait de la rupture abusive des pourparlers, outre une provision de même montant en réparation des actes de concurrence déloyale et parasitaire. Ils demandent par ailleurs de prononcer une mesure d'interdiction sous astreinte de faire usage 'du signe « X depuis 1963 » et «MAISON X depuis 1963 » ainsi que des slogans personnifiant le terme «X » (« SOURIRE X », « ANNIVERSAIRE X », « APPRENTIS X », etc.)' et de condamner la société Les Biscuits X à payer au FDES 40 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur la procédure

Il sera relevé que si dans le dispositif de leurs écritures les intimés opposent l'irrecevabilité des conclusions d'appel de la société Les Biscuits X ils ne présentent aucune motivation particulière de ce chef.

Il ne saurait dès lors être fait droit à cette fin de non recevoir.

Les intimés exposent par ailleurs, au visa de l'article 56 alinéa 2 du code de procédure civile, que l'assignation n'aurait pas été valablement délivrée faisant valoir qu'ils n'auraient pas pu se défendre utilement dès lors que, selon eux, l'exploit introductif d'instance ne précisait pas le rôle reproché à chacun d'eux et visait :

— une contrefaçon par imitation sans comparaison visuelle, phonétique et conceptuelle des signes en cause ni démonstration du caractère distinctif du terme 'X' au sein de la marque antérieure,

— des atteintes à la dénomination sociale, au nom commercial ainsi qu'au nom de domaine, sans évoquer des faits les établissant,

— des demandes trop vagues, ne précisant pas pour quels produits ou services l'usage d'une marque identique ou similaire devrait être interdite,

— une liste d'expressions utilisées comprenant le terme 'X' sans définir les demandes afférentes à chacune d'elles.

Toutefois, si l'assignation doit contenir l'objet de la demande avec un exposé en fait et en droit, il ressort de l'examen auquel la cour a procédé que l'assignation de 22 pages dont s'agit, produite au débat (pièce 108) par la société Les Biscuits X, incriminait clairement, d'une part, l'adoption et l'exploitation par le FDES du signe 'X' pour une activité de 'coffee-shop' qu'elle estimait similaire à la sienne ainsi que le dépôt des 7 marques précitées comportant le terme 'X' depuis le 30 octobre 2017, d'autre part, la création et l'exploitation par la société Grain de Moutarde d'un nom de domaine 'X.fr' pour présenter les cafés 'X'.

Cet exploit introductif d'instance rappelait par ailleurs que l'INPI avait rejeté la demande d'enregistrement de la marque 'X' pour certains services comme étant en lien étroit avec les produits désignés par sa marque antérieure, que le FDES n'avait pas donné de suite favorable à sa demande de cessation d'usage du terme 'X' et qu'un des deux procès-verbaux de constat (du 29 octobre 2018) révélait en outre le lancement d'une marque de cafés en grains et en capsules sur le site 'X.fr' qui seraient identiques aux produits visés par sa marque.

La société Les Biscuits X invoquait enfin, dans la partie discussion de l'assignation, la distinctivité du terme X au regard des produits désignés par sa marque et la reprise intégrale de ce terme (point 10.1), les similitudes entre les signes (point 10.2) outre une identité et similarité des produits et services concernés (point 11) et une exploitation constitutive d'une concurrence déloyale, à savoir une atteinte à sa dénomination sociale, à son nom commercial et à son enseigne, à raison d'une confusion ou d'un rattachement fautif avec son activité (point 14).

Il ne saurait être considéré que ces éléments ne permettaient pas à suffisance au FDES et à la société Grain de Moutarde de présenter leur défense et en particulier de faire valoir le cas échéant le caractère disproportionné des demandes au regard des données fournies et des démonstrations faites quant à la vraisemblance de faits de contrefaçon de marque ou à l'existence d'un trouble manifestement illicite, ce que les intéressés ont au demeurant été parfaitement en mesure d'articuler.

La décision entreprise ne peut dès lors qu'être approuvée en ce qu'elle a retenu qu'il n'existe pas d'atteinte aux droits de la défense et écarté ce moyen de nullité déclarant l'assignation valablement délivrée.

Sur la vraisemblance de la contrefaçon

La cour saisie dans le cadre d'une action en référé ne peut ordonner les mesures demandées par la société Les Biscuits X que si les éléments de preuve, qui sont raisonnablement accessibles à cette dernière, rendent vraisemblable qu'il a été porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente.

La société Les Biscuits X soutient que le dépôt par la FDES des marques précitées et l'exploitation sur le site internet 'X.fr' de diverses expressions autour du terme X employé à titre distinctif caractériseraient une contrefaçon par imitation.

Il convient donc, ainsi que rappelé par le premier juge, de comparer successivement la marque première 'BISCUITS X' avec les marques secondes critiquées et les expressions incriminées.

Sur les marques

Sur la comparaison des produits

Il ressort de l'énumération précitée des produits couverts par la marque première qu'il s'agit de produits alimentaires divers, frais, conservés, séchés ou surgelés, et pour certains préparés tels les sandwiches ou pizzas.

Les marques contestées visaient en classe 43 des services dont la 'Préparation de plats à emporter' complémentaire des produits alimentaires préparés de la marque première puisque constituant des préparations de plats destinés à être emportés. Toutes ces marques, sauf les marques françaises 'X' et 'CAFÉ X', désignent par ailleurs en classes 29, 30 et 32 des aliments identiques à des produits de la marque 'BISCUITS X' tels notamment les 'huiles et graisses comestibles ; fruits conservés ; fruits congelés ; fruits secs ; fruits cuisinés ; gelées ; confitures ; compotes ; ufs ; lait ; [...] Café ; thé ; [...] jus de fruits ; boissons à base fruits ''.

Il existe ainsi manifestement des produits similaires s'agissant des marques françaises 'X' et 'CAFÉ X' et des produits identiques ou similaires pour les autres marques incriminées.

Sur la comparaison des signes

Les marques contestées n'étant pas la reproduction à l'identique de la marque invoquée, faute de la reproduire sans modification ni ajout en tous les éléments la composant, il convient de rechercher s'il existe entre les signes en présence un risque de confusion, qui doit être apprécié globalement à la lumière de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce. Cette appréciation globale doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques, en tenant compte notamment des éléments distinctifs et dominants de celles-ci.

' Sur les marques verbales 'Joyeux'

Visuellement, la similitude tenant à la reprise, à l'identique, du terme X inclus dans la marque antérieure 'BISCUITS X' est largement atténuée par l'absence de reproduction du terme d'attaque 'BISCUITS', montrant ainsi au plan visuel un signe composé d'un unique vocable et non de deux termes.

De même, phonétiquement, l'absence de reprise du terme d'attaque 'BISCUITS' à la sonorité sifflante, très différente de celle du terme second 'X' plus coulante, confère au signe contesté plus court, comme ne reprenant que ce terme second, une prononciation distincte s'effectuant en 2 temps et non en 4 temps.

Intellectuellement, la présence du terme 'BISCUITS' revêt certes un caractère accessoire pour quelques produits couverts par la marque première à savoir les 'préparations faites de céréales ; pâtisseries ; biscuits ; gâteaux ; sucreries ; biscottes ' mais pas nécessairement pour nombre d'autres

produits tels la viande, le poisson, la volaille ou le gibier même s'il évoque le domaine alimentaire et si toutes sortes d'aliments peuvent être incorporés à des biscuits (à savoir des gâteaux secs ou de la pâtisserie) ou être consommés avec ces derniers.

A supposer que le terme 'X' demeure perçu comme dominant dans la marque antérieure, le consommateur des produits en cause comprendra immédiatement le signe 'BISCUITS X' comme un tout désignant les biscuits d'un dénommé X, patronyme connu en France et partant d'un pays de l'UE, et ce, d'autant que ce terme est placé en second ce qui n'est pas usuellement le cas de l'adjectif 'X' en langue française et qu'il n'est pas inhabituel dans le secteur alimentaire d'utiliser comme signe distinctif un terme évocateur des produits concernés suivi d'un nom de famille. Au demeurant il ressort des pièces produites au débat qu'antérieurement au dépôt de la marque 'BISCUITS X' la société Les Biscuits X avait acquis le fonds de commerce connu localement comme ayant été celui de M. X ou comme associé à la représentation d'un nain souriant dénommé 'X'.

Le signe 'X' seul constituant les marques contestées, faute d'être associé à un autre vocable

ne sera quant à lui spontanément compris, de manière usuelle, comme un adjectif dans son sens courant, c'est-à-dire qui inspire ou manifeste de la joie, et non comme la référence à un patronyme.

Il ne s'infère dès lors pas de la comparaison visuelle, phonétique et intellectuelle des signes en présence une impression d'ensemble rendant suffisamment vraisemblable un risque de confusion, même pour des produits identiques ou similaires, dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne, normalement informé et raisonnablement avisé, dont il ne peut pas être considéré, avec l'évidence requise en référé, qu'il serait fondé à considérer les marques secondes comme une déclinaison de la marque première et attribuer aux produits couverts par les signes en cause une origine commune ni à les associer comme provenant d'entreprises économiquement liées quand bien même le signe contesté serait utilisé dans un lieu géographique proche de l'exploitation ancienne du signe 'BISCUITS X'.

Il sera ajouté qu'il n'apparaît pas de manière manifeste que le signe 'X' ait été exploité à titre de marque de manière isolée par les intimés pour des produits identiques ou similaires à ceux couverts par la marque antérieure.

La décision entreprise sera donc infirmée en ce qu'elle a retenu l'existence d'une atteinte vraisemblable à la marque antérieure par l'utilisation du signe 'X' seul pour désigner des produits alimentaires et services de restauration et ordonné une mesure d'interdiction provisoire de ce chef.

' Sur les marques verbales et semi figuratives 'X SERVI AVEC LE COEUR'

Au plan visuel la seule reprise en attaque du terme second 'X' de la marque première 'BISCUITS X' dans les signes 'X SERVI AVEC LE COEUR' est largement occultée par cette expression longue comprenant 5 mots alors que la marque antérieure n'en comporte que deux. Si dans les signes semi-figuratifs 'X SERVI AVEC LE COEUR' le terme 'X' quoique présenté sous un dessin est largement mis en valeur par sa taille, cette présentation renforce la différence visuelle avec la marque antérieure, étant ajouté que le dessin montre un visage associé à un plateau présentant apparemment une boisson chaude, une autre boisson et une pâtisserie, laquelle ne s'apparente pas à la représentation usuelle d'un biscuit.

Phonétiquement, malgré l'existence d'un terme commun 'X', la longueur de l'expression contestée qui comprend 8 temps et s'énonce à la manière d'un slogan est sans rapport avec la prononciation de la marque antérieure en 4 temps.

Au plan conceptuel si le signe contesté qui forme un tout place en évidence le terme 'X' le premier juge a à juste titre relevé qu'il renvoie à une dimension altruiste, absente de la marque première, évoquant la convivialité et à une idée de service, renforcée dans les marques semi figuratives par le dessin du serveur présenté, tandis la marque première vise un produit particulier, à savoir les biscuits.

Il résulte de cette comparaison aux plans visuel, phonétique et conceptuel une impression d'ensemble ne permettant pas de retenir un vraisemblable risque de confusion, en ce compris celui d'association, entre les signes en cause dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne, normalement informé et raisonnablement avisé des produits désignés par la marque antérieure, même pour des produits similaires, voire identiques tel que le café que les intimés reconnaissent exploiter sous le signe 'X SERVI AVEC LE COEUR'.

L'ordonnance dont appel doit en conséquence être approuvée en ce qu'elle a retenu que les signes 'X SERVI AVEC LE COEUR' en cause ne pouvaient pas être considérés comme une contrefaçon vraisemblable de la marque antérieure opposée.

' Sur la marque verbale française 'CAFÉ X'

Ainsi qu'exactly relevé par le premier juge les signes 'BISCUITS X' et 'CAFÉ X' présentent des similitudes visuelles, rythmiques et sonores comme comportant chacune 4 syllabes et un même terme second 'X', toutefois au plan visuel comme phonétique les termes d'attaque sont nettement distincts par leur longueur étant respectivement constitués de 8 et 4 lettres, mais également par la prononciation sifflante de 'BISCUITS' absente de celle heurtée de 'CAFÉ'.

Intellectuellement l'expression 'CAFÉ X' comme 'BISCUITS X' tend par la place inhabituelle du terme 'X' à évoquer un service ou un produit d'un dénommé X. Néanmoins ainsi que précédemment rappelé ce patronyme n'est pas inconnu du public français et celui-ci comprendra spontanément la marque première comme renvoyant à un produit du fait de la présence du mot 'BISCUITS' tandis que le signe contesté sera spontanément compris comme un lieu de consommation à savoir un café tenu par un dénommé 'X'. Même si le public concerné sait que ce type d'établissement est susceptible de proposer accessoirement des biscuits il ne saurait le confondre avec l'exploitation d'une marque qui n'évoque que des biscuits.

En définitive, nonobstant la connaissance régionale antérieure ancienne du signe 'BISCUITS X', il ne s'infère pas de cette appréciation globale visuelle, phonétique et intellectuelle des signes en présence, avec l'évidence requise en référé, une impression de risque vraisemblable de confusion ou d'association même au regard du mode d'usage probable du signe critiqué, pour les produits couverts par les signes, étant rappelé que la marque 'CAFÉ X' ne vise, en dehors de la préparation de plats et boisson à emporter similaire aux produits de la marque antérieure que des services, même s'ils relèvent du domaine alimentaire, étant observé que pour ce signe un accord de coexistence avait au demeurant été discuté entre les parties lors d'une réunion du 20 avril 2018.

La décision entreprise sera donc confirmée en ce qu'elle n'a pas retenu la vraisemblance d'une contrefaçon de la marque antérieure par le signe verbal 'CAFÉ X'.

Sur l'exploitation à titre de marque

La société Les Biscuits X soutient encore que l'exploitation du terme 'X' à titre de nom de domaine ('X.fr' et 'cafejoyeux.fr), d'enseigne et de nom commercial, ou dans diverses expressions ou slogans (listés notamment en page 35 de ses conclusions), ainsi que pour identifier des comptes sociaux (@cafejoyeux) caractériserait une atteinte à sa marque 'BISCUITS X'.

Il n'est pas sérieusement contestable, ainsi que retenu en première instance, que le terme 'X' est utilisé à titre de marque notamment sur la devanture de cafés des intimés, et dans divers slogans cités en page 35 des conclusions de la société Les Biscuits X.

Le terme 'X' y est en effet systématiquement mis en évidence soit par la taille de sa police par rapport à d'autres mots, soit par sa position souvent en attaque dans les expressions telles que 'X AIME SERVIR[...], X VEUT REMETTRE[...], X SOUHAITE[...]' ou par des formulations telle que 'BUVEZ X' qui toutes donnent immédiatement à penser que le mot 'X' renvoie à l'origine des services proposés.

Pour autant ainsi que pertinemment retenu par le premier juge le risque de confusion allégué n'est pas démontré dès lors que les éléments associés au terme 'X' font clairement référence à la nature et à la vocation des services offerts par les intimés, et aucunement à des biscuits à la différence de la marque antérieure 'BISCUITS X'.

Si des clients ou des membres du personnel de la société Les Biscuits X ont pu localement s'interroger sur l'origine de la dénomination 'X' apparaissant sur un bateau au départ de la Route du Rhum, les bateaux n'ont strictement aucun rapport avec les produits désignés par la marque 'BISCUITS X' et la dénomination était accompagnée notamment sur la voile du bateau du dessin agrandi du visage caractéristique du client ou serveur figuré sur les marques semi figuratives 'X servi avec le coeur' ainsi qu'il ressort en particulier du procès-verbal de constat précité du 29 octobre 2018, dessin qui ne s'apparente visuellement d'aucune manière au nain ayant pu être associé aux marques verbales de la société Les Biscuits X.

Le seul fait que certaines personnes connaissant la société Les Biscuits X aient pu se demander si celle-ci était à l'initiative des cafés X ne saurait suffire à caractériser, avec la nécessité de vraisemblance imposée en référé, un risque de confusion et partant une contrefaçon par imitation telle qu'alléguée, étant observé que l'usage du terme X par les intimés dans les expressions incriminées fait référence à une activité de service ou à la dimension sociale du FDES qui ne sont pas celles de la société Les Biscuits X.

Il ne peut dès lors être considéré dans le cadre de la présente action en référé que la désignation de cafés constituant des établissements servant des boissons et repas par le mot 'X', ou l'emploi de ce terme dans les adresses de comptes sociaux (Facebook, Instagram, et Twitter), comme la réservation et l'exploitation du nom de domaine 'X.fr', génère un risque vraisemblable confusion, étant rappelé qu'il a été précédemment retenu qu'un tel risque n'existait pas entre le signe 'X' seul et la marque antérieure même pour des produits qui seraient identiques, tel le café, ou similaires à ceux couverts par ladite marque.

Il en résulte que toutes les demandes au titre de la contrefaçon ne peuvent qu'être rejetées, et pas seulement celle tendant à l'obtention d'une indemnité provisionnelle déjà rejetée en première instance.

Sur l'atteinte à la dénomination sociale, au nom commercial et à l'enseigne

La société Les Biscuits X invoque des faits distincts de la contrefaçon de marque, qui seraient constitutifs de concurrence déloyale, pour atteinte à sa dénomination sociale et à son nom commercial.

Si elle justifie de l'exploitation de la dénomination 'BISCUITS X' à titre d'enseigne, sur son site internet, pour identifier ses comptes Instagram et Facebook et sur des prospectus, sachets ou étiquettes, il n'est pas pour autant établi avec l'évidence nécessaire en la cause que les activités du

FDES ou de la société Grain de Moutarde en ce qu'elles utilisent le terme 'X' soient de nature à lui causer un trouble manifestement illicite.

A cet égard, il sera relevé que si un partenariat avait été initialement évoqué avec le FDES et si les dirigeants de celui-ci ont également des attaches dans la ville de Dinard où la société Les Biscuits X exploite son commerce il ressort de ce qui précède qu'il n'est pas à suffisance démontré que l'usage, même médiatisé, du terme 'X' pour promouvoir l'activité des intimés constitue une faute génératrice d'un préjudice, pour atteinte à l'image de la société Les Biscuits X, détournement des investissements de cette dernière, ou impossibilité pour celle-ci d'étendre son implantation locale.

Il s'en infère qu'il n'est pas justifié d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite causé à la société Les Biscuits X, d'autant qu'il n'apparaît pas qu'il s'agisse de la seule enseigne du secteur ayant pu comprendre le terme X et que des sondages produits par les intimés tendent à montrer l'absence d'un risque de confusion avec les activités de ces derniers.

L'ordonnance dont appel ne peut dès lors qu'être approuvée en ce qu'elle a retenu qu'il n'était pas démontré avec l'évidence requise en référé que les faits allégués ont pu compromettre les conditions de l'activité sociale de la société Les Biscuits X et a rejeté ses demandes au titre de la concurrence déloyale.

Sur les demandes du FDES

Sur la rupture abusive de pourparlers

Les intimés maintiennent que la société Les Biscuits X a brutalement et sans motif légitime mis fin aux pourparlers engagés en vue d'un accord de coexistence qui ont généré des frais, en formulant de nouvelles propositions irréalistes le 1er juin 2018 et en décidant d'une action judiciaire ensuite de la mise en demeure qui lui a été adressée le 16 juillet 2018 par le conseil du FDES aux fins de reprise des discussions amiables.

Il n'est pas sérieusement contesté que des échanges ont perduré entre les parties au-delà d'un SMS du 30 novembre 2017 ainsi que relevé par le premier juge. Toutefois si les intimés ont pu espérer, ensuite notamment de réunions des 20 avril et 25 mai 2018, que la poursuite de discussions entre les parties serait susceptible de permettre un accord de coexistence, il ne peut pas être considéré, au vu notamment des courriels échangés, que la société Les Biscuits aurait à l'évidence abusivement mis fin aux discussions entreprises ou fautivement laissé croire à une issue favorable de ces dernières, ce que l'intéressée a formellement contesté par l'intermédiaire de son conseil dès le 18 octobre 2018.

La décision entreprise ne peut en conséquence qu'être approuvée en ce qu'elle n'a pas retenu de trouble manifestement illicite justifiant de ce chef des mesures provisoires.

Sur la concurrence déloyale et parasitaire

Les intimés soutiennent également que la société Les Biscuits X a cherché à nuire au succès rencontré par les restaurants exploités par le FDES en faisant publiquement état de la procédure judiciaire en cours et en opérant soudainement un changement dans sa stratégie de communication autour du terme 'X'.

Toutefois le simple fait que l'un des deux co gérants de la société Les Biscuits X ait pu dans le cadre d'un message privé faire état auprès du vainqueur de la Route du Rhum d'un 'triste conflit' avec le fondateur du FDES, d'un refus de ce dernier de changer d'identité, de sa condamnation en référé et du

prétendu non respect de cette décision afin de solliciter son intervention pour l'aider 'à faire avancer les choses' ne saurait permettre de retenir une intention de nuire manifeste de la société Les Biscuits X à l'encontre des intimés.

Il en est de même d'un contact téléphonique avec un partenaire des intimés et d'un échange verbal avec une directrice d'exploitation hôtelière préalablement à une conférence de presse, réalisés par ledit cogérant de la société Les Biscuits X faisant état du conflit l'opposant au fondateur du FDES ou de son sentiment d'être une victime de l'utilisation de la marque 'Café X'.

Si la société Les Biscuits X a, ainsi que précédemment rappelé, déposé une nouvelle marque 'Maison X' et ouvert une nouvelle boutique 'Maison X depuis 1963" en mettant en valeur le terme 'X' notamment par la taille de la police utilisée dans cette enseigne, de nouveaux logos et ses campagnes publicitaires, mais également dans le cadre de l'exploitation de son fonds de commerce dinardais, et si elle met en valeur ses offres et ses équipes, ainsi qu'il ressort des pièces produites au débat, il n'est pas pour autant établi que ces faits permettent de caractériser une volonté non sérieusement contestable de détourner la clientèle des intimés ou de tirer profit sans bourse délier de la notoriété des 'Cafés X'.

La preuve d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent pour les intimés ne s'avère pas à suffisance rapportée pour qu'il y ait lieu à référé de ce chef. L'ordonnance dont appel sera, en conséquence, confirmée en ce qu'elle a débouté le FDES et la société Grain de Moutarde de leurs demandes reconventionnelles.

Sur les frais et dépens

La décision entreprise étant infirmée sur l'atteinte vraisemblable aux droits de la société Les Biscuits X retenue par le premier juge, les dépens de première instance comme ceux d'appel seront mis à la charge de cette dernière.

Il n'est toutefois pas inéquitable de laisser à la charge de chacune des parties les frais irrépétibles de procédure de première instance et d'appel.

PAR CES MOTIFS,

Confirme la décision entreprise en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'elle a dit que l'utilisation du terme « X » à titre de marque et de nom de domaine porte une atteinte vraisemblable aux droits de la société Les biscuits X, prononcé une interdiction provisoire sous astreinte de faire usage du signe « X » sans association à un autre élément verbal ou figuratif, pour désigner des produits et/ou services identiques ou similaires à ceux visés à l'enregistrement de la marque « BISCUITS X », et condamné in solidum le Fonds de dotation Emeraude Solidaire et la société Grain de Moutarde aux dépens ainsi qu'à payer à la société Les Biscuits X 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Et statuant à nouveau dans cette limite,

Dit n'y avoir lieu à référé sur l'utilisation du terme « X » par le Fonds de dotation Emeraude Solidaire et la société Grain de Moutarde à titre de marque et de nom de domaine, ni à interdiction provisoire ;

Rejette toutes autres demandes des parties contraires à la motivation ;

Condamne la société Les Biscuits X aux dépens de première instance et d'appel qui pour ces derniers pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile, et

vu l'article 700 dudit code, rejette toutes les demandes formées à ce titre par chacune des parties pour les frais irrépétibles de première instance et d'appel.

La Greffière La Présidente