

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 5
ARRÊT DU 27 SEPTEMBRE 2012

Numéro d'inscription au répertoire général : 09/28951
Décision déferée à la Cour : Jugement du 27 Novembre 2009 -Tribunal de Commerce de
PARIS - RG n° 2008061563

APPELANTE

SA TECHTRAINING représentée par son Président du Conseil d'Administration et son
Directeur Général et tous représentants légaux, ayant son siège 2 Parc Ariane
78280 GUYANCOURT.

Représentée par Me Mireille GARNIER de la SCP GARNIER, avocats au barreau de PARIS,
toque : J136. Assistée de Me Françoise GOIGOUX, avocat au barreau de PARIS, toque : G
0245, substituant Me BESSIS PAUL, avocat au barreau de PARIS, toque P424

INTIMÉE

SA BIGBEN INTERACTIVE

Ayant son siège
CRT 2 rue de la Voyette
59818 LESQUIN CEDEX

Représentée par Me Pascale FLAURAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : K0090
Assistée de Me Maxime CHAMINADE, avocat au barreau de PARIS, toque : E 617

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 910 du code de procédure civile, l'affaire a
été débattue le 21 juin 2012, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposé, devant
Madame Colette PERRIN, Présidente et Madame Patricia POMONTI, Conseillère chargée
d'instruire l'affaire. Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la
Cour, composée de :

Madame Colette PERRIN, Présidente

Madame Patricia POMONTI, Conseillère

Madame Irène LUC, Conseillère désignée par ordonnance de Monsieur le Premier Président
de la cour d'appel de Paris en vertu de l'article R312-3 du code de l'organisation judiciaire
pour compléter la chambre.

Greffier, lors des débats : Mademoiselle Emmanuelle DAMAREY

ARRÊT :

- 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 deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure
civile.

- signé par Madame Colette PERRIN, présidente et par Mademoiselle Emmanuelle DAMAREY, greffier des services judiciaires auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS CONSTANTS ET PROCEDURE

La société Bigben Interactive est spécialisée dans la conception d'accessoires pour consoles de jeux vidéo et ordinateurs PC qu'elle commercialise sous la marque Bigben Interactive. Elle commercialise notamment des gammes complètes d'accessoires pour consoles de jeux vidéo, autorisés par le fabricant et sous la marque Nintendo DS tm Lite et Nintendo Wii.

Début 2007, la société Bigben Interactive a spécialement conçu pour la console portable Nintendo DS tm Lite un étui de protection en cuir portant la dénomination « Flip and Play Protector » qui est commercialisé depuis décembre 2007.

La société Techtraining a une activité concurrente de celle de la société Bigben Interactive. Apprenant que la société Techtraining commercialisait un modèle qu'elle estime identique à son modèle « Flip and Play Protector », la société Bigben Interactive a fait procéder à un constat par l'Agence pour la protection des programmes en date du 26 juin 2008. Suite aux constatations effectuées, la société Bigben Interactive a assigné la société Techtraining devant le tribunal de commerce de Paris aux fins qu'il lui soit fait interdiction de fabriquer ou commercialiser des modèles d'étui pour consoles portables Nintendo DS tm Lite reproduisant son modèle « Flip and Play Protector », sous astreinte et pour obtenir des dommages et intérêts pour actes de concurrence déloyale et parasitisme.

La société Techtraining a sollicité reconventionnellement qu'il soit fait interdiction à la société Bigben Interactive de fabriquer ou commercialiser des modèles d'étui pour consoles portables Nintendo DS tm Lite reproduisant son modèle et pour obtenir des dommages et intérêts pour actes de concurrence déloyale et parasitisme.

Par un jugement rendu le 27 novembre 2009, assorti de l'exécution provisoire sauf en ce qui concerne la mesure de publication, le tribunal de commerce de Paris a :

- dit qu'il y a eu actes de concurrence déloyale et parasitaire de la part de la SA Techtraining et l'a condamnée à payer à la société Bigben la somme de 100.000 euros.
- interdit à la SA Techtraining d'importer, de faire fabriquer, de fabriquer et/ou commercialiser de quelques façons que ce soit des modèles d'étui pour consoles portables Nintendo DS tm Lite reproduisant l'étui « Flip and Play Protector » de la SA Bigben Interactive, et ce sous astreinte de 100 euros par infraction constatée à compter de trois jours de la signification du présent jugement et ce pendant 120 jours.
- dit que la SA Bigben Interactive pourra faire publier le présent jugement dans cinq journaux ou revues de son choix, ce aux frais de la SA Techtraining, sans que le coût de chacune de ces insertions ne soit supérieur à la somme de 2.000 euros HT.
- débouté les parties de leurs demandes plus amples ou contraires au présent dispositif.
- condamné la SA Techtraining à verser à la SA Bigben Interactive la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Vu l'appel interjeté le 29 décembre 2009 par la société Techtraining.

Vu les dernières conclusions signifiées le 12 avril 2012 par lesquelles la société Techtraining demande à la Cour:

Vu l'article 1382 du code civil

Vu les articles 16, 564,565,566 du code de procédure civile :

- de recevoir la société Techtraining en son appel.
- d'infirmen en toutes ses dispositions le jugement rendu par la 15ème chambre du tribunal de commerce de Paris le 27 novembre 2009.
- de dire et juger qu'il n'y a pas eu acte de concurrence déloyale et parasitaire de la part de la société Techtraining.
- de débouter la société Bigben Interactive de l'ensemble de ses demandes.
- de constater que la société Bigben Interactive a cherché à écarter la société Techtraining du marché.
- de dire et juger que la société Bigben Interactive a commis des actes de concurrence déloyale à l'encontre de la société Techtraining.
- de condamner la société Bigben Interactive à verser à la société Techtraining la somme de 100.000 euros à titre de dommages et intérêts au taux légal à compter du 28 août 2008 date de l'assignation.

En tout état de cause :

- de dire et juger que le modèle « Flip ans Play » commercialisé par la société Bigben Interactive reproduit les caractéristiques essentielles du modèle d'étui commercialisé par la société Techtraining pour console PSP.
- de dire et juger que les agissements de la société Bigben Interactive constituent des actes de concurrence déloyale et parasitaire.

En conséquence :

- de faire interdiction à la société Bigben Interactive d'importer, de faire fabriquer, de fabriquer et/ou de commercialiser de quelque façon que ce soit des modèles d'étui pour consoles portable Nintendo DS Lite reproduisant l'étui de la société Techtraining, et ce sous astreinte de 1.000 euros par infraction constatée à compter de la signification de l'arrêt à intervenir.
- de condamner la société Bigben Interactive à verser à la société Techtraining la somme de 100.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale et parasitaire.
- d'ordonner, à titre de supplément de dommages et intérêts, la publication de l'arrêt à intervenir dans cinq journaux ou revues au choix de la société Techtraining, sans que le coût de chacune de ces interventions ne soit supérieur à la somme de 5.000 euros HT.

A titre infiniment subsidiaire :

- de dire et juger que la société Bigben Interactive ne justifie pas de son préjudice.

En tout état de cause,

-de constater que le volume de vente du produit par la société Techtraining s'élève à 68.379 euros.

-de constater que ce volume de vente, le montant de la marge brute de 40% s'élève à 27.351 euros.

-dire que la société Bigben Interactive n'établit pas que les faits de concurrence déloyale et de parasitisme lui ont causé un préjudice distinct.

-de condamner la société Bigben Interactive à verser à la société Techtraining la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Techtraining prétend qu'elle n'a commis aucun acte de concurrence déloyale et parasitaire car, selon elle, la société Bigben Interactive n'a pas conçu un modèle d'étui original pour console Nintendo DS Lite mais elle l'a acquis auprès de la société Blackhorns qui les commercialisait depuis début 2007, le seul élément de conception dont elle pourrait se prévaloir étant l'attache de la console, qui n'a pas été reprise par la société Techtraining.

Elle estime que, de plus, l'impression d'ensemble que dégage l'examen des produits litigieux exclut tout risque de confusion.

Elle considère, en conséquence, que la société Bigben Interactive, qui ne justifie ni ne revendique un quelconque droit de propriété intellectuelle sur l'étui litigieux et ne saurait donc prétendre à un monopole sur les étuis cuir ou simili cuir de protection de console de jeux, ne peut lui reprocher, ni acte de parasitisme, ni pratique déloyale susceptible d'entretenir une confusion dans l'esprit d'un consommateur raisonnablement attentif.

La société Techtraining prétend que la société Bigben Interactive a commis des actes de concurrence déloyale à son encontre et considère que la volonté délibérée de la société Bigben Interactive d'écarter la société Techtraining du marché lui a causé un préjudice certain.

Elle ajoute que l'étui commercialisé par la société Bigben Interactive reprend les mêmes caractéristiques essentielles que celui qu'elle commercialise et demande donc réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale et parasitaire, sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Vu les dernières conclusions signifiées le 8 septembre 2011 par lesquelles la société Bigben Interactive demande à la Cour:

Vu l'article 1382 du code civil

Vu l'article 564 du code de procédure civile

Vu l'article 700 du code de procédure civile

-de confirmer le jugement du 27 novembre 2009 rendu par le tribunal de commerce de Paris en toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a dit que la société Bigben Interactive n'établissait pas que les faits de concurrence déloyale et de parasitisme lui ont causé des préjudices distincts qui s'additionnent.

Statuant à nouveau:

- de constater que la société Bigben Interactive et les produits qu'elle commercialise, notamment l'étui Flip and Play, jouissent d'une grande notoriété résultant d'investissements très importants pour concevoir ces produits et les faire connaître à la clientèle.
- de constater qu'en commercialisant une copie servile de l'étui Flip and Play, la société Techtraining s'est dispensée de frais importants engagés par la société Bigben Interactive relatifs à la mise au point du produit précité, à l'étude de sa commercialisation et à la prospection commerciale.
- de dire et juger en conséquence que les agissements de la société Techtraining constituent des actes de parasitisme causant à la société Bigben Interactive un préjudice distinct du manque à gagner résultant des actes de concurrence déloyale.

En conséquence,

- de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société Techtraining à verser à la société Bigben Interactive la somme de 100.000 euros au titre du manque à gagner résultant des actes de concurrence déloyale mais l'infirmier en ce qu'il a dit que la société Bigben Interactive n'établissait pas que les faits de concurrence déloyale et de parasitisme lui ont causé des préjudices distincts qui s'additionnent.
- de condamner la société Techtraining à verser à la société Bigben Interactive la somme de 50.000 euros à titre de dommages et intérêts du fait des actes de parasitisme qui lui causent un préjudice distinct de celui causé par les actes de concurrence déloyale.

Y ajoutant,

- de constater que postérieurement à la signification du jugement du 27 novembre 2008, les étuis litigieux ont continué à être commercialisés, à prix bradés, via la réseau de distribution de la société Techtraining.

En conséquence,

- de condamner la société Techtraining à verser à la société Bigben Interactive la somme supplémentaire de 50.000 euros en réparation du préjudice subi du fait de la poursuite des actes de concurrence déloyale et parasitaire.

Enfin:

- de dire et juger que les nouvelles demandes formulées par la société Techtraining visant à faire condamner l'intimée à la somme supplémentaire de 100.000 euros au motif que cette dernière aurait cherché à l'évincer du marché sont irrecevables en vertu de l'article 564 du code de procédure civile ou, à tout le moins, infondées et par conséquent, l'en débouter.
- de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a ordonné des mesures de publication judiciaire dans cinq parutions au choix de la société Bigben Interactive, aux frais avancés de la société Techtraining, et sans que le cout de chacune des insertions ne puisse excéder la somme de 2.000 euros HT.
- d'autoriser la société Bigben Interactive à les effectuer dans les termes de l'arrêt à intervenir.
- de condamner la société Techtraining à payer à la société Bigben Interactive la somme de 15.000,00 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Bigben Interactive soutient que l'étui Techtraining est la copie servile de l'étui Flip and Play, ce qui constitue un acte de concurrence déloyale et parasitaire car elle entraîne un risque de confusion dans l'esprit du public sur l'origine des produits, d'autant plus qu'en l'espèce les produits sont destinés à la même clientèle, sont vendus dans les mêmes magasins, dans les mêmes rayons et pendant les mêmes périodes.

La société Bigben considère qu'aucune nécessité technique ne justifie d'adopter l'aspect qui est celui de l'étui Flip and Play.

La société Bigben affirme qu'elle n'a pas commis d'acte de concurrence déloyale au motif que l'étui Flip and Play serait la déclinaison d'un modèle d'étui pour console PSP que la société Techtraining commercialise. En effet, selon la société Bigben il n'y a pas de risque de confusion entre les deux et l'étui Techtraining n'est pas une déclinaison de l'étui PSP mais n'est que la reproduction de l'étui Flip and Play.

La société Bigben estime que la société Techtraining a commis un acte de concurrence parasitaire, en copiant servilement l'étui Flip and Play sans avoir dépensé le moindre frais de mise au point ni de prospection commerciale et en bénéficiant ainsi de façon indue des investissements réalisés par la société Bigben Interactive, qui s'élèvent à la somme de 181.382 euros.

La Cour renvoie, pour un plus ample exposé des faits et prétentions initiales des parties, à la décision déferée et aux écritures susvisées, par application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

MOTIFS

Sur la demande en concurrence déloyale et parasitisme de la société Bigben Interactive

La société Bigben Interactive soutient que l'étui de protection pour consoles portables Nintendo DS tm Lite commercialisé par la société Techtraining est la copie servile de l'étui Flip and Play qu'elle a conçu en avril 2007 et a divulgué au grand public à compter du mois de novembre 2007. Elle en veut pour preuve la comparaison entre son étui Flip and Play et le produit commercialisé par la société Techtraining, qui a fait l'objet d'un achat le 23 juin 2008 dans le magasin Carrefour sis 1-3 avenue du Général Sarraill à 75006 Paris et d'un procès-verbal de constat établi par l'Agence pour la Protection des Programmes (APP) le 25 juin 2008 sur le site internet www.techtools.com appartenant à la société Techtraining.

Il résulte effectivement de l'étude comparative des deux produits que :

- l'étui Techtraining et l'étui Flip and Play ont exactement les mêmes dimensions alors qu'elles ne correspondent pas exactement à celles de la console elle-même,
- ils sont tous les deux pourvus d'un dos sur toute leur largeur (contrairement à l'étui PSP qui ne comporte qu'une charnière),
- ils comportent la même fermeture magnétique, la forme caractéristique de la languette et ses dimensions étant strictement identiques; il faut noter que la société Techtraining n'a pas jugé utile de reprendre le modèle de languette constituant la fermeture magnétique de son étui PSP,
- la face externe des deux étuis et de la languette est revêtue de cuir noir ou blanc (et non de mousse synthétique comme l'étui PSP),
- les bords de la face externe des deux étuis et de la languette présentent une surpiqûre,

- la face interne des deux étuis et de la languette est revêtue d'une mousse synthétique sans surpiqûre apparente,
- les deux étuis comportent le même bouton magnétique (différent de celui de l'étui PSP).

Or, le fait de copier servilement le produit d'un concurrent constitue un acte de concurrence déloyale car, d'une part ce procédé caractérise la volonté délibérée de son auteur de détourner la clientèle de son concurrent, d'autre part l'identité absolue créée par cette copie servile entraîne inévitablement un risque de confusion dans l'esprit de tout client éventuel sur l'origine du produit en cause.

Pour s'opposer à la demande de la société Bigben Interactive, la société Techtraining affirme que celle-ci ne serait pas à l'origine de la conception de l'étui Flip and Play, qui serait commercialisé en France par la société Mega World Holdings LTD et la société Blackhorns depuis début 2007. Il convient cependant d'observer qu'elle n'en rapporte pas la preuve, se contentant de démontrer par la production d'un extrait du site internet www.extremejeux.com que la société Blackhorns commercialise depuis janvier 2011 un étui identique à l'étui Flip and Play. En outre, la société Bigben Interactive établit qu'elle est à l'origine de la conception de l'étui Flip and Play par la production des dessins techniques de cet étui qu'elle a adressés dès le mois d'avril 2007 à la société Blackhorns qui est en réalité un des fabricants avec lequel elle travaille habituellement.

Elle démontre également par la production d'une attestation de son commissaire aux comptes du 8 octobre 2009 qu'elle a exposé dans le cadre de son département 'recherche et développement' des frais évalués à plus de 35.000 € pour la conception de l'étui Flip and Play.

Par ailleurs, la société Bigben Interactive justifie avoir obtenu la licence Nintendo DS pour ce produit le 9 juillet 2007, l'avoir divulgué au grand public au mois de novembre 2007 et l'avoir commercialisé en Europe dès le mois de décembre 2007, donc bien avant que la société Techtraining ne commercialise auprès des mêmes distributeurs un étui identique.

La société Techtraining ne peut sérieusement soutenir qu'il n'existerait pas de risque de confusion entre les deux produits dans l'esprit du public au motif que son étui est commercialisé à l'intérieur d'un pack comprenant un stylet assorti et un chargeur USB compatible avec le câble d'alimentation de la console alors que l'étui Flip and Play est commercialisé seul puisque cette affirmation est inexacte, l'étui Flip and Play étant également vendu avec un stylet assorti. Au surplus, la différence de conditionnement ne peut écarter le risque de confusion aux yeux du consommateur d'attention moyenne dans la mesure où les deux étuis apparaissent identiques sous le blister qui est totalement transparent. L'identité absolue créée par la copie servile entraîne inévitablement un risque de confusion dans l'esprit du consommateur même si la présentation du produit diffère.

En l'espèce, le risque de confusion induit par la copie servile est accentué, d'une part par le fait que les étuis sont destinés à la même clientèle, soit les utilisateurs de la console portable Nintendo DS tm Lite , d'autre part par le fait qu'ils sont offerts à la vente dans les mêmes magasins (Carrefour Auchan, Fnac...), de surcroît dans les mêmes rayons spécialisés et l'ont été aux mêmes périodes. En outre, l'étui Techtraining et l'étui Flip and Play sont présentés à la vente dans les mêmes coloris (noir et blanc), tous deux accompagnés de stylets assortis et apparaissent sur de nombreux sites internet marchands sans conditionnement.

Il convient d'observer que cette identité ne résulte d'aucune contrainte technique ou économique, les concurrents des deux parties ayant mis sur le marché des étuis très différents pour les mêmes consoles.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'en offrant à la vente des étuis de protection pour consoles portables Nintendo DS Lite identiques à l'étui Flip and Play de la société Bigben Interactive, sans que cela soit justifié par une quelconque nécessité technique ou autre, la société Techtraining a commis des actes de concurrence déloyale créant ainsi un risque de détournement de clientèle qu'il importe de faire cesser. Le jugement dont appel doit donc être confirmé en ce qu'il a interdit à la SA Techtraining d'importer, de faire fabriquer, de fabriquer et/ou commercialiser de quelques façons que ce soit des modèles d'étui pour consoles portables Nintendo DS tm Lite reproduisant l'étui « Flip and Play Protector » de la SA Bigben Interactive, et ce sous astreinte de 100 euros par infraction constatée à compter de trois jours de la signification du présent jugement et ce pendant 120 jours.

Le fait de commercialiser la copie servile d'un produit d'un concurrent constitue également un acte de concurrence parasitaire puisqu'il permet à son auteur de profiter indûment des investissements engagés par son concurrent pour concevoir et faire connaître son produit et de se placer ainsi dans son sillage, sans avoir à exposer les mêmes investissements.

Il est en effet établi que l'étui Flip and Play, qui est un produit phare de la société Bigben Interactive, a fait l'objet d'investissements importants de la part de cette dernière, soit des frais de recherches et de développement de 37.859 € et des frais de publicité de 64.802 €.

En outre, ce produit a été commercialisé sous licence Nintendo, l'obtention et l'exploitation de cette licence nécessitant également des dépenses importantes, les royalties versées à la société Nintendo s'élevant à fin août 2009 à la somme de 78.721 €. Ainsi, le comportement de la société Techtraining a incontestablement généré un préjudice pour la société Bigben Interactive qui doit être indemnisé par la société Techtraining.

Sur la demande reconventionnelle en concurrence déloyale de la société Techtraining

La société Techtraining soutient que c'est en réalité la société Bigben Interactive qui a commis des actes de concurrence déloyale à son détriment car son étui ne serait que la déclinaison d'un modèle d'étui pour console portable Sony PSP qu'elle aurait adapté aux dimensions de la console portable Nintendo DS tm Lite et que la société Techtools, qu'elle a absorbée, commercialisait depuis octobre 2006.

Pourtant, c'est à juste titre et par des motifs que la Cour adopte que le jugement a rejeté la demande reconventionnelle de la société Techtraining.

En effet, contrairement à ce que prétend la société Techtraining, les caractéristiques essentielles des deux étuis ne sont pas identiques. Il faut relever tout d'abord que l'étui PSP est dépourvu d'un système de maintien de la console permettant son utilisation dans l'étui, ce qui est une caractéristique essentielle de l'étui Flip and Play. En outre, l'étui ne peut pas se déplier en même temps que la console pour la bonne raison que la console PSP n'est pas pliable comme c'est le cas pour la console portable Nintendo DS tm Lite. Au surplus, l'étui pour console portable Sony PSP se distingue nettement de l'étui Flip and Play car :

- sa forme et ses dimensions sont très différentes,
- la fermeture magnétique est différente tant par la forme et la dimension de la languette que par le fonctionnement du bouton magnétique,
- la face interne de la languette est revêtue de simili cuir et non de mousse synthétique,
- l'étui PSP ne comporte pas de dos, les faces avant et arrière de l'étui étant reliées par une simple languette munie d'une charnière en matière plastique très apparente pourvue de deux grosses visses, ce qui ménage une ouverture sur la tranche supérieure de la console.

S'agissant de cette dernière caractéristique, c'est à tort que la société Techtraining affirme qu'elle serait dictée par une contrainte technique de la console Sony PSP, qui n'existerait pas sur la console portable Nintendo DS tm Lite, à savoir des boutons de commandes à l'arrière, alors que la console Nintendo est également dotée de deux boutons de commande 'L' et 'R' situés à l'arrière. Le risque de confusion entre l'étui PSP et l'étui Flip and Play est d'autant plus inexistant que ces étuis sont destinés à des consoles de marque différente, s'adressant de surcroît à des publics différents. Le consommateur, même moyennement attentif, sait faire la distinction entre la console PSP commercialisée par la société Sony et celle commercialisée par la société Nintendo et, partant, entre leurs étuis respectifs et ce d'autant plus que, dans les magasins, les rayons consacrés aux consoles de jeux et à leurs accessoires sont organisés par marques.

L'existence d'actes de concurrence déloyale imputables à la société Bigben Interactive n'est donc pas établie.

S'agissant de la demande en dommages et intérêts présentée par la société Techtraining pour l'indemniser « d'une volonté délibérée et manifeste de nuire' adoptée par la société Bigben Interactive pour l'écarter définitivement du marché », outre qu'il s'agit d'une demande nouvelle présentée pour la première fois devant la Cour, elle ne peut prospérer dès lors qu'il a été établi que c'est bien la société Bigben Interactive qui est à l'origine de la conception de l'étui Flip and Play et que c'est elle qui l'a commercialisé bien avant que la société Techtraining ne commercialise un étui qui n'en est que la copie servile. La société Techtraining ne peut pas plus soutenir que de très nombreuses sociétés commercialiseraient le même type de produit et que la société Bigben Interactive n'aurait engagé d'action qu'à son encontre alors que cette dernière produit deux jugements définitifs du tribunal de commerce de Paris du 26 janvier 2011 aux termes desquels il a été jugé qu'en commercialisant des étuis qui sont la reproduction de l'étui Flip and Play, les sociétés Hobby Concept et Kaowloon avaient commis des actes de concurrence déloyale et de parasitisme.

Sur l'indemnisation du préjudice subi par la société Bigben Interactive

C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que la société Bigben Interactive était bien fondée à retenir que les ventes des étuis litigieux par la société Techtraining correspondaient à des ventes perdues pour les étuis Flip and Play.

Le préjudice de la société Bigben Interactive réside donc dans le bénéfice perdu sur les ventes manquées, c'est à dire celles que la société Bigben Interactive aurait réalisées à la place de la société Techtraining. Il ressort des documents comptables communiqués par la société Techtraining qu'elle a commercialisé 5990 étuis litigieux du 30 mai 2008 au 18 juin 2009 pour un chiffre d'affaires de 68.379 €, soit, compte tenu d'une marge réalisée sur l'étui Flip and Play de 40 %, un gain manqué de 27.351 €.

Il convient également de tenir compte de ce que, malgré l'assignation délivrée par la société Bigben Interactive, la société Techtraining avait continué à commercialiser l'étui litigieux après le 18 juin 2009, notamment sur le site internet www.cdiscount.com, les ventes perdues par la société Bigben Interactive étant donc nécessairement plus importantes que le chiffre indiqué ci-dessus. Par ailleurs, les agissements de la société Techtraining compromettent l'efficacité des investissements de la société Bigben Interactive.

Si la concurrence déloyale et le parasitisme répondent à des critères distincts, tels qu'ils ont été caractérisés ci-dessus, rien n'empêche d'indemniser, comme l'a fait le tribunal, le préjudice qui en résulte, par une seule indemnité à titre de dommages et intérêts.

C'est donc à juste titre que le jugement dont appel a alloué, toutes causes confondues, à la société Bigben Interactive une indemnité de 100.000 € en indemnisation du préjudice subi du fait des agissements de la société Techtraining.

La société Bigben Interactive a, par ailleurs, fait réaliser au mois de juin 2010 un audit par la société GFK Retail and Technology dont il résulte que la société Techtraining a continué, après la signification du jugement à commercialiser l'étui litigieux. C'est ainsi qu'entre le 26 décembre 2009 et le 24 avril 2010, 483 étuis ont été vendus, constituant pour la société Bigben Interactive un préjudice supplémentaire par rapport à ce qui lui avait été alloué par le tribunal. Compte tenu, d'une part de la faible ampleur de ces ventes, qui correspondent à moins de 10 % de ce qui avait été relevé pour la période du 30 mai 2008 au 18 juin 2009, mais d'autre part du fait que les produits ont été vendus à des prix bradés et de ce que ces produits sont encore commercialisés à travers de nombreuses enseignes françaises, ce qui augmente le préjudice de l'appelante, il convient de fixer les dommages intérêts supplémentaires à la charge de la société Techtraining à la somme de 20.000 €.

Afin de rétablir l'image des produits de la société Bigben Interactive auprès de la clientèle, il est important qu'une communication soit faite sur le caractère fautif des actes de concurrence déloyale et de parasitisme commis par la société Techtraining.

Le jugement entrepris doit donc être confirmé en qu'il a dit que la SA Bigben Interactive pourra faire publier le présent jugement dans cinq journaux ou revues de son choix, ce aux frais de la SA Techtraining, sans que le coût de chacune de ces insertions ne soit supérieur à la somme de 2.000 euros HT.

Il convient d'ajouter que la société Bigben Interactive est autorisée à procéder à ces publications dans les termes du présent arrêt. L'équité commande d'allouer à la société Bigben Interactive une indemnité de 8.000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

LA COUR, statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

CONFIRME le jugement déféré en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

CONDAMNE la société Techtraining à payer à la société Bigben Interactive la somme supplémentaire de 20.000 € en réparation du préjudice subi du fait de la poursuite des actes de

concurrence déloyale et parasitaire,

AUTORISE la société Bigben Interactive à procéder aux mesures de publication dans les termes du présent arrêt,

DEBOUTE les parties de leurs plus amples demandes

CONDAMNE la société Techtraining à payer à la société Bigben Interactive la somme de 8.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la société Techtraining aux dépens d'appel, qui seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

LA GREFFIERE
LA PRESIDENTE
E. DAMAREY
C. PERRIN