

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

COUR D'APPEL DE PARIS  
Pôle 5 – Chambre 1  
ARRÊT DU 04 DÉCEMBRE 2018

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 16/25748

Décision déferée à la Cour : Jugement du 08 Novembre 2016 -Tribunal de Commerce de CRETEIL – RG n° 14/00266

**APPELANTES**

SAS Z venant aux droits de la société G H & JEUX suivant fusion-absorption du 30 Juin 2016 et sa radiation intervenue le 30 Septembre 2016

Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de LILLE METROPOLE sous le numéro 398 110 445

Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège

Représentée par Me François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125

Assistée de Me Olivier BINDER de la SCP GRANRUT Société d'Avocats, avocat au barreau de PARIS, toque : P0014

**SAS I Y**

Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de ROUBAIX-TOURCOING sous le numéro 955 501 259

Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège

Représentée par Me François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125

Assistée de Me Olivier BINDER de la SCP GRANRUT Société d'Avocats, avocat au barreau de PARIS, toque : P0014

**SAS I X**

Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de ROUBAIX-TOURCOING sous le numéro 482 064 771

Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège

Représentée par Me François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125

Assistée de Me Olivier BINDER de la SCP GRANRUT Société d'Avocats, avocat au barreau de PARIS, toque : P0014

### **INTIMÉE**

Société FNAC DARTY PARTICIPATIONS ET SERVICES (anciennement dénommée FNAC)

Immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de CRETEIL sous le n° 775.661.390,

Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège

9 rue des Bateaux-Lavoires ZAC Port d'Ivry

Représentée par Me Matthieu BOCCONGIBOD de la SELARLLEX AVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Assistée de Me Yohann TOREAU de l'AARPI DDCT avocats, avocat au barreau de PARIS, Toque L0150

### COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 17 Octobre 2018, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur David PEYRON, Président de chambre

Mme Isabelle DOUILLET, Conseillère

M. François THOMAS, Conseiller, qui en ont délibéré,

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme E F

### 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 David PEYRON, Président de chambre et par E F, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

\*\*\*

## EXPOSÉ DU LITIGE

Les sociétés I Y et I X, qui interviennent dans le secteur de l'univers de l'enfance, ont acquis, selon acte de cession du 23 juillet 2010, de la société FNAC et de la société PPR (PINAULT-PRINTEMPS-REDOUTE), la société H & JEUX, filiale de la FNAC, avec effet au 30 septembre 2010, pour la somme de 20 millions d'euros. La cession incluait, selon les acheteurs, un savoir-faire, une marque, un concept, des signes distinctifs et plusieurs magasins qui en sont les supports (fonds de commerce).

Les sociétés I Y et I X exposent avoir constaté, quelques mois seulement après la cession, que la FNAC développait au sein de ses magasins de nouveaux espaces 'FNAC KIDS' destinés aux enfants de tous âges, regroupant une offre de produits ludo-éducatifs, notamment des jeux et des jouets, et agencés, aménagés et approvisionnés selon le même modèle que les magasins de la société H & JEUX, désormais dénommée G H & JEUX. Elles considèrent que la société cédante a ainsi repris indûment l'activité cédée et qu'il existe par ailleurs une similarité dans le concept, l'agencement, les signes distinctifs et les offres, créant une confusion déloyale entre les espaces 'FNAC KIDS' et les magasins G H & JEUX.

Le 14 février 2013, les sociétés I Y et I X ont fait délivrer à la société FNAC une sommation de modifier plusieurs éléments de ces espaces 'FNAC KIDS' (des luminaires 'boules de lumière', des sols gris faisant apparaître des ronds de couleurs vives, divers mobiliers (présentoirs, étagères...)), de cesser notamment d'utiliser les termes 'H' et 'jeux' apposés ensemble, certains motifs ('icônes') et la reproduction du logo de la société G H & JEUX et, plus généralement, d'entretenir une confusion avec l'activité de cette dernière. Le 14 mars 2013, la société FNAC a réfuté l'ensemble des griefs formulés tout en indiquant qu'elle était prête à prendre l'engagement de ne plus utiliser le terme 'H' immédiatement accolé au terme 'jeux'.

Par acte d'huissier en date du 6 février 2014, les sociétés I Y, I X et G H & JEUX ont assigné la société FNAC devant le tribunal de commerce de Créteil aux fins d'obtenir la cessation de pratiques, selon elles, constitutives de fautes contractuelles et d'actes de concurrence déloyale et parasitaire et l'indemnisation du préjudice qu'elles estiment avoir subi.

Par un jugement du 8 novembre 2016, le tribunal de commerce de Créteil a :

- dit recevable, mais non fondée, l'exception d'incompétence soulevée par la société FNAC,
- débouté la société FNAC de sa fin de non-recevoir,
- débouté les sociétés I Y, I X et G H & JEUX :

- de leur demande de condamnation de la société FNAC à leur verser une indemnité de 12 207 000 €
- de leur demande tendant à voir ordonner à la société FNAC, sous astreinte :
  - de modifier dans l'ensemble de ses espaces 'FNAC KIDS' : les luminaires 'boules de lumière', les sols de couleur grise ou sombre sur lesquelles apparaissent des ronds de couleurs vives, les présentoirs, étagères, tables, colonnes visées dans l'assignation, 'd'apposer' [lire : de cesser d'apposer] le terme 'H' associé avec le terme 'jeux' dans l'ensemble de ses espaces 'FNAC KIDS' et sur internet,
- constaté qu'il n'y a pas lieu d'ordonner à la société FNAC de cesser d'utiliser les motifs 'icônes'décrits dans l'assignation dans la mesure où il n'a pas été démontré que ces motifs étaient utilisés en France,
- débouté les sociétés I Y, I X et G H & JEUX de leurs demandes de publication du jugement,
- débouté la société FNAC de sa demande pour procédure abusive,
- condamné les parties demanderesses solidairement aux dépens et au paiement à la société FNAC de la somme de 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- ordonné l'exécution provisoire sous réserve qu'en cas appel, il soit fourni par la société FNAC une caution bancaire égale au montant de la condamnation prononcée à son profit.

Le 20 décembre 2016, les sociétés I X, I Y et Z, cette dernière venant aux droits de la société G H & JEUX suivant fusion-absorption du 30 juin 2016 et sa radiation intervenue le 30 Septembre 2016, ont interjeté appel de ce jugement.

Dans leurs dernières conclusions numérotées 4, transmises le 31 août 2018, les sociétés I Y, I X et Z demandent à la cour :

- de juger que les demandes qu'elles forment sont exclusivement fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle,
- de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société FNAC de sa demande pour procédure abusive,
- de débouter la FNAC de toutes ses demandes formées à titre d'appel incident,
- d'infirmer le jugement en ce qu'il les a déboutées de leurs demandes tendant à voir condamner la FNAC pour des agissements de concurrence déloyale et parasitaire,

statuant à nouveau,

- de constater :

- que les espaces 'FNAC KIDS' reprennent le concept, l'agencement, les signes distinctifs et les mêmes offres que les magasins G H & JEUX,
  - que les espaces FNAC continuent de reprendre en 2017 à titre d'identification visuelle l'association de boules de lumières au plafond avec des ronds de couleur au sol,
  - que la société FNAC avait pourtant cédé l'intégralité de ces éléments à la société I Y selon les termes du protocole de cession du 23 juillet 2010,
  - que la société FNAC s'était pourtant engagée, au terme du contrat de conseil et vente du 8 avril 2009, à se différencier des magasins concurrents,
  - que la société FNAC s'était également engagée, le 14 mars 2013, à ne plus utiliser pour ses espaces 'FNAC KIDS' le terme 'H' immédiatement accolé au terme 'jeux',
  - que la société FNAC poursuit l'utilisation des termes et des signes distinctifs 'H' et 'jeux', en violation de ses engagements,
  - de juger que les espaces 'FNAC KIDS' constituent de fait une reprise illicite et quasi-servile des anciens magasins 'FNAC H & JEUX' et que les agissements de la société FNAC sont constitutifs d'une réappropriation fautive des éléments cédés, en violation de ses engagements et de l'obligation de loyauté qui pèse sur chaque partie à la cession,
  - de constater que la société FNAC entretient une confusion déloyale entre ses espaces 'FNAC KIDS' et les magasins G H & JEUX,
  - de constater que la société FNAC profite de l'exploitation des éléments cédés pour capter une partie de la clientèle de la société G H & JEUX et profiter de la notoriété de ses éléments distinctifs,
- en conséquence,
- de donner acte à la FNAC qu'elle renonce à se prévaloir à titre d'appel incident de sa fin de non-recevoir prétendument tirée de l'atteinte au principe de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle,
  - de juger que la FNAC a engagé sa responsabilité quasi-délictuelle sur le fondement de la concurrence déloyale et parasitaire,
  - d'enjoindre en tant que de besoin la société FNAC, en application des dispositions des articles 10 et 11 du code de procédure civile, d'avoir à leur communiquer les éléments suivants :
  - les bilans ou extraits comptables correspondants aux années civiles 2011, 2012 et 2013 ou tout autre document comptable permettant de déterminer les niveaux de chiffre d'affaires réalisés par la FNAC dans ses espaces 'FNAC KIDS' durant les trois années qui ont suivi l'ouverture du premier espace 'FNAC KIDS',

- les bilans ou extrait comptables correspondant aux années civiles 2008, 2009 et 2010, afin de déterminer les montants de chiffre d'affaires réalisés par la FNAC dans la cadre de son activité librairie enfants et multimédia, dans les 3 années qui ont précédé la cession d'H & JEUX,
- de condamner la FNAC à leur verser une indemnité réparatrice de 11 850 000 € sauf à parfaire,
- d'ordonner à la FNAC, dans un délai de 30 jours à compter de la signification de la décision à intervenir, de modifier dans l'ensemble de ses espaces 'FNAC KIDS' en France et à l'étranger et sur Internet :
- les luminaires 'boules de lumière',
- les sols de couleur grise ou sombre sur lesquels apparaissent des ronds de couleurs vives,
- les présentoirs, étagères, tables, colonnes visés dans les présentes conclusions, afin de supprimer toute similarité avec ceux présents dans les magasins G H & JEUX, et ce sous astreinte de 10 000 €par jour de retard,
- d'ordonner à la FNAC, dans un délai de 30 jours à compter de la signification de la décision à intervenir, de cesser, dans l'ensemble de ses espaces 'FNAC KIDS' en France et à l'étranger et sur Internet :
- d'apposer le terme 'H' associé avec le terme 'jeux',
- d'utiliser des motifs 'icônes' (ci-dessus décrits) aux couleurs vives (rouge, rose, vert, bleu, orange, violet notamment), comprenant un dessin sommaire, et plus particulièrement la reproduction du logo de la société G & JEUX ci-dessus visé, seul ou associé, sous quelque forme que ce soit, et sur tout support matériel ou immatériel, et ce, sous astreinte de 10 000€ par jour de retard,
- de se réserver la liquidation des astreintes,
- d'ordonner, à titre de réparation complémentaire, la publication dans quatre parutions, au choix des demanderesses, et aux frais avancés de la société FNAC, de la décision à intervenir, sans que le coût de ces insertions puisse excéder la somme de 30 000 €HT,
- de condamner la FNAC à leur rembourser le coût :
- des cinq procès-verbaux d'huissiers des 15 novembre 2012, 24 janvier 2013, 11 octobre 2013, 28 mai 2014 et 30 avril 2014 : soit la somme de 3327,10€
- des quinze procès-verbaux d'huissiers complémentaires visés en pièces 75 à 89 bis : soit la somme de 6 051,61 €HT

- de condamner la FNAC au versement d'une somme de 20 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans ses dernières conclusions d'intimée et d'appelante incidente numérotées 4, transmises le 3 septembre 2018, la FNAC DARTY PARTICIPATIONS ET SERVICES (précédemment dénommée FNAC et ci-après, FNAC) demande à la cour :

- d'infirmer le jugement en ce qu'il a rejeté sa demande pour procédure abusive, de constater que la procédure intentée par les appelantes n'avait pas d'autre but que de la placer en difficulté à l'approche de son introduction en bourse et de condamner solidairement les
- appelantes à lui verser la somme de 300 000 € à titre de dommages et intérêts, de déclarer mal fondé l'appel interjeté par les appelantes,

en conséquence :

à titre principal :

- d'ordonner le retrait des débats des pièces adverses n°5, n°6, n°49 et n°75 à n°89 obtenues illicitement par les appelantes,
- de constater qu'elle n'a commis aucun dol ni aucune réticence dolosive lors de la formation du protocole de cession qui justifierait une action en concurrence déloyale, qu'elle n'a commis aucun acte déloyal ni n'a été de mauvaise foi dans l'exécution de ses obligations contractuelles qui justifierait une action en concurrence déloyale, qu'elle n'a commis aucun acte de concurrence déloyale à l'encontre des appelantes, que ce soit dans la présentation de ses magasins, dans la présentation de son offre et de ses publicités ou dans le cadre d'une prétendue offensive commerciale et médiatique, ni aucun acte de parasitisme,
- de confirmer en conséquence le jugement sur ce point et de rejeter l'ensemble des griefs formulés à son encontre,

à titre subsidiaire :

- de constater :
- que les appelantes n'établissent aucun préjudice ni aucun lien de causalité avec les agissements qui lui sont reprochés,
- que le montant de préjudice allégué n'est étayé par aucun élément probant,
- que la demande de modification de l'agencement des magasins FNAC sous astreinte est injustifiée, trop générale, imprécise et en tout état de cause disproportionnée,
- que la demande de cessation de l'utilisation des termes 'H' et 'jeux' associés et de l'utilisation des motifs 'icône' est une mesure générale portant sur des mots usuels,

- que la demande de publication dans quatre parutions de la décision à intervenir est injustifiée,
- de confirmer en conséquence le jugement sur ce point et de rejeter l'ensemble des demandes formulées par les appelantes,
- de constater que la demande de communication des bilans et extraits comptables de FNAC est injustifiée,
- en tout état de cause, de condamner solidairement les appelantes à lui verser la somme de 50 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture est du 4 septembre 2018.

#### MOTIFS DE L'ARRÊT

Considérant qu'en application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, il est expressément renvoyé, pour un exposé exhaustif des prétentions et moyens des parties, aux conclusions écrites qu'elles ont transmises, telles que susvisées ;

Sur les chefs du jugement non remis en cause

Considérant que le jugement déféré n'est pas critiqué en ce qu'il a dit recevable, mais non fondée, l'exception d'incompétence soulevée par la société FNAC et débouté la société FNAC de sa fin de non-recevoir tirée du principe de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ;

Que dès lors, en l'absence de toute critique, le jugement entrepris sera confirmé de ces chefs par adoption de ses motifs pertinents et exacts ;

Sur la demande de la société intimée de retrait des pièces n°5, n°6, n°49 et n°75 à n°89 produites par les sociétés appelantes

Considérant que la société FNAC demande le retrait des débats de pièces adverses dont elle prétend qu'elles ont été obtenues illicitement ; qu'elle argue que l'origine des pièces 5, 6 et 49 n'est pas précisée de sorte qu'il est impossible de savoir quels sont les magasins FNAC concernés par ces photographies, que ces pièces semblent avoir été prises à son insu et hors la présence d'un huissier de justice ; qu'elle avance que les nouvelles pièces adverses 75 à 89, soit 15 procès-verbaux de constat dans lesquels les huissiers de justice ont demandé à des particuliers de prendre en cachette des photos dans certains magasins FNAC sans son autorisation ou celle d'un juge, ont été obtenues de façon déloyale ;

Que les sociétés I Y, I X et Z plaident que les pièces photographiques sont recevables et probantes et que les constats d'huissier ont été régulièrement établis au regard d'une jurisprudence constante ;

Considérant que les pièces 5, 6 et 49 sont des photographies produites par les sociétés appelantes à l'appui de leur thèse selon laquelle l'agencement des magasins FNAC reprendrait celui des magasins G H & JEUX ; que l'existence d'actes de concurrence déloyale et parasitaire peut se prouver par tous moyens, sans nécessairement le recours aux actes d'un huissier de justice ; que c'est en réalité la pertinence probatoire qui est contestée, ce qui relève d'un examen au fond desdites pièces qu'il n'y a lieu par conséquent d'écarter d'emblée des débats ;

Considérant que les pièces 75 à 89 sont 15 procès-verbaux de constat pour lesquels les huissiers de justice ont demandé à des particuliers, auxquels ils ont préalablement remis un appareil photo, de réaliser des photographies à l'intérieur de magasins FNAC et autant de 'déclarations de statut d'indépendance' des particuliers ainsi sollicités (pièces 75 bis, 76 bis...);

Qu'en application de l'article L. 110-3 du code de commerce ('A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi'), tous les modes de preuve sont admissibles en matière commerciale ; qu'en outre, l'existence d'actes de concurrence déloyale et parasitaire peut se prouver par tous moyens, notamment par la réalisation de constats d'huissier ;

Que les huissiers de justice sont habilités, par l'article 1er de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers, à effectuer à la requête de particuliers, "des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter" ; que selon le même texte, ces constatations, en matière civile, font foi jusqu'à preuve contraire ;

Qu'en l'espèce, les huissiers requis se sont rendus devant des magasins FNAC et ont sollicité des passants, sans lien avec la société requérante ou avec leur étude, en leur remettant un appareil photo et en leur demandant de réaliser des clichés à l'intérieur des magasins ; que les procès-verbaux indiquent que lors de la remise de l'appareil au particulier sollicité, l'huissier a relevé le numéro de la dernière photographie pris sur la carte SD de l'appareil remis ou a vérifié que la carte SD était vierge et s'est assuré que la personne sollicitée n'avait sur elle aucun autre appareil photo ni aucune autre carte SD, qu'il a attendu que la personne ressorte du magasin et a visualisé le contenu des photographies prises à l'intérieur du magasin en relevant leurs numéros ; que les photographies ainsi réalisées ont été annexées au procès-verbal ; que chaque procès-verbal de constat est accompagné d'une copie de la carte d'identité et d'une 'déclaration de statut d'indépendance' de la personne sollicitée par l'huissier, qui 'déclare ne pas être au service de la société I X, du groupe I Y/ IDKIDS Y ou de l'une quelconque des sociétés le composant directement ou indirectement (Z, I LOG, A, J K LA VIE, CRECHE DEVELOPPEMENT, I NOVANT ainsi que de l'ensemble de leurs filiales), ni être parent ou allié de l'un des salariés de l'une de ces sociétés' ;

Que les procès-verbaux de constat établis dans des conditions conformes aux règles de droit commun régissant les constats d'huissier, ne sont pas entachés d'irrégularité et qu'il n'y a pas lieu de les écarter ;

Sur les faits de concurrence déloyale et parasitaire reprochés à la société FNAC

Considérant que les sociétés I Y, I X et Z reprochent à la société FNAC d'avoir volontairement repris, de manière quasi-servile, dans ses espaces 'FNAC KIDS', en fraude de ses engagements, le concept et les éléments distinctifs cédés selon l'acte de cession du 23 juillet 2010 de la société H & JEUX ; qu'elles dénoncent une violation de l'obligation générale de loyauté se traduisant par la violation de l'engagement de pérenniser le partenariat avec I Y et G H & JEUX sur la base d'un contrat de conseil et d'assistance à la vente de produits conclu en 2009, une violation de l'engagement de différenciation et une violation de l'engagement de ne plus utiliser pour ses espaces 'FNAC KIDS' le terme 'H' immédiatement accolé au terme 'jeux' ; que selon les appelantes, le comportement de la FNAC s'inscrit dans une dynamique de concurrence déloyale et parasitaire et peut résulter de deux logiques : soit d'une préméditation de reprendre l'activité cédée quelques mois après, faute particulièrement lourde assimilable à une réticence dolosive, soit d'une récupération a posteriori du concept H & JEUX et qui pourrait s'expliquer par les difficultés financières du groupe et le constat que la cession de la société H & JEUX en septembre 2010 n'avait pas été judicieuse ; qu'elles soutiennent que la concurrence déloyale et parasitaire se révèle dans la comparaison des agencements des espaces 'FNAC KIDS' des magasins FNAC, aménagés de façon quasi-identique aux magasins G H & JEUX, dans les offres et publicités de la FNAC, démontrant un suivisme et une confusion évidente destinés à capter la clientèle d'G H & JEUX, et dans le fait que cette stratégie de récupération de la chose cédée est ostensiblement affichée par la FNAC, au travers de nombreux articles de presse ;

Qu'en réponse, la FNAC conteste toute déloyauté, réticence dolosive ou mauvaise foi lors de la cession de sa filiale H & JEUX, arguant notamment que la cession n'a pas porté sur les espaces enfants des magasins à l'enseigne FNAC et qu'elle n'a jamais entendu cesser son activité 'Espace enfants' ni pris d'engagement de différenciation dans l'exercice de celle-ci ; que l'intimée conteste, par ailleurs, les agissements de concurrence déloyale et parasitaire qui lui sont reprochés quant à l'agencement des espaces enfants de ses magasins et à sa communication commerciale et promotionnelle, soutenant, pour l'essentiel, que les appelantes ne sauraient privatiser des éléments d'utilisation courante dans le secteur des magasins destinés à l'enfance et que l'impression d'ensemble générée par les espaces 'KIDS' ses magasins n'est pas la même ;

Considérant que, K l'a relevé le tribunal de commerce, plusieurs mois avant le protocole de cession conclu le 23 juillet 2010 entre les sociétés FNAC et PPR, d'une part, et les sociétés I X et I Y, d'autre part, avait été conclu entre la FNAC et sa filiale H & JEUX, un 'contrat de conseil et de vente' – versé aux débats, non daté mais conclu le 8 avril 2009 selon les appelantes – donnant à cette filiale un rôle de fournisseur et de conseil à la FNAC dans le cadre de ses achats de produits de loisirs éducatifs, et ce, jusqu'au 31 décembre 2010, soit postérieurement à la date d'effet de la cession prévue au 30 septembre 2010 ; que le protocole de cession du 23 juillet 2010 fait état de ce contrat de conseil et de vente, prévoyant qu'il sera maintenu jusqu'à la conclusion, 'de bonne foi et à des conditions normales', d'accords commerciaux à intervenir entre les parties au plus tard le 31 décembre 2010 ; qu'il est constant que les accords commerciaux ainsi envisagés n'ont pu intervenir et que la FNAC a poursuivi par ses propres moyens, c'est à dire sans l'assistance de la société H & JEUX, devenue depuis sa cession G H & JEUX, son activité destinée à la jeunesse ; qu'il n'est pas démontré que la non pérennisation de la collaboration serait le fait d'une 'machine arrière'

stratégique et fautive de la part de la FNAC, un courrier en date du 23 décembre 2010 adressé par la société FNAC à la société I Y indiquant seulement que suite aux discussions intervenues entre les parties, 'il a été décidé, compte tenu des stratégies respectives de chacun, de ne pas conclure de nouveaux accords commerciaux suite à la fin du contrat de conseil et de vente'; que, contrairement à ce que soutiennent les appelantes, le contrat de conseil et de vente ne contient pas d'engagement de différenciation de la FNAC – un tel engagement ne pouvant résulter de la mention dans le préambule dudit contrat que la FNAC 'souhaite renforcer la différenciation des magasins FNAC par rapport à ceux de ses concurrents par le développement d'une offre limitée et cohérente avec le positionnement de la FNAC et tournée vers les jeux 'ludo-éducatifs' allant du tout-petit aux pré-ados'; qu'en toute hypothèse, le contrat de conseil et de vente a pris fin le 31 décembre 2010; que contrairement à ce qui est aussi soutenu, l'engagement de différenciation de la FNAC ne peut résulter du courrier précité du 23 décembre 2010 en ce qu'il indique que les parties y reconnaissent avoir des 'stratégies respectives';

Que le tribunal a exactement déduit des stipulations du contrat de conseil et de vente de 2009 et du protocole de cession du 23 juillet 2010, que lors de la signature de ce protocole, les sociétés I X et I Y n'ignoraient pas la volonté de la FNAC de poursuivre son activité destinée à la jeunesse;

Qu'il importe également de relever que le protocole de cession conclu le 23 juillet 2010 entre les sociétés FNAC et PPR, d'une part, et les sociétés I X et I Y, d'autre part, ne contient pas de clause de non concurrence, ce qui n'est pas contesté; que le protocole de cession ne comporte pas de stipulation par laquelle la société FNAC se serait engagée à se différencier de la société cédée H & JEUX, devenue G H & JEUX, dans l'exercice ultérieur de son activité destinée à la jeunesse;

Considérant qu'il y a lieu ensuite d'examiner les griefs formulés par les sociétés I Y, I X et Z, après avoir rappelé que la concurrence déloyale et le parasitisme sont pareillement fondés sur l'article 1240 du code civil mais sont caractérisés par application de critères distincts, la concurrence déloyale l'étant au regard du risque de confusion, considération étrangère au parasitisme qui requiert la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements; que ces deux notions doivent être appréciées au regard du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui implique qu'un produit qui ne fait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, puisse être librement reproduit, sous certaines conditions tenant à l'absence de faute par la création d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit ou par l'existence d'une captation parasitaire, circonstances attentatoires à l'exercice paisible et loyal du commerce;

En ce qui concerne l'agencement et les offres proposées dans les magasins

Considérant que les sociétés appelantes soutiennent qu'un comparatif des différents éléments de présentation des magasins G H & JEUX et FNAC KIDS fait apparaître que la société FNAC a repris quasi identiquement les mêmes agencements d'H & JEUX dans ses nouveaux espaces 'FNAC KIDS', cherchant ainsi à tirer profit des efforts, du renom et de

l'investissement de la société G H & JEUX sans bourse délier et fausser ainsi le jeu de la concurrence et qu'elle n'a pas, contrairement à ce qu'elle affirme, initié un quelconque processus créatif spécifique ou original pour ouvrir ses espaces 'FNAC KIDS' ; que les appelantes mettent plus particulièrement en cause :

- la reprise des éléments distinctifs des magasins FNAC H & JEUX cédés (usage de la technologie, animations culturelles et ateliers ludo-créatifs, 'largeur de l'offre des livres'),
- la reprise quasi-servile du concept et des éléments distinctifs de la société cédée H & JEUX (utilisation de la technologie et reproduction de l'univers décoratif et de l'agencement de la société H & JEUX (boules de lumière au plafond, ronds de lumière au sol, boules de lumière au plafond et ronds de lumière au sol, mobilier et présentoirs de vente étrangement similaires à ceux utilisés dans le concept cédé), l'impression visuelle d'ensemble ainsi créée dans les espaces 'FNAC KIDS' caractérisant un risque de confusion avec les anciennes FNAC H & JEUX) ;

Que la société FNAC oppose notamment que les espaces 'FNAC KIDS' ne sont que des espaces intégrés dans un plus vaste ensemble, à savoir un magasin FNAC, alors que les magasins G sont des magasins à part entière, qu'elle a créé dans ses magasins son propre univers spécifique aux enfants (l'espace 'FNAC KIDS'), que l'agencement de ces espaces 'FNAC KIDS' est différent de celui des magasins G H & JEUX, de sorte que l'impression générale dégagée par les deux concepts n'est pas la même et qu'aucun risque de confusion pour le consommateur d'attention moyenne n'est démontré, d'autant que les éléments reprochés ne sont pas uniformément repris dans tous les espaces 'FNAC KIDS' ;

Considérant que les sociétés appelantes ne peuvent reprocher à la FNAC d'avoir adopté dans les espaces 'FNAC KIDS' de leurs magasins le concept, déjà existant dans les magasins FNAC H & JEUX cédés, consistant à mettre à la disposition des enfants divers produits ou espaces à contenu technologique (ordinateurs, scanners, imprimantes, CDROM, bornes interactives, ateliers multimédia, cyberlibrairie...), ce qui est d'une grande banalité, depuis les années 2000, dans les espaces commerciaux et culturels ouverts aux enfants (librairies, magasins de jeux, musées...) ; qu'il en est de même de la mise en oeuvre d'animations culturelles et de loisirs ludo-créatifs qui relèvent d'activités couramment proposées dans des espaces où sont commercialisés des livres et des jouets pour enfants ; qu'enfin, les sociétés appelantes ne peuvent sérieusement faire grief à la FNAC d'avoir repris dans ses espaces 'FNAC KIDS', qui sont des espaces où sont vendus notamment des livres pour enfants, le concept d'une offre large et sélective de livres à destination des enfants, adoptée à chaque catégorie d'âges ;

Considérant, en ce qui concerne l'agencement et la décoration des espaces 'FNAC KIDS', que les sociétés appelantes produisent un comparatif des agencements FNAC / G (pièce 5) montrant grâce à des photographies, la présence dans les espaces 'FNAC KIDS', K dans les magasins G H & JEUX, de suspensions électriques rondes, de type globes, qualifiées de 'boules de lumière' par les appelantes, de cercles de couleur sur le sol et de rayonnages sur lesquels sont présentés des livres ; que la société FNAC ayant été mise à même de critiquer la valeur probante de cette pièce dans ses conclusions, voire d'en tirer parti pour sa propre défense, il n'y a lieu de l'écarter ;

Qu'il est observé que l'emploi de 'boules de lumière' est banal, dans les espaces commerciaux, notamment ceux dédiés aux enfants (cf. pièces 9 et 38 de l'intimée), K dans les espaces privés, et que la photographie produite par les appelantes permet de constater que, contrairement à ce qu'elles affirment, il ne s'agit pas de boules identiques à celles installées dans les magasins G H & JEUX dans leur forme, leur luminosité, leur couleur, et leur hauteur sous plafond' puisque la pièce 5 des appelantes fait apparaître des grandes boules blanches à proximité de petites boules de couleur or alors que les espaces 'FNAC KIDS' comportent des boules de tailles variées et de couleurs jaune, blanche, verte ; que du reste un procès-verbal établi en avril 2015 dans le magasin de FNAC Paris Beaugrenelle montre que l'espace 'KIDS' ne comporte pas de 'boules de lumière' mais des suspensions de type lampions ; que l'intimée justifie de surcroît que les 'boules de lumière' ne sont pas utilisées systématiquement par les magasins G (blog I Y montrant des spots installés sur des rails ou des spots encastrés – pièce 10 intimée) ;

Que de même, le recours à des cercles de couleurs vives sur les sols d'espaces ouverts au public, notamment d'espaces de vente, n'est pas original, servant à délimiter l'espace et à appeler l'attention des clients sur certains produits ; que de surcroît, les ronds de couleur ne sont pas, en l'espèce, de couleur, de taille et de disposition identiques dans les espaces commerciaux en comparaison, ce que confirment, trois procès-verbaux de constat établis en avril 2015 dans trois magasins FNAC (Paris Ternes, Paris Beaugrenelle et Villebon-sur-Yvette) fournis par l'intimée qui montrent la présence dans les espaces 'KIDS' de ces trois magasins de motifs au sol de forme hexagonale ou de forme ronde mais de tailles et de couleurs variées (rouge, jaune, orange, bleu) alors que les ronds des magasins G H & JEUX sont de même taille et de couleur jaune et verte selon la pièce 5 des appelantes, ce que souligne à juste titre l'intimée ;

Que les appelantes arguent aussi que les espaces 'FNAC KIDS' reprennent les mêmes mobiliers et présentoirs de vente, blancs, aux formes identiques et disposent les produits selon un agencement particulièrement similaire, dans la continuité de ce que faisait la FNAC H & JEUX ; que les sociétés appelantes ne sauraient cependant sérieusement faire grief à la FNAC de l'utilisation de rayonnages pour présenter des livres proposés à la vente, ni même de l'emploi sur un panneau du terme 'tout-petits' s'agissant, en l'occurrence, d'une information concernant un espace destiné aux enfants en bas âge ; que par ailleurs le comparatif des mobiliers produit par les sociétés appelantes elles-même (leur pièce 6, citée par la société FNAC à l'appui de son argumentation et dont elle demande donc en vain le retrait) illustre les différences existant dans les meubles de présentation des livres et jouets des espace de vente respectifs des parties ;

Que cette première série de griefs ne peut donc être retenue ;

En ce qui concerne les offres et publicités

Considérant que les sociétés appelantes dénoncent la reprise par les nouveaux espaces 'FNAC KIDS' de l'assortiment des produits qui était celui de la société H & JEUX et qui a été poursuivi par la société G H & JEUX ; qu'elles avancent que les espaces FNAC KIDS reprennent 'un assortiment particulièrement similaire, sur des produits spécifiques, et

notamment ceux de fournisseurs qui sont très présents en magasin K DJECO, SENTOSPHERE, BUKI, DISET/NATHAN, [...], B, C', ce qui représente un positionnement commercial particulièrement similaire ; que les appelantes dénoncent, par ailleurs, l'utilisation des termes 'H et jeux' par la FNAC, la reprise du logo et de plusieurs pictogrammes originaux de la société G H & JEUX ;

Considérant que la société FNAC répond à juste raison, sur le premier point, que le tableau 'Comparatif des produits G H & JEUX et FNAC KIDS' produit par les appelantes (leur pièce 7) est inexploitable s'agissant d'une liste de produits avec des références et de fournisseurs peu lisible et sur laquelle aucune explication n'est donnée et que l'assortiment commun reproché a été envisagé lors de la signature du protocole qui faisait expressément référence au contrat antérieur 'de conseil et de vente' d'avril 2009 et prévoyait de continuer à donner à la société cédée H & JEUX un rôle de fournisseur et de conseil à la FNAC dans le cadre de ses achats de produits de loisirs éducatifs ; que la FNAC indique en outre, sans être sérieusement contestée, que l'assortiment des espaces 'FNAC KIDS' et des magasins G H & JEUX est aujourd'hui très différent dans son ensemble (page 37 de ses conclusions) ;

Considérant, sur le second point, que l'utilisation de termes identiques ou similaires à ceux employés par un concurrent est licite lorsqu'il s'agit de mots d'usage courant ou de termes techniques nécessaires pour l'information du public ou la définition des produits et leur mode d'utilisation par le public ; que l'emploi des termes 'H' et 'jeux' par la FNAC pour décrire ou promouvoir son activité de vente de jeux et de jouets n'est pas reprochable en soi, ces termes étant des éléments de langage courant dans le secteur des produits ludo-éducatifs destinés aux enfants que les sociétés I Y et I X ne peuvent prétendre voir privatiser à leur profit ; qu'en l'occurrence, K le tribunal l'a relevé, la société FNAC justifie que des recherches sur le site GOOGLE montrent que les termes 'H' et 'jeux' sont utilisés par des entreprises concurrentes (AUCHAN, CDISCOUNT, NATURE ET DECOUVERTE, KING JOUET...) pour qualifier leurs produits (son constat d'huissier produit en pièce 33) et qu'en outre, le site de la société G H & JEUX apparaît en premier, avant le site FNAC, lorsque l'on procède à la recherche des termes litigieux sur GOOGLE (constat d'huissier produit en pièce 33 par la FNAC) ; que, par ailleurs, les affiches, sites internet, photographies et catalogue invoqués par les appelantes font toujours apparaître de façon très lisible, à proximité des termes litigieux, les termes 'FNAC' ou 'FNAC KIDS', ce qui est de nature à écarter le risque de confusion allégué ; que les appelantes sont encore moins fondées à reprocher à la FNAC l'emploi de phrases K : 'Je préférerais quand ils étaient moins éveillés. Nouvel espace FNAC KIDS' (sur une affiche) ou 'Les parents de Mathis trouvent des jeux à la hauteur de sa créativité ; FNAC kids, tout pour éveiller l'imagination des enfants' (dans un spot télévisuel) ;

Que le grief de reprise d'éléments graphiques spécifiques à G (icônes aux bords arrondis et aux couleurs vives (rouge, rose, vert, bleu, orange, violet) comprenant chacun un dessin représentant différentes activités ludiques) se fonde sur des captures d'écran de sites (behance.net et fnac.pt) s'adressant à des clients portugais ; qu'il est constant qu'il n'existe aucun magasin G H & JEUX au Portugal ; qu'il n'est pas démontré qu'un packaging utilisant ces éléments graphiques ait jamais été utilisé en France ;

Que ces griefs ne peuvent donc être davantage retenus ;

En ce qui concerne la politique médiatique de la FNAC

Considérant que les sociétés appelantes dénoncent 'l'offensive commerciale et médiatique de la FNAC' menée à compter de 2011 par son nouveau PDG, M. D, autour notamment de l'ouverture des nouveaux espaces 'KIDS', et dont la presse s'est fait l'écho, faisant valoir que l'enseigne a alors reconnu le revirement qu'elle avait opéré en revenant sur le segment ludo-éducatif quitté en 2010 lors de la cession de la société H & JEUX ; que les sociétés I X, I Y et Z en déduisent un aveu flagrant du comportement fautif de la FNAC qui, quelques mois après la cession de sa filiale H & JEUX, a pu créer une prétendument nouvelle offre 'KIDS' en puisant largement dans son ancien concept ;

Considérant cependant que la société FNAC oppose à juste raison qu'elle n'a en réalité jamais abandonné son activité enfants au sein de ses magasins FNAC K cela résulte du contrat de conseil et de vente de 2009 donnant à la filiale H & JEUX un rôle de fournisseur et de conseil de la FNAC dans le cadre de ses achats de produits de loisirs éducatifs et du protocole de cession conclu le 23 juillet 2010, exempt de toute clause de non concurrence, qui prévoyait le maintien du premier contrat jusqu'à la conclusion d'accords commerciaux futurs entre les parties ;

Considérant, en définitive, qu'au vu des éléments versés aux débats, notamment des photographies des espaces de vente en comparaison, il ne peut être retenu que l'impression d'ensemble produite par les espaces 'FNAC KIDS' est la même que celle qui se dégage des magasins G H & JEUX ; que les ressemblances quand elles existent, soit résultent d'éléments d'usage courant ou induits par les nécessités de l'activité dans le secteur des produits ludo-éducatifs destinés à l'enfance sur lequel interviennent les deux opérateurs concurrents (utilisation de rayonnages pour présenter les livres, emploi de termes communs propres à l'enfance...), soit ne revêtent aucun caractère systématique ni ne traduisent une parfaite similarité (éléments de décoration des espaces de vente : suspensions rondes au plafond, décorations rondes au sol), de sorte qu'elles ne sont pas susceptibles de créer un risque de confusion fautif entre les enseignes concurrentes pour un consommateur d'attention moyenne des produits concernés, étant souligné que, K le rappelle pertinemment la FNAC, ses espaces 'FNAC KIDS' sont intégrés dans ses magasins à l'enseigne FNAC (désormais FNAC / DARTY) alors que les magasins G H & JEUX sont des magasins à part entière, exclusivement destinés à l'enfance, ce qui, ajouté au fait que les deux enseignes ont des dénominations très distinctes, constitue une différence majeure de nature à empêcher le consommateur d'attention moyenne de référence de se méprendre ;

Que les deux sondages fournis par les appelantes, réalisés en avril et mai 2014 devant les magasins FNAC de Lyon République et de Nancy (ses pièces 57 et 58), ne sont pas de nature à démontrer l'existence d'un risque de confusion entre les deux enseignes eu égard au faible nombre de personnes interrogées (15 à Lyon et 10 à Nancy, soit 25 pour les deux sondages) et aux réponses apportées ; qu'en effet, à la question 'En quoi [l'espace enfants de la FNAC] vous rappelle-t-il le magasin G (Concept, codes couleurs, agencements, services/personnel) ', 11 personnes seulement ont répondu positivement s'agissant du concept ou des couleurs – dont deux ont indiqué sobrement : 'pareil' ou 'même chose', ce qui peut être entendu K une référence au fait que les deux enseignes vendent les mêmes produits – et trois personnes ont par ailleurs répondu qu'il n'existait aucune similarité entre les deux magasins ; qu'aucune

personne interrogée n'a trouvé de ressemblance dans les services offerts ; qu'une autre question 'Connaissez-vous un autre magasin similaire ' manque totalement de pertinence, la personne interrogée pouvant parfaitement comprendre qu'on lui demande si elle connaît un magasin concurrent ;

Que les appelantes versent aussi le témoignage de Mme L M, ancienne salariée de la FNAC et salariée de la société G H & JEUX depuis 2010, qui indique que La FNAC a manifestement reproduit dans ses espaces dédiés aux enfants FNAC KIDS actuels, les éléments caractéristiques de FNAC H & Jeux avant sa cession à G :

- La mixité entre l'offre éditoriale et le jouet ; – Sélection de jeux/jouets éducatifs ciblée sur l'accompagnement de l'enfant et les différentes étapes de développement de l'enfant ; – Des Conseillers de vente capables de conseiller les parents sur les produits adaptés aux différentes étapes de développement de leurs enfants ; – Un merchandising particulier : accessibilité des produits mis en démonstration pour les enfants et les parents, chaises enfants, espace animations ; - Un visuel magasin similaire : luminaires en forme de boules de couleur, moquette avec ronds de couleur ; – Un équipement Multimédia avec bornes d'écoutes et écran télé pour diffusion de vidéos.

Le magasin de Ternes, en particulier, quand il a ouvert, reprenait en tous points ces éléments caractéristiques du concept FNAC H & Jeux. Il était un 'copié/collé' du concept.

Les clients étaient troublés, ils confondaient même les enseignes. Dans le magasin de Ternes, les clients ont demandé si le nom avait changé. Ils entraient dans un espace FNAC KIDS et ils retrouvaient la même ambiance, le même concept, les mêmes produits, la même présentation, et les mêmes codes-couleurs, K s'ils entraient dans un magasin FNAC H & Jeux, qu'ils avaient bien connu et fréquenté (...)' ; que Mme L M atteste encore qu'un document élaboré au sein de FNAC H & JEUX détaillant les étapes du développement de l'enfant a été remis en forme à l'identique et diffusé par la FNAC K outil de formation et de communication ; que la force probante de ce témoignage est cependant à relativiser, son auteure évoquant des faits qui ne sont pas fautifs, K il a été dit, s'agissant de services couramment proposés dans le secteur concerné ('mixité entre l'offre éditoriale et le jouet' ; 'Conseillers de vente capables de conseiller les parents sur les produits adaptés aux différentes étapes de développement de leurs enfants' ; 'accessibilité des produits mis en démonstration...' ; 'équipement Multimédia...'), dont les appelantes ne sauraient prétendre se réserver l'exclusivité, et des faits qui sont en outre propres au magasin des FNAC Ternes à l'époque de la création de son espace 'KIDS', soit en 2011, alors que l'intimée relève pertinemment que l'intéressée avait quitté la FNAC en 2010, ce que cette dernière reconnaît dans une seconde attestation dans laquelle elle précise tenir les propos rapportés dans son premier témoignage d'anciens collègues de la FNAC avec lesquels elle aurait conservé des liens ;

Considérant que pour l'ensemble de ces raisons, aucun acte fautif de la FNAC n'étant démontré, le jugement déféré sera confirmé en ce qu'il a rejeté l'ensemble des demandes des sociétés I Y, I X et Z en concurrence déloyale et parasitaire ;

Sur la demande de publication

Considérant que les demandes en concurrence déloyale et parasitaire des appelantes étant rejetées, leur demande de publication du présent arrêt est sans objet ;

Sur la demande de la société FNAC pour procédure abusive

Considérant que l'exercice d'une action en justice constitue, en principe, un droit et ne dégénère en abus pouvant donner naissance à une dette de dommages et intérêts que dans le cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol ;

Que le rejet des prétentions des sociétés I Y, I X et Z ne permet pas de caractériser, en l'espèce, une faute ayant fait dégénérer en abus leur droit d'agir en justice, les intéressées ayant pu légitimement se méprendre sur l'étendue de leurs droits ; qu'en outre, la société FNAC ne démontre pas l'existence d'un préjudice distinct de celui causé par la nécessité de se défendre en justice qui sera réparé par l'allocation d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Considérant que les sociétés I Y, I X et Z qui succombent seront condamnées aux dépens d'appel et garderont à leur charge les frais non compris dans les dépens qu'elles ont exposés à l'occasion de la présente instance, les dispositions prises sur les dépens et les frais irrépétibles de première instance étant confirmées ;

Que la somme qui doit être mise à la charge des sociétés I Y, I X et Z au titre des frais non compris dans les dépens exposés par la société FNAC peut être équitablement fixée à 10 000 € cette somme complétant celle allouée en première instance ;

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Déboute la société FNAC de sa demande de rejet des pièces n°5, n°6, n°49 et n°75 à n°89 produites par les sociétés I Y, I X et Z,

Confirme le jugement déferé en toutes ses dispositions,

Y ajoutant,

Condamne les sociétés I Y, I X et Z aux dépens d'appel et au paiement à la société FNAC DARTY PARTICIPATIONS ET SERVICES de la somme de 10 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

LE PRÉSIDENT  
LE GREFFIER