

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE VERSAILLES

12ème chambre section 1, 10 novembre 2009

S.A. TIME AND DIAMONDS (TAD)

ayant son siège 61 rue Charles Nodier 93500 PANTIN, agissant poursuites et diligences en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Concluant par la SCP LISSARRAGUE DUPUIS BOCCON GIBOD, avoués - No du dossier 0844986

Plaidant par Me Jean-Philippe GOSSET membre de la SCP LGH ET ASSOCIES, société d'avocats au barreau de PARIS

APPELANTE

- Société de droit étranger NIKE INTERNATIONAL LIMITED, société organisée selon les lois des Iles Bermudes

ayant son siège One Bowermann Drive Beaverton OREGON 97005-6453 ETATS-UNIS, agissant poursuites et diligences en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Concluant par la SCP KEIME GUTTIN JARRY, avoués - No du dossier 08000678

Plaidant par Me Gaëlle BLORET-PUCCI, avocat au barreau de PARIS

- S.A. AUCHAN FRANCE

ayant son siège 200 rue de la Recherche 59650 VILLENEUVE D'ASCQ, agissant poursuites et diligences en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Concluant par Me Claire RICARD, avoué - No du dossier 280105

Plaidant par Me Jean-Louis GUIN, avocat au barreau de PARIS

INTIMEES

- Société de droit belge MASTER INTERNATIONAL

ayant son siège Merellaan 6 KAPPELLE O/D BOS (1880) BELGIQUE, agissant poursuites et diligences en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Concluant par la SCP BOMMART MINAULT, avoués - No du dossier 00036447
Ayant pour avocat Me Antoine RICARD du barreau de PARIS

- S.A.S. CHAUSS'EUROP

ayant son siège 31 rue Gabriel Monmert 76610 LE HAVRE, agissant poursuites et diligences
en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Concluant par la SCP FIEVET-LAFON, avoués - No du dossier 281009

Plaidant par Me Isabelle DE COUX collaboratrice de Me Gérard-Gabriel LAMOUREUX,
avocat au barreau de PARIS

- Société de droit belge ACCESS USA (faillite sur aveu le 17 décembre 2007)

ayant son siège Chez Maître JASPAR Jean-Louis, avocat 1180 UCCLE, avenue de Fré, 229
BELGIQUE, agissant poursuites et diligences en la personne de ses représentants légaux
domiciliés en cette qualité audit siège

Défaillante (assignée chez son curateur à la faillite Me JASPAR Jean-Louis, avocat)

ASSIGNEES EN APPEL PROVOQUE

- Société de droit belge EXIMIN

ayant son siège Poepsem 11 BRUXELLES (1000) BELGIQUE, agissant poursuites et
diligences en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Défaillante

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue à l'audience publique du 08 Octobre 2009, Madame Dominique
ROSENTHAL, président, ayant été entendue en son rapport, devant la cour composée de :

Madame Dominique ROSENTHAL, président,
Madame Dominique LONNE, conseiller,
Monsieur Claude TESTUT, conseiller,

qui en ont délibéré,

Greffier, lors des débats : Madame Sabine MAREVILLE

Vu l'appel interjeté le 19 février 2008, par la société TIME AND DIAMONDS d'un jugement rendu le 04 décembre 2007 par le tribunal de grande instance de Pontoise qui a :

* dit que la société AUCHAN FRANCE et la société TIME AND DIAMONDS ont commis des actes de contrefaçon par reproduction de la marque SWOOSH, dont la société NIKE INTERNATIONAL LTD est propriétaire sur des montres offertes à la vente en juin 2001,

* interdit à ces mêmes sociétés de poursuivre la vente de montres contrefaisantes, sous astreinte de 150 euros par manquement constaté,

* condamné celles-ci in solidum à payer à la société NIKE INTERNATIONAL LTD la somme de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de la contrefaçon des montres,

* condamné la société TIME AND DIAMONDS à garantir la société AUCHAN FRANCE à hauteur de 10.000 euros,

* condamné la société AUCHAN FRANCE à payer à la société NIKE INTERNATIONAL LTD la somme de 2.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

* condamné la société TIME AND DIAMONDS à payer à la société NIKE INTERNATIONAL LTD la somme de 2.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

* débouté la société NIKE INTERNATIONAL LTD de son action en contrefaçon relative à la vente des chaussures des modèles "ICARUS" et "TOUR PLUS" à l'encontre des sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL, ACCESS USA et EXIMIN,

* condamné la société NIKE INTERNATIONAL LTD à payer à la société AUCHAN FRANCE la somme de 2.500 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile au titre de l'action relative aux chaussures "ICARUS" et "TOUR PLUS" de marque NIKE,

* condamné la société NIKE INTERNATIONAL LTD à payer à la société CHAUSS'EUROP la somme de 2.500 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

* condamné la société NIKE INTERNATIONAL LTD à payer à la société MASTER INTERNATIONAL :

- la somme de 3.000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive s'agissant des demandes relatives aux chaussures "ICARUS" de marque NIKE,

- la somme de 2.500 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

* condamné la société NIKE INTERNATIONAL LTD à payer à la société ACCESS USA :
- la somme de 3.000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive s'agissant des demandes relatives aux chaussures "TOUR PLUS" de marque NIKE,
- la somme de 2.500 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

* condamné la société NIKE INTERNATIONAL LTD à payer à la société EXIMIN la somme de 2.500 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,

* dit que les objets saisis déposés au greffe seront restitués à la société NIKE INTERNATIONAL LTD et qu'à défaut de les avoir enlevés dans le délai de deux mois suivant la présente décision, ils seront déclarés abandonnés,

* ordonné l'exécution provisoire de la présente décision uniquement en ce qui concerne l'interdiction de vendre les montres,

* rejeté toute autre demande,

* fait masse des dépens qui comprendront les frais de saisies contrefaçons exposés par la société NIKE INTERNATIONAL LTD.

Vu les dernières écritures en date du 9 février 2009, par lesquelles la société TIME AND DIAMONDS demande à la Cour de :

* déclarer les pièces 45 à 52 sous bordereau du 30 janvier 2009 de la société NIKE en ce qu'elles ne sont pas transcrites en langue française,

* à titre principal, infirmer la décision rendue le 4 décembre 2007 en toutes ses dispositions,

* à titre subsidiaire, dire n'y avoir lieu à dommages et intérêts,

* infirmer la décision en ce qu'elle l'a condamnée à garantir la société AUCHAN FRANCE pour moitié des condamnations prononcées à son encontre,

* condamner la société AUCHAN à lui verser la somme de 5.000 euros pour procédure manifestement abusive,

* condamner la société NIKE à lui verser la somme de 5.000 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile,

* condamner la société NIKE en tous les dépens.

Vu les dernières écritures en date du 08 juin 2009, aux termes desquelles la société NIKE INTERNATIONAL LTD, formant appel incident, prie la Cour de :

- * la déclarer recevable en son appel provoqué,
- * constater que les sociétés AUCHAN FRANCE, TIME AND DIAMONDS, CHAUSS'EUROP, ACCESS USA, MASTER INTERNATIONAL et EXIMIN ne rapportent pas la preuve de ce que le réseau de distribution NIKE présente un risque réel de cloisonnement, les distributeurs ayant toute possibilité de passer leurs commandes hors du territoire éventuellement affecté à des agents commerciaux et usant effectivement et couramment de cette possibilité,
- * constater qu'elles ne rapportent pas la preuve qui dès lors leur incombe de ce que les montres d'une part, et les paires de chaussures NIKE "Icarus" et NIKE "Tour Plus" d'autre part, qu'elles ont détenues, offertes à la vente et vendues, ont fait l'objet d'une première mise dans le commerce dans l'espace économique européen par la société NIKE ou avec son consentement,
- * en conséquence, confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que la société AUCHAN FRANCE et la société TIME AND DIAMONDS ont commis des actes de contrefaçon par reproduction de la marque SWOOSH dont elle est propriétaire, sur des montres offertes à la vente en juin 2001,
- * et, statuant à nouveau, condamner les sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP, ACCESS USA, MASTER INTERNATIONAL et EXIMIN pour contrefaçon des marques NIKE au sens des articles L. 713-2 a), L.713-4 et L. 716-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle,
- * porter à 50.000 euros le montant des dommages et intérêts auxquels ont été solidairement condamnées les sociétés AUCHAN et TIME AND DIAMONDS,
- * condamner solidairement les sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP, TIME AND DIAMONDS, ACCESS USA, MASTER INTERNATIONAL et EXIMIN au versement de la somme de 150.000 euros à titre de dommages et intérêts,
- * faire interdiction à ces mêmes sociétés de poursuivre la vente de tout article contrefaisant la marque NIKE et de tous articles NIKE qui n'auraient pas été mis dans le commerce dans l'Espace économique européen avec son consentement, et ce sous astreinte de 150 euros par infraction constatée à compter de la signification de la décision à intervenir,
- * ordonner la publication de la décision à intervenir dans deux revues ou journaux, français ou étrangers, de son choix et aux frais exclusifs et solidaires des dites sociétés sans que le coût de chaque insertion ne puisse excéder la somme de 4.500 euros hors taxes,
- * débouter le sociétés TIME AND DIAMONDS, AUCHAN, CHAUSS'EUROP, et MASTER INTERNATIONAL de l'ensemble de leurs demandes,

* condamner chacune des sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP, TIME AND DIAMONDS, ACCESS USA, MASTER INTERNATIONAL et EXIMIN au versement de la somme de 10.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile,

* les condamner solidairement aux entiers dépens ainsi qu'aux frais de saisie-contrefaçon exposés.

Vu les dernières écritures en date du 23 juin 2009, aux termes desquelles la société AUCHAN FRANCE demande à la cour de :

• à titre principal,

* constater que le système de distribution de la société NIKE dans l'Espace économique européen présente un risque de cloisonnement des marchés et l'inexistence de voies d'importations parallèles susceptibles de contredire ce risque,

* constater que la société NIKE INTERNATIONAL LTD n'a pas rapporté la preuve de ce que les produits litigieux auraient été mis sur le marché en dehors de l'Espace économique européen,

* confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société NIKE de ses demandes concernant les chaussures livrées,

* le réformer en ce qu'il l'a condamnée pour contrefaçon à raison des montres livrées par la société TIME AND DIAMONDS,

* débouter la société NIKE INTERNATIONAL LTD de l'ensemble de ses demandes,

* réformer le jugement en ce qu'il l'a déboutée de sa demande reconventionnelle de condamnation de la société NIKE INTERNATIONAL LTD pour procédure abusive et la condamner au paiement d'une somme de 30.000 euros,

• à titre subsidiaire,

* dire que la mise sur le marché des produits dans l'Espace économique européen, dont la preuve a été rapportée, a épuisé les droits de la société NIKE sur ses marques,

* confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société NIKE de ses demandes concernant les chaussures livrées,

* le réformer en ce qu'il l'a condamnée pour contrefaçon à raison des montres livrées par la société TIME AND DIAMONDS,

* le réformer en ce qu'il l'a déboutée de sa demande reconventionnelle de condamnation de la société NIKE pour procédure abusive et condamner celle-ci au paiement d'une somme de 30.000 euros,

- à titre infiniment subsidiaire,

- * condamner la société TIME AND DIAMONDS à l'indemniser des condamnations prononcées à son encontre au bénéfice de la société NIKE en la garantissant de l'ensemble de ces condamnations,

- * condamner la société CHAUSS'EUROP à la garantir de l'ensemble de ces condamnations,

- en toute hypothèse,

- * condamner la société NIKE ou si elles succombaient, les sociétés TIME AND DIAMONDS et/ou CHAUSS'EUROP, au paiement à son profit d'une indemnité de 30.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

Vu les dernières écritures en date du 05 mai 2009, aux termes desquelles la société CHAUSS'EUROP, intimée sur appel provoqué de la société NIKE, prie la Cour de :

- * déclarer la société NIKE INTERNATIONAL LTD irrecevable en son appel provoqué,

- * subsidiairement, déclarer cette société irrecevable en ses demandes formées sur le fondement des marques invoquées,

- * plus subsidiairement, confirmer le jugement entrepris, éventuellement par substitution de motifs, en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes dirigées à son encontre,

- * plus subsidiairement, ramener à de plus justes proportions les dommages et intérêts sollicités pour un préjudice dont il n'est pas sérieusement justifié,

- * débouter la société AUCHAN FRANCE de sa demande en garantie formée à son encontre,

- * condamner la société MASTER INTERNATIONAL à la garantir des condamnations éventuellement mises à sa charge à raison de ses produits,

- * lui donner acte de ce qu'elle renonce à la demande en garantie qu'elle avait formulée à l'encontre de la société ACCESS USA,

- * condamner toute partie succombante à lui payer, chacune, une indemnité de 5.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

- * condamner cette même partie aux entiers dépens

Vu les dernières écritures en date du 15 janvier 2009, aux termes desquelles la société MASTER INTERNATIONAL, intimée sur appel provoqué de la société NIKE, prie la Cour de :

- * confirmer le jugement entrepris,

* constater que le lot de 4313 paires de chaussures de marque NIKE modèle "ICARUS" a été mis en vente par la société NIKE elle-même sur le territoire de la communauté européenne,

* dire que le lot de 4313 paires de chaussures de marque NIKE modèle "ICARUS" n'est pas susceptible de contrefaçons,

* dire qu'elle avait pris toutes les garanties nécessaires pour s'assurer de l'authenticité des chaussures,

* dire qu'elle a donné toutes les garanties nécessaires à son client, la société CHAUSS'EUROP,

* dire qu'il existe un risque réel de cloisonnement du marché concernant la vente des produits litigieux dans l'Espace économique européen,

* dire irrecevable et mal fondée la demande de la société NIKE,

* débouter la société CHAUSS'EUROP de l'ensemble de ses demandes,

* réformer le jugement entrepris sur les montants alloués à son profit à titre de dommages et intérêts,

* condamner la société NIKE à lui payer la somme de 15.000 euros pour procédure abusive et celle de 10.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens,

* subsidiairement, condamner la société EXIMIN à la garantir de la totalité des condamnations prononcées à son encontre du fait de la vente à la société CHAUS'EUROP d'un lot de 4313 paires de chaussures de marque NIKE de modèle "ICARUS",

* condamner la société EXIMIN à lui payer la somme de 10.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile ainsi qu'aux dépens.

Vu l'acte de transmission en Belgique du 26 février 2009, de l'assignation, contenant appel provoqué, signifiée à la requête de la société NIKE INTERNATIONAL LTD à "un préposé" du curateur de la société ACCESS USA, mise en faillite.

Vu l'attestation du 14 novembre 2008, du non accomplissement en Belgique de la délivrance de l'assignation délivrée par la société NIKE INTERNATIONAL LTD à la société EXIMIN.

Vu l'assignation contenant appel provoqué, à la requête de la société MASTER INTERNATIONAL à la société EXIMIN, dont les actes d'accomplissement ne sont pas

justifiés.

SUR CE, LA COUR

Sur la procédure :

Considérant que les assignations, contenant appel provoqué, des sociétés NIKE INTERNATIONAL LTD et MASTER INTERNATIONAL n'ont pas été délivrées en Belgique à la société EXIMIN, de sorte que la cour n'est pas valablement saisie en ce qui la concerne ;

Considérant que la société ACCESS USA, de droit belge, qui a été assignée en la personne du "préposé" de son curateur, n'ayant pas constitué avoué, le présent arrêt sera réputé contradictoire ;

Considérant que la société CHAUSS'EUROP soulève l'irrecevabilité de l'appel provoqué par la société NIKE INTERNATIONAL LTD, soutenant qu'elle ne justifierait ni de son existence légale, ni de la titularité des marques qu'elle oppose ;

Mais considérant que la société NIKE INTERNATIONAL LTD, ayant pour siège social "One Bowermann Drive BEAVERTON OREGON-ETATS UNIS D'AMÉRIQUE", organisée selon les lois des Iles Bermudes, justifie de son existence légale par la production de la copie de son "certificate of incorporation" ;

Qu'elle démontre également être propriétaire des marques suivantes :

* française, semi-figurative "NIKE" déposée le 19 septembre 1984, renouvelée le 21 mai 2004, enregistrée sous le no1284327,

* communautaire, semi-figurative "NIKE" déposée le 8 juillet 1996, enregistrée sous le no277889,

* française "NIKE" déposée le 26 mai 1989, renouvelée le 25 janvier 1999, enregistrée sous le no1533030,

* communautaire "NIKE" déposée le 8 juillet 1006, enregistrée sous le no278028,

* française figurative "SWOOSH" déposée le 26 mai 1989, renouvelée le 25 janvier 1999, enregistrée sous le no1533029,

* communautaire figurative "SWOOSH" déposée le 8 juillet 1996, enregistrée sous le no277517 ;

Que dès lors, l'exception d'irrecevabilité sera rejetée ;

Considérant qu'aux termes du dispositif de ses dernières écritures, la société TIME AND DIAMONDS fait valoir que les pièces communiquées par la société NIKE INTERNATIONAL LTD communiquées sous les no45 et 52 ne sont pas traduites en langue française, mais n'en tire aucune conséquence ; qu'en tout état de cause, il est établi que ces pièces ont été traduites ;

Sur le fond :

Considérant que, pour un exposé complet des faits et de la procédure, il est expressément renvoyé au jugement déféré et aux écritures des parties ; qu'il suffit de rappeler que :

* la société NIKE INTERNATIONAL LTD, titulaire des marques précitées pour désigner les produits des classes 18, 25 et 28 et notamment les vêtements, chaussures de sport, les produits d'horlogerie, a eu connaissance d'une opération promotionnelle proposée, du 6 au 16 juin 2001, par la société AUCHAN FRANCE, à l'occasion de la fête des pères, intitulée "10 jours qui comptent pour lui faire plaisir",

* constatant que le catalogue publicitaire distribué par la société AUCHAN FRANCE proposait l'offre à la vente de montres et de chaussures revêtues des marques NIKE, la société NIKE INTERNATIONAL LTD, dûment autorisée par ordonnance présidentielle, a fait procéder le 12 juin 2001, à une saisie contrefaçon dans le magasin à l'enseigne AUCHAN situé dans le centre commercial Les 3 Fontaines à Cergy-Pontoise,

* ces opérations ont révélé la présence de 98 montres, 48 paires de chaussures NIKE, modèle "ICARUS", 40 paires de chaussures NIKE, modèle "TOUR PLUS",

* la société NIKE INTERNATIONAL LTD a fait pratiquer une seconde saisie contrefaçon au siège de la société AUCHAN FRANCE le 31 juillet 2001,

* cette saisie a établi que :

- AUCHAN FRANCE, s'était approvisionnée en chaussures de marque NIKE "Icarus" et "Tour Plus" auprès d'une société CHAUSS'EUROP,
- AUCHAN FRANCE avait commandé les montres à la société TIME AND DIAMONDS,

* c'est dans ces circonstances, que la société NIKE INTERNATIONAL LTD a assigné en contrefaçon, la société AUCHAN FRANCE devant le tribunal de grande instance de Pontoise,

* celle-ci a appelé en garantie ses fournisseurs, en ce qui concerne les montres, la société TIME AND DIAMONDS et en ce qui concerne les chaussures, la société CHAUSS'EUROP,

* cette dernière a assigné en intervention forcée les sociétés, de droit belge, ACCESS USA, fournisseur des modèles de chaussures "Tour Plus" et MASTER INTERNATIONAL, fournisseur des modèles de chaussures "Icarus",

* la société MASTER INTERNATIONAL a appelé en garantie la société belge EXIMIN auprès de laquelle elle a acheté les chaussures "Icarus",

* c'est dans ces conditions qu'est intervenu le jugement entrepris ;

Sur l'épuisement des droits de marque :

Sur le cloisonnement des marchés nationaux :

Considérant que selon les dispositions des articles L.716-1 et L.713-2 du Code de la propriété intellectuelle, l'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur ; que notamment, sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, la reproduction ou l'usage d'une marque reproduite, pour désigner des produits identiques à ceux désignés dans l'enregistrement ;

Que toutefois l'article L.713-4 du même Code, dispose que le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits mis dans le commerce dans la communauté européenne ou de l'Espace économique européen, sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement ;

Considérant que l'épuisement du droit de marque, qui constitue un moyen de défense pour les tiers poursuivis par le titulaire des marques, doit, sous peine d'inverser la charge de la preuve, être démontré par les tiers qui l'invoquent ;

Qu'il n'est pas démenti que les exigences découlant de la protection de la libre circulation des marchandises, consacrée, notamment aux articles 28 CE et 30 CE, peuvent nécessiter que cette règle de preuve subisse des aménagements, notamment dans l'hypothèse où le tiers parvient à démontrer qu'il existe un risque réel de cloisonnement des marchés nationaux, en particulier, lorsque le titulaire de la marque commercialise ses produits dans l'Espace économique européen au moyen d'un système de distribution exclusive ; qu'il appartient, alors, à ce titulaire d'établir que les produits ont été initialement mis dans le commerce par lui-même ou avec son consentement en dehors de l'Espace économique européen ; que si cette preuve est apportée, il incombe au tiers d'établir l'existence d'un consentement du titulaire à la commercialisation ultérieure des produits dans l'Espace économique européen ;

Considérant que les sociétés AUCHAN FRANCE, TIME AND DIAMONDS, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL prétendent d'une part, que la société NIKE INTERNATIONAL LTD aurait commercialisé ses produits dans l'Espace économique européen par le biais d'un système de distribution présentant un risque de cloisonnement des marchés, d'autre part, que cette société n'établirait pas que son système de distribution comporterait des voies d'importation parallèles ouvertes, de sorte, selon elles, que la société NIKE INTERNATIONAL LTD devrait établir que les produits litigieux ont été initialement mis sur le marché en dehors de l'Espace économique européen ;

Considérant qu'il appartient aux sociétés qui s'en prévalent de démontrer le risque réel de cloisonnement des marchés nationaux, qui ne se limite pas à la seule hypothèse d'un système de distribution exclusive ;

Que celles-ci soutiennent qu'un risque réel de cloisonnement des marchés nationaux peut résulter d'un système de distribution qui permet au titulaire de la marque de mettre en oeuvre des politiques commerciales et tarifaires différentes selon les territoires desservis, quand bien même les importations parallèles ne seraient pas totalement impossibles ;

Qu'en l'espèce, elles font valoir que les contrats conclus entre la société NEON, distributeur exclusif en Europe de la société NIKE INTERNATIONAL LTD, et les agents installés sur chaque territoire de l'Espace économique européen, fixent à chacun d'eux, pour l'exercice de leur activité, le territoire d'un état membre ; qu'elles exposent que la société NIKE et ces agents définissent les produits pouvant être commercialisés et les conditions de vente sur ce territoire ;

Qu'elles soulignent qu'indépendamment de la mention formelle d'une absence d'exclusivité, le système de distribution de la société NIKE INTERNATIONAL LTD est tel que les agents commercialisent les produits sur le territoire assigné, les ventes à l'extérieur ne pouvant qu'être exceptionnelles et n'étant pas de nature à anéantir le risque réel de cloisonnement des marchés ;

Qu'elle ajoutent que non seulement, la société NIKE ne rapporte pas la preuve des ventes pan-européennes alléguées, mais encore que les ventes supposées ne constitueraient pas des voies d'importation parallèles et que le seul fait qu'un agent vende sur le territoire d'un autre agent ou à une enseigne qui, elle-même, livrera ses magasins en dehors du territoire, prouve simplement l'absence de cloisonnement absolu des marchés, mais ne contredit pas le risque réel de cloisonnement puisque le système de distribution permet à la société NIKE d'autoriser ou de refuser certaines ventes et de les réserver à des clients ne pratiquant pas de politiques de prix susceptibles de contrarier celles qu'elle a définies pour chaque territoire ;

Mais, considérant que selon les pièces produites aux débats par la société NIKE INTERNATIONAL LTD, qui conteste ces allégations, il résulte qu'elle a conclu un contrat de licence de droits de propriété intellectuelle et de distribution exclusive avec la société NIKE EUROPEAN OPERATIONS NETHERLANDS BV, ci-après dénommée NEON, entré en vigueur le 1er juin 2000 pour la fabrication, la sous-traitance et la vente de ses produits sur le marché de l'union européenne ;

Qu'elle communique plusieurs contrats d'agents commerciaux (pièces 28, 33 et 34) signés entre la société NEON et les sociétés NIKE FRANCE, NIKE UK, NIKE INTERNATIONAL Allemagne, respectivement les 21 février 2000, 24 septembre 2000 et 1er juin 2000, selon lesquels la société NEON est le seul vendeur en Europe des produits NIKE, qui les distribue par ces intermédiaires ;

Considérant que les contrats précités, qui stipulent une clause territoriale, confient à ces sociétés le "marketing et le démarchage de clients pour les produits à titre non exclusif" (article 2 des contrats) ;

Que cette clause territoriale stipulée aux contrats, ne garantit pas en elle-même, une exclusivité sur le territoire attribué à ces agents commerciaux, de sorte que la seule existence d'un réseau de distribution européenne, organisé au moyen d'une division territoriale, ne caractérise pas, à elle seule, un risque réel de cloisonnement des marchés ;

Considérant par ailleurs, que force est de constater qu'aucune disposition contractuelle n'interdit aux agents commerciaux dénommés de vendre les produits à des intermédiaires en vue de leur commercialisation à l'intérieur de l'Espace économique européen, en dehors de la zone qui leur a été assignée ;

Que dans ces circonstances, les sociétés AUCHAN FRANCE, TIME AND DIAMONDS, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL ne démontrent nullement que l'attribution, sans exclusivité, de territoires à chacun des agents commerciaux, risque réellement d'empêcher un distributeur de se fournir auprès de la société NEON soit directement, soit indirectement par le biais d'un agent en charge d'un autre territoire et de le priver de la possibilité du bénéfice de politiques distinctes de prix ou de produits ;

Qu'au contraire, la société NIKE INTERNATIONAL LTD établit la possibilité effectivement ouverte à tout distributeur de pouvoir s'adresser à tout agent commercial en dehors du territoire concerné ;

Qu'elle verse en effet aux débats plusieurs factures émises au cours de l'année 2001, démontrant qu'à l'époque des faits litigieux, des sociétés espagnole, française, portugaise et néerlandaise se sont adressées à l'agent commercial de NEON en Italie et que cet agent a vendu des produits à des distributeurs installés dans d'autres pays de l'Espace économique européen ;

Que dans ces circonstances, l'existence de voies d'importations parallèles juridiquement ouvertes, dès lors qu'il n'est pas démontré que l'usage de cette faculté ait été sanctionné par le tarissement de la source utilisée, exclut le risque réel de cloisonnement des marchés ;

Qu'il s'ensuit que la règle de preuve, instituée par les dispositions de l'article L.714-3 du Code de la propriété intellectuelle, ne peut subir aucun aménagement, de sorte qu'il appartient à la société AUCHAN FRANCE et aux sociétés TIME AND DIAMONDS, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL d'établir la mise sur le marché, dans l'Espace économique européen, des produits litigieux par la société NIKE INTERNATIONAL LTD ou avec son consentement ;

Sur l'origine des produits :

Sur les montres :

Considérant que la société TIME AND DIAMONDS prétend avoir régulièrement acquis auprès de la société NEON, les 6.740 montres litigieuses, livrées à la société AUCHAN FRANCE ;

Qu'elle verse aux débats une facture établie le 11 avril 2001, par une société WEST PLANET et quatre lettres adressées ultérieurement par Maître E..., aux termes desquelles ce conseil affirme être en possession de la facture pro forma en provenance de NIKE EUROPE ;

Que ces courriers manquent pour le moins de précision quant à l'identification des produits litigieux et ne sont pas de nature à justifier de leur mise en circulation dans l'Espace économique européen par la société NIKE INTERNATIONAL ou avec son consentement ;

Que la décision déferée, qui a retenu des actes de contrefaçon imputables à la société AUCHAN FRANCE et à la société TIME AND DIAMONDS, sera confirmée ;

Sur les chaussures :

Considérant que la société AUCHAN FRANCE a acquis les paires de chaussures litigieuses auprès de la société CHAUSS'EUROP ;

Que celle-ci produit une facture émise par la société MASTER INTERNATIONAL le 20 février 2001, portant sur 4.313 paires de chaussures "NIKE ICARUS", une facture émise le 27 avril 2001, par la société ACCESS USA, portant sur 6.100 paires de chaussures "TOUR PLUS" ;

Considérant en ce qui concerne le modèle "ICARUS" que la société MASTER INTERNATIONAL verse aux débats deux factures datée du 16 février 2001, de son propre fournisseur, la société EXIMIN de droit belge, laquelle se serait approvisionnée auprès de la société NIKE EUROPE ;

Que sur ce dernier élément de la chaîne des droits, sont produites deux photocopies illisibles de factures portant sur l'achat de 1.688 et 2.623 paires de chaussures qui auraient été acquises auprès de la société NIKE EUROPE, mais dont les dates sont partiellement effacées et sur lesquelles n'apparaît pas le nom du bénéficiaire ;

Considérant que ces photocopies ne permettent pas d'établir l'épuisement des droits de la société NIKE INTERNATIONAL LTD et qu'au surplus, leur examen laisse apparaître, comme lieu de livraison, la mention visible "Hungary" ;

Qu'il n'est pas démenti qu'à l'époque des faits, ce pays n'était pas membre de l'Union européenne ;

Que dans ces circonstances, il n'est pas démontré que les chaussures litigieuses "ICARUS" revêtues des marques NIKE ont été mises dans l'Espace économique européen avec le consentement de leur titulaire, la société NIKE INTERNATIONAL LTD ;

Qu'il s'ensuit que, réformant le jugement entrepris, à défaut de mise en circulation licite, les actes de contrefaçon imputables aux sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL sont caractérisés ;

Considérant en ce qui concerne le modèle "TOUR PLUS" que la société CHAUSS'EUROP justifie avoir acquis, selon facture du 27 avril 2001, 6.100 paires de chaussures litigieuses auprès de la société, de droit belge, ACCESS USA laquelle s'est approvisionnée le 6 avril 2001, auprès de la société française SVITEX qui, selon facture du 2 août 2000, les a achetées à la société belge SPORT FLASH ; que les références portées à ces documents ne souffrent d'aucune contradiction ;

Qu'il est produit aux débats la photocopie d'une télécopie en date du 28 juin 2000, comportant la mention "NIKE CUSTOMERS SERVICE" et le numéro de télécopie de la société NIKE EUROPE qui est présentée, sans démenti, comme l'ordre de confirmation d'une commande de la société SPORT FLASH ;

Que force est de constater que les modèles de chaussures commandés portent les mêmes références que celles figurant aux factures précitées et que leur nombre correspond à celui des paires de chaussures litigieuses ;

Que dans ces circonstances, le premier juge a justement retenu que les sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP et ACCESS USA démontrent la traçabilité des chaussures référencées "TOUR PLUS" litigieuses et leur mise sur le marché de l'Espace économique européen avec le consentement de la société NIKE INTERNATIONAL LTD ;

Que par voie de conséquence, le jugement déféré, qui a débouté cette dernière de ses demandes formées à ce titre, sera confirmé ;

Sur les mesures réparatrices :

Considérant que la société NIKE INTERNATIONAL LTD justifie de la reconnaissance de ses marques et de leur pouvoir attractif auprès du public, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ;

Considérant qu'il est acquis que 6.869 montres et 4.413 paires de chaussures, modèle "ICARUS" litigieuses ont été proposées par la société AUCHAN FRANCE dans une centaine

de magasins répartis sur l'ensemble du territoire national, au moyen d'une campagne publicitaire de grande ampleur ;

Considérant qu'en égard à la masse contrefaisante et à l'atteinte portée au droit privatif que détient la société NIKE INTERNATIONAL LTD sur ses marques :

- concernant les montres litigieuses, le tribunal a fait une exacte appréciation du préjudice en lui allouant la somme de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts, mise à la charge in solidum de la société AUCHAN FRANCE et de la société TIME AND DIAMONDS, qui ont participé aux actes de contrefaçon et concouru à la réalisation du dommage,
- concernant les chaussures litigieuses, il résulte des éléments sus-énoncés, que le préjudice, subi par la société NIKE INTERNATIONAL LTD par les agissements de la société AUCHAN FRANCE et des sociétés CHAUSS'EUROP et MASTER INTERNATIONAL, sera réparé par l'octroi d'une indemnité de 50.000 euros qu'elles supporteront in solidum, pour le motif précité ;

Considérant que les mesures d'interdiction prononcées par le tribunal seront confirmées, sauf à y ajouter l'interdiction faite aux sociétés CHAUSS'EUROP et MASTER INTERNATIONAL de poursuivre les agissements illicites, sous astreinte de 150 euros par infraction constatée, passé le délai d'un mois suivant la signification du présent arrêt ;

Considérant que la mesure de publication sollicitée n'apparaît pas nécessaire ;

Sur les appels en garantie :

Considérant que la société AUCHAN FRANCE sollicite la garantie par la société TIME AND DIAMONDS des condamnations prononcées à son encontre ;

Que force est de constater que la société TIME AND DIAMONDS, aux termes du contrat de référencement et de son avenant qu'elle a signés le 25 mai 1998, s'est contractuellement engagée à garantir la société AUCHAN FRANCE, de sorte que cette garantie s'applique puisqu'il n'est pas démontré que cette société aurait eu connaissance du caractère contrefaisant des produits litigieux ;

Considérant que la société AUCHAN FRANCE, se fondant sur les dispositions de l'article 1626 du Code civil, demande également que la société CHAUSS'EUROP lui assure une jouissance paisible des droits cédés ;

Que la garantie d'éviction est due par tout cédant d'un droit de propriété, corporel ou incorporel ; qu'il n'est pas établi que la société AUCHAN savait que les produits portaient atteinte aux droits privatifs de la société NIKE INTERNATIONAL LTD, de sorte qu'elle est fondée en sa demande en garantie ;

Considérant que la société CHAUSS'EUROP, qui soutient avoir acquis de bonne foi les articles litigieux, sollicite également la garantie de son fournisseur, la société MASTER

INTERNATIONAL, laquelle argue de sa bonne foi, mais ne conteste nullement devoir cette garantie ; qu'il sera fait droit à la demande de la société CHAUSS'EUROP ;

Sur les demandes reconventionnelles :

Considérant que la solution du litige commande de rejeter les demandes reconventionnelles en dommages et intérêts pour procédure abusive, formées par les sociétés AUCHAN FRANCE, TIME AND DIAMONDS, MASTER INTERNATIONAL ;

Considérant que l'action en justice ne dégénère en abus pouvant donner naissance à une dette de dommages et intérêts que dans le cas de malice, de mauvaise foi, d'erreur grossière équipollente au dol ou encore de légèreté blâmable ; que ces exigences ne sont pas satisfaites en l'espèce ; qu'il s'ensuit que la société NIKE INTERNATIONAL LTD est fondée à solliciter la réformation de la décision déférée qui l'a condamnée, à ce titre, au paiement d'une indemnité à la société ACCESS USA ;

Sur les autres demandes :

Considérant qu'il résulte du sens de l'arrêt que les sociétés AUCHAN FRANCE, TIME AND DIAMONDS, CHAUSS'EUROP et MASTER INTERNATIONAL, qui succombent en leurs demandes, ne sauraient bénéficier des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, tant au titre des frais irrépétibles exposés en première instance qu'en cause d'appel ;

Qu'en revanche, l'équité commande de les condamner, sur ce même fondement, à verser, chacune, à la société NIKE INTERNATIONAL, une indemnité de 10.000 euros ;

Que par voie de conséquence, le jugement entrepris ne mérite confirmation qu'en ce qu'il a condamné la société NIKE INTERNATIONAL LTD à verser à la société ACCESS USA une indemnité de 2.500 euros au titre des frais irrépétibles exposés en première instance ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, par arrêt réputé contradictoire,

- CONSTATE que la cour n'est pas saisie de l'instance diligentée envers la société EXIMIN,

- CONFIRME, en ses dispositions soumises à la cour, le jugement déféré en ce qu'il a :

* dit que la société AUCHAN FRANCE et la société TIME AND DIAMONDS ont commis des actes de contrefaçon de marques au préjudice de la société NIKE INTERNATIONAL

LTD,

* condamné in solidum les sociétés AUCHAN FRANCE et TIME AND DIAMONDS à payer à la société NIKE INTERNATIONAL LTD la somme de 20.000 euros (vingt mille euros) en réparation du préjudice subi,

* interdit aux sociétés AUCHAN FRANCE et TIME AND DIAMONDS la poursuite des actes illicites sous astreinte,

* débouté la société NIKE INTERNATIONAL de ses demandes en contrefaçon relatives à la mise en vente des chaussures "TOUR PLUS" revêtues des marques NIKE,

* condamné la société NIKE INTERNATIONAL à verser à la société ACCESS USA la somme de 2.500 euros (deux mille cinq cents euros) au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

- Le REFORMANT pour le surplus et STATUANT A NOUVEAU :

- CONDAMNE la société TIME AND DIAMONDS à garantir la société AUCHAN FRANCE de toutes les condamnations prononcées à son encontre,

- DIT que les sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL ont commis, par l'offre de chaussures "ICARUS" des actes de contrefaçon de marques au préjudice de la société NIKE INTERNATIONAL LTD,

- Leur INTERDIT la poursuite des actes illicites, sous astreinte de 150 euros (cent cinquante euros) par infraction constatée passé le délai de un mois suivant la signification du présent arrêt,

- CONDAMNE in solidum les sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP et MASTER INTERNATIONAL à verser à la société NIKE INTERNATIONAL LTD la somme de 50.000 euros (cinq mille euros) réparant le préjudice subi par cette contrefaçon,

- CONDAMNE la société CHAUSS'EUROP à garantir la société AUCHAN FRANCE des condamnations mises à sa charge,

- CONDAMNE la société MASTER INTERNATIONAL à garantir la société CHAUSS'EUROP des condamnations prononcées à son encontre,

- DEBOUTE les sociétés AUCHAN FRANCE, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL de leurs demandes en dommages et intérêts pour procédure abusive,

- DIT n'y avoir lieu à condamner la société NIKE INTERNATIONAL LTD au paiement d'une indemnité à la société ACCESS USA pour procédure abusive,

- Y AJOUTANT,

- DIT n'y avoir lieu à la publication du présent arrêt,

- CONDAMNE in solidum, chacune des sociétés AUCHAN FRANCE, TIME AND DIAMONDS, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL, à payer à la société NIKE INTERNATIONAL la somme de 10.000 euros (dix mille euros) au titre des frais irrépétibles,

- REJETTE toutes autres demandes contraires à la motivation,

- CONDAMNE in solidum les sociétés AUCHAN FRANCE, TIME AND DIAMONDS, CHAUSS'EUROP, MASTER INTERNATIONAL aux dépens de première instance et d'appel, à l'exception de ceux supportés par la société ACCESS USA, qui resteront à la charge de la société NIKE INTERNATIONAL LTD et DIT que ceux-ci pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

- prononcé 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 Dominique ROSENTHAL, président, et par Sabine MAREVILLE, greffier, auquel le magistrat signataire a rendu la minute.

Le GREFFIER

Le PRESIDENT