

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE VERSAILLES

14e chambre

ARRÊT DU 05 JUILLET 2018

N° RG 17/06539 AFFAIRE :

Société NATIONAL FITNESS CAMPAIGN LLC agissant en la personne de ses
représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège.

C/

Sébastien Y

Décision déferée à la cour : Ordonnance rendue le 18 Août 2017 par le tribunal de grande
instance de NANTERRE N° RG 17/01102

LE CINQ JUILLET DEUX MILLE DIX HUIT,

La cour d'appel de Versailles, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre

Société NATIONAL FITNESS CAMPAIGN LLC agissant en la personne de ses
représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

SAN-FRANCISCO CALIFORNIE

Représentée par Me Claire RICARD, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire 622 - N°
du dossier 2017299

assistée de Me Benjamin ... et de Me Louis ... avocats de la SELARL ARAMIS, avocat au
barreau de PARIS, vestiaire K0186 -

APPELANTE

Monsieur Sébastien Y
né le à VALENCE (26)
LIMONEST

Représenté par Me Martine DUPUIS de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES,
avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire 625

assisté de Me Xavier ... et de Me Fabien ... avocats au barreau de LYON

SARL NFC FRANCE agissant en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette
qualité audit siège

N° SIRET 811 449 859

VALENCE

Représentée par Me Martine DUPUIS de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES,
avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire 625

assistée de Me Xavier ... et de Me Fabien ... avocats au barreau de LYON

INTIMÉS

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue à l'audience publique du 30 mai 2018, Madame Odette-Luce
BOUVIER, président, ayant été entendu en son rapport, devant la cour composée de :

Madame Odette-Luce BOUVIER, président, Madame Maïté GRISON-PASCAIL, conseiller,
Madame Florence SOULMAGNON, conseiller, qui en ont délibéré,

Greffier, lors des débats Madame Agnès MARIE

EXPOSÉ DU LITIGE

La société de droit américain National Fitness Campaign LLC (société NFC LLC) exerce des
activités de conception, de fabrication et d'exploitation de plateformes de 'fitness' en extérieur.

La société NFC LLC expose avoir créé et développé courant 2012 aux États-Unis une
nouvelle campagne de promotion du fitness dénommée 'National Fitness Campaign', axée
autour de l'achat par des collectivités publiques ou des sociétés privées de plateformes
appelées 'Fitness Court', rassemblant différents agrès destinés à la mise en oeuvre d'exercices
physiques, installées en plein air dans des zones urbaines et librement accessibles au public.

Au cours de l'année 2014, M. Sébastien Y s'est rapproché du représentant de la
société National Fitness Campaign LLC, M. ..., en vue d'importer ce projet sur le territoire
français.

M. Y et M. ..., en sa qualité de représentant légal de la société National Fitness Campaign
LLC, ont alors signé un accord de confidentialité le 5 mai 2014 d'une durée de 5 ans et la
société National Fitness Campaign LLC, après avoir fait déposer les plans et dessins de ses
agrès entre les mains d'un huissier de justice, dépôt constaté par procès-verbal du 7 juillet
2014, a remis lesdits plans et dessins à M. Y en vue de développer le projet en France.

La société National Fitness Campaign LLC et M. Y ont présenté le projet en France au cours
de l'édition 2014 du salon des maires, à l'occasion duquel M. Y affirme avoir fait réaliser par
la société JRT industries une version modifiée et réduite de la plateforme (mini-plateforme)
en raison de l'impossibilité d'exploiter les plans tels que transmis par la société NFC LLC.

Lors des négociations relatives au contrat de licence d'exploitation du projet de la
société National Fitness Campaign LLC, il a ensuite été décidé de créer une société NFC
France laquelle a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Lyon le 20 mai
2015 sous le numéro 811 449 859 avec pour cogérants M. Florent Y et Mme Annick ...
épouse Chabal.

Il a également été procédé au dépôt de deux marques verbales françaises 'Fitness court' n° 144 109 407 et 'National Fitness Campaign' n° 144 109 403 le 31 juillet 2014. Par accord signé le 17 avril 2015, la société National Fitness Campaign LLC d'une part, la société NFC France et M. Sébastien Y d'autre part, ont établi une liste énumérant les tâches devant être réalisées préalablement à la signature d'un contrat de licence d'exploitation ainsi que les principales orientations de ce contrat.

La société National Fitness Campaign LLC et M. ... d'une part, la société NFC France et M. Y d'autre part, ont finalement conclu une licence d'exploitation par accord signé les 24 et 27 septembre 2015 aux termes duquel la société National Fitness Campaign LLC concède à la société NFC France 'le droit d'utiliser les informations réservées, et notamment tous les droits de propriété intellectuelle' (article 4 du contrat), en ce comprises les marques de la société National Fitness Campaign LLC devant être apposées sur les plateformes, pour une durée de 10 ans (article 18).

La société NFC France s'est engagée en contrepartie à développer un réseau de 375 plateformes d'aggrès sur le territoire français.

Ce contrat contient également une clause de non-concurrence (article 16), stipulant que 'le licencié et M. Sébastien Y s'engagent à ne pas participer à la fabrication ou à la vente de Fitness Courts ou d'installations similaires, ceci incluant l'installation de Fitness Courts dans un cadre autre que celui du projet, pendant toute la durée du présent contrat et durant trente-six (36) mois après l'expiration ou la résiliation du présent contrat' et que 'nonobstant toute disposition contraire dans le présent contrat, le licencié et /ou M. Sébastien Y ne s'engageront pas dans une quelconque 'campagne' autre que la NFC pendant toute la durée du contrat'.

Le 10 novembre 2015, une première plateforme d'aggrès a été acquise par la ville de Pierre-Bénite.

Par courriel adressé le 17 novembre 2015 à M. Y, M. ..., représentant de la société NFC LLC, a reproché à ce dernier les conditions d'installation et de sécurité de la plateforme de Pierre-Bénite et sollicité la confirmation de la souscription d'une assurance par la société NFC France.

Par lettre du 8 décembre 2015, la société NFC LLC a adressé une mise en demeure par lettre recommandée à la société NFC France faisant état de plusieurs manquements au contrat de licence, dont ceux évoqués dans le courriel de M. ..., ainsi que l'absence d'utilisation conforme des marques et de la mention de la licence accordée par la société LLC sur les plateformes, l'absence d'accord sur les supports de communication utilisés et pour le développement de nouvelles plateformes, l'absence de désignation des sous-traitants de la société NFC France et de transmission des rapports d'activité par le licencié et le refus de la société LLC de recourir au modèle réduit de plateforme développé par la société NFC France.

Par lettre du 18 décembre 2015, la société NFC France a notamment exposé être en cours de signature d'un contrat d'assurances et a transmis à la société NFC LLC plusieurs documents concernant les ventes de plateformes ainsi que la facture correspondant à celle installée à Pierre-Bénite.

Le 21 avril 2016, la société NFC LLC a, par une nouvelle lettre recommandée, mis fin au

contrat d'exploitation signé le 27 septembre 2015, invoquant principalement les manquements relevés dans son courrier précédent.

Par lettre recommandée du 17 mai 2016, la société NFC France a contesté les motifs de cette résiliation et interpellé la société LLC sur les conséquences de cette rupture.

La société NFC France a ensuite continué la commercialisation et l'exploitation de plateformes d'agrès par l'intermédiaire de son site community.fitness.boutique.fr, notamment par l'organisation d'une campagne promotionnelle comprenant l'installation temporaire de la mini-plateforme dans différentes villes de France et par le développement d'une application mobile.

A la suite de plusieurs courriers échangés entre les parties sur la possibilité d'une issue amiable à leur différend, la société NFC France et M. Y ont assigné au fond, par acte d'huissier de justice délivré le 5 août 2016, la société National Fitness Campaign LLC devant le tribunal de commerce de Lyon, afin que soit jugée abusive et sans juste motif la rupture du contrat de licence d'exploitation et annulée la clause de non-concurrence en raison de sa disproportion et aux fins de condamnation de la société NFC LLC au paiement d'une somme totale de 1 343 160 euros en réparation du préjudice subi.

La société NFC LLC a alors fait constater, par procès-verbal établi par un huissier de justice les 12 et 16 juillet 2016, de nouveaux actes d'exploitation par la société NFC France et M. Y de la 'mini-plateforme'.

Puis, la société NFC LLC a assigné la société NFC France et M. Y en référé, par acte d'huissier du 23 décembre 2016, devant le président du tribunal de grande instance de Nanterre aux fins d'obtenir diverses mesures et indemnités provisionnelles en raison, à titre principal, d'une contrefaçon alléguée de ses droits d'auteur sur la plateforme et les agrès qui la composent et d'une contrefaçon de la marque 'Fitness Court' et subsidiairement, d'un parasitisme.

Par acte du 5 mai 2017, la société NFC LLC a également assigné au fond la société NFC France, M. Y et la société Chabal Image devant le tribunal de grande instance de Lyon afin que soient constatés de la part de la société NFC France et de M. Y un comportement déloyal envers la société NFC LLC et la violation de leur obligation de non-concurrence telle que stipulée dans la licence d'exploitation, aux fins de condamnation à la réparation du préjudice subi de ce fait et à la restitution intégrale des plans et dessins de la société NFC LLC.

Par ordonnance contradictoire rendue le 18 août 2017, le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre a :

- dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes présentées par la société NFC LLC au titre de la contrefaçon de droits d'auteur et de marque,
- débouté la société NFC LLC de ses demandes au titre du parasitisme,
- donné acte à la société NFC France et à M. Y de ce qu'ils s'engagent à consigner les redevances dues à la société NFC LLC au titre du contrat d'exploitation conclu entre les parties le 27 septembre 2015 sur le compte CARPA de leur conseil,

- condamné la société NFC LLC à payer à la société NFC France et à M. Sébastien Y, à chacun, une indemnité de 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- rejeté le surplus des demandes des parties,
- condamné la société NFC LLC aux entiers dépens.

Le 31 août 2017, la société NFC LLC a formé appel de la décision en toutes ses dispositions.

Dans ses conclusions transmises le 10 avril 2018, et auxquelles il convient de se reporter pour l'exposé détaillé de ses prétentions et moyens, la société National fitness campaign LLC, appelante, demande à la cour de :

- infirmer en l'ensemble de ses dispositions l'ordonnance du 18 août 2017 du président du tribunal de grande instance de Nanterre, sauf en ce qu'il a d'une part, rejeté la fin de non-recevoir de NFC France et M. Y tirée d'un prétendu non-respect du principe de non-cumul des actions en responsabilité contractuelle et délictuelle, et d'autre part, jugé que seule la loi française est applicable à la détermination de la titularité des droits d'auteur de National Fitness Campaign LLC.

Et, statuant à nouveau, A titre liminaire,

- 'dire et juger' recevable la société National Fitness Campaign LLC en l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions, A titre principal D'une part,
- 'dire et juger' que la société National Fitness Campaign LLC est recevable à agir sur le fondement du droit d'auteur, en tant que titulaire des droits d'auteur sur les 'Fitness Courts',
- 'dire et juger' que les Fitness Courts conçues par la société LLC sont éligibles à la protection au titre du livre premier du code de la propriété intellectuelle,
- 'dire et juger' qu'en reproduisant et en modifiant les 'Fitness Courts' de la société National Fitness Campaign LLC, M. Y et la société NFC France ont porté atteinte aux droits patrimoniaux et moraux de la société LLC sur les 'Fitness Courts' et commis des actes de contrefaçon de droits d'auteur, constitutifs d'un trouble manifestement illicite, D'autre part,
- 'dire et juger' que la société National Fitness Campaign LLC, en tant que licencié exclusif sur la marque française 'Fitness court' numéro 144 109 407 est recevable à agir en contrefaçon de marque à l'encontre de M. Y et la société NFC France,
- 'dire et juger' que M. Y et la société NFC France ont commis des actes de contrefaçon de la marque française 'Fitness court' numéro 144 109 407 au préjudice de National Fitness Campaign LLC, A titre subsidiaire :
- 'dire et juger' qu'en reproduisant les plans et dessins des Fitness Courts de la société National Fitness Campaign LLC, M. Y et la société NFC France ont commis des actes de parasitisme, En tout état de cause :
- rejeter l'ensemble des moyens, fins et conclusions de NFC France et M. Y,

- interdire à NFC France et à M. Y de présenter, promouvoir, faire la publicité, fabriquer, faire fabriquer, commercialiser et, plus généralement, de faire usage de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, des Fitness Court ainsi que tout usage du signe 'Fitness court',

- assortir la mesure d'interdiction d'une astreinte, applicable dans les cinq jours de la signification de l'arrêt à intervenir, de :

* 50 000 euros par installation constatée de Fitness court,

* 100 000 euros pour tout acte de présentation, de promotion ou de publicité sous quelque forme que ce soit, reproduisant les Fitness courts,

- ordonner à la société NFC France et à M. Y, sous astreinte de 5.000 euros par jour de retard, dans les cinq jours suivant la signification de l'arrêt à intervenir :

* la restitution intégrale des plans et dessins de la société National Fitness Campaign LLC, notamment les plans techniques modélisant les Fitness Courts en trois dimensions à l'aide d'outils de conception assistée par ordinateur (CAO) et plus généralement de tous les documents qui ont été remis à la société NFC France dans le cadre de l'exécution du contrat de licence du 27 septembre 2015 et qu'il en soit justifié par constat d'huissier,

* la suppression de toute référence au partenariat entre National Fitness Campaign LLC et la société NFC France et M. Y, à la campagne et aux Fitness courts sur quelque support que ce soit ainsi que la suppression de toute référence au patronage du ministère de la ville, de la jeunesse et des sports, qui a été accordé le 13 novembre 2014,

- ordonner à la société NFC France, sous astreinte de 5.000 euros par jour de retard, dans les cinq jours suivant la signification de l'arrêt à intervenir le transfert des noms de domaine 7m7m.fr, 7m7m.uk, fitnesscourt.fr et fitnesscourt.uk à la société National Fitness Campaign LLC,

- ordonner à M. Y, sous astreinte de 5 000 euros par jour de retard, dans les cinq jours suivant la signification de l'arrêt à intervenir, le transfert du nom de domaine nfcfr.com à la société National Fitness Campaign LLC,

- condamner solidairement M. Y et la société NFC France, à titre provisionnel, à payer à la société National Fitness Campaign LLC la somme de 395 000 euros au titre du préjudice subi du fait du trouble manifestement illicite,

- ordonner à M. Y et à la société NFC France, sous astreinte de 5.000 euros par jour de retard, dans les cinq jours suivant la signification de l'arrêt à intervenir, la communication des éléments suivants en lien avec le 'Fitness Boutique Tour', l'installation des plateformes à Poissy, Velizy Villacoublay, Ouistreham, Diemoz, Jabinnet Jamet, Arcueil ou avec toute autre Fitness court litigieuse en cours de négociation, promotion, commercialisation, fabrication et/ou installation :

*le détail de l'intégralité des revenus directs ou indirects, en ce compris notamment les revenus issus de la publicité ou des sponsors, perçus par M. Y, la société NFC France, la fondation de M. Y et/ou toute société dans laquelle M. Y pourrait détenir des participations, ainsi que les documents comptables y afférents, certifiés par un commissaire aux comptes

indépendant,

* l'ensemble de la documentation contractuelle et/ou précontractuelle ainsi que les factures de M. Y, la société NFC France, la fondation de M. Y et/ou toute société dans laquelle M. Y pourrait détenir des participations.

- ordonner la publication de l'arrêt à intervenir aux frais de M. Y et de la société NFC France dans trois journaux ou revues françaises au choix de la société LLC, sans que le coût de chaque insertion n'excède 10 000 euros,

- condamner solidairement M. Y et la société NFC France, à lui rembourser la somme de 50 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Au soutien de ses demandes, la société National Fitness Campaign LLC fait valoir en substance :

- à titre liminaire, sur la fin de non-recevoir tirée du principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité, qu'il ne s'agit pas d'une seule et même action mais de deux procédures dont la nature, les fondements et la finalité sont différents ;

- sur l'application de la Convention de Berne, que NFC LLC est une société de droit américain, qui a créé, divulgué et exploité sous son nom de façon continue la 'Fitness Court' sur le territoire des États-Unis ; que dès lors la titularité de droits d'auteur de la société de droit américain NFC LLC doit être appréciée au regard de la loi française, et non de la loi américaine (1re Civ., 10 avril 2013, pourvois n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510, Bull. 2013, I, n° 68) ;

- au principal, que la jurisprudence a consacré, sur le fondement des articles L. 111-1 alinéas 1 et 2 et L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle (CPI), une présomption de titularité au bénéfice de la personne morale qui exploite, de manière non équivoque, une oeuvre sous son nom (Crim., 24 février 2004 pourvoi n° 03-83.541, Bull. crim. 2004, n° 49) ; que la personne morale n'a pas à justifier des conditions dans lesquelles elle est investie des droits d'auteur et notamment d'une cession des droits, qui ne devra être démontrée que si elle échoue à justifier de la non équivocité des actes d'exploitation qu'elle réalise (1re Civ., 9 janvier 1996, pourvoi n° 93-21.519, Bull. 1996, I, n° 28) ;

- sur les preuves d'exploitation non équivoque des 'Fitness Courts' par NFC LLC, que cette dernière a conçu dès 2010, avec l'assistance de la société New Deal Design, agissant sous ses instructions, les plans et dessins esthétiques des 'Fitness Courts' dans leur version actuelle ; qu'elle a ensuite divulgué et exploité la 'Fitness Court' réalisée à partir de ces plans et dessins dans le parc Marina ... à San ... en 2012 ;

- qu'il est indifférent que l'exploitation de la 'Fitness Court' ait ou non généré des revenus pour la société NFC LLC car cela n'est nullement une condition du caractère non équivoque de l'exploitation ; qu'en tout état de cause, l'installation du 'Fitness Court' à San ... a bien généré des revenus ;

- que la présence de mentions d' 'auteur' ou de 'copyright' figurant sur une oeuvre ne saurait exclure le bénéfice de la présomption de titularité à une personne morale dès lors qu'aucun auteur n'a formé de revendication à cet égard et que les actes d'exploitation sont par ailleurs

non équivoques ;

- que la société Yesco n'est qu'un prestataire technique qui ne forme aucune revendication ; que la société NFC France et M. Y, tiers à ce contrat de prestation de services, n'ont pas qualité pour contester la titularité des droits d'auteur de la société NFC LLC sur les 'Fitness Court' au profit de la société Yesco (cf 1^{re} Civ., 15 novembre 2010, pourvoi n°09-66.160, Bull. 2010, I, n°231) ;

- que le choix de reproduire servilement l'agencement de la 'Fitness Court', qui relève d'un effort créatif de la NFC LLC, caractérise la contrefaçon de ses droits, nonobstant la reproduction sous une dimension réduite s'agissant de la mini Fitness court ;

- qu'au sens de l'alinéa 3 de l'article L. 113-2 et de l'article L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle, l'adaptation et/ou la modification d'une oeuvre première, sans l'autorisation du titulaire de droits sur celle-ci, constitue une contrefaçon des droits de ces derniers ;

- que le contrat de licence ayant été résilié ' ce qu'aucune des parties ne conteste ' la société NFC France ne dispose d'aucun droit pour exploiter ou même adapter ou modifier, via son sous-traitant, les plans et dessins sur lesquels la société NFC LLC est titulaire de droits d'auteur au regard des règles de droit susvisées ;

- sur la contrefaçon de la marque française 'Fitness court', le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut agir en contrefaçon, conformément aux dispositions des articles L. 716-6, L. 716-1, L. 713-2 et L. 716-5 du CPI, sauf stipulation contraire du contrat ;

- que M. ..., titulaire de la marque 'Fitness Court', a consenti le 19 septembre 2017 à la société NFC LLC une licence exclusive sur la marque ;

- que la construction des installations et tous les actes de promotion et services accessoires y afférents par la société NFC France et M. Y constituent une reproduction de cette marque

'Fitness Court' en violation des droits de la société NFC LLC au sens de l'article L. 713-2 du CPI pour des produits et services identiques à ceux visés par la marque 'Fitness Court' ;

- qu'à titre subsidiaire, sur les actes de concurrence parasitaire, que la société NFC LLC est à l'origine du programme intitulé '7 minutes 7 mouvements' associé aux Fitness courts qu'elle a conçues ; que la renommée de la société National Fitness Campaign LLC est profondément associée à ce programme, en attestent les nombreux articles de presse produits aux débats, les vidéos promotionnelles sur le site 'internet' ;

- que le développement et la promotion des 'Fitness Courts' et du programme associé ' 7 minutes, 7 mouvements' constituent incontestablement une valeur économique individualisée, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements qui ont nécessité des investissements considérables de la part de cette dernière ;

- que concernant le détournement des actifs immatériels, la société NFC France et M. Y ont poursuivi l'exploitation et l'installation après la résiliation du contrat de licence, le 21 avril 2016, de 'Fitness courts' reprenant à l'identique leurs principales caractéristiques esthétiques développées par la société NFC LLC ;

- sur la consignation des redevances, que cette mesure n'est nullement justifiée, sauf à permettre à la société NFC France et M. Chabal de poursuivre impunément leurs actes de contrefaçon ou de parasitisme ; que surtout, le juge des référés a commis une erreur grave de droit en faisant produire des effets au contrat de licence qui a été résilié ce qui n'est pas contesté dans son principe par les intimés ;

- que lors de l'audience de première instance, la société NFC France et M. Y mentionnaient la conclusion de nouveaux contrats pour l'installation d'un 5ème 'Fitness court' à Saint-Leu-La Forêt ; que dans leurs conclusions d'appel, ils font état désormais de l'installation de 3 autres 'Fitness Courts' en France, Ouiestream, Diemoz et ... Annet ; qu'enfin, ils dissimulent à la cour l'installation d'une nouvelle 'Fitness Court' à Arcueil annoncé fin 2017 ;

- sur la demande d'injonction de production forcée des pièces détenues par la société NFC France et M. Y, la promotion intense des mini Fitness courts dans le cadre du " Fitness Boutique Tour ", postérieurement à la résiliation de la licence, a nécessairement généré des revenus au bénéfice de la société NFC France et M. Y versés par les villes et les sponsors.

- qu'en application de l'article L. 331-1-3 du CPI, la société NFC LLC a subi un manque à gagner du fait de la poursuite de la commercialisation des Fitness courts par M. Y et la société NFC France, postérieurement à la résiliation du contrat de licence.

Dans leurs conclusions transmises le 30 avril 2018, et auxquelles il convient de se reporter pour l'exposé détaillé de leurs prétentions et moyens, la société NFC France et M. Y, intimés, demandent à la cour de :

- 'réformer' la décision entreprise sur l'irrecevabilité tirée du principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle,

- 'dire et juger' que la société NFC LLC a assigné le 5 mai 2017 la société NFC France, M. Y et la société Chabal image devant le tribunal de grande instance de Lyon au titre de manquements dans l'exécution du contrat de licence du 15 septembre 2015,

- 'dire et juger' qu'entre autres demandes, la société NFC LLC reproche à la société NFC France et M. Y d'avoir continué à exploiter et commercialiser des terrains de sport 'Fitness court et notamment le fait d'avoir participé au cours de l'été 2016 au Fitness tour boutique et d'avoir installé la plateforme dans différentes villes d'Ile de France et ce en violation de l'obligation de non concurrence post contractuelle stipulée au contrat de licence,

- 'dire et juger' que les faits reprochés par la société NFC LLC dans le cadre de la présente instance au titre d'actes de contrefaçon de droits d'auteur sont strictement identiques,

- 'dire et juger' qu'en vertu du principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, la société NFC LLC n'est pas recevable à agir pour les mêmes faits à la fois sur un fondement délictuel, ce qui constitue la présente instance en contrefaçon et subsidiairement parasitisme, et un fondement contractuel,

- 'dire et juger' que dès lors que les faits reprochés portent sur l'exécution d'un contrat, la société National Fitness Campaign LLC ne bénéficie d'aucune option et doit agir exclusivement au titre de la responsabilité contractuelle,

- 'dire et juger' en conséquence irrecevable la présente action intentée par la société National Fitness Campaign LLC en contrefaçon et subsidiairement parasitisme ;
- 'réformer' la décision entreprise sur l'irrecevabilité tirée du défaut de la qualité à agir en raison de l'application de la loi américaine,
- 'dire et juger' que la société LLC ne justifie pas avoir procédé aux formalités de dépôt et d'enregistrement des droits qu'elle revendique auprès de l'US Federal Copyright Office,
- 'dire et juger' que faute pour la société NFC LLC de rapporter la preuve de ce que ses plans bénéficiaient aux États-Unis de la protection par le 'copyright', elle ne peut invoquer en France la protection par le droit d'auteur,
- déclarer irrecevable en ses demandes la société NFC LLC faute pour elle de justifier d'une qualité à agir,
- 'confirmer' la décision entreprise en ce qu'elle a dit et jugé que la société NFC National ne justifiait pas être titulaire des droits d'auteurs et de la cession par la société Yesco des droits sur les plans,
- 'réformer' la décision entreprise sur la contrefaçon de droit d'auteurs,
- 'dire et juger' que la société NFC LLC fonde ses demandes sur la contrefaçon de droit d'auteurs portant sur le 'Fitness court' standard non démontable,
- 'dire et juger' que la société NFC France justifie avoir fait réaliser par la société JRTI des plans d'une 'mini fitness court' démontable pouvant être utilisé à l'occasion de salon et foires et événements promotionnels,
- 'dire et juger' que les constats dressés les 12 et 16 juillet 2017 à Clichy Plage et Issy-les-Moulineaux portent sur l'utilisation par M. Y et la société NFC France du 'mini fitness court' démontable sur lequel la société NFC LLC ne peut revendiquer de droits d'auteurs,
- débouter en conséquence la société NFC LLC de ses demandes,
- 'dire et juger' en tout état de cause, et même s'agissant du 'fitness court standard', que la société NFC France et M. Y rapportent la preuve qu'ils ont travaillé avec la société JRTI à l'élaboration de nouveaux plans afin de permettre la production des différents éléments composant cet équipements sportif,
- 'dire et juger' que ces interventions doivent s'analyser en la création d'une oeuvre collective dont la société NFC France a assuré la diffusion par la vente du premier 'Fitness court' en France au mois de novembre 2015 à la ville de Pierre Benite (69),
- 'dire et juger' que dans ces conditions, seule la société NFC France peut revendiquer la propriété de cette oeuvre collective,
- débouter en conséquence la société NFC LLC de ses demandes,
- 'dire et juger' que la société NFC LLC ne saurait revendiquer la protection au titre du droit

d'auteurs des différents éléments composant son terrain de sport dénommé 'Fitness Court' en l'absence d'originalité,

- débouter en conséquence la société NFC LLC de ses demandes, - 'réformer' la décision entreprise sur la contrefaçon de marque,

- 'dire et juger' que la marque 'Fitness Court' est une marque purement descriptive et est donc manifestement nulle,

- débouter en conséquence la société NFC LLC au titre de la contrefaçon de la marque Fitness court, - 'confirmer' la décision entreprise sur le parasitisme,

- 'dire et juger' que la société NFC LLC ne justifie d'aucun investissement sérieux, d'aucune notoriété de ses produits et équipements en France mais également aux États-Unis son pays d'origine dans lequel elle justifie avoir installé un seul terrain Fitness court depuis 2012,

- 'dire et juger' qu'au contraire, M. Y bénéficie en France d'une notoriété forte liée à sa carrière d'ancien joueur international de rugby,

- 'dire et juger' qu'au surplus la société NFC LLC a été dans l'incapacité de communiquer à la société NFC France, dans le cadre de l'exécution du contrat de licence, les plans au format informatique afin de permettre l'industrialisation et la fabrication des pièces composant les équipements sportifs et que la société NFC France a dû supporter la réalisation de ces éléments,

- 'dire et juger' que dans ces conditions, la société NFC LLC ne justifie d'aucune attribution déloyale par la société NFC France et M. Y des fruits de son travail et investissement,

- débouter la société NFC LLC de l'ensemble de ses demandes, Sur les mesures sollicitées par la société National Fitness Campaign,

- déclarer irrecevables les demandes de production forcée de pièces de la société NFC LLC compte tenu de la saisine au fond du litige du tribunal de grande instance de Lyon et du tribunal de commerce de Lyon,

- donner acte à la société NFC France de ce qu'elle s'engage à consigner la somme de 14 500 euros par 'Fitness Court' vendu et que le nombre d'équipements installés, en ce compris celui de Pierre Benite (69), sera de 7 et qu'aucun autre 'Fitness Court' ne sera commercialisé ou installé,

- débouter la société LLC de ses demandes au titre de la communication des plans techniques modélisant les plans techniques des 'Fitness Courts' en 3 dimensions,

- débouter la société LLC de l'ensemble de ses demandes de condamnations provisionnelles compte tenu des contestations sérieuses soulevées par les défendeurs, En tout état de cause,

- condamner la société LLC à verser à M. Y et la société NFC France, chacun, la somme de 20 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'en tous les depens.

Au soutien de leurs demandes, la société NFC France et M. Y, intimés, font valoir en

substance :

- sur l'irrecevabilité tirée de la règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, qu'en application de l'article 122 du code de procédure civile et de la jurisprudence, lorsque le dommage est contractuel, seules les règles de la responsabilité contractuelle sont applicables, les règles dites de responsabilité extracontractuelle des articles 1240, 1241 et 1242 étant exclues (1^{re} Civ., 28 juin 2012 pourvoi n° 10-28.492) ;

- qu'en l'espèce, la société NFC LLC présente devant le tribunal de grande instance de Lyon des demandes strictement identiques à celles qu'elle forme aujourd'hui devant la cour d'appel et se fonde sur les mêmes faits ; qu'elle communique les mêmes pièces et constats que ceux versés aux débats dans le cadre de la présente instance de référé ;

- qu'il est donc établi que pour des faits strictement identiques, la société NFC LLC prétend engager cumulativement la responsabilité délictuelle (contrefaçon et parasitisme) et contractuelle de la société NFC France et M. Y alors qu'elle ne bénéficie d'aucune option ; que les faits se rattachant à l'exécution d'un contrat, le demandeur doit agir exclusivement sur un fondement contractuel ;

- que sur la contestation de l'application de la loi française, la société NFC LLC ne justifie d'aucune exploitation du 'Fitness Court' sur le territoire français ou européen ;

- que l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine révèle deux interprétations très divergentes de l'article 5 de la Convention de Berne, certaines décisions s'étant ouvertement prononcées pour une approche restrictive de l'article 5.2. ;

- qu'en l'espèce, la loi d'origine est la loi des États-Unis, les créations revendiquées ayant été prétendument conçues, réalisées et divulguées aux États-Unis ; qu'il convient donc d'appliquer la loi américaine pour déterminer qui est titulaire des droits d'auteur ; que le demandeur doit établir au préalable la titularité de ses droits d'auteurs dans le pays d'origine conformément à l'article 5-4 de la Convention de Berne ;

- au principal, que la jurisprudence a créé une présomption de titularité au bénéfice de la personne qui exploite une oeuvre ; que pour bénéficier de cette présomption, la personne morale, qui revendique la titularité des droits d'auteur, doit établir avec certitude la date, soit de la création, soit de l'exploitation ainsi que la correspondance entre le produit divulgué et celui dont la titularité est revendiquée ;

- que la société NFC LLC ne rapporte pas la preuve d'une exploitation non équivoque de l'oeuvre sur laquelle elle revendique des droits d'auteur ;

- que, sur la titularité desdits droits dont la preuve lui incombe dès lors, une étude de l'ensemble des éléments composant la pièce adverse n°4 permet de découvrir que les plans du 'Fitness court' ont été créés lors de l'année 2011 par une société Yesco ;

- qu'en ce sens, la société NFC LLC n'est pas l'auteur des plans et des dessins dont elle revendique la paternité et ne justifie pas d'un contrat de cession des droits de la société Yesco sur ces dessins à son profit ;

- que la société NFC LLC n'a jamais payé la société Yesco pour devenir propriétaire des

plans, les factures communiquées aux débats démontrant que la somme de 135 718 dollars est largement insuffisante pour solder les sommes qui étaient dues à Yesco au titre de cette mission,

- qu'il n'est versé aux débats aucun plan, aucune ébauche, aucun croquis des 'Fitness court' ou des agrès tels qu'ils auraient été imaginés et créés par la société New deal design qui aurait participé à la création du design des 'Fitness courts' ;

- sur l'argument de la contrefaçon du droit d'auteur, que ces prétendus actes reprochés à la société NFC France et M. Y ne portent pas sur le même terrain de sport que celui apparaissant dans les plans versés aux débats par la société LLC ;

- qu'en effet, le 'mini Fitness court' démontable a été conçu par M. Y et la société JRTI entre les mois de juillet et novembre 2014 afin d'être exposé au salon des maires du 25 au 27 novembre 2014 ; que la société NFC LLC n'a fourni aucun plan, aucun dessin sur la conception de ce ' mini Fitness court' démontable ; que l'urgence était telle que la société JRTI et M. Y ont dû travailler sans le concours et la validation technique de la société NFC LLC ;

- que par la suite, la société NFC LLC a d'ailleurs indiqué à JRTI qu'elle souhaitait qu'elle construise tous les 'Fitness Courts', y compris ceux qui seraient installés aux États-Unis ;

- sur la contrefaçon alléguée de marque, que si, depuis la première instance, M. ... a concédé la licence d'exploitation de la marque 'Fitness court', celle-ci est exclusivement descriptive et donc nulle car elle est dépourvue de tout caractère distinctif et au surplus ne bénéficie d'aucune notoriété que ce soit en France, comme partout ailleurs dans le monde ;

- sur l'argument d'acte de parasitisme, que la société NFC LLC ne dispose d'aucune clientèle sur le territoire français et n'a pas été mesure de développer et de commercialiser ses 'Fitness Courts', y compris sur le territoire des États-Unis ; que le 'Fitness court' de San ... est dans un état de dégradation avancée ;

- qu'enfin, la création de partenariats avec les collectivités publiques et l'installation d'équipements sportifs sur le domaine public répondent à des contraintes qui n'étaient pas maîtrisées par la société LLC et M. ..., jusqu'à leur rencontre avec M. Y, lequel avait déjà développé cette activité sous la marque Chabal sport citoyen et avec des sponsors comme Generali ;

- que s'agissant du programme d'exercice '7 minutes, 7 mouvements', il existe de nombreux articles sur 'internet' décrivant ces exercices et la société NFC LLC n'en est pas le concepteur ;

- que la société NFC France a à ce jour engagé près de 200 000 euros hors taxes de frais auprès de différents prestataires pour la finalisation technique des 'Fitness Courts' ; qu'elle dispose actuellement d'un stock de 6 Fitness Courts représentant un total de 140 560 euros hors taxes qu'elle ne peut plus vendre alors qu'elle a versé à la société NFC LLC la somme de 50 000 euros à titre de dépôt de garantie ;

- qu'à la suite de la rupture abusive du contrat par la société NFC LLC, NFC France a cessé d'opérer un démarchage commercial pour assurer la vente de Fitness court auprès des collectivités publiques ; que cependant, des discussions très avancées étaient déjà engagées

avec certaines communes et M. Y avait déjà engagé sa crédibilité et sa réputation personnelle dans le projet ;

- que dans ce contexte, il a été décidé que les commandes qui seraient reçues, nonobstant la rupture du contrat de licence, seraient honorées par la société NFC France et que les 'Fitness Courts' seraient installés ;

- que l'objectif de la société NFC France n'étant nullement de s'enrichir au détriment de NFC LLC, il a été décidé que les honoraires qui auraient dû revenir à NFC LLC sur le produit de chaque vente -soit 14 500 euros par 'Fitness Court' vendu- seraient consignés au fur et à mesure de leur encaissement ; qu'en l'état, quatre 'Fitness Court' ont été installés par la société NFC France ;

- que la demande de production forcée de pièces viole l'article 145 du code de procédure civile dès lors que le juge du fond a déjà été saisi du procès ;

- que sur la communication des plans des 'Fitness Courts', la société NFC LLC a reconnu, dès le début de sa relation avec NFC France, qu'elle ne disposait pas des plans informatiques du 'Fitness court' car la société Yesco refusait de les lui communiquer ;

- qu'ainsi, NFC France a été contrainte de faire appel aux services de la société JRTI ; que la société NFC LLC compte ainsi pouvoir récupérer, gratuitement, le fruit du travail de la société JRTI qui a été supporté par la société NFC France.

Une médiation judiciaire a été proposée aux parties par la cour d'appel à l'audience du 30 mai 2018.

Acceptée en son principe par la société NFC France et M. Y le 1er juin 2018, durant le délibéré, elle a en revanche été refusée par la société NFC LLC le 14 juin 2018.

La clôture de l'instruction a été prononcée le 17 mai 2018.

MOTIFS DE LA DÉCISION

La cour rappelle, à titre liminaire, qu'elle n'est pas tenue de statuer sur les demandes de 'constatations' ou 'donner acte' qui ne sont pas, hors les cas prévus par la loi, des prétentions en ce qu'elles ne sont pas susceptibles d'emporter des conséquences juridiques. Il en est de même, dans la présente instance, des demandes tendant à ce qu'il soit 'dit et jugé' par la cour.

Sur la fin de non-recevoir des demandes de la société National Fitness Campaign LLC tirée du principe du non- cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle :

En vertu du principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, il est constant que lorsque le dommage est contractuel, seules les règles de la responsabilité contractuelle sont applicables, les règles dites de responsabilité extracontractuelle ou quasi délictuelle étant exclues.

En l'espèce, la présente instance initiée par acte du 23 décembre 2016 devant le président du tribunal de Nanterre par la société de droit américain NFC LLC est une procédure en référé tendant à ce que soient ordonnées diverses mesures provisoires et accordées des provisions et ce sur le fondement d'un trouble manifestement illicite, tel que défini par le texte spécifique à la matière, qui serait caractérisé à titre principal par une contrefaçon de droit d'auteur et de marque et subsidiairement, par des actes de parasitisme, alors même que l'action engagée au fond antérieurement, le 5 août 2016 devant le tribunal de commerce de Lyon par la société NFC France et M. Y en raison d'une rupture abusive de relations contractuelles est une action en responsabilité contractuelle distincte en sa nature, son objet et sa finalité de l'instance en référé.

Il en est de même de l'action en responsabilité contractuelle engagée le 5 mai 2017 par la société NFC LLC à l'encontre de la société NFC France, M. Y et la société Chabal Image devant le tribunal de grande instance de Lyon afin que soient constatées la violation par les défendeurs de leur obligation de non-concurrence et leur déloyauté et qu'ils soient condamnés à la réparation du préjudice subi du fait de ces manquements contractuels et à la restitution intégrale des plans et dessins de NFC LLC ; ces demandes présentées au fond, qui n'ont ni la même cause ni les mêmes finalités, sont distinctes de l'instance engagée antérieurement devant le juge des référés afin d'obtenir des mesures provisoires de nature à faire cesser des faits distincts, en l'occurrence des actes de contrefaçon et de parasitisme, et l'indemnisation provisionnelle des préjudices en résultant.

La fin de non-recevoir soutenue par les intimés sera rejetée.

Sur le défaut de qualité à agir de la société NFC LLC au titre du droit d'auteur :

Selon l'article 31 du code de procédure civile, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ;

Les intimés soutiennent une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à agir de la société NFC LLC aux motifs d'une part, qu'elle ne justifie pas, en application de la loi américaine, de ses droits d'auteur sur les plans et dessins des équipements sportifs 'Fitness Courts' en raison du défaut de dépôt auprès du 'Copyright Office' et d'autre part, du défaut de 'compétence', selon eux, du juge des référés pour déterminer la qualité d'auteur.

Sur l'application au litige de la loi américaine, il convient de rappeler qu'en application de l'article 5-2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, la jouissance et l'exercice des droits d'auteur, qui ne sont subordonnés à aucune formalité, sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'oeuvre ; par suite, en dehors des stipulations de la Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

Il est désormais constant que 'la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une oeuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée' (Cass., Civ. 1e, 10 avril 2013, pourvois n°11-12.508'; 11-12.509 et 11-12.510).

Dès lors qu'en l'espèce le litige oppose devant la juridiction nationale une société de droit américain qui se fonde, à titre principal, sur la protection de ses droits d'auteur sur la plateforme 'Fitness Court' et les agrès qui la constituent, créés sur le territoire américain, et sur la reproduction alléguée de ces éléments sur le territoire français, la loi interne est applicable au présent litige conformément à la règle de conflit de lois affirmée par la Convention de Berne, comme l'a exactement retenu le premier juge.

Est dès lors inopérant le moyen tiré du fait que l' 'étendue de la protection' telle qu'édictee par l'article 5-2 de la Convention de Berne ne s'appliquerait pas, selon les intimés, à la question de la titularité des droits d'auteur, ce terme, qu'il convient d'interpréter *largo sensu* en dehors de toute restriction expresse, recouvrant à l'évidence la protection du droit d'auteur en lui-même et non la seule question de la 'typologie des oeuvres protégeables'.

Au demeurant, la cour relève que la question de la titularité des droits d'auteur n'est pas une fin de non-recevoir mais un moyen relevant du principal car il conviendra d'apprécier, notamment au regard des formalités accomplies sur le territoire américain et de la commercialisation aux USA des 'Fitness Courts', l'existence du trouble manifestement illicite allégué qui découle précisément de la réalité des droits d'auteur revendiqués par la société NFC LLC.

En ce qui concerne l' 'incompétence' alléguée du juge des référés pour déterminer le titulaire de droits de propriété intellectuelle, elle s'analyse en réalité en un défaut de pouvoirs qui relève dès lors du principal et non en une 'fin de non-recevoir' étant rappelé que, s'il n'appartient pas à la juridiction des référés de déterminer quel est le titulaire des droits d'auteur revendiqués, en revanche l'appréciation de la réalité manifeste desdits droits relève des pouvoirs du juge des référés saisi d'une demande tendant à faire cesser un trouble manifestement illicite causé par leur violation.

Il convient en conséquence de confirmer la décision déferée en ce qu'elle a rejeté la 'fin de non-recevoir' tirée d'un défaut de qualité à agir de la société NFC LLC au regard de la loi américaine.

Sur le trouble manifestement illicite allégué :

Aux termes de l'article 809 alinéa 1er du code de procédure civile, la juridiction des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Le dommage imminent s'entend du 'dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer' et le trouble manifestement illicite résulte de 'toute perturbation résultant d'un fait qui directement ou indirectement constitue une violation évidente de la règle de droit'.

Il s'ensuit que pour que la mesure sollicitée soit prononcée, il doit nécessairement être constaté, à la date à laquelle le premier juge a statué et avec l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, l'imminence d'un dommage, d'un préjudice ou la méconnaissance d'un droit, sur le point de se réaliser et dont la survenance et la réalité sont certaines, qu'un dommage purement éventuel ne saurait donc être retenu pour fonder l'intervention du juge des

référés ; la constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence afin d'en éviter les effets.

En l'espèce, la société NFC LLC se fonde sur l'existence d'un trouble manifestement illicite tiré d'une contrefaçon de ses droits de propriété intellectuelle et d'une contrefaçon des marques dont elle affirme être titulaire et enfin à titre subsidiaire, d'actes de parasitisme qu'auraient commis à son préjudice la société NFC France et M. Sébastien Y.

* sur la titularité des droits d'auteur revendiquée par la société NFC LLC et la contrefaçon alléguée

Selon l'article L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle (CPI), applicable à l'espèce, : 'Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque'.

Constitue un trouble manifestement illicite le fait de reproduire, sans le consentement de son auteur, une oeuvre de l'esprit protégée par un droit de propriété intellectuelle.

Aux termes de l'article L. 111-3 du CPI, la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code, sauf dans les cas prévus par les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 123-4.

S'il est constant qu'une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur (Cass. 1^è civ., 15 janv. 2015, n° 13-23.566), en revanche, en l'absence de revendication de cette qualité par une personne physique, fût-elle identifiée, la personne morale qui exploite sous son nom et de manière non équivoque une oeuvre est présumée, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, être titulaire des droits de propriété incorporelle de l'auteur (Cass. Com. 20 juin 2006, pourvoi n° 04-320.776).

En l'espèce, la société NFC LLC revendique la présomption de titularité, issue de l'article L 111-3 sus visé, des droits d'auteur sur la 'Fitness Court' divulguée et exploitée sous son nom, en tant qu'oeuvre architecturale et donc sur les plans et dessins esthétiques qui la représentent.

Les intimés contestent le caractère non équivoque de la commercialisation et partant, la présomption de titularité invoquée.

La cour relève à titre préliminaire l'absence de revendication d'un auteur personne physique et la seule revendication de la société appelante de la présomption de titularité, qui affirme avoir conçu en 2010 avec l'assistance de la société New Deal Design agissant sous ses instructions, les plans et dessins esthétiques des 'Fitness Courts' dans leur version actuelle, avant de divulguer et exploiter la 'Fitness Court' réalisée à partir de ces plans et dessins dans le parc Marina ... à San ..., en 2012.

Les intimés affirment quant à eux que la société Yesco Engeniring and Manufacturing (Yesco) a créé les plans des 'Fitness Courts' et non la société New Deal Design et contestent toute exploitation commerciale du 'Fitness Court' par NFC LLC.

Comme l'a exactement retenu le premier juge, il appartient à la personne morale qui se prévaut d'une commercialisation non équivoque d'identifier précisément l'oeuvre qu'elle revendique et de justifier de la date à laquelle elle a commencé à en assurer la commercialisation.

Cette identification n'est pas contestée en l'espèce, la société NFC LLC justifiant, notamment par les articles de presse versés aux débats et les 'vidéos' de démonstration sur 'Youtube', de la divulgation d'une plate-forme d'agrès extérieure 'Fitness Court' et de ses agrès à San ... - États Unis d'Amérique - à compter de mai 2012.

Toutefois, il ne résulte pas avec l'évidence requise en référé des éléments de fait et de preuve versés aux débats que la société NFC LLC a commercialisé sans équivoque sous son nom la plate-forme 'Fitness Court' et les agrès la composant.

En effet, comme l'a exactement relevé l'ordonnance déferée, figure sur les plans et dessins remis à M. Y et déposés entre les mains d'un huissier de justice le 7 juillet 2014 le cartouche '© 2010 by Yesco', le sigle © attestant d'un 'copyright' - droit d'auteur en anglais- au bénéfice de Yesco.

En outre, les intimés fournissent en cause d'appel l'annexe D d'une résolution du conseil municipal de la ville de Belmont -États Unis- du 13 mars 2012 portant sur l'attribution d'une subvention pour l'installation d'un "Fitness court" par la société NFC LLC. Cette annexe comporte une foire aux questions (FAQ) établie par NFC LLC et la réponse par elle donnée à la question de savoir qui avait conçu et construit 'Fitness Court' : 'L'aire de fitness a été conçue et construite par Yesco Engineering and Manufacturing, un des principaux constructeurs d'espaces en extérieur aux États-Unis' (traduction libre).

Enfin la société NFC LLC ne justifie, à la date à laquelle le premier juge a statué, d'aucune exploitation commerciale en son nom et non équivoque d'un 'Fitness Court', le seul installé aux États Unis étant celui gracieusement mis à disposition de 2012 à 2017 à Marina ... dans la ville de San ..., le contrat produit pour la première fois en cause d'appel par la société LLC étant celui signé le 3 mars 2017 entre LLC et la Ville de San ... et portant sur la vente du 'Fitness court' de Marina ... au Recreation and Park Departement.

Ce seul élément contractuel, tardivement produit et sans justification aucune du versement des sommes versées en contrepartie, n'apporte pas la preuve évidente du caractère non équivoque d'une commercialisation au nom de la société NFC LLC de la plateforme d'agrès 'Fitness Court' permettant de retenir, à hauteur de référé, une présomption simple de titularité, étant relevé qu'en mars 2012, NFC LLC présentait à la ville de Belmont, comme en atteste le document le plus ancien produit sur la divulgation au public de la "Fitness court", que cette plateforme avait été conçue et construite par la société Yesco.

En l'absence d'une telle présomption, il appartient à l'appelante d'établir, à hauteur de référé, la titularité des droits d'auteur que lui aurait cédés la société Yesco.

* sur l'acquisition ou la titularité des droits sur les 'Fitness Courts' par la société LLC

La société NFC LLC affirme être à l'origine de la création artistique des 'Fitness Courts' dans la forme telle qu'installée à San ... et qu'elle est titulaire de l'ensemble des droits d'auteur sur les 'Fitness Courts'.

Elle indique avoir consacré des investissements importants pour la conception esthétique et technique de la 'Fitness Court' en faisant appel à des prestataires, qu'elle a été assistée dans un premier temps par la société New Deal Design entre le 14 septembre 2010 et le 11 août 2011 pour concevoir, sur ses instructions, le 'design' de 'Fitness Court' dans sa version actuelle avant de faire appel à la société Yesco afin de proposer des solutions techniques aux caractéristiques esthétiques conçues par NFC LLC en vue de permettre la mise en fabrication de la 'Fitness Court'.

L'appelante produit diverses attestations, des factures de New Deal Design pour ces prestations - 80 000 dollars américains soit environ 68'000 euros- ainsi que les factures, le chèque et le débit de ce chèque sur le compte de NFC LLC pour les prestations d'assistance technique effectuées par Yesco pour la somme de 135 718,29 dollars américains, soit 115 755,44 euros.

Afin de prouver l'acquisition des droits patrimoniaux sur la 'Fitness Court' dont elle se prévaut, NFC LLC verse aux débats un contrat conclu entre elle et la société Yesco le 8 septembre 2011 qui précise en son article 6 intitulé 'Propriété intellectuelle' que 'dans la mesure où Yesco a contribué à des améliorations (par exemple dessins, méthodes, appareils) au concept de Fitness Court extérieure de NFC LLC, spécifiquement pour NFC LLC en application de ce contrat, NFC LLC sera titulaire de tous les droits, titres et intérêts de Yesco (y compris les droits d'auteur et sur les brevets) sur ces améliorations, après complet paiement à Yesco de toutes les sommes dues à Yesco pour les services' et que 'Yesco, à la demande de NFC LLC, réalise toute autre documentation nécessaire pour effectuer l'octroi des droits susmentionnés'. (traduction libre et non contestée).

La cour relève en premier lieu que ce contrat de cession de droits du 8 septembre 2011 atteste du fait que la société NFC LLC n'était pas, à cette date, titulaire des droits de propriété intellectuelle de la société Yesco sur les plans et dessins de la 'Fitness Court' et de ses agrès qu'elle revendique, comme le confirme par ailleurs le cartouche ' © 2010 by Yesco' figurant sur les plans produits par l'appelante (pièce n°4), dont les mentions rédigées en anglais peuvent être traduites comme suit : "Information à l'attention du client. Ces dessins ont été créés pour vous aider à visualiser notre proposition. Les idées contenues sont la propriété de Yesco. L'autorisation de copier ou de modifier ces dessins peut uniquement être obtenue par un accord écrit de Yesco"(traduction libre et non contestée) .

En second lieu, s'il est exact qu'en cause d'appel, la société NFC LLC produit, pour attester du complet paiement à Yesco des sommes dues, condition nécessaire et préalable au transfert des droits d'auteur, des factures émanant de cette dernière datées du 31 mai 2011 au 6 novembre 2012 et la preuve du règlement de la somme de 135 718,29 dollars américains par chèque du 28 janvier 2013 adressé à la société Yesco et encaissé, la cour relève que cette somme est sensiblement inférieure au montant total des factures produites (221 360,32 dollars américains) et qu'au demeurant, l'appelante ne produit aucun document de la société Yesco attestant de l'entier règlement des factures afférentes au projet 'Fitness Court', l'attestation de M. ..., ancien chef de projet chez Yesco, rédigée en termes dubitatifs ('Il me semble que NFC LLC a payé l'intégralité des factures émises par Yesco au titre des services vendus [...]'), n'en établissant pas plus la preuve.

Enfin, aucun document n'atteste des diligences effectuées par Yesco afin de réaliser au profit de la société NFC LLC la cession des droits, objet du contrat du 8 septembre 2011.

N'est pas plus établie avec l'évidence requise en référé la titularité par la société NFC LLC du design de la 'Fitness Court' dans la forme installée à San ..., l'appelante affirmant être à l'origine de la création artistique de cette plate-forme dont elle aurait confié, sous ses instructions, la réalisation dès 2010 à la société New Deal Design, spécialisée dans le design industriel, dès lors que l'attestation en ce sens de l'un des salariés de l'appelante et celle du directeur de New Deal Design ne sont pas corroborées par d'autres éléments - plans, croquis, visuels- de nature à établir la réalité de la création par New Deal Design du concept de Fitness Court extérieure de NFC LLC, que le 'copyright' n'a pas fait, là encore, l'objet d'un dépôt formel au Copyright Office, que cette création n'a pas été invoquée devant le premier juge, que NFC LLC avait elle-même affirmé en 2012 que Yesco avait conçu et fabriqué la plateforme et qu'enfin, il n'appartient pas au juge des référés de vérifier si la Fitness Court présentée sur le site de New Deal Design est bien celle en cause dans la présente instance.

Il s'en déduit que NFC LLC n'établit pas, avec l'évidence requise en référé, la cession à son profit des droits d'auteur détenus par la société Yesco ou la titularité des droits de propriété intellectuelle qu'elle affirme détenir de New Deal Design sur 'Fitness Court' .

Il résulte de l'ensemble des constatations et énonciations sus retenus que n'est pas établi le trouble manifestement illicite tiré d'une contrefaçon par la société NFC France et M. Y des droits d'auteur sur les plans et dessins esthétiques des 'Fitness Courts' et de leur dénaturation alléguée portant atteinte à leur intégrité et au droit moral dont se prévaut la société NFC LLC.

* sur la contrefaçon alléguée de la marque 'Fitness Court' n° 144 109 407 Selon l'article L 716 -6, alinéa 1, du code de propriété intellectuelle (CPI) :

'Toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon peut saisir en référé la juridiction civile compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon. La juridiction civile compétente peut également ordonner toutes mesures urgentes sur requête lorsque les circonstances exigent que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement, notamment lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur. Saisie en référé ou sur requête, la juridiction ne peut ordonner les mesures demandées que si les éléments de preuve, raisonnablement accessibles au demandeur, rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente.'

La société NFC LLC sollicitait en première instance la condamnation de NFC France et de M. Chabal à diverses mesures destinées à mettre fin aux faits de contrefaçon de la marque verbale française 'Fitness Court' déposée le 31 juillet 2014 sous le n° 144 109 407 en classes 28,37 et 41.

M. ..., tiers à l'instance, étant exclusivement titulaire de la marque en question enregistrée notamment pour divers appareils et matériels d'exercice physique, pour la construction de terrains de sport, la mise à disposition d'installations de loisirs ainsi que les services d'entraînement sportif et de remise en forme, ces demandes ont été rejetées par l'ordonnance déferée.

L'appelante indique dans ses conclusions d'appel que M. Mitch ..., pour répondre à la critique

tirée de l'irrecevabilité de NFC LLC à se prévaloir de cette marque, a consenti le 19 septembre 2017 à cette société une licence exclusive sur la marque 'Fitness Court' qui a été inscrite au Registre national des marques le 25 septembre 2017 et publiée dans le BOPI 17-43 sous le n° 708839 afin de la rendre opposable aux tiers.

Ce nouveau contrat de licence du 19 septembre 2017 prévoit expressément en son article 7 que 'Le Concédant [Mitch Menaged] autorise le Licencié [NFC LLC] par les présentes à engager ou poursuivre en son nom propre et/ou au nom du Concédant, toute procédure judiciaire, administrative et/ou douanière relative à la protection et à la défense des marques.

Toutefois, la cour relève que si, en raison de cette évolution du litige, la société NFC LLC justifie désormais des droits qu'elle a acquis sur la marque 'Fitness Court', n'est pas établie avec l'évidence requise en référé l'existence d'un trouble manifestement illicite tiré d'une contrefaçon de marque au regard d'une part, du sérieux des moyens soutenus par les intimés quant au fait que cette marque ne serait que descriptive et dépourvue de caractère distinctif et d'autre part, de la licence et de l'autorisation d'usage de la marque dont ils bénéficiaient, par contrat du 27 septembre 2015, sur la marque 'Fitness Court' jusqu'à ce que NFC LLC résilie cette licence le 21 avril 2016.

En conséquence, il n'appartient pas au juge des référés d'ordonner les mesures sollicitées en l'absence d'éléments de preuve rendant vraisemblable, au sens de l'article 716-6 du CPI, qu'une atteinte est portée aux droits d'auteur de NFC LLC ou qu'une telle atteinte est imminente.

Il convient en conséquence de confirmer l'ordonnance déferée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur l'ensemble des demandes présentées par la société LLC au titre de la contrefaçon de droits d'auteur et de marque.

* sur les faits de concurrence parasitaire

Il est constant que le parasitisme, caractérisé par la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée, qui procure un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements est constitutif d'un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du code de procédure civile.

Subsidiairement à ses actions en contrefaçon, NFC LLC sollicite en cause d'appel des mesures de nature à faire cesser les actes de parasitisme du travail intellectuel et des investissements humains et financiers de NFC LLC dans la conception de ses 'Fitness Courts' - notamment par le recours à la société New Deal Design - et du programme intitulé '7 minutes 7 mouvements' qu'elle a conçu, mesures destinées à sanctionner l'avantage concurrentiel parasitaire tiré de la copie servile par NFC France et M. Y des plans des 'Fitness Courts' de NFC LLC et de la poursuite illicite de l'exploitation du programme y associé et de l'installation en France de nouvelles plateformes, postérieurement à la résiliation le 21 avril 2016 du contrat de licence.

La cour rappelle d'une part, que si l'appelante verse aux débats des éléments de preuve des investissements intellectuels et financiers par elle réalisés pour la mise en oeuvre de son projet 'Fitness Courts', n'est pas établi en revanche, avec l'évidence requise en référé et pour les motifs sus retenus, la titularité des droits de propriété intellectuelle dont se prévaut l'appelante sur cette plateforme.

D'autre part, s'il est exact que NFC LLC promeut un programme '7 minutes 7 mouvements' associé aux Fitness Courts et consistant en des mouvements fractionnés sur une courte durée, la conception par NFC LLC d'un programme original n'est pas démontrée avec l'évidence requise en référé, les intimés justifiant du fait que de nombreuses applications similaires publient ce type d'exercices sur l' 'App Store' ou le 'Google Play Store'.

En outre, comme le soulignent les intimés, de 2012 à 2017, l'appelante ne justifie que de la mise à disposition gratuite de la plate-forme de San ... et d'un contrat de vente, en 2017, de cette unique 'Fitness Court' : cette seule conclusion tardive tout comme la faible fréquentation des vidéos promotionnelles versées aux débats ne sauraient témoigner du succès et de la notoriété aux États Unis dont se prévaut NFC LLC.

En revanche, les intimés justifient, sans être utilement contredits par l'appelante, du profit notable dont a bénéficié en France le programme de National Fitness Campaign en raison de la forte notoriété de M. Y, ancien international de rugby, auprès du public français et de son investissement personnel et constant dans la promotion auprès des communes des 'Fitness Courts' et du programme sportif y associé.

Témoignent de ces résultats notables le patronage français du ministère de la ville, de la jeunesse et des sports, accordé le 13 novembre 2014 et l'installation des plateformes à Poissy, Velizy Villacoublay, Ouistreham, Diemoz, ... Annet et Arcueil.

Enfin, est également établi l'intérêt qu'ont représenté pour la réussite du programme de la société NFC LLC les investissements d'importance, notamment financiers, engagés par la société NFC France et M. Y afin de faire réaliser de nouveaux plans et dessins de la plateforme d'agrès par la société JRT industries au regard des difficultés, non contestées par l'appelante, rencontrées pour construire le modèle de plateforme d'agrès remis en version papier par NFC LLC et les apports résultant du travail de la société JRT industries sur le modèle, comme en atteste au demeurant le projet exprimé par le représentant légal de NFC LLC de transférer des fichiers du logiciel et des plans réalisés par la société JRT industries en raison des difficultés juridiques rencontrées avec son propre partenaire, la société Yesco.

Au regard de l'ensemble de ces constatations et des éléments produits par les parties qui témoignent des investissements respectifs qui ont concouru au projet National Fitness Campaign et permis la mise sur le marché en France de la plateforme d'agrès et la conclusion de contrats avec des collectivités publiques, du dépôt par les intimés d'une garantie de 50 000 euros et de leur engagement de consigner les redevances de licence du fait des partenariats conclus par NFC France et M. Y, la poursuite de ces négociations et l'installation en France de nouvelles plateformes postérieurement à la résiliation du contrat d'exploitation intervenue le 21 avril 2016 ne caractérisent pas avec l'évidence requise en référé les agissements parasitaires reprochés aux intimés.

Enfin, comme le retient à bon droit l'ordonnance déferée, la société NFC LLC ne justifie pas, avec l'évidence requise en référé, de la faute et du préjudice allégués et résultant, selon elle, d'une concurrence parasitaire de la part des intimés et du profit qu'ils auraient indûment retiré des investissements, du savoir-faire ou de la notoriété de NFC LLC postérieurement à la rupture de leurs relations commerciales, qui fait l'objet au demeurant de l'instance au fond engagée devant le tribunal de commerce de Lyon par NFC France et M. Y dès 2016 pour rupture abusive et sans juste motif du contrat de licence d'exploitation.

Il convient de confirmer en conséquence l'ordonnance déferée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes fondées sur la concurrence parasitaire alléguée.

Sur les autres demandes formées par NFC LLC

* sur la production forcée des pièces détenues par NFC France et M. Y :

Est irrecevable la demande de production de pièces formée par l'appelante, à hauteur de référé, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que l'ensemble de ces pièces sont relatives au procès engagé au fond antérieurement par assignation du 5 août 2016.

* sur la restitution sous astreinte des documents de NFC France et notamment ceux remis en exécution du contrat de licence du 27 septembre 2015

Il n'y a pas lieu d'ordonner cette remise de documents, à hauteur de référé, dès lors que n'est pas établi en cause d'appel le trouble manifestement illicite résultant des actes de contrefaçon de droits d'auteurs ou de marques et ceux de concurrence parasitaire allégués.

* sur le transfert des noms de domaine

Il en est de même de la mesure de l'appelante tendant, en raison des contrefaçons et actes de concurrence parasitaire allégués mais non établis à hauteur de référé, au transfert, sous astreinte, des noms de domaine 7m7m.fr, 7m7m.uk, fitnesscourt.fr et fitnesscourt.uk de la société NFC France et nfcfr.com de M. Y.

* sur la réparation à titre provisionnel des préjudices allégués par NFC LLC

Est dès lors sérieusement contestable, au sens de l'article 809 alinéa 2, du code de procédure civile et pour les motifs sus retenus, l'indemnisation provisionnelle réclamée par l'appelante au titre des préjudices qu'elle aurait subis au titre des actes de contrefaçon et/ou de concurrence parasitaire et en réparation du préjudice moral allégué du fait desdits actes dont la preuve n'est pas rapportée avec l'évidence requise.

En outre, n'est pas plus établi à hauteur de référé le manque à gagner invoqué par NFC LLC du fait de la poursuite, postérieurement à la résiliation du contrat, de la commercialisation des 'Fitness Courts' par M. Y et la société NFC France, de leur participation au 'Fitness Boutique Tour' et de la commercialisation et l'installation en France, en juillet 2016, de dix mini Fitness Courts reproduisant, selon l'appelante, de manière quasi servile celles de NFC LLC, les intimés lui opposant des contestations sérieuses qui font notamment l'objet des instances au fond actuellement en cours devant les juridictions de Lyon et Paris.

* sur les mesures de publication

Les faits de contrefaçon, ou, à tout le moins de concurrence parasitaire allégués n'étant pas établis dans la présente instance et étant soumis aux juridictions du fond, il convient de rejeter comme non fondée la demande de publication du présent arrêt, mesure destinée à informer, comme l'indique l'appelante, les potentiels partenaires financiers, les collectivités publiques susceptibles d'accueillir des 'Fitness Courts' et le public, que NFC LLC est attachée à la

défense de ses droits et qu'il n'existe plus aucun lien entre elle et NFC France et M. Y.

Sur les autres demandes

* sur la consignation des redevances

Contrairement à ce que soutient en appel la société NFC LLC, le premier juge n'a pas 'fait droit' à une demande de consignation des redevances de licence du fait des partenariats conclus par NFC France et M. Y, un 'donné acte' n'emportant aucune contrainte ou conséquence juridique.

En cause d'appel, il n'y a pas lieu de 'donner acte' à NFC France de ce qu'elle s'engage devant la cour à consigner la somme de 14 500 euros par 'Fitness Court' vendu et que le nombre d'équipements installés, en ce compris celui de Pierre Benite (69), sera de 7 et qu'aucun autre 'Fitness Court' ne sera commercialisé ou installé dès lors qu'un 'donné acte' n'emporte pas de conséquence juridique.

* sur les demandes de 'réformation' soutenues par NFC France et M. Y autres que les fins de non-recevoir La cour relève qu'hormis les fins de non-recevoir tirées du principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité et du défaut de qualité à agir, elle n'est pas tenue de statuer sur les diverses demandes dites improprement de réformation et/ou de 'dire ou juger' développées dans le dispositif des conclusions des intimés dès lors qu'elles constituent en réalité des moyens contestant notamment certains de motifs de l'ordonnance déferée et ne sont pas des prétentions au sens juridique du terme.

Il résulte de l'ensemble de ces constatations et énonciations qu'il convient de confirmer en toutes ses dispositions l'ordonnance déferée en ce comprises celles relatives aux frais irrépétibles et aux dépens de première instance, sauf à préciser que sont rejetées les fins de non-recevoir soutenues.

Sur les demandes accessoires

L'équité commande de faire droit à la demande des intimés présentée sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ; l'appelante est condamnée à lui verser à ce titre la somme visée au dispositif de la présente décision.

Partie perdante pour l'essentiel, l'intimée ne saurait prétendre à l'allocation de frais irrépétibles et doit supporter les dépens d'appel.

PAR CES MOTIFS LA COUR

Statuant publiquement par décision contradictoire et en dernier ressort

REJETTE les fins de non-recevoir tirées du principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité et du défaut de qualité à agir,

CONFIRME l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions, **Y AJOUTANT**,

DIT irrecevable la demande de production forcée de pièces, **REJETTE** les autres demandes,

CONDAMNE la société de droit américain National fitness campaign LLC à payer à chacun des intimés, la SARL NFC France et M. Sébastien Y, la somme de 8 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

REJETTE la demande présentée par la société de droit américain National fitness campaign LLC sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la société de droit américain National fitness campaign LLC aux entiers dépens d'appel qui seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Arrêt prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile et signé par Madame Odette-Luce ..., président et par Madame Agnès ..., greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le greffier
Le président