

**TRIBUNAL  
D E GRANDE  
I N S T A N C E  
D E P A R I S**

3ème chambre 2<sup>ème</sup> section  
N°RG: 10/01344

Assignation du 12 Janvier 2010  
JUGEMENT rendu le 07 Octobre 2011

**DEMANDERESSE**

Société UpTo Ten  
PORT LOUIS 6th Floor, Nirmal House,  
22, Sir William Newton Street  
ILE MAURICE  
Représentée par Me Gautier KAUFMAN, avocat au barreau de PARIS, vestiaire #C0697

**DÉFENDERESSES**

Société BOOWA & KWALA DTC  
Suite 206 Premier Building Victoria  
999999 MAHE  
SEYCHELLES  
Défaillant

Société DIGITAL RIVER GMBH, Vogelsanger STR 78 50823 COLOGNE, ALLEMAGNE  
Représentée par Me Alexander BLUMROSEN, de la SCP Bernard Hertz Béjot avocat au  
barreau de PARIS, vestiaire #P0057

COMPOSITION DU TRIBUNAL

Véronique RENARD. Vice-Président, signataire de la décision  
Eric HALPHEN, Vice-Président  
Valérie DISTINGUIN, Juge, assistés de Jeanine ROSTAL, FF Greffier, signataire de la  
décision

DEBATS

A l'audience du 15 Septembre 2011 tenue en audience publique

JUGEMENT

Prononcé par remise de la décision au greffe  
Contradictoire en premier ressort

## FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

La société offshore de droit mauricien UP TO TEN indique avoir une activité d'exploitation de produits ludo-éducatifs pour les enfants. Elle exploite un site internet accessible à l'adresse [www.uptoten.com](http://www.uptoten.com) présentant, en anglais et en français, des jeux interactifs en ligne.

Elle est titulaire :

- de la marque verbale française UpToTen déposée le 7 octobre 1999, enregistrée sous le n° 99 817 458 pour désigner notamment en classes 3, 9, 16, 20, 24, 25, 28, 30, 38 et 41 les "jeux vidéo, bandes dessinées, albums notamment à colorier, jeux, communication par terminaux d'ordinateur", et régulièrement renouvelée le 2 octobre 2009,

- de la marque semi-figurative "BOOWA & KWALA" déposée le 7 octobre 1999, enregistrée sous le n° 99 817 457 pour désigner notamment en classes 3, 9, 16, 20, 24, 25, 28, 30, 38 et 41 les "jeux vidéo, bandes dessinées, albums notamment à colorier, jeux, communication par terminaux d'ordinateur, et régulièrement renouvelée le 2 octobre 2009 ;

Elle expose par ailleurs être titulaire à titre exclusif de droits d'auteur sur les personnages d'animation, le chien dénommé BOOWA et le koala dénommé KWALA ainsi que sur leurs déclinaisons, variantes et produits dérivés sous toutes formules et pour tout support en vertu d'un contrat de cession de droits en date du 3 janvier 2000 conclu avec les auteurs, Madame Véronique BARNARD et Monsieur Jason BARNARD, tous deux domiciliés à l'ILE MAURICE, et être également titulaire des droits d'utilisation en ligne des éléments graphiques des personnages appartenant au catalogue de la société PMMP.

Indiquant avoir constaté que les sites Internet [www.uptoten.com](http://www.uptoten.com) et [www.boowakwala.com](http://www.boowakwala.com) "présentaient un détournement non autorisé de son contenu par les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER" (sic) et plus précisément qu'un constat d'huissier dressé le 21 octobre 2009 révèle que "les sociétés BOOWA & KWALA associées à la société DIGITAL RIVER" exploitaient sans droit les sites précités et détournaient ainsi sa clientèle en proposant aux internautes un abonnement payant dénommé "premium" dont elles perçoivent les revenus, la société UP TO TEN a, selon actes d'huissier en date des 12 et 18 janvier 2010, fait assigner la société régie selon les lois des Seychelles BOOWA & KWALA et la société de droit allemand DIGITAL RIVER en concurrence déloyale et en contrefaçon de marques et de droits d'auteur pour obtenir, outre des mesures d'interdiction et de publication, paiement de dommages-intérêts ainsi que d'une indemnité fondée sur l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Par dernières écritures signifiées par voie électronique le 11 février 2011, la société UP TO TEN demande au tribunal, en ces termes, de :

- déclarer la demande d'incompétence présentée par la société DIGITAL RIVER tant irrecevable que mal fondée, faute de désigner la ou les juridictions compétentes et faute d'avoir été présentée devant le juge de la mise en état,

- se déclarer compétent au regard de l'existence d'un lien de rattachement suffisant, substantiel ou significatif entre les faits illicites et le dommage allégué sur le territoire français,

- dire que les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER ont détourné sa clientèle en proposant un abonnement payant "premium" via les sites internet "uptoten.com" et "boowakwala.com" et ce faisant ont commis des agissements de concurrence déloyale à son préjudice,

- dire que les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER ont détourné à leur profit la régie publicitaire GOOGLE exploitée sur les sites internet "uptoten.com" et "boowakwala.com", et que ces agissements sont constitutifs d'un détournement de clientèle à son préjudice,

- condamner in solidum les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER à lui payer la somme globale de 200.000 euros pour les faits de concurrence déloyale,

- interdire aux défenderesses la poursuite des agissements litigieux sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard à compter du jugement, et ordonner, sous la même astreinte, aux défenderesses de justifier auprès d'elle de la résiliation de tout contrat relatif à la commission des faits litigieux,

- dire que l'usage de la dénomination "UpToTen" par les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER constitue la contrefaçon par reproduction à tout le moins par imitation de la marque UpToTen n° 17 458 et que l'usage de la dénomination et des personnages "BOOWA & KWALA" constitue la contrefaçon par imitation de la marque BOOWA & KWALA n° 99 817 457,

- condamner in solidum les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER à lui payer la somme globale de 100.000 euros à titre de dommages-intérêts au titre de la contrefaçon des marques précitées,

- interdire aux sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER l'usage, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, et notamment à titre de nom commercial et de dénomination sociale, des termes "BOOWA & KWALA" et "UP TO TEN" seuls ou en combinaison de nature à engendrer un risque de confusion avec les marques précitées, pour désigner les services précités et tous produits ou services similaires et ce, sous astreinte définitive de 5.000 euros par infraction constatée et par jour de retard à compter du jugement à intervenir,

- dire que la société UpToTen est titulaire des droits d'auteur sur les personnages originaux "BOOWA & KWALA" et que leur reproduction sans autorisation par les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER constitue la contrefaçon des droits d'auteur à son préjudice,

- condamner in solidum les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER à lui verser la somme globale de 100.000 euros à ce titre,

- l'autoriser à faire procéder à la publication du jugement à intervenir dans 4 journaux ou revues de son choix, aux frais avancés des sociétés défenderesses, le coût global des publications ne pouvant excéder la somme de 30.000 euros et ce, au besoin, en tant que complément de dommages et intérêts. subsidiairement, dire que la société DIGITAL RIVER dispose de la qualité d'hébergeur et qu'elle a engagé sa responsabilité à ce titre en refusant

de retirer promptement et en toute connaissance de cause un contenu portant atteinte à ses droits de propriété intellectuelle et condamner la société DIGITAL RIVER à lui payer la somme de 100 000 euros à titre de dommages intérêts,

- ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir,

- condamner in solidum les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER à lui verser la somme globale de 10.000 euros en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile

- condamner in solidum les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER à lui rembourser les frais des constats dressés les 21 octobre 2009 et 27 janvier 2011 ainsi qu'aux dépens, dont distraction au profit de son conseil.

Par dernières écritures signifiées par voie électronique le 28 avril 2011 la société DIGITAL RIVER entend voir :

A titre principal

- dire que les juridictions françaises n'ont pouvoir que pour réparer le seul préjudice subi en France par la société UpToTen,

- dire que seules les juridictions allemandes du lieu de son siège social ont pouvoir pour réparer l'intégralité du préjudice subi,

- dire qu'elle n'a commis aucun acte de concurrence déloyale, que ce soit au titre du détournement de la régie publicitaire ou au titre du détournement de clientèle,

- dire qu'elle a la qualité d'hébergeur et n'encourt en conséquence aucune responsabilité pour la contrefaçon des marques "UpToTen" et "Boowa & Kwala" et la contrefaçon de droits d'auteur,

A titre subsidiaire,

- dire qu'elle n'a commis aucune contrefaçon de la marque dénomminative "UpToTen",

- dire que la société UpToTen a commis une faute d'abstention en ne contrôlant pas promptement l'activité de son propre site Internet, que cette faute est la cause unique de son préjudice, et en conséquence l'exonérer de toute responsabilité,

- dire que la société UpToTen est responsable en tant que commettant de la faute commise par son préposé, Monsieur Jason Barnard, que cette faute est la cause unique de son préjudice, et en conséquence l'exonérer de toute responsabilité,

- à défaut de retenir la faute de la société UpToTen comme cause unique dans la réalisation de son propre préjudice et réduire sa condamnation pour contrefaçon de la marque et des droits d'auteur "Boowa & Kwala" ainsi que pour concurrence déloyale à sa juste valeur,

- condamner la société UP TO TEN à lui verser la somme de 50.000 euros pour atteinte à son image et à sa réputation,

- rejeter toutes les autres demandes de la société UP TO TEN,
- condamner la société UP TO TEN à lui payer la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile ainsi qu'aux entiers dépens.

La société UP TO TEN a signifié de nouvelles écritures le 18 mai 2011 et a indiqué communiquer à l'appui de celles-ci de nouvelles pièces numérotées 23 à 30 bis.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 19 mai 2011.

Les pièces de la société UP TO TEN numérotées 23 à 30 bis ont été adressées au conseil de la société défenderesse par e-mail le 20 mai 2011.

Par conclusions signifiées par voie électronique le 4 août 2011 pour l'audience du 15 septembre 2011, la société DIGITAL RIVER a sollicité le rejet des dernières écritures de la société UP TO TEN. La société UP TO TEN s'est opposée à cette demande par conclusions signifiées le 7 septembre 2011. Bien que régulièrement citée, la société BOOWA & KWALA n'a pas constitué avocat. La présente décision sera néanmoins réputée contradictoire conformément aux dispositions de l'article 474 du Code de Procédure Civile.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION :

Sur le rejet des conclusions de la société UP TO TEN signifiées le 18 mai 2011 et des pièces produites le 20 mai 2011

Attendu qu'après trois appels à la mise en état, la clôture de la procédure a été annoncée le 20 janvier 2011 pour le 24 mars 2011 puis reportée au 19 mai 2011 pour permettre à la société DIGITAL RIVER de répondre aux dernières conclusions de la société UP TO TEN du 11 février 2011 ;

Or attendu que cette dernière a signifié de nouvelles écritures le 18 mai 2011 à 20h50 et a communiqué à l'appui de celles-ci de nouvelles pièces numérotées 23 à 30 bis qui ont été adressées au conseil de la société défenderesse par e-mail le 20 mai 2011, soit le lendemain de l'ordonnance de clôture ; que ce procédé totalement contraire au principe du contradictoire et qui en outre ne respecte pas les dispositions de l'article 783 du Code de Procédure Civile selon lesquelles "après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats " ne permet pas à la société DIGITAL RIVER d'exercer pleinement les droits de la défense, de sorte qu'il y a lieu de déclarer irrecevables tant les conclusions de la société UP TO TEN signifiées le 18 mai 2011 soit la veille de l'ordonnance de clôture que ses pièces numérotées 23 à 30 bis communiquées postérieurement à cette dernière;

Sur la compétence des juridictions françaises pour réparer l'intégralité du préjudice subi

Attendu que la société DIGITAL RIVER dont le siège est en Allemagne conteste l'étendue des pouvoirs du tribunal à réparer l'intégralité du préjudice invoqué par la demanderesse en application du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 ; que la société UP TO TEN s'oppose à ce moyen en invoquant la compétence exclusive du juge de la mise en état pour connaître des exceptions d'incompétence en application de l'article 771 du Code de Procédure Civile ;

Mais attendu que l'exception d'incompétence en matière internationale n'entre pas dans le champ des dispositions invoquées mais concerne l'exercice de ses pouvoirs par le tribunal ; que dès lors les développements consacrés par la société demanderesse à la recevabilité du moyen soulevé sont inopérants et relèvent du fond du litige ;

Sur la nature de l'activité exercée par la société DIGITAL RIVER

Attendu que la société DIGITAL RIVER revendique la qualité d'hébergeur et dès lors l'application du régime de responsabilité limitée instauré par l'article 6-1-2 de la LCEN, lequel prévoit que "les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits ou circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. " ; qu'elle fait à cet égard valoir qu'elle s'est contentée de fournir à Monsieur BARNARD qui apparaît sur le site litigieux comme étant cocréateur du site UpToTen.com, Directeur Général UP TO TEN, Directeur technique de l'équipe à l'Ile Maurice, auteur-compositeur interprète des chansons, co-créateur des histoires et des jeux et la voix de Boowa selon constat d'huissier dressé à sa demande le 23 avril 2011, le moyen d'installer sur son site internet un lien vers sa plate-forme de commerce et qu'elle n'est jamais intervenue sur le contenu du site de Monsieur Jason BARNARD, celui-ci ayant lui-même défini son message publicitaire et déterminé le prix des abonnements ; qu'elle ajoute qu'elle s'est contentée, dans la vente de ces abonnements, de mettre en place un formulaire de champs à remplir et d'avoir un rôle purement technique et automatique ; qu'elle en déduit que sa responsabilité en tant qu'intermédiaire technique ne peut être engagée qu'à condition d'avoir eu une connaissance effective du caractère illicite du contenu diffusé et qu'il appartenait donc à la société UP TO TEN de lui notifier les faits aujourd'hui incriminés dans les conditions prévues à l'article 6-1-5 de la LCEN, et que seule l'assignation peut être retenue comme valant une telle notification ;

Attendu que la société UP TO TEN considère quant à elle que la société DIGITAL RIVER n'a pas la qualité d'hébergeur dès lors que son rôle va au-delà d'une simple prestation de stockage d'informations; qu'elle soutient à cet effet que la défenderesse se présente elle-même comme une plate-forme de commerce électronique et a fixé les prix et facturé directement l'abonné ; qu'elle estime en conséquence à titre principal que les dispositions de l'article 6-1-5 de la LCEN ne sont pas applicables en l'espèce et que la responsabilité civile de la société DIGITAL RIVER est engagée dans les conditions du droit commun ;

Attendu qu'il résulte en effet de la traduction du contrat intitulé "Développer Contract" conclu le 4 mars 2009 entre Monsieur Jason BARNARD et la société DIGITAL RIVER, produite par la société défenderesse elle-même, que cette dernière indique : "(1) Nous pouvons vendre vos produits en qualité de revendeur sur notre plate-forme de commerce-électronique share-it. Cela inclut mais ne se limite pas à la présentation du produit dans notre catalogue virtuel, la fourniture d'un bon de commande pour l'achat sécurisé du produit via notre serveur, la livraison électronique du produit au client, la collecte du paiement de celui-ci et la collecte des informations relatives au client. (3) En tant que vendeur, nous sommes libres de déterminer de manière discrétionnaire et absolue les prix auxquels nous vendons les produits

via la plate-forme de commerce-électronique share-it (4) Les conditions générales seront sous notre seul contrôle ainsi que les textes des pages qui sont utilisées grâce à la plate-forme de commerce-électronique share-it (...) que la société DIGITAL RIVER ne saurait compte tenu de l'ensemble de ces éléments être considérée comme assurant seulement " le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services" et doit en réalité être qualifiée d'éditeur dès lors que, bien qu'elle s'en défende sans toutefois rapporter la preuve contraire, elle a un rôle actif dans le choix des contenus mis en ligne sur son site ; qu'elle ne peut dès lors bénéficier du régime de responsabilité limitée instaurée par l'article 6-1-2 de la LCEN et engage sa responsabilité civile dans les conditions du droit commun ;

Sur la contrefaçon des marques n° 99 817 458 et n°99 817 457

Attendu qu'il a été dit que la société UP TO TEN est titulaire de la marque verbale française "UpToTen" déposée le 7 octobre 1999, enregistrée sous le n° 99 817 458 pour désigner notamment en classes 3,9,16,20, 24,25,28, 30, 38 et 41 les "jeux vidéo, bandes dessinées, albums notamment à colorier, jeux, communication par terminaux d'ordinateur ", et régulièrement renouvelée le 2 octobre 2009, ainsi que de la marque semi-figurative " BOOWA & KWALA" composée de la représentation d'un chien bleu et d'un koala jaune et de la mention " BOOWA & KWALA", déposée le 7 octobre 1999, enregistrée sous le n°99 817 457 pour désigner notamment en classes 3,9,16,20,24,25, 28,30,38 et 41 les "jeux vidéo, bandes dessinées, albums notamment à colorier, jeux, communication par terminaux d'ordinateur, et régulièrement renouvelée le 2 octobre 2009 ; que tout en indiquant que "le site miroir litigieux reproduit les signes UpToTen et Boowa & Kwala sur les pages en cause", la société demanderesse invoque en réalité la contrefaçon par reproduction de la marque "UpToTen" n° 99 817 458 et la contrefaçon par imitation de la marque BOOWA & KWALA" n°99 817 457 ;

Attendu qu'aux termes de l'article L 713-2 a) du Code de la Propriété Intellectuelle "Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode ", ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement"; que selon l'article 713-3 b) du Code de la Propriété Intellectuelle", sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public, l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement" ;

Attendu qu'il résulte du constat du 21 octobre 2009 que l'huissier instrumentaire s'est connecté au site uptoten.com et après avoir activé un lien hypertexte, s'est vu proposer un abonnement à des jeux en ligne proposé par la société "Boowa & Kwala DTC Seychelles", se présentant comme éditeur du site, moyennant le paiement de la somme de 21,35 euros à la société DIGITAL RIVER; que les annexes du constat relèvent que les pages litigieuses comportent la représentation d'un chien bleu et d'un koala jaune ainsi que des mentions "BOOWA & KWALA" et "Boowa & Kwala Premium" ; que force est de constater cependant, et contrairement à ce qu'affirme la société demanderesse, que les annexes 11 à 14 et 21 du constat d'huissier ne montrent aucune reproduction, ni même imitation, de la marque UP TO TEN n° 99 817 458 ; que les demandes formées à ce titre seront en conséquence rejetées ;

Attendu en revanche que ledit procès-verbal de constat montre que le site de jeux en lignes exploité par la société BOOWA & KWALA et la plate-forme share-it de la société DIGITAL RIVER comportent la représentation d'un chien bleu avec un collier jaune et d'un koala jaune portant un béret noir ainsi que la mention " BOOWA & KWALA" à titre tant d'appellations desdits personnages que de nom commercial et de dénomination sociale, constituant ainsi la contrefaçon par imitation de la marque BOOWA & KWALA" n°99 817 457, les différences relevées quant à la position des éléments distinctifs et dominants de la marque, à savoir du chien et du koala dénommés Boowa & Kwala, au demeurant aux mêmes traits et de mêmes couleurs, n'étant pas de nature à écarter le risque de confusion qui existe entre les signes de par la forte similitude existant entre les personnages et la reprise de l'élément verbal pour désigner des produits identiques ou similaires ;

#### Sur la contrefaçon de droits d'auteur

Attendu que DIGITAL RIVER ne conteste pas l'existence de droits d'auteur au profit de la société UP TO TEN sur les personnages Boowa & Kwala et sur les 52 épisodes de dessins animés du site de la société demanderesse ni la protection de ces derniers au titre du livre I du Code de la Propriété Intellectuelle ; que la société UP TO TEN justifie en tout état de cause être titulaire à titre exclusif de droits d'auteur sur lesdits personnages d'animation , sous toutes formules et pour tout support, en vertu d'un contrat de cession de droits en date du 3 janvier 2000 conclu avec les auteurs, Madame Véronique BARNARD et Monsieur Jason BARNARD, et être également titulaire des droits d'utilisation en ligne des éléments graphiques des personnages appartenant au catalogue de la société PMMP, selon contrats des 6 janvier 2000 et 3 janvier 2007 ; que la reprise des caractéristiques des personnages animés "Boowa" et "Kwala" et des épisodes de dessins animés ainsi que leur exploitation non autorisée constituent des actes de contrefaçon;

#### Sur la concurrence déloyale

Attendu que la société UP TO TEN reproche à ce titre aux sociétés défenderesses d'avoir mis en place un lien hypertexte qui se greffe sur son site officiel et qui détourne ses abonnements et sa clientèle d'internautes ainsi que les recettes publicitaires ;

Attendu que la société DIGITAL RIVER conteste toute responsabilité dans la création de ce lien hypertexte ; que cependant, s'il résulte des éléments versés aux débats et notamment du constat d'huissier du 21 octobre 2009 que le fait de cliquer sur le lien hypertexte "je soutiens ce site" dirige l'internaute vers l'adresse de la société BOOWA & KWALA et non directement sur la plate-forme de commerce en ligne de la société DIGITAL RIVER, force est de constater que cette dernière tire profit, de par le contrat de promotion qu' elle a conclu avec Monsieur Jason BARNARD le 4 mars 2009, de la redirection des internautes du site officiel UP TO TEN vers celui exploité par la société BOOWA & KWALA ; que les faits de concurrence déloyale sont donc caractérisés tant à l'encontre de la société BOOWA & KWALA que de la société DIGITAL RIVER ;

#### Sur les mesures réparatrices

Attendu qu' il sera fait droit à la mesure d'interdiction sollicitée dans les conditions énoncées au dispositif de la présente décision ; que cette mesure étant suffisante à faire cesser les faits litigieux, il n'y a pas lieu de faire droit en outre à la demande de justification de la résiliation "de tout contrat relatif à la commission des faits litigieux; Attendu que la société DIGITAL

RIVER fait valoir à juste titre que son siège social est situé en Allemagne et que l'exploitation de la plateforme d'e-commerce ainsi que les serveurs sur lesquels les ventes d'abonnements litigieuses ont eu lieu sont également situés dans ce pays ; que par ailleurs la société BOOWA & KWALA est domiciliée aux SEYCHELLES ; que dès lors, en exerçant son action devant la juridiction française en application de l'article 5-3 du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000, soit devant la juridiction de l'état dans lequel le dommage est réalisé, la société UP TO TEN ne peut voir réparer que son préjudice subi en France du fait de l'exploitation du site Internet litigieux ;

Attendu que l'atteinte portée à la valeur distinctive de la marque n°99 817 457 sera réparée par l'octroi de la somme de 10.000 euros, le surplus des demandes, notamment la perte des produits dérivés et le préjudice moral également invoqués étant rejeté, faute de démonstration de tels préjudices tant dans leur principe que dans leur quantum ; que la somme de 5.000 euros sera également allouée à la société UP TO TEN de par la banalisation manifeste des personnages "Boowa" et "Kwala" dont elle assure l'exploitation ;

Attendu que la société demanderesse fait valoir que les revenus publicitaires gérés par Google et générés par la fréquentation du site litigieux ne lui sont plus versés via la société BRAZZAVILLE qui les encaissait pour son compte en vertu d'une convention du 1er juin 2011 et indique avoir à l'appui de ce grief obtenu sur requête la communication "d'un ensemble d'informations confirmant l'implication de la société marque BOOWA & KWALA DTC" ;

Attendu que la société DIGITAL RIVER justifie par la production d'une attestation de son commissaire aux comptes avoir reçu, sur la période du 7 août au 1er décembre 2009, 259 commandes pour les produits " Boowa & Kwala Premium" représentant un volume de ventes globales de 7395 dollars US et une marge bénéficiaire de 668, 22 dollars US, et indique, sans toutefois le démontrer, que les ventes en France ne représentent que 33 % de ces montants ; que la société UP TO TEN conteste ces chiffres sans pourtant apporter d'autres éléments qui permettraient de considérer, comme elle le soutient, que "ces chiffres paraissent minimiser le préjudice effectivement subi " ; que par ailleurs sur le préjudice invoqué au titre du détournement des recettes publicitaires, que la société UP TO TEN indique avoir reçu des informations communiquées par la société GOOGLE INC, suite à sa demande sur requête présentée au Président du Tribunal de Commerce de PARIS en date du 5 mai 2010, desquelles il résulterait que la somme de 39.441, 63 dollars US soit 28.845,04 euros aurait été versée à la société BOOWA & KWALA DTC; que toutefois, il y a lieu de constater que l'huissier instrumentaire s'est contenté de recevoir des éléments de la part de la société GOOGLE INC et de les annexer à son procès-verbal de constat des 11 mai, 22 Juin, 19 août et 4 septembre 2010, sans les décrire ; que la société UP TO TEN n'a pas cru devoir analyser plus ces documents alors qu'ils sont en langue anglaise et sans lien évident avec les faits de l'espèce ; que par ailleurs la société demanderesse n'explique pas comment elle pourrait recevoir le remboursement de chèques émis au titre du compte ADSENCE, libellés au nom de DTC qui serait le "diminutif (sic) de la société BOOWA & KWALA DTC et détenus matériellement par elle;

Attendu qu'en considération de l'ensemble de ces éléments, il sera alloué à la société UP TO TEN la somme de 5.000 euros en réparation des actes de concurrence déloyale commis à son encontre le surplus des demandes concernant un préjudice commercial également invoqué et qui résulterait selon elle de l'atteinte portée à sa réputation étant rejeté, faute de démonstration d'un tel préjudice qui se distinguerait des préjudices déjà indemnisés ;

Attendu que les sommes allouées seront mises à la charge in solidum des sociétés BOOWA & KWALA DTC et DIGITAL RIVER, cette dernière, condamnée pour contrefaçon de marque et de droits d'auteur ainsi que pour concurrence déloyale ne pouvant sérieusement soutenir que la société UP TO TEN serait à l'origine d'un défaut de surveillance de son propre site Internet et/ou de la faute de son préposé Monsieur Jason BARNARD, dont les qualités et responsabilité restent à démontrer, qui seraient la cause unique de son préjudice ;

Attendu qu'il convient, à titre de complément d'indemnisation, d'autoriser la publication du dispositif du présent jugement selon les modalités ci-dessous précisées ;

Sur les autres demandes

Attendu que la société DIGITAL RIVER, qui succombe, ne peut voir prospérer sa demande de dommages-intérêts formée à titre reconventionnel ;

Attendu qu'il y a lieu de condamner in solidum les sociétés BOOWA & KWALA DTC et DIGITAL RIVER, parties perdantes, aux dépens qui comprendront notamment les frais de constats des 21 octobre 2009 et 27 janvier 2011, et qui seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de Procédure Civile ; qu'en outre, elles doivent être condamnées sous la même solidarité à verser à la société UP TO TEN, qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile qu'il est équitable de fixer à la somme de 3.500 euros;

Attendu que les circonstances de l'espèce justifient le prononcé de l'exécution provisoire, qui est en outre compatible avec la nature du litige.

PAR CES MOTIFS :

Le Tribunal, statuant publiquement, par mise à disposition au greffe, par jugement réputé contradictoire et en premier ressort,

- DECLARE irrecevables les conclusions signifiées par la société UP TO TEN le 18 mai 2010 ainsi que ses pièces 23 à 30 bis communiquées postérieurement à l'ordonnance de clôture.

- DIT n'y a voir lieu à statuer sur la compétence du Tribunal.

- DIT que la société DIGITAL RIVER ne peut bénéficier du régime de responsabilité limitée instaurée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et engage sa responsabilité civile dans les conditions de droit commun ;

- DIT qu'en proposant un abonnement payant "premium" via les sites internet "uptoten.com" et "boowakwala.com" comportant la dénomination "BOOWA & KWALA" et les caractéristiques des personnages "BOOWA" et "KWALA", les sociétés BOOWA & KWALA DTC et DIGITAL RIVER GmbH ont commis des actes de contrefaçon de la marque BOOWA & KWALA n° 99 817 457 et de droits d'auteur.

- DIT qu'elles ont en outre commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société UP TO TEN.

- INTERDIT la poursuite de ces agissements sous astreinte de 500 euros par jour de retard à compter de la signification du présent jugement.
- CONDAMNE in solidum les sociétés BOOWA & KWALA et DIGITAL RIVER GMBH à payer à la société UP TO TEN :
- la somme de 10.000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation des actes de contrefaçon de la marque BOOWA & KWALA n° 99 817 457,
- la somme de 5.000 en en réparation des actes de contrefaçon de droits d'auteur,
- et la somme de 5.000 euros en réparation des actes de concurrence déloyale commis à son encontre.
- AUTORISE la société UP TO TEN à faire procéder à la publication du dispositif du présent jugement dans 2 journaux ou revues de son choix, aux frais avancés des sociétés défenderesses, sans que le coût de chacune des insertions ne puisse excéder la somme de 3.500 euros HT,
- CONDAMNE in solidum les sociétés BOOWA & KWALA DTC et DIGITAL RIVER GmbH à verser à la société UP TO TEN la somme de 3.500 en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile.
- REJETTE la demande reconventionnelle en dommages-intérêts de la société DIGITAL RIVER.
- REJETTE toutes autres demandes plus amples ou contraires.
- CONDAMNE in solidum les sociétés BOOWA & KWALA DTC et DIGITAL RIVER GmbH aux dépens, qui comprendront notamment les frais de constats des 21 octobre 2009 et 27 janvier 2011, et qui seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de Procédure Civile.
- ORDONNE l'exécution provisoire.

Fait et jugé à Paris, le 7 octobre 2011.

LE PRESIDENT  
LE GREFFIER