

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le :AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 1

ARRÊT DU 23 OCTOBRE 2018

(n° 134/2018, 20 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 16/14004 -

N° Portalis 35L7-V-B7A-BZEAP

Décision déferée à la Cour : Jugement du 14 Avril 2016 -Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 14/15677

APPELANTE

La société LABORATOIRES AUVEX, S.A.S., venant aux droits de la société ASPILABO suite à une opération de fusion-absorption en date du 7 novembre 2014

Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de CLERMONT-FERRAND sous le n° 864 200 795,

Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés [...]

Représentée par Me Arnaud X... de la SCP AFG, avocat au barreau de PARIS, toque : L0044

Assistée de Me Edouard F... de la SELARL DELSOL AVOCATS, avocat au barreau de LYON, toque T2130

INTIMÉES

SABAVIAM, S.A.S.,

immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Clermont-Ferrand sous le n° 501 365 035,

Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés [...]

Représentée par Me Christelle Y..., avocat au barreau de PARIS, toque : C1200

Assistée de Me Z... A... de la SELARL COLBERT LYON avocat au barreau de LYON, toque : 669

LABORATOIRES NOVODEX PHARMA, SARL,

Immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de PARIS sous le n° 750 945 222,

Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés [...]

Représentée par Me Christelle Y..., avocat au barreau de PARIS, toque : C1200

Assistée de Me Z... A... de la SELARL COLBERT LYON avocat au barreau de LYON, toque : 669

N2P DISTRIBUTION, SARL,

Immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de PARIS sous le n° 750 940 124, Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés [...]

Représentée par Me Christelle Y..., avocat au barreau de PARIS, toque : C1200

Assistée de Me Z... A... de la SELARL COLBERT LYON avocat au barreau de LYON, toque : 669

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 04 Septembre 2018, en audience publique, devant la Cour composée de:

Monsieur David PEYRON, Président de chambre

Mme Isabelle DOUILLET, Conseillère

M. François THOMAS, Conseiller

qui en ont délibéré.

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

Greffier, lors des débats : Mme Karine ABELKALON

ARRÊT :

Contradictoire

par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

signé par David PEYRON, Président de chambre et par Karine ABELKALON, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE

La société ASPILABO a commercialisé, sous la dénomination ASPIVENIN, une pompe permettant d'aspirer le venin suite à une piqûre d'insecte ou de reptile qui se présente sous la forme d'une pompe d'aspiration contenue dans un petit boîtier constituant un 'kit de 1er secours'. Elle était une filiale à 100 % du groupe DOMES PHARMA spécialisé dans la fabrication, le développement et la vente de produits pharmaceutiques.

La société ASPILABO a déposé les marques suivantes :

- la marque française semi-figurative 'ASPIVENIN' n°1259051, déposée le 30 janvier 1984, renouvelée depuis et valable jusqu'au 30 Janvier 2024, pour désigner les produits 'Pompes d'hygiène médicale à aspirer le venin ;appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques; matériel de suture' en classe 10

- la marque communautaire semi-figurative 'ASPIVENIN' n°72710, déposée le 1er avril 1996 et valable jusqu'au 1er avril 2016, pour désigner les produits 'pompes à usage médical' en classe 10

- la marque communautaire tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497, déposée en noir et blanc le 14 mai 1998 et valable jusqu'au 14 mai 2018, dont l'objet est la forme et l'aspect extérieur du kit de secours ASPIVENIN, pour désigner en classe 10 les produits 'pompes d'hygiène à aspirer le venin, appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture'

La société ASPILABO a également déposé en couleurs les modèles suivants :

le modèle français n°973296, déposé le 6 juin 1997 et valable jusqu'au 6 juin 2022, dont l'objet est l'aspect extérieur et intérieur du kit de secours ASPIVENIN (référence du modèle : 973296-001) ;

le modèle français n°973296, déposé le 6 juin 1997 et valable jusqu'au 6 juin 2022, dont l'objet est la pompe d'aspiration contenue à l'intérieur du kit de secours (référence du modèle : 973296-002).

En 2002, a été créée une société NOREVA PHARMA entre, d'une part, la société DOMES PHARMA et Mme B..., sa dirigeante, et, d'autre part, M. Yves-Noël C..., actionnaire majoritaire. La société NOREVA PHARMA aurait été constituée en vue de mettre en place un réseau de distribution destiné à assurer la promotion et la vente des produits des filiales du groupe DOMES PHARMA, et notamment de la société ASPILABO.

La société ASPILABO a reproché à M. C... d'avoir créé en marge de la société NOREVA PHARMA un nouveau groupe concurrent autour de la société SABAVIAM.

La société ASPILABO expose avoir découvert que M. C... avait développé un produit ASPIVEX, commercialisé par la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA, filiale de la société SABAVIAM, que cette dernière avait déposé une marque française verbale 'ASPIVEX' n°3948347 le 24 septembre 2012, pour les produits 'pompes d'hygiène médicale à aspirer le venin'

La distribution de l'ASPIVEX était assurée par la société N2P DISTRIBUTION, filiale de la société SABAVIAM.

Selon la société ASPILABO, la commercialisation du kit de 1er secours et de la pompe ASPIVEX porterait atteinte aux marques française et communautaires 'ASPIVENIN' et aux modèles français 'ASPIVENIN', en raison de la confusion engendrée dans l'esprit du public.

La société ASPILABO affirme aussi que le lancement de cette marque et de ce produit concurrent par le nouveau groupe créé par M. C... autour de sa holding SABAVIAM, constituerait des actes de parasitisme à son encontre.

C'est dans ces conditions que la société ASPILABO a fait assigner les sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA, SABAVIAM et N2P DISTRIBUTION devant le tribunal de grande instance de Paris par exploit des 15 et 29 octobre 2014, en nullité de la marque 'ASPIVEX', en contrefaçon des marques et modèles 'ASPIVENIN' et en concurrence déloyale et parasitaire.

A la suite d'une restructuration du groupe DOMES PHARMA, la société LABORATOIRES AUVEX s'est vue transmettre l'intégralité des droits de propriété intellectuelle de la société ASPILABO et est intervenue volontairement à l'instance. Elle vient aux droits de la société ASPILABO.

Par un jugement du 14 avril 2016, le tribunal a :

constaté qu'au jour de l'assignation, la société ASPILABO avait qualité pour agir et que, depuis le 31 décembre 2014, cette société n'avait plus d'existence juridique,

reçu l'intervention volontaire de la société LABORATOIRES AUVEX venant aux droits de la société ASPILABO dans ses demandes en contrefaçon et en concurrence déloyale et parasitaire,

annulé le procès-verbal de constat d'achat établi le 18 juin 2015 par huissier de justice,

déclaré la société LABORATOIRES AUVEX déchue partiellement de ses droits sur la marque n° 1259051 à compter du 27 juin 1989 et sur la marque n° 825497 à compter du 07 avril 2015, pour les produits désignés dans l'enregistrement autres que les 'pompes d'hygiène médicale à aspirer le venin',

annulé pour défaut de distinctivité les marques n°1259051 et n°72710 dont la société LABORATOIRES AUVEX est titulaire désignant les produits 'pompes d'hygiène médicale à aspirer le venin',

débouté la société LABORATOIRES AUVEX de ses demandes fondées sur la contrefaçon de sa marque tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497,

annulé le modèle français référencé 973296-002 dont la société LABORATOIRES AUVEX est titulaire,

dit valide le modèle de la société LABORATOIRES AUVEX référencé 973296-001,

dit que les sociétés NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION se sont rendues coupables de contrefaçon par la commercialisation du kit ASPIVEX incorporant le modèle référencé 973296-001 dont la société LABORATOIRES AUVEX est titulaire, dans sa vue version boîte ouverte,

rejeté la demande de la société LABORATOIRES AUVEX fondée sur la concurrence déloyale et parasitaire,

dit irrecevable la demande de la société LABORATOIRES AUVEX en dommages et intérêts en réparation des préjudices subis du fait de la contrefaçon de modèle,

fait interdiction à la société NOVODEX PHARMA et à la société N2P DISTRIBUTION de commercialiser le kit ASPIVEX incorporant le modèle 'ASPIVENIN' dans sa vue de l'intérieur de la boîte ouverte, et ce dans un délai d'un mois à compter de la signification du jugement, sous astreinte de 100 € par produit contrefaisant, en se réservant la liquidation de l'astreinte,

dit que la société LABORATOIRES AUVEX a commis des actes de concurrence déloyale en commercialisant son produit ASPIVENIN avec la mention 'breveté' alors que le brevet est périmé,

fait interdiction à la société LABORATOIRES AUVEX de faire usage de la mention 'breveté' sur son produit ASPIVENIN, et ce dans un délai d'un mois à compter de la signification du jugement, sous astreinte de 50 € par produit comportant cette mention, en se réservant la liquidation de l'astreinte,

dit que chacune des parties gardera la charge de ses dépens et rejeté toutes les demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile,

ordonné l'exécution provisoire de la décision, à l'exception de l'annulation des marques et du modèle.

Le 24 juin 2016, la société LABORATOIRES AUVEX a fait appel de ce jugement.

Dans ses dernières conclusions numérotées 2, transmises le 20 janvier 2017, la société LABORATOIRES AUVEX demande à la cour :

de confirmer le jugement en ce qu'il a reçu son intervention volontaire et jugé ses demandes recevables,

de réformer le jugement en ce qu'il a déclaré nulles ses marques semi-figuratives française et communautaire 'ASPIVENIN' n°1259051 et n°72710,

statuant à nouveau, de constater que la marque française 'ASPIVEX' n°3948347 déposée par la société SABAVIAM, et son usage par les sociétés SABAVIAM, NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION pour commercialiser le kit de 1er secours et la pompe à venin ASPIVEX, constituent une contrefaçon de ses marques française et communautaire antérieures 'ASPIVENIN' n°1259051 et n°72710,

de prononcer en conséquence la nullité de la marque 'ASPIVEX' n°3948347 détenue par la société SABAVIAM,

de réformer le jugement en ce qu'il a rejeté l'action en contrefaçon de la marque tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497,

statuant à nouveau, de constater que la fabrication et la commercialisation par la société NOVODEX PHARMA et la

société N2P DISTRIBUTION du kit de 1er secours ASPIVEX constituent une contrefaçon de sa marque tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497,

de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de nullité du modèle 'ASPIVENIN' n° 973296-001 reproduction 1.2 (vue extérieure en position ouverte) et en ce qu'il a fait droit à l'action en contrefaçon de ce modèle,

de réformer le jugement en ce qu'il a déclaré nul le modèle 'ASPIVENIN' n° 973296-002 (vue de la pompe d'aspiration),

statuant à nouveau, de constater que la fabrication et la commercialisation par la société NOVODEX PHARMA et la société N2P DISTRIBUTION du kit de 1er secours ASPIVEX constitue une contrefaçon de son modèle 'ASPIVENIN' n°973296,

d'infirmier le jugement en ce qu'il a rejeté sa demande en concurrence déloyale et parasitaire,

statuant à nouveau, de constater qu'en fabriquant et commercialisant sous la marque 'ASPIVEX' un kit de 1er secours similaire aux kits ASPIVENIN et THE EXTRACTOR, les sociétés SABAVIAM, NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION se sont rendues coupables d'actes de concurrence déloyale et parasitaire à son préjudice,

en conséquence,

de faire interdiction aux sociétés SABAVIAM, NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION, sous astreinte de 100 € par infraction constatée :

de faire usage dans la vie des affaires du signe 'ASPIVEX' contrefaisant,

de fabriquer et commercialiser, et plus généralement de faire usage dans la vie des affaires du kit de 1er secours et de la pompe à venin ASPIVEX contrefaisants ;

d'ordonner aux sociétés SABAVIAM, NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION de détruire les produits contrefaisants qu'elles ont en leur possession,

d'ordonner la publication de la décision à intervenir,

de condamner les sociétés SABAVIAM, NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION, solidairement, à lui verser :

la somme de 100 000 € en réparation de son préjudice résultant de la contrefaçon,

la somme de 150 328,31 € en réparation de son préjudice résultant des actes de concurrence déloyale et parasitaire,

d'infirmier le jugement en ce qu'il a fait droit à la demande reconventionnelle des intimées et lui a fait interdiction de commercialiser le kit ASPIVENIN portant la mention 'breveté France ETRANGER',

en tout état de cause, de condamner les sociétés SABAVIAM, NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION, solidairement, à lui payer la somme de 15 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans leurs dernières conclusions numérotées 2, transmises le 24 mars 2017, les sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA, SABAVIAM et N2P DISTRIBUTION demandent à la cour :

d'infirmier le jugement en ce qu'il a :

dit recevable l'action en concurrence déloyale et parasitaire introduite par la société LABORATOIRES AUVEX,

fixé au 7 avril 2015 la date à compter de laquelle la marque communautaire tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497 est déclarée déchue,

dit valide le modèle de la société LABORATOIRES AUVEX référencé 973296-001,

dit que les sociétés NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION se sont rendues coupables de contrefaçon par la commercialisation du kit ASPIVEX incorporant le modèle référencé 973296-001 dans sa vue version boîte ouverte,

fait interdiction sous astreinte à la société NOVODEX PHARMA et la société N2P DISTRIBUTION de commercialiser le kit ASPIVEX incorporant le modèle 'ASPIVENIN' dans sa vue de l'intérieur de la boîte ouverte,

rejeté la demande reconventionnelle en dommages et intérêts des sociétés NOVODEX PHARMA, N2P DISTRIBUTION et SABAVIAM,

rejeté les demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile,

statuant à nouveau et y ajoutant,

in limine litis,

de constater que le kit de 1er secours ASPIVENIN qui leur est opposé n'est plus commercialisé depuis juin 2013, que la société LABORATOIRES AUVEX n'apporte pas la preuve qu'elle-même ou la société ASPILABO commercialisait en France le kit de 1er secours ASPIVENIN ou le kit de 1er secours THE EXTRACTOR à la date de mise sur le marché du kit de 1er secours ASPIVEX,

par conséquent, de dire la société LABORATOIRES AUVEX irrecevable à agir en concurrence déloyale et parasitaire,

au fond,

de confirmer le jugement en ce qu'il a annulé le constat d'achat réalisé par Me D..., huissier de justice, le 18 juin 2015,

sur la contrefaçon de marque :

à titre principal :

de confirmer le jugement en ce qu'il a dit la société LABORATOIRES AUVEX déchue partiellement de ses droits pour défaut d'usage sur la marque française 'ASPIVENIN' n°1259051 au regard des produits suivants 'appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture', à compter du 27 juin 1989,

de dire la société LABORATOIRES AUVEX déchue partiellement de ses droits pour défaut d'usage sur la marque communautaire tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497 au regard des produits 'appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture', à compter du 23 août 1999,

de confirmer le jugement en ce qu'il a annulé la marque française 'ASPIVENIN' n°1259051 au regard des 'pompes d'hygiène médicale à aspirer le venin' pour défaut de caractère distinctif,

de confirmer le jugement en ce qu'il a annulé la marque communautaire 'ASPIVENIN' n°72710 au regard des 'pompes à usage médical' pour défaut de caractère distinctif,

d'ordonner l'inscription de ces déchéances et nullités aux registres tenus respectivement par l'INPI et L'EUPO,

par conséquent, de dire sans objet les demandes en contrefaçon de la marque française 'ASPIVENIN' n°1259051 et de la marque communautaire 'ASPIVENIN' n°72710,

à titre subsidiaire : de débouter la société LABORATOIRES AUVEX de ses demandes en contrefaçon de la marque française 'ASPIVENIN' n°1259051, de la marque communautaire 'ASPIVENIN' n°72710 et de la marque communautaire tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497,

sur la contrefaçon de modèle :

à titre principal :

de confirmer le jugement en ce qu'il a annulé dans son entier le modèle français n°973296-002,

d'annuler la représentation 1.2 publiée sous le n°480655 du modèle français n°973296-001,

d'ordonner l'inscription de ces nullités au registre tenu par l'INPI,

par conséquent, de dire sans objet les demandes en contrefaçon de ces modèles,

à titre subsidiaire : de débouter la société LABORATOIRES AUVEX de ses demandes en contrefaçon des modèles français n°973296-001 et n°973296-002,

sur la concurrence déloyale et parasitaire :

de mettre hors de cause les sociétés SABAVIAM et N2P DISTRIBUTION en ce qu'elles ne fabriquent pas et ne commercialisent pas le kit de premier secours ASPIVEX,

de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté les demandes en concurrence déloyale et parasitaire de la société LABORATOIRES AUVEX,

à titre reconventionnel :

de constater qu'en apposant la fausse mention 'breveté FRANCE ETRANGER' sur le kit de 1er secours ASPIVENIN, les sociétés ASPILABO et LABORATOIRES AUVEX ont commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA,

par conséquent, d'interdire à la société LABORATOIRES AUVEX de faire usage de la mention 'breveté FRANCE ETRANGER' sur le kit de premier secours ASPIVENIN dans les 15 jours à compter de la signification du jugement à intervenir, sous astreinte de 1 000 € par jour de retard et par infraction constatée,

de se réserver la liquidation de l'astreinte,

de condamner la société LABORATOIRES AUVEX à payer à la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA la somme de 5 000 € de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral,

en tout état de cause,

de rejeter les demandes de dommages et intérêts formées par la société LABORATOIRES AUVEX,

de débouter la société LABORATOIRES AUVEX de toute demande ou prétention,

de condamner la société LABORATOIRES AUVEX à leur verser, ensemble :

la somme de 18000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés dans la procédure de première instance,

la somme de 10 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés dans la procédure d'appel.

L'ordonnance de clôture est du 20 mars 2018.

MOTIFS DE L'ARRÊT

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

Sur les chefs du jugement non remis en cause

Considérant que le jugement n'est pas contesté en ce qu'il a constaté qu'au jour de l'assignation, la société ASPILABO avait qualité pour agir et que, depuis le 31 décembre 2014, cette société n'avait plus d'existence juridique ;

Que le jugement n'est pas davantage contesté en ce qu'il a, rejetant la fin de non-recevoir soulevée par les défendeurs, déclaré recevable la société LABORATOIRES AUVEX, intervenante volontaire et venant aux droits de la société ASPILABO, à agir en contrefaçon;

Que le jugement n'est pas plus contesté en ce qu'il a déclaré la société LABORATOIRES AUVEX déchue partiellement de ses droits sur la marque n° 1259051 à compter du 27 juin 1989 pour les produits désignés dans l'enregistrement autres que les 'pompes d'hygiène médicale à aspirer le venin' ;

Que si la société LABORATOIRES AUVEX critique, dans le corps de ses conclusions, le jugement en ce qu'il a annulé le procès-verbal de constat d'achat établi le 18 juin 2015 par huissier de justice, force est de constater qu'elle ne demande pas l'infirmité du jugement de ce chef dans la partie dispositive de ses écritures ; qu'en application de l'article 954 du code de procédure civile, la cour ne doit statuer que sur les prétentions énoncées au dispositif des conclusions des parties ; qu'il s'ensuit que le jugement n'est pas plus contesté sur ce point;

Que dès lors, le jugement entrepris sera confirmé de tous ces chefs par adoption de ses motifs pertinents et exacts, tant en fait qu'en droit ;

Sur la contrefaçon

Sur la contrefaçon des marques de la société LABORATOIRES AUVEX

Sur la déchéance des droits sur la marque communautaire tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497

Considérant que l'article 51 du Règlement CE 207/2009 du 26 février 2009 sur la marque de l'Union européenne, applicable aux faits de l'espèce, dispose : 'Causes de déchéance. 1. Le titulaire de la marque de l'Union européenne est déclaré déchu de ses droits, sur demande présentée auprès de l'Office ou sur demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon:

a) si, pendant une période interrompue de cinq ans, la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux dans l'Union pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée, et qu'il n'existe pas de justes motifs pour le non-usage ; toutefois, nul ne peut faire valoir que le titulaire est déchu de ses droits si, entre l'expiration de cette période et la présentation de la demande ou de la demande reconventionnelle, la marque a fait l'objet d'un commencement ou d'une reprise d'usage sérieux ; cependant, le commencement ou la reprise d'usage fait dans un délai de trois mois avant la présentation de la demande ou de la demande reconventionnelle, ce délai commençant à courir ou plus tôt à l'expiration de la période ininterrompue de cinq ans de non-usage, n'est pas pris en considération lorsque des préparatifs pour le commencement ou la reprise de l'usage interviennent seulement après que le titulaire a appris que la demande ou la demande reconventionnelle pourrait être présentée ; (...)

2. Si la cause de déchéance n'existe que pour une partie des produits ou des services pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée, le titulaire n'est déclaré déchu de ses droits que pour les produits ou les services concernés.' ;

Que l'article 55 du même Règlement précise dans son alinéa 1 que 'La marque de l'Union européenne est réputée n'avoir pas eu, à compter de la date de la demande en déchéance ou de la demande reconventionnelle, les effets prévus au présent règlement, selon que le titulaire est déclaré déchu de ses droits en tout ou en partie. Une date antérieure, à laquelle est survenue l'une des causes de la déchéance, peut être fixée dans la décision, sur demande d'une partie.';

Que les sociétés intimées qui opposent la déchéance des droits de marque demandent que la date soit fixée, non pas au 7 avril 2015, date de leurs premières conclusions en défense, telle que fixée par le jugement, mais au 23 août 1999, date de la publication de l'enregistrement de la marque au Bulletin des marques communautaires; que le tribunal a retenu la date de la demande en déchéance du 7 avril 2015 faute pour les défendeurs d'avoir précisé une autre date ;

Que compte tenu des dispositions de l'article 55 du Règlement et du fait que les intimées n'explicitent pas les raisons qui devraient conduire à fixer comme date de la déchéance le 23 août 1999 plutôt que le 7 avril 2015, date des premières conclusions par lesquelles ils ont formé leur demande reconventionnelle en déchéance, il n'y a lieu de réformer le jugement sur ce point ;

Sur la nullité des marques 'ASPIVENIN' n°1259051 et n°72710

Considérant que la société LABORATOIRES AUVEX soutient que, tant en application des textes applicables à l'époque des dépôts - la loi du 31 décembre 1964 pour la marque française et le Règlement CE 40/94 pour la marque communautaire - qu'en application de la loi actuelle, ni la marque n°1259051 ni la marque n°72710 n'encourent la nullité ; qu'elle fait valoir que le terme ASPIVENIN, pur néologisme, totalement arbitraire et original, ne peut être considéré, à l'époque du dépôt de la marque française (janvier 1984), comme la désignation nécessaire et générique du produit ou indiquant exclusivement la qualité essentielle de ce produit, la notion de fonction du produit auquel le jugement fait référence étant étrangère à l'article 3 de la loi du 31 décembre 1964 qui fait référence aux seules qualités essentielles du produit ; qu'elle observe que même si les termes 'ASPI' et 'VENIN', pris indépendamment, font référence d'une part à l'aspiration et d'autre part au venin, l'association des deux en un terme nouveau est originale et se distingue aisément de la stricte évocation de la fonction du produit, à l'instar de marques concurrentes ('VENIPUMP', 'VENISTOP') ; qu'elle soutient qu'en tout état de cause, le terme ASPIVENIN avait acquis un caractère distinctif très fort par l'usage qui en avait été fait et par la notoriété, acquise déjà à l'époque de son dépôt, du fait de l'obtention de divers prix et diplômes (diplôme du 11ème Salon International des inventions et des techniques nouvelles de Genève en 1982, concours Lépine de 1983...), arguant que les pièces qu'elle produit, seraient-elles postérieures à la date du dépôt, témoignent d'une notoriété bien antérieure ; qu'elle ajoute que pour la marque communautaire n°72710 déposée en avril 1996, l'acquisition par l'usage et la notoriété d'un caractère distinctif certain est incontestable du fait du dépôt de la marque française en 1984, de la large diffusion du produit sous cette marque tant sur le territoire national que sur le territoire européen et de la grande notoriété qui s'en est suivie ;

Que les sociétés intimées objectent que les marques 'ASPIVENIN' sont dépourvues de caractère distinctif au regard des produits couverts, qu'elles n'ont pas acquis de caractère distinctif par l'usage, la notoriété alléguée étant inexistante avant 1984, année de dépôt de la marque française, et insuffisamment établie à la date de dépôt de la marque communautaire en 1996 au vu des pièces versées aux débats par l'appelante et que le signe 'ASPIVENIN' n'est pas apte à assurer la fonction d'identification d'origine de la marque, étant couramment employé comme nom commun par le public ;

Considérant que la validité d'une marque, notamment au regard de son caractère distinctif, doit s'apprécier à la date de son dépôt et selon la loi en vigueur à cette époque ;

Qu'en l'espèce, la loi applicable à la marque française déposée le 30 janvier 1984 est la loi n°64-1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service et celle applicable à la marque communautaire déposée le 1er avril 1996 est le Règlement CE 40/94 sur la marque communautaire;

Sur le caractère distinctif intrinsèque des marques à la date de leur dépôt

Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la loi n°64-1360 du 31 décembre 1964, 'Ne peuvent, en outre, être considérées comme marque :

Celles qui sont constituées exclusivement de la désignation nécessaire et générique du produit et du service ou qui comportent des indications propres à tromper le public ;

Celles qui sont composées exclusivement de termes indiquant la qualité essentielle du produit ou du service, ou de la composition du produit' ;

Qu'il résulte de ces dispositions qu'il est nécessaire pour qu'un signe soit considéré comme distinctif qu'il ait un caractère arbitraire et qu'il soit apte à remplir la fonction essentielle de la marque, c'est à dire qu'il puisse être appréhendé par le consommateur comme une indication de l'origine des produits et services qu'il désigne, ce que rappelle d'ailleurs l'article 1 de la loi n°64-1360 du 31 décembre 1964 qui définit les marques comme 'en général, tous signes matériels servant à distinguer les produits, objets ou services d'une entreprise quelconque' ;

Que l'article 7 du Règlement CE 40/94 prévoit que '1. Sont refusés à l'enregistrement :

b) Les signes qui sont dépourvus de caractère distinctif ;

c) Les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation de service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci ;

d) les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce' ;

Considérant qu'en l'espèce, si les deux marques en cause sont des marques semi-figuratives, l'aspect figuratif, constitué par la police particulière adoptée pour le libellé du terme ASPIVENIN, est très faible et le contenu verbal des marques est dominant, ce qui n'est pas contesté par la société LABORATOIRES AUVEX;

Que le terme ASPIVENIN est composé de la combinaison des termes 'aspi', qui est la contraction du verbe aspirer, et 'venin' ; que cette combinaison se comprend immédiatement, comme décrivant la qualité essentielle du produit désigné par ce terme qui est une pompe destinée à aspirer le venin ; que contrairement à ce qu'affirme la société appelante, cette évocation immédiate de la qualité essentielle du produit existait dès 1984 et la circonstance que la combinaison examinée constitue un néologisme est sans emport, n'ayant pas pour effet de faire disparaître cette évidente évocation ;

Que pour le public pertinent, composé des professionnels de la santé et des utilisateurs du dispositif médical concerné, français et francophones, le mot 'aspivenin' signifie nécessairement et du seul fait de sa structure un produit servant à aspirer le venin ; qu'il suit que le signe n'est pas apte à permettre au consommateur pertinent moyennement avisé de distinguer le produit désigné de celui d'entreprises concurrentes et n'est donc pas apte à remplir la fonction essentielle de la marque qui est de constituer une indication de l'origine du produit ;

Que le tribunal a donc jugé à juste raison que les signes 'ASPIVENIN' déposés sous les numéros 1259051 et 72710 sont dépourvus de distinctivité intrinsèque au regard des produits qu'ils désignent ;

Sur l'acquisition du caractère distinctif par l'usage au moment du dépôt

Considérant que la société appelante invoque l'article L. 711-2 in fine du code de la propriété intellectuelle selon lequel 'Le caractère distinctif peut, sauf dans le cas prévu au c, être acquis par l'usage' et l'article 7 (in fine, paragraphe 3) du Règlement CE 40/94 qui prévoit :

' 1. Sont refusés à l'enregistrement : (...)

b) Les signes qui sont dépourvus de caractère distinctif ;

c) Les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation de service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci ;

d) les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications devenus usuels dans le langage courant ou dans les habitudes loyales et constantes du commerce. (...)

3. Le paragraphe 1 points b), c) et d) n'est pas applicable si la marque a acquis pour les produits ou services pour lesquels est demandé l'enregistrement un caractère distinctif après l'usage qui en a été fait' ;

Que l'acquisition du caractère distinctif par l'usage suppose un usage continu, intense et de longue durée du signe constituant la marque ;

Considérant, en ce qui concerne la marque française, en admettant que l'article L. 711-2 du code de la propriété intellectuelle, issu de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991 lui soit applicable, que les pièces produites par la société LABORATOIRES AUVEX ne sont pas de nature, ainsi qu'en a jugé le tribunal, par des motifs exacts et pertinents que la cour adopte, à établir l'acquisition du caractère distinctif par l'usage au jour du dépôt de la marque (30 janvier 1984), s'agissant de prix ou de diplômes mentionnant l'Aspivenin comme un nom commun (pièces 1.1 et 1.15 bis) ou d'articles de presse postérieurs à janvier 1984 (pièces 1.14 et 1.14 bis); qu'il sera ajouté que la volumineuse pièce 1.13, constituée de courriers, messages ou articles de presse montrant que la société ASPILABO s'est efforcée de lutter contre l'utilisation du terme ASPIVENIN comme un nom commun est inopérante, ne faisant que confirmer l'existence et l'importance d'une telle utilisation;

Qu'en ce qui concerne la marque communautaire, la société appelante, outre les pièces précitées, invoque spécialement trois articles de presse parus en juillet 1989 dans la presse régionale des pays de Loire (insérés dans sa pièce 1.14 bis), relatifs à la participation d'un équipage féminin ASPIVENIN lors que la quatrième édition de la course à la voile Nantes-Lisbonne, qui ne suffisent pas à démontrer, eu égard à l'audience limitée tant des articles que de l'événement sportif concerné, l'existence d'un usage susceptible de conférer à la marque la distinctivité alléguée ; que les autres articles de presse produits comportant une date certaine antérieure à avril 1996, à savoir : 'SOS Piqûres' dans L'infirmière magazine (juillet/août 1990), un article consacré à l'Aspivenin dans Le Trébuchet (à destination des pharmaciens) (juin 1991), un article consacré à André E..., 'père d'Aspivenin' dans Hommes et entreprises (janvier 1986), un court article 'Gare aux bobos' dans le numéro de Télé Loisirs de juin 1986, indiquant qu'outre un autre produit, on trouve également 'Aspivenin' en pharmacie, 'Une guêpe ! Ouf, merci Aspivenin' dans Ca m'intéresse d'août 1996, un article 'En cas de pépin' paru dans L'Événement du jeudi de janvier 1995 comprenant 4 lignes concernant le produit 'Aspi Venin' (en deux mots) pour décrire le contenu du coffret et indiquer son prix, 'Les frelons piquent 20 000 personnes et en tuent vingt chaque année' dans France Soir (août 1983) dont le dernier paragraphe indique qu'"un laboratoire a mis au point cette année une 'mini-pompe aspi-venin', applicable en cas de morsure de serpent, comme de piqûre d'insecte (...)' ne suffisent pas à établir un usage continu, intense et de longue durée du signe constituant la marque communautaire 'ASPIVENIN' au jour du dépôt (1er avril 1996) ;

Considérant qu'en conséquence, les marques française n°1259051 et communautaire n°72710 'ASPIVENIN' désignant les pompes médicales à venin doivent être annulées pour défaut de caractère distinctif ; que le jugement sera confirmé de ces chefs ;

Sur les actes de contrefaçon concernant la marque communautaire tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497

Considérant que la société LABORATOIRES AUVEX soutient que la commercialisation par la société NOVODEX PHARMA d'un kit de premier secours, sous la marque verbale 'ASPIVEX' dont la société SABAVIAM est titulaire pour des produits de la classe 10 désignés 'pompes d'hygiène médicale à aspirer le venin', dont la distribution est assurée par la société N2P DISTRIBUTION, est constitutive d'actes de contrefaçon par imitation de sa marque tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497 dont sont repris les éléments distinctifs, le risque de confusion dans l'esprit du public étant accru en raison de la notoriété acquise par la marque historique ASPIVENIN ;

Que les sociétés intimées répondent que le boîtier protégé par la marque tridimensionnelle de l'appelante est parfaitement banal, que l'aspect extérieur du boîtier de la pompe à venin de marque 'ASPIVEX' ne comporte aucune

similitude avec la marque tridimensionnelle 'ASPIVENIN', si ce n'est la forme d'un parallélépipède rectangle, forme très banale qui n'est aucunement en mesure de retenir l'attention du consommateur, que les couleurs, les éléments figuratifs, la disposition respective des éléments verbaux et figuratifs n'ont aucun point commun, que l'élément verbal ASPIVENIN est dépourvu de caractère distinctif au regard des produits en cause et donc non susceptible de retenir l'attention et que, de plus, il n'existe pas de risque de confusion entre les termes ASPIVEX et ASPIVENIN ; que les sociétés intimées dénie en outre toute notoriété à la marque tridimensionnelle ;

Considérant que l'article L. 717-1 du code de la propriété intellectuelle dispose : 'Constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur la violation des interdictions prévues aux articles 9, 10, 11 et 13 du règlement (CE) 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire' ;

Que l'article 9 du règlement (CE) 40/94 précité, dispose : ' La marque communautaire confère à son titulaire un droit exclusif. Le titulaire est habilité à interdire à tous tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires : (')

b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque communautaire et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque communautaire et le signe, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ; le risque de confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque (...);

Considérant qu'en l'espèce, le kit ASPIVEX est une boîte rectangulaire de couleur jaune sur le dessus de laquelle est inscrit le terme 'ASPIVEX' de façon très apparente en rouge au-dessus de la mention en petits caractères 'pompe à venin - kit 1er secours' écrite en blanc dans un cartouche rouge, des dessins en demi-cercle de sept petits insectes de couleur rouge apparaissant dans la partie basse du boîtier ;

Qu'il n'est pas contesté que les produits visés dans l'enregistrement de la marque tridimensionnelle opposée sont identiques au kit ASPIVEX litigieux ;

Que la cour partage l'appréciation des premiers juges selon laquelle la comparaison entre la marque telle que déposée et le kit ASPIVEX tel que commercialisé fait apparaître des similitudes peu pertinentes (forme rectangulaire banale ; taille peu pertinente s'agissant d'un boîtier destiné à être emporté dans une poche ou dans un sac; séquence commune 'aspi' présentant un caractère descriptif ; présence d'insectes volants ou rampants sur les deux boîtiers, peu distinctive

s'agissant de kits contre les piqûres d'insectes) mais d'évidentes différences ; que, de fait, dans les dessins, on observe la présence de trois gros insectes disposés de part et d'autre d'un serpent placé en travers du couvercle dans la marque 'ASPIVENIN' et de sept petits insectes en demi-cercle, à l'exclusion de tout reptile, sur le boîtier ASPIVEX qui comporte en outre un cartouche comportant la mention 'pompe à venin - kit 1er secours', absent sur la marque 'ASPIVENIN'; que par ailleurs les dénominations verbales se démarquent nettement (ASPIVENIN / ASPIVEX), du fait notamment de leur séquence finale respective ('venin'/ 'vex'), le suffixe 'vex' étant arbitraire au contraire du suffixe 'venin';

Qu'en revanche, au contraire du tribunal, la cour estime que la notoriété de la marque tridimensionnelle ne se trouve pas démontrée au vu des pièces versées aux débats par la société LABORATOIRES AUVEX, soit : une fiche Wikipedia relative au terme ASPIVENIN qui est de valeur probante relative dès lors que tout un chacun peut créer une page sur ce site collaboratif et que le terme ASPIVENIN n'est pas mentionné dans ce document comme une marque mais comme un substantif ('L'Aspivenin est un appareil d'aspiration...', 'L'Aspivenin est utilisé en cas de piqûres de guêpes...') et de six articles parus entre 2001 et 2014 dans la presse spécialisée dans le voyage ou l'aventure (Guide du Routard, Air France Magazine, Trek Magazine...), dont deux mentionnent l'ASPIVENIN comme un substantif et non comme une marque, et d'un encart publicitaire pour le kit ASPIVENIN inséré dans plusieurs publications ;

Que, nonobstant l'identité des produits visés, les faibles ressemblances ne sont donc pas compensées par la notoriété alléguée de la marque tridimensionnelle opposée, les différences marquées de présentation étant de nature à écarter tout risque de confusion ;

Considérant que pour ces motifs, le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté la société LABORATOIRES AUVEX de ses demandes en contrefaçon de sa marque communautaire tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497 ;

Sur la contrefaçon des modèles de la société LABORATOIRES AUVEX

Sur la validité des modèles 973296-001 et 973296-002

Considérant que les sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA, SABAVIAM et N2P DISTRIBUTION soutiennent, d'une part, que le modèle 973296-002 doit être annulé dans son entièreté en ce qu'il porte sur une pompe avec piston d'aspiration ayant fait l'objet d'un brevet français déposé en 1977, toutes les formes revendiquées en vertu du dépôt de modèle étant inséparables des éléments constitutifs de l'invention décrites dans ce brevet et, d'autre part, que le modèle 973296-001 portant sur un coffret pour matériel d'aspiration doit être annulé partiellement, dans sa reproduction 1.2 (coffret en position ouverte) qui ne comporte aucun élément ornemental et dont toutes les caractéristiques sont exclusivement dictées par des impératifs utilitaires et ne font preuve d'aucune recherche décorative ou esthétique ; qu'elles ajoutent que le fait qu'il existe des pompes à venin ou des coffrets pour matériel d'aspiration de formes diverses est indifférent ;

Que la société LABORATOIRES AUVEX répond que ni le modèle de pompe, ni le modèle de boîtier en position ouverte ne

répondent exclusivement à des impératifs purement fonctionnels dès lors que des produits concurrents présentent des aspects bien différents ; qu'elle fait valoir que le modèle de boîte choisi, selon une forme et un agencement déterminés, repose sur une grande part d'arbitraire et permet de différencier le produit d'un autre bien que la fonction recherchée soit la même, et que de même, le modèle de pompe, s'il reprend les caractéristiques du brevet d'invention, possède lui aussi une forme pour partie arbitraire, non liée aux caractéristiques du brevet ;

Considérant que le modèle référencé 973296-001 se compose de deux reproductions du coffret pour matériel d'aspiration, soit une vue en plan de dessus en position fermée et une vue en perspective de dessus en position ouverte ; que le modèle référencé 973296-002 se compose de deux vues d'une pompe avec piston d'aspiration ;

Considérant que les modèles ayant été déposés le 6 juin 1997, leur validité doit être examinée au regard de l'article L. 511-3 du code de la propriété intellectuelle dans sa version résultant de la loi du 14 juillet 1909 relative aux dessins et modèles qui prévoyait que : 'Les dispositions du présent livre sont applicables à tout dessin nouveau, à toute forme plastique nouvelle, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle. Mais, si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle nouveau et comme une invention brevetable et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou modèle sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet ne peut être protégé que conformément aux dispositions du livre VI' ;

Considérant que c'est par des motifs exacts et pertinents, adoptés par la cour, que les premiers juges ont annulé le modèle 973296-002 dont la pompe est l'objet d'un brevet n° 77 33716 déposé le 9 novembre 1977 par M. André E... dont le modèle n'est que la reprise des caractéristiques ; qu'il sera seulement ajouté que la société LABORATOIRES AUVEX affirme, mais sans l'expliquer, que la pompe couverte par son modèle possède une forme pour partie arbitraire et non liée aux caractéristiques du brevet et qu'elle est différente, par ses forme et proportions, des pompes contenues dans les modèles de boîtiers concurrents qu'elle présente dans ses conclusions, ce qui n'apparaît pas d'évidence ;

Considérant que c'est par des motifs exacts et pertinents, adoptés par la cour, que les premiers juges ont reconnu la validité du modèle 973296-001 dans son entièreté - la validité du modèle selon sa première vue (position fermée) n'étant pas contestée -, retenant que la forme protégée par la vue de la boîte ouverte et l'agencement des ustensiles qu'elle contient n'était pas exclusivement dictée par des impératifs utilitaires mais était nouvelle et présentait une physionomie propre correspondant à des choix arbitraires la différenciant de formes similaires comme le montrent les kits concurrents présentés par la société LABORATOIRES AUVEX; qu'il est observé que ces constatations correspondent aux exigences posées par l'article L. 511-3 du code de la propriété intellectuelle dans sa version résultant de la loi du 14 juillet 1909 précitée; qu'il sera encore ajouté qu'aucune contrainte technique n'impose l'agencement intérieur retenu par le modèle opposé ;

Considérant que le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a annulé le modèle français référencé 973296-002 et déclaré valide le modèle référencé 973296-001 ;

Sur les actes de contrefaçon

Considérant qu'aux termes de l'article L. 513-4 du code de la propriété intellectuelle, 'Sont interdits, à défaut du consentement du propriétaire du dessin ou modèle, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, le transbordement, l'utilisation, ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle', l'article L. 513-5 du même code disposant : 'La protection par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente' ;

Considérant que la société LABORATOIRES AUVEX soutient que le kit de 1er secours commercialisé par la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA, sous la marque 'ASPIVEX' détenue par la société SABAVIAM, comprenant une pompe à venin reprend de façon quasi servile les caractéristiques du modèle de kit déposé par la société ASPILABO, produisant une même impression visuelle d'ensemble pour un observateur averti, tant pour l'aspect extérieur du boîtier (vue fermée du modèle) que pour son aspect intérieur et son agencement (vue ouverte) ;

Que les sociétés intimées soutiennent que la représentation vue en plan de dessus en position fermée du modèle 973296-001 ne présente aucun point commun avec la vue en plan de dessus en position fermée du modèle ASPIVEX, si ce n'est la forme rectangulaire d'une extrême banalité; qu'elles ne développent pas d'argumentation quant à la contrefaçon du modèle 973296-001 dans sa vue en position ouverte ;

Considérant que les éléments figuratifs présents sur le modèle 973296-001 dans sa première vue (position fermée) - laquelle correspond à la même forme que la marque tridimensionnelle 'ASPIVENIN' n°825497 examinée supra - sont différents de ceux apparaissant sur le dessus du boîtier du kit ASPIVEX ; que le modèle opposé montre trois gros insectes de part et d'autre d'un serpent disposé en travers du couvercle sur le modèle et le boîtier ASPIVEX représente sept petits insectes en demi-cercle, à l'exclusion de tout reptile, ainsi que la dénomination 'ASPIVEX' et un cartouche avec la mention 'pompe à venin - kit 1er secours', absents sur le modèle ; qu'indépendamment de sa couleur jaune qui est indifférente dans l'appréciation de la contrefaçon dès lors que le modèle n'a pas été déposé en couleurs, le boîtier ASPIVEX génère une impression d'ensemble différente, pour un observateur averti - en l'espèce un pharmacien ou para-pharmacien ou un utilisateur habituel de ce type de produits (randonneur...) -, de celle du modèle dans sa première vue (position fermée) et n'est donc pas contrefaisant ;

Que c'est pour des motifs exacts et pertinents, que la cour adopte, que les premiers juges ont considéré que le kit ASPIVEX constitue une contrefaçon du modèle 973296-001 dans sa vue en position ouverte laissant apparaître le contenu du boîtier, à savoir la pompe à venin et quatre ventouses d'aspiration dans la même disposition, la même impression d'ensemble se dégageant, pour l'observateur averti, du modèle opposé et du kit litigieux;

Que le jugement sera confirmé de ces chefs également ;

Sur la concurrence déloyale et parasitaire

Sur les demandes de la société LABORATOIRES AUVEX

Considérant que la société LABORATOIRES AUVEX soutient que les sociétés SABAVIAM et LABORATOIRES NOVODEX PHARMA ont commis, par l'intermédiaire de leur dirigeant M. C..., ancien collaborateur du groupe DOMES PHARMA, des actes de concurrence déloyale et parasitaire ; qu'elle fait valoir que M. C..., en charge du développement du réseau de distribution du groupe DOMES PHARMA et du produit ASPIVENIN, et qui connaissait les filières de distribution des produits du groupe et s'était vu remettre le fichier client de la société ASPILABO lors de la création de la société NOREVA PHARMA, a créé un groupe concurrent et assuré au profit de ce dernier et au préjudice du groupe DOMES PHARMA, un transfert de compétences et de valeurs et a par ailleurs déposé la marque concurrente 'ASPIVEX' sous laquelle il a lancé un nouveau produit s'inspirant clairement du modèle 'ASPIVENIN' ; qu'elle argue qu'indépendamment de l'existence d'actes de contrefaçon, tant la marque 'ASPIVEX' que le kit de 1er secours ASPIVEX reprennent les caractéristiques essentielles de sa marque 'ASPIVENIN' et de son modèle de kit 'ASPIVENIN' et ce, dans le but de s'immiscer plus facilement dans le sillage de la notoriété de la marque 'ASPIVENIN' ; qu'elle ajoute que le kit ASPIVEX reprend également un modèle de kit EXTRACTOR qu'elle commercialise et qui n'est autre que le modèle ASPIVENIN mais commercialisé sous une autre couleur (jaune) et un autre nom ; que la société appelante soutient que son action en concurrence déloyale et parasitaire est recevable dès lors que le kit objet de ses modèles est toujours en vente dans de nombreuses pharmacies à travers toute l'Europe et qu'en France, le modèle de kit 'ancienne version' a continué à être commercialisé sous un modèle identique mais transparent et sous une autre couleur et un autre nom (EXTRACTOR), de sorte qu'elle a qualité et intérêt à agir en concurrence déloyale et parasitaire ;

Que les sociétés intimées répondent que les demandes sont irrecevables en ce qu'elles sont fondées sur les mêmes faits que ceux invoqués au titre de la contrefaçon et qu'en tout état de cause, les conditions d'exercice de l'action en concurrence parasitaire ne sont pas remplies dès lors notamment que les griefs énoncés par l'appelante sont dirigés exclusivement contre M. C... et ne les concernent pas, que le kit ASPIVENIN a cessé d'être commercialisé plus de six mois avant la mise sur le marché du kit ASPIVEX et qu'il n'existe pas de similitudes entre les deux kits ;

Considérant que comme le relèvent les sociétés intimées, un certain nombre de griefs formulés par la société LABORATOIRES AUVEX sont dirigés contre M. C... qui est une personne physique distincte des sociétés intimées et qui n'est pas partie à la procédure ; que la demande en ce qu'elle est fondée sur des faits imputés à M. C... ne peut donc qu'être rejetée ;

Que pour le reste, force est de constater que la société appelante se fonde sur des actes qui se confondent avec ceux reprochés dans le cadre de son action en contrefaçon de son modèle 973296-001 ; que le kit EXTRACTOR qu'elle invoque spécialement dans le cadre de sa demande en concurrence déloyale et parasitaire est, selon ses dires, exactement le

même, mais commercialisé sous une autre couleur et sous un autre nom, que le kit ASPIVENIN protégé par son modèle ;

Considérant qu'il n'est pas davantage démontré d'actes de parasitisme, la société appelante ne versant aucune pièce pour justifier des investissements engagés pour le développement de ses produits ASPIVENIN et la notoriété de ces produits n'étant pas démontrée;

Considérant que le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de la société LABORATOIRES AUVEX fondée sur la concurrence déloyale et parasitaire;

Sur les demandes des intimées

Considérant que la société appelante conteste toute concurrence déloyale résultant de la présence de la mention 'brevetée FRANCE ETRANGER' gravée sur le dessus de la pompe à venin commercialisée sous la dénomination ASPIVENIN, arguant qu'en l'absence de préjudice - reconnue par le tribunal - il ne saurait y avoir d'acte délictuel et qu'en tout état de cause, elle a retiré la mention litigieuse de tous ses produits;

Que les sociétés intimées demandent la confirmation du jugement en ce qu'il a retenu l'existence d'actes de concurrence déloyale commis par la société LABORATOIRES AUVEX ;

Considérant qu'il est constant que la société LABORATOIRES AUVEX a commercialisé une pompe à venin sous la dénomination ASPIVENIN, comportant indûment la mention 'brevetée FRANCE ETRANGER' gravée sur le dessus du produit ;

Que comme l'a retenu le tribunal, cette mention est de nature à induire le consommateur en erreur, en lui laissant croire que le produit ASPIVENIN est le fruit d'une technologie protégée, et a ainsi procuré à la société LABORATOIRES AUVEX un avantage concurrentiel illicite, ce qui est constitutif d'actes de concurrence déloyale ; que ces actes de concurrence déloyale ont nécessairement causé un préjudice à la société concurrente LABORATOIRES NOVODEX PHARMA ;

Sur les mesures réparatrices

En ce qui concerne la contrefaçon du modèle 973296-001 (vue en position ouverte) de la société LABORATOIRES AUVEX

Considérant que la société LABORATOIRES AUVEX sollicite le versement d'une somme globale de 100 000 € en réparation des actes de contrefaçon - de marques et de modèles - dont elle estime avoir été victime, soit 76 391,42 € correspondant

aux gains indûment réalisés par les intimées sur la vente du kit de 1er secours contrefaisant (sur la base d'un chiffre d'affaires de 96 698 € réalisé par les intimées au cours des deux années ayant suivi la mise sur le marché du kit contrefaisant et d'un taux de marge brute de 79 %) et le reste au titre de son préjudice moral;

Que les intimées objectent qu'aucun élément de preuve ne justifie le taux de marge allégué, que les ventes du produit ASPIVEX ont été réalisées alors que le produit ASPIVENIN n'était plus vendu de sorte que l'appelante ne peut soutenir que la marge réalisée sur la vente des produits ASPIVEX devait lui revenir, que la confusion prétendue invoquée au titre du préjudice moral ne peut être celle des pharmacies et para-pharmacies qui sont ses clientes et que la demande est globale sans distinction quant aux sommes réclamées au titre de la contrefaçon de marque et de la contrefaçon de modèle ;

Considérant que l'article L. 521-7 du code de la propriété intellectuelle prévoit que 'Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :

1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;

2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon' ;

Considérant que pour justifier de la commercialisation du kit ASPIVENIN postérieurement au mois de juin 2013, contestée par les intimées, la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA produit un constat d'huissier - non annulé - établi le 19 juin 2015 dans une pharmacie de Mainvilliers (28) qui a révélé la présence de sept boîtiers ASPIVENIN et des factures (juin 2013/décembre 2013) concernant le kit dans une version en boîte transparente ;

Que les intimées soutiennent que le kit ASPIVEX n'a été mis sur le marché qu'en janvier 2014 mais cette affirmation est contredite par l'attestation de l'expert-comptable qu'elle fournissent qui fait état d'un chiffre d'affaires réalisé sur ce produit dès septembre 2013;

Qu'il ressort de l'attestation d'expert-comptable fournie par les intimées que la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA a réalisé, au cours de la période du 1er septembre 2013 au 31 août 2015 invoquée par la société LABORATOIRES AUVEX, un chiffre d'affaires de 96 619 € sur la vente des kits ASPIVEX ;

Qu'un taux de marge moyen de 50 % sera retenu ;

Qu'il doit être tenu compte du fait que toutes les ventes de kits ASPIVEX contrefaisants n'auraient pas nécessairement

été gagnées par la société LABORATOIRES AUVEX ;

Que nonobstant le caractère global de la demande indemnitaire, la cour est ainsi en mesure de fixer à la somme de 30 000 € le montant des dommages et intérêts devant réparer le préjudice économique subi par la société LABORATOIRES AUVEX du fait de la contrefaçon de son modèle ;

Que les actes de contrefaçon ont causé un préjudice moral à la société appelante qui a vu son modèle banalisé et donc déprécié ; qu'une somme de 3 000 € à titre de dommages et intérêts viendra réparer ce préjudice ;

Que le jugement sera infirmé en ce sens ;

Considérant que le paiement de ces indemnités incombe aux seules sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION à qui les actes de contrefaçon sont imputables, à l'exclusion de la société SABAVIAM qui n'est que le titulaire de la marque 'ASPIVEX', ainsi que l'a retenu à juste raison le tribunal ;

Considérant que la mesure d'interdiction prononcée par le tribunal du fait de la contrefaçon de modèle sera confirmée ;

Qu'il sera en outre enjoint aux sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION de détruire les produits contrefaisants qu'elles auraient encore en leur possession ;

En ce qui concerne la concurrence déloyale imputable à la société LABORATOIRES AUVEX

Considérant que la société LABORATOIRES AUVEX soutient que le tribunal a statué ultra petita en lui interdisant de faire usage de la mention 'breveté' sur son produit ASPIVENIN alors qu'il lui était seulement demandé de la condamner à supprimer cette mention de son kit 1er secours ; qu'elle ne peut toutefois être suivie dans cette argumentation, les deux mesures étant équivalentes ;

Que la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA demande expressément en appel le prononcé de la même d'interdiction ; qu'il convient de faire droit à cette demande, dans les conditions prévues au jugement, l'appelante affirmant, mais sans l'établir, que la mention litigieuse ne figure plus sur ses produits ;

Que le jugement sera donc confirmé sur ce point ;

Considérant que les actes de concurrence déloyale commis par la société LABORATOIRES AUVEX ont causé un préjudice moral à la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA qui s'est vue placée abusivement dans une situation d'inégalité concurrentielle ; que ce préjudice sera réparé par l'allocation de la somme de 3 000 € à titre de dommages et intérêts ;

Que le jugement en ce qu'il a rejeté la demande indemnitaire de la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA sera infirmé ;

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Considérant que les sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION qui succombent au principal seront condamnées in solidum aux dépens de première instance et d'appel et garderont à leur charge les frais non compris dans les dépens qu'elle ont exposés à l'occasion de la présente instance, les dispositions prises sur les dépens et frais irrépétibles de première instance étant infirmées ;

Que la somme qui doit être mise à la charge des sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION au titre des frais non compris dans les dépens exposés par la société LABORATOIRES AUVEX peut être équitablement fixée à 5 000 € pour la première instance et l'appel ;

Que la société SABAVIAM sera déboutée de sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Confirme le jugement déféré, si ce n'est en ce qu'il a :

dit irrecevable la demande en dommages et intérêts de la société LABORATOIRES AUVEX en réparation des préjudices subis du fait de la contrefaçon de modèle,

rejeté la demande en dommages et intérêts de la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA en réparation du préjudice résultant de la concurrence déloyale commise par la société LABORATOIRES AUVEX,

en ses dispositions relatives aux dépens et frais irrépétibles,

Statuant à nouveau sur les chefs infirmés,

Condamne in solidum les sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION à payer à la société LABORATOIRES AUVEX :

la somme de 30 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice économique résultant de la contrefaçon de son modèle 973296-001 (vue en position ouverte),

la somme de 3 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral résultant de la même contrefaçon,

Condamne la société LABORATOIRES AUVEX à payer à la société LABORATOIRES NOVODEX PHARMA la somme de 3 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral résultant des actes de concurrence déloyale,

Condamne les sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION in solidum aux dépens de première instance,

Y ajoutant,

Enjoint aux sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P DISTRIBUTION de détruire les produits contrefaisants restant encore en leur possession,

Condamne les sociétés LABORATOIRES NOVODEX PHARMA et N2P in solidum aux dépens d'appel et au paiement à la société LABORATOIRES AUVEX de la somme de 5000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile, au titre des frais irrépétibles de première instance et d'appel,

Ordonne la communication de la présente décision, une fois celle-ci devenue définitive, à l'INPI et à l'EUIPO, à l'initiative de la partie la plus diligente, pour inscription sur leurs registres.

LE PRÉSIDENTLE GREFFIER