

Grosses délivrées REPUBLIQUE FRANCAISE

aux parties le :AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 2

ARRET DU 20 NOVEMBRE 2015

(n°185, 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 15/00522

Décision déferée à la Cour : jugement du 18 décembre 2014 - Tribunal de grande instance de PARIS - 3ème chambre
4ème section - RG n°14/00649

APPELANTE AU PRINCIPAL et INTIMEE INCIDENTE

S.A.S. SOCIETE DU FIGARO, agissant en la personne de son directeur général, M. [M] [O], domicilié en cette qualité au
siège social situé

[Adresse 1]

[Localité 1]

Immatriculée au rcs de Paris sous le numéro B 542 077 755

Représentée par Me Pascale FLAURAUD, avocat au barreau de PARIS, toque K 090

Assistée de Me Régis CARRAL plaidant pour la SELARL HOCHÉ CABINET D'AVOCATS, avocat au barreau de PARIS, toque K
0061

INTIMEE

S.A. ENTREPRENDRE, prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité au siège social situé

[Adresse 2]

[Localité 2]

Immatriculée au rcs de Nanterre sous le numéro 403 216 617

Représentée par Me Francis DOMINGUEZ, avocat au barreau de PARIS, toque C 1536

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 9 octobre 2015, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposé, devant Mme Sylvie NEROT, Conseillère, chargée d'instruire l'affaire, laquelle a préalablement été entendue en son rapport

Mme Sylvie NEROT a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Mme Marie-Christine AIMAR, Présidente

Mme Sylvie NEROT, Conseillère

Mme Véronique RENARD, Conseillère

Greffière lors des débats : Mme Carole TREJAUT

ARRET :

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 Mme Marie-Christine AIMAR, Présidente, et par Mme Carole TREJAUT, Greffière, à laquelle la minute du présent arrêt a été remise par la magistrate signataire.

La SAS Société du Figaro (ci-après : Le Figaro), titulaire de la marque verbale française « Jours de France » déposée le 24 juillet 1968 en classes 3, 5, 9, 11, 14, 16, 18 à 33 et 35 à 42 pour désigner notamment les imprimés, journaux, périodiques, livres, régulièrement renouvelée (pour la dernière fois le 03 juin 2008, sous le n° 1 514 458, en classes 3, 14, 16, 18, 24, 25, 28, 35 et 41), expose qu'entre les années 1954 et 1989, elle a diffusé un magazine hebdomadaire sous cette marque puis, à compter de 2011, décidé d'éditer sous cette même marque une page web accessible sur le site puis le lien et que, depuis 2013, elle a lancé un complément de son magazine sous format papier dont le premier numéro trimestriel est paru le 07 août 2013.

Destinataire d'une lettre datée du 04 septembre 2013 la mettant en demeure de cesser la poursuite de l'édition de ce magazine « Jours de France » que lui a adressée la société Entreprendre - entreprise de presse éditrice d'un nombre important de publications périodiques (dont, depuis le mois de novembre 2010, un magazine mensuel intitulé « Jour de France » portant sur la vie de personnes médiatiques) et qui est titulaire de la marque verbale française « Jour de France », n° 3 211 668 déposée en classes 16, 35, 38 et 41 -, la Société du Figaro l'a notamment assignée en contrefaçon de marque, nullité de la marque n° 3 211 668, contrefaçon de droits d'auteur sur le titre « Jours de France », concurrence déloyale et parasitisme selon exploit du 27 décembre 2013.

Par jugement contradictoire rendu le 18 décembre 2014, le tribunal de grande instance de Paris, saisi de ces diverses demandes et de celles formées à titre reconventionnel (déchéance, concurrence déloyale et procédure abusive) a, en substance et sans ordonner l'exécution provisoire, prononcé la déchéance des droits de la Société du Figaro sur la marque n° 1 514 458 en classes 3, 14, 16, 18, 24, 25, 28 et 35 à compter du 07 décembre 2013, avec inscription subséquente au Registre des marques, déclaré cette dernière irrecevable à agir en contrefaçon de cette marque et débouté les parties de l'ensemble de leurs autres demandes en condamnant la demanderesse à verser à la société

Entreprendre la somme de 4.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les dépens.

Par dernières conclusions notifiées le 27 juillet 2015 la société par actions simplifiée La Société du Figaro, appelante, demande pour l'essentiel à la cour, au visa des articles 2.1 et 2.6 de la Convention de Berne du 09 septembre 1886, 51, 1 sous a) du règlement (CE) du 26 février 2009 n° 27/2009, 12.1 § 2 de la directive n° 2008/95/CE, L 111-1, L 112-4, L 132-35, L 335-3, L 331-1-3, L 711-4, L 714-3, L 713-5, L 713-3, L 714-5, L 716-1, L 716-5, L 716-14 du code de la propriété intellectuelle, 1382 du code civil et 514 et suivants du code de procédure civile, d'infirmer le jugement hormis en sa disposition portant sur la procédure abusive et :

de débouter la société Entreprendre de sa demande en déchéance de sa marque pour l'ensemble des produits qu'elle couvre,

de déclarer irrecevable la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en contrefaçon,

de considérer qu'elle est propriétaire de la marque n° 1 514 458 pour tous les produits qu'elle vise, propriétaire de cette même marque renommée pour désigner les journaux, périodiques et livres relevant de la classe 16 en application de l'article L 713-5 sus-visé, qu'elle a repris un usage sérieux et réel de la marque « Jours de France » conformément aux dispositions de l'article L 714-5 visé et qu'est valable l'exploitation en ligne du titre de presse « Jours de France »,

de considérer que la marque « Jour de France » n° 03 3 211 668 constitue une imitation de sa propre marque au sens de l'article L 713-2 sous b) visé, que le dépôt et l'usage de cette marque « Jour de France » sans son autorisation constitue un acte de contrefaçon par imitation de sa propre marque engageant la responsabilité civile de l'intimée, par application des articles L 716-1 et suivants précités, et que l'enregistrement et l'usage de cette dernière marque contreviennent aux dispositions des articles L 711-4 et L 714-3 du code de la propriété intellectuelle,

de retenir l'originalité du titre « Jours de France » sur le fondement du droit d'auteur en considérant que le dépôt et l'usage sans son autorisation du titre « Jour de France » constituent des actes de contrefaçon de ce titre et que son enregistrement et son usage portent atteinte aux droits antérieurs dont elle dispose sur ce titre,

de considérer que la société Entreprendre a commis des actes de concurrence déloyale et de parasitisme en créant un risque de confusion entre les magazines et en portant atteinte à l'image et à la réputation de son propre magazine ainsi qu'à elle-même, engageant ainsi sa responsabilité sur le fondement de l'article L 112-4 du code de la propriété intellectuelle et, par ailleurs, sur celui de l'article 1382 du code civil,

en conséquence : de débouter la société Entreprendre de ses entières prétentions,

de déclarer nul l'enregistrement de la marque « Jour de France » sur le fondement de l'article L 714-3 précité et de la règle de droit *fraus omnia corumpit*, avec transmission au Registre national des marques,

de condamner la société Entreprendre à lui payer les sommes de 386.881,42 euros, 120.000 euros, 270.817 euros, 120.000 euros et 300.000 euros au titre, respectivement, de son préjudice matériel résultant de la contrefaçon de sa marque, de son préjudice moral résultant de la contrefaçon de sa marque, de son préjudice résultant de la contrefaçon de ses droits d'auteur sur le titre, de son préjudice moral résultant de la contrefaçon de ses droits d'auteur sur le titre et du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale et de parasitisme,

d'ordonner, sous astreinte, diverses mesures réparatrices (cessation de la commercialisation du magazine « Jour de

France » sous quelque support et format que ce soit / radiation des deux marques Benelux « Jour de France » n° 1272066 et n° 1301692 / transfert des noms de domaine , , qui constituent des contrefaçons de sa marque et, subsidiairement, leur radiation / publication par voie de presse de la décision à intervenir),

de condamner l'intimée à lui verser la somme de 60.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les dépens.

Par dernières conclusions (n° 2) notifiées le 15 septembre 2015 la société anonyme Entreprendre prie, en substance, la cour, au visa de l'article 5 de la Convention de Berne du 09 septembre 1886, de l'article 4.6 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle, des articles 71 et suivants, 122 et suivants du code de procédure civile, L 711-4, L 712-3 et suivants, L 713-5 et L 714-5 du code de la propriété intellectuelle (et selon un dispositif de 9 pages/45), de confirmer le jugement, sauf en ses dispositions qui la déboutent de ses demandes reconventionnelles et rejettent sa demande de publication, et :

principalement

de débouter la Société du Figaro de l'ensemble de ses prétentions, de dire qu'elle a commis des actes de contrefaçon à son encontre par l'utilisation de la marque « Jours de France » et de la condamner à lui verser les sommes de 401.633,26 euros et 200.000 euros au titre, respectivement, de l'utilisation abusive de cette marque et du préjudice moral subi ; de la condamner, par ailleurs, à lui verser la somme indemnitaire de 3. 000.000 euros au titre de la concurrence déloyale et du parasitisme du fait de la publication depuis le 07 décembre 2013 (date à laquelle elle a été déchue de ses droits de marque) du magazine « Jours de France » ; d'ordonner sous astreinte une mesure de publication par voie de presse,

subsidiairement (si la cour ne devait pas « confirmer le jugement dans les dispositions demandes dont appel »)

* in limine litis, de la recevoir en son moyen tiré de la prescription opposé à l'action en nullité de l'enregistrement de sa propre marque et de débouter l'appelante en ses entières prétentions en prononçant la déchéance de ses droits sur la marque n° 1 514 458 à compter du 25 février 2003 pour défaut d'exploitation sérieuse ; ce faisant, de prononcer sous astreinte les mesures de retrait, de cessation d'exploitation de la marque et de fermeture de site , de condamner l'appelante aux mêmes sommes que précédemment au titre de la contrefaçon et au titre de la concurrence déloyale et du parasitisme, avec inscription au Registre des marques et même mesure de publication,

* au fond, de la recevoir, si besoin, en ses demandes reconventionnelles et de les déclarer valables, de débouter l'appelante en ses entières prétentions en prononçant la déchéance de ses droits sur la marque n° 1 514 458 à compter du 25 février 2003 pour défaut d'exploitation sérieuse ; ce faisant, de prononcer sous astreinte les mesures de retrait, de cessation d'exploitation et de fermeture du site, de condamner l'appelante à lui verser les mêmes sommes que précédemment au titre de la contrefaçon et au titre de la concurrence déloyale ainsi que du parasitisme, avec inscription au Registre des marques et même mesure de publication,

plus subsidiairement

« de prendre acte de la prescription de l'action en contrefaçon visant l'enregistrement de la marque « Jour de France » soulevée par la société Le Figaro », de prononcer la déchéance de ses droits sur la marque n° 1 514 458 à compter du 25 février 2003 pour défaut d'exploitation sérieuse ; ce faisant, de prononcer les mesures de retrait, de cessation d'exploitation de la marque et de fermeture de site, de déclarer l'appelante irrecevable à agir en contrefaçon « et de la débouter de ce fait » de sa demande de nullité de la marque n°3 211 668 et de ses actions en contrefaçon, concurrence déloyale et parasitisme ; d'ordonner sous astreinte la même mesure de publication,

plus subsidiairement si la cour estimait qu'il y a eu de la part de la société Entreprendre une atteinte au droit d'auteur et au droit de la marque « Jours de France » :

de prononcer la déchéance de ses droits sur la marque n° 1 514 458 à compter du 25 février 2003 et de réduire à de plus justes proportions les demandes de l'appelante,

en tout état de cause, de prononcer la déchéance des droits de l'appelante sur la marque n° 1 514 458 à compter du 25 février 2003 pour défaut d'usage sérieux, de prononcer les mesures de cessation d'exploitation de la marque et de fermeture du site, de condamner l'appelante à lui verser la somme de 3.000 euros pour procédure abusive, la somme complémentaire de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter tous les dépens.

SUR CE

Sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription opposée à l'action en contrefaçon

Considérant que si la société Entreprendre n'invoque ce moyen qu'à titre subsidiaire, il convient d'y répondre avant de se prononcer sur la déchéance des droits d'abord invoquée dans le dispositif de ses conclusions requérant en premier lieu la confirmation du jugement ; qu'en effet, la prescription a pour conséquence de rendre l'action irrecevable, sans examen au fond, alors que la déchéance n'a pour effet que de rendre la marque revendiquée inopposable au tiers recherché en contrefaçon pour la seule période à compter de laquelle la déchéance a été prononcée et pour les seuls produits ou services qui n'ont pas fait l'objet d'une exploitation sérieuse ;

Considérant qu'il y a lieu de relever que la Société du Figaro appelante demande à la cour de juger que tant le dépôt que l'usage de la marque « Jour de France » n°3 211 668 constituent des actes de contrefaçon de sa propre marque enregistrée ; que l'intimée expose sur ce point que la marque dont elle est titulaire a été publiée au Bulletin officiel de la propriété intellectuelle le 04 avril 2003 et que ce n'est que par assignation délivrée le 27 décembre 2013 que la société du Figaro a agi en contrefaçon de marque en soulevant la nullité de son enregistrement ;

Qu'il convient de considérer, par application des dispositions de l'article L 716-5 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle, qu'en contemplation des dates auxquelles, d'une part, la marque litigieuse a été publiée, d'autre part, l'assignation délivrée, l'action en contrefaçon fondée sur l'enregistrement de la marque « Jour de France » est prescrite ;

Que tel n'est cependant pas le cas de l'action à ce titre fondée sur l'exploitation de cette marque, laquelle a débuté en novembre 2010 et s'est poursuivie, dans la mesure où la contrefaçon s'analyse en un délit continue et que le point de départ de la prescription se trouve reporté à la date de chaque acte d'exploitation argué de contrefaçon ;

Qu'il en résulte que l'intimée est fondée à se prévaloir de la prescription de l'action en contrefaçon fondée sur le dépôt de sa marque « Jour de France » n°3 211 668 du fait de l'écoulement du délai triennal prévu à l'article L 716-5 du code de la propriété intellectuelle comme l'est, d'ailleurs, celui du délai quinquennal applicable à l'action fondée sur la marque présentée comme renommée ;

Que la Société du Figaro n'en demeure pas moins recevable à agir en contrefaçon de sa marque « Jours de France » n°1 514 458 du fait de l'exploitation continue, par la société Entreprendre, de la marque « Jour de France » n°3 211 668 ;

Sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en annulation de la marque « Jour de France » n° 3 211 668

Considérant que la société Entreprendre fait valoir que la Société du Figaro a sollicité l'annulation de sa marque pour dépôt frauduleux dans son acte introductif d'instance délivré le 27 décembre 2013, onze années après son enregistrement et que son action est prescrite depuis le 05 avril 2008 ;

Qu'il échet de considérer que l'appelante ne peut être suivie lorsqu'elle se contente d'affirmer, afin de se prévaloir de la recevabilité de son action à ce titre, que la société Entreprendre a fait preuve d'une particulière mauvaise foi en déposant sa marque en 2003 pour désigner des produits identiques ou similaires à ceux que vise sa propre marque et de l'avoir exploitée pour la première fois le 30 novembre 2010 ;

Qu'en effet, la Société du Figaro agit à titre principal et ne peut donc bénéficier de l'exception de perpétuité ;

Qu'ainsi, qu'elle se prévale de la titularité de droits sur une simple marque enregistrée ou de la renommée de sa marque, son action en annulation se heurte à la prescription quinquennale semblablement prévue à l'article 2228 du code civil et à l'article L 714-4 du code de la propriété intellectuelle, respectivement applicables aux actions de droit commun et à « l'action ouverte au propriétaire d'une marque notoirement connue », dès lors qu'à la date de publication de la marque litigieuse, elle était titulaire du droit antérieur qu'elle invoque et qu'en sa qualité de professionnelle elle a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action en justice qu'elle a introduite passé ce délai ;

Qu'elle est, par conséquent, irrecevable en son action en annulation de la marque « Jour de France », n° 3 211 668, et que doit être infirmé le jugement qui la « déboute » de sa demande en se fondant sur la déchéance de ses droits sur la marque ;

Sur la déchéance des droits de la Société du Figaro sur sa marque « Jours de France » n°1 514 458

Considérant que la Société du Figaro entend démontrer en cause d'appel la reprise d'un usage sérieux de sa marque par la production de nouvelles pièces, ceci durant la période de trois mois précédant la demande de déchéance de ses droits sur la marque reconventionnellement formée par la société Entreprendre et en application de l'article L 714-5 du code de la propriété intellectuelle ;

Qu'elle se prévaut, d'abord, de la reprise de son usage sous la forme d'un magazine sous format électronique à compter de 2011, attestée par quatre constats d'huissier dressés du 23 septembre 2011 au 24 juillet 2013 et des statistiques de fréquentation du site, soutenant qu'il s'agit bien d'un titre de presse au sens de l'article L 132-35 du code de la propriété intellectuelle ; qu'elle fait état des coûts de conception, réalisation et impression (hors coûts de rédaction) d'un montant total de 173.903,41 euros ;

Qu'elle tire également argument de la diffusion, à compter du 07 août 2013 et sous format papier d'un magazine « Jours de France », le deuxième étant paru le 08 novembre 2013, des actes préparatoires destinés à la conception, la réalisation et la promotion du magazine ainsi que de sa commercialisation dans plus de 20.000 points de vente en France ; qu'elle ajoute, au surplus, que la parution de ce magazine s'est poursuivie, neuf numéros étant parus jusqu'à ce jour, outre un numéro hors série, et que les chiffres de la société Presstalis attestaient de plus de 390.000 exemplaires distribués (France et export) au septième numéro ;

Sur la recevabilité de la demande de déchéance telle que présentée

Considérant qu'interrogée sur la recevabilité de cette demande, l'intimée a convenu à l'audience, ainsi qu'acté, que sa marque ne désigne que les produits et services en classes 16, 35, 38, 41 et que ceux que couvre la marque de la société appelante agissant en contrefaçon ne sont que pour partie enregistrés en ces classes ;

Qu'il y a lieu de considérer qu'elle n'a intérêt à agir en déchéance des droits de la Société du Figaro qu'autant que la marque dont cette dernière est titulaire constitue une entrave à son activité économique ; qu'elle n'est donc recevable en son action que pour les produits et services suivants : « papier, carton, articles en papier ou en carton (non compris dans d'autres classes) ; imprimés, journaux et périodiques, livres, articles pour reliures ; photographies ; papeterie, matières adhésives (pour la papeterie) ; matériaux pour les artistes ; pinceaux ; machines à écrire et articles de bureau (à l'exception des meubles) ; matériel d'instruction ou d'enseignement (à l'exception des appareils) ; cartes à jouer ; caractères d'imprimerie ; clichés (classe 16) ; publicité et affaires (classe 35) ; éducation et divertissement (classe 41) ;

Sur le bien-fondé de la demande en déchéance

Considérant que l'intimée qui expose dans ses écritures que l'exploitation de la marque a cessé depuis 1989 a précisé, ainsi qu'également acté, qu'elle entend voir la Société du Figaro déchue de ses droits sur sa marque « Jours de France » à compter de la date de dépôt de sa propre marque ;

Qu'ayant formé sa demande aux fins de déchéance par conclusions du 07 mars 2014, elle soutient que la période quinquennale de référence à prendre en considération s'étend du 07 décembre 2008 au 07 décembre 2013 ainsi que retenu par le tribunal ;

Qu'il échet, cependant, de se prononcer d'abord sur le moyen que lui oppose l'appelante en se prévalant de la reprise de cette exploitation et en visant les dispositions de l'article L 714-5 précité, interprété a contrario, selon lequel :

« L'usage sérieux de la marque commencé ou repris postérieurement à la période de cinq ans visée au premier alinéa du présent article n'y fait pas obstacle s'il a été entrepris dans les trois mois précédant la demande de déchéance et après que le propriétaire a eu connaissance de l'éventualité de cette demande » ;

Qu'il se déduit des textes applicables et des éléments factuels de l'espèce que la période de référence à prendre en considération est celle comprise entre le 04 décembre 2013 et le 04 mars 2014 et qu'il convient d'analyser les actes de reprise d'exploitation alors intervenus en recherchant s'ils peuvent être considérés comme des actes d'usage réel et sérieux de la marque, susceptibles, comme tels, de faire obstacle à l'action en déchéance ;

Qu'à cet égard, c'est à juste titre que l'appelante invoque les enseignements sur l'appréciation du caractère sérieux de l'usage issus de la jurisprudence communautaire qui a, notamment, dit pour droit (CJCE, 11 mars 2003, Ansul ; CJCE, 27 janvier 2004, La Mer Technology) :

(points 37 et 38 du premier) « Il convient de prendre en considération (') l'ensemble des faits et des circonstances propres à établir la réalité de son exploitation commerciale, en particulier les usages considérés comme justifiés dans le secteur économique concerné pour maintenir ou créer des parts de marché au profit des produits ou des services protégés par la marque.

L'appréciation des circonstances de l'espèce peut ainsi justifier la prise en compte, notamment, de la nature du produit

ou du service en cause, des caractéristiques du marché concerné, de l'étendue et de la fréquence de l'usage de la marque. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'usage de la marque soit toujours quantitativement important pour être qualifié de sérieux car une telle qualification dépend des caractéristiques du produit ou du service concerné sur le marché correspondant »,

(point 25 du second) « Il n'est pas possible de déterminer a priori, de façon abstraite, quel seuil quantitatif devrait être retenu pour déterminer si l'usage a, ou non, un caractère sérieux. Une règle de minis, qui ne permettrait pas au juge national d'apprécier l'ensemble des circonstances du litige qui lui est soumis, ne peut, dès lors, être fixée »

et cite l'article 12 de la directive sur les marques à la lumière de laquelle doit être interprété le droit national qui autorise la prise en considération de préparatifs pour faire obstacle au prononcé de la déchéance ;

Que, s'agissant du site internet accessible depuis le site , les constats d'huissier versés aux débats (pièces 3, 4, 4a, 4b de l'appelante) prouvent l'existence de la publication en ligne du magazine « Jours de France » aux dates de leurs constats ; que ce magazine se présente comme une déclinaison, diffusée sur internet, du titre de presse Le Figaro de sorte que la qualification de publication de presse ne peut lui être déniée, comme le fait l'intimée affirmant, par ailleurs, sans fondement juridique, qu'il se déduirait du reroutage des mentions légales de cette page internet vers le site du Figaro que cette publication doit recevoir la qualification d'accessoire ;

Qu'en outre, eu égard aux éléments permettant d'apprécier l'usage sérieux de la marque dégagés par les décisions communautaires sus-évoquées, en particulier la création de parts de marché, l'intimée ne peut valablement tirer argument du fait que ce magazine poursuivait le dessein de « jauger le public » en affirmant que « l'aspect commercial » de l'utilisation de la marque n'est pas établi, faute d'abonnements, de commandes ou d'inscription en tant qu'utilisateur ; que la marque est, en l'espèce, apposée sur un produit visé à son enregistrement qui est mis à la disposition du public sans laisser de doute sur sa fonction ;

Qu'elle ne peut non plus contester le rapport d'audience dudit site édité par At Internet pour la période du 1er juin 2012 au 28 février 2015 (pièce 6 de l'appelante) par de simples motifs hypothétiques tenant à l'existence de robots ou « bots » dont la mission est de parcourir le web, de visiter les sites et d'extraire des données et qui ôteraient toute pertinence aux données chiffrées sur la trafic du site en cause que fournit l'appelante alors qu'il conviendrait, selon elle, de justifier de la fréquentation des internautes ;

Que l'appelante produit au demeurant des documents établis par AT Internet (pièces 68, 69 et 70) explicitant les mesures d'audience et démontrant que le nombre de visiteurs uniques (en moyenne de l'ordre de 1.700 par mois, hors périodes de pointe) n'est pas significativement inférieur au nombre de visiteurs ;

Qu'en toute hypothèse, le critère quantitatif ne constitue pas un critère d'appréciation déterminant et que la diffusion par le net est potentiellement de nature à assurer le rayonnement du produit ;

Que, s'agissant de la publication du magazine « Jours de France », il est établi qu'en novembre 2013, paraissait un

deuxième numéro sous format papier, que ces deux premiers numéros ont été diffusés dans plus de 20.000 points de vente en France à raison de près de 119.000 exemplaires et pour un chiffre d'affaires de 287.236,97 euros ;

Que l'argumentation de l'intimée destinée à mettre en relief la faiblesse quantitative des actes d'exploitation se heurte à la jurisprudence communautaire sus-évoquée de laquelle il ressort qu'un tel constat, au demeurant sujet à caution au cas d'espèce, n'exclut nullement, comme il a été dit, le sérieux d'une exploitation ;

Qu'il en résulte que l'exploitation de ce magazine papier vient conforter l'usage réel et sérieux de la marque sur internet dans la période de trois mois antérieure à la demande de déchéance telle que visée à l'article L 714-5 du code de la propriété intellectuelle et que la déchéance des droits de la Société du Figaro sur sa marque « Jours de France » ne saurait donc être prononcée ;

Que le jugement sera par conséquent infirmé de ce chef ;

Sur l'action en contrefaçon de la marque dont la Société du Figaro est titulaire

Considérant que la Société du Figaro, recevable, comme il a été dit, à agir en contrefaçon du fait de l'exploitation de la marque « Jour de France », se prévaut de l'imitation de sa marque en se fondant sur l'article L 713-3 sous b) du code de la propriété intellectuelle (§ 36 à 42 de ses écritures), étant observé que bien qu'elle vise l'article L 713-5 du même code dans leur dispositif, elle ne développe pas d'argumentation sur l'atteinte à sa marque présentée comme renommée ; qu'elle ne se prévaut de cette caractéristique que dans le cadre de son action en nullité, jugée irrecevable ;

Que, de son côté, si l'intimée consacre un chapitre unique de ses écritures (pages 20 à 25) à l'« absence de nullité de la marque Jour de France et l'absence de contrefaçon », c'est de manière inopérante qu'elle tire successivement argument du fait que sa propre marque ne peut être annulée, que la marque « Jours de France » « ne jouit pas de la réputation avancée », qu'elle-même a assuré la promotion de son propre magazine, qu'aucune mauvaise foi ne peut être retenue dans l'enregistrement de la marque « Jour de France » alors que la marque adverse avait cessé d'être exploitée depuis 14 ans lorsqu'elle a enregistré sa propre marque et qu'elle aurait pu agir en déchéance à cette époque mais s'en est abstenue, que la Société du Figaro tente d'utiliser l'amorce qu'elle a elle-même réalisée pour relancer son magazine et que pour toutes ces raisons ainsi que du fait de la déchéance des droits de la Société du Figaro sur sa marque ces deux actions ne peuvent prospérer ;

Que la cour étant saisie d'une action en contrefaçon de marque, il lui appartient de procéder à une appréciation globale des signes en présence ;

Sur la comparaison des produits

Considérant que les produits visés en classe 16 par les marques opposées doivent être considérés comme similaires ou identiques ;

Sur la comparaison des signes

Considérant que les deux marques françaises en présence, « Jours de France » et « Jour de France » sont des marques verbales semblablement calligraphiées en lettres majuscules noires ;

Considérant que le signe critiqué ne constituant pas la reproduction à l'identique de la marque première qui lui est opposée, il convient de rechercher s'il n'existe pas entre les deux signes un risque de confusion (lequel comprend le risque d'association) qui doit être apprécié globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce ; que cette appréciation globale doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique et conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par celles-ci en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants ; qu'en outre, un faible degré de similitude entre les produits ou services désignés peut être compensé par un degré élevé de similitude entre les signes et inversement ;

Que visuellement, force est de relever une grande proximité dans l'architecture et les termes qui composent ces deux signes, seul le « S » final de la marque première, négligeable pour le consommateur d'attention moyenne, venant les différencier ; que phonétiquement, elles se prononcent de la même façon ; que, conceptuellement, enfin, les signes opposés seront semblablement perçus par ce consommateur appartenant au lectorat de périodiques comme évocatrices de l'actualité au quotidien observable en France ;

Qu'il résulte de l'analyse globale ainsi menée que l'impression d'ensemble qui se dégage de ces signes est propre à générer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur qui sera conduit, en raison de la reprise quasi identique des mêmes termes, combinée à l'identité ou à la similarité des produits en cause, à confondre ou, à tout le moins, à associer les deux signes et à leur attribuer une origine commune en croyant qu'ils proviennent de la même entreprise ou d'entreprise économiquement liées ;

Que la Société du Figaro est par conséquent fondée en son action en contrefaçon du fait de l'exploitation de la marque « Jour de France » par la société Entreprendre ; que le jugement sera infirmé en ses dispositions relatives à la contrefaçon

de la marque « Jours de France » ;

Qu'il s'en déduit également que ne peut être accueillie la demande de la société Entreprendre tendant à voir juger, à l'inverse, que la société du Figaro qui a poursuivi la diffusion du magazine litigieux s'est rendue coupable d'une exploitation abusive (qualifiée de contrefaçon dans le dispositif de ses conclusions) et qu'elle est, de ce fait, fondée à solliciter la réparation du préjudice subi à hauteur de la somme de 401.633,26 euros (soit le montant des gains réalisés en France par la vente des numéros 3 à 7 du magazine « Jours de France » dont à déduire les coûts) à laquelle elle ajoute une demande indemnitaire de 200.000 euros au titre du préjudice moral subi ;

Sur l'action en contrefaçon de droit d'auteur fondée sur l'atteinte au titre « Jours de France »

Considérant que l'appelante reproche au tribunal de l'avoir déboutée de sa demande en considérant que ce titre était dénué d'originalité et cite diverses jurisprudences ayant retenu l'originalité de titres de magazines, tels « Aujourd'hui Madame », « Charlie Hebdo », « The green consumer Guide », « Le livre des je t'aime », « Express Documents » ;

Qu'elle fait valoir que lors de sa création, en 1954, il n'existait pas de revues associant ces deux termes du langage courant « aboutissant à une expression particulièrement spécifique » puisque cet hebdomadaire (qui n'est donc pas un quotidien, précise-t-elle) ne se borne pas à rendre banalement compte de l'actualité française pour des Français mais traduit de manière originale la ligne éditoriale de la revue décidée par [P] [Z] et exprimée par cette expression « nouvelle et originale » ; qu'il rend compte de l'actualité heureuse des célébrités et que ces mots évoquent, selon elle, puissamment la lumière des jours opposée à la noirceur des nuits et la douceur de la France retrouvée après-guerre ;

Considérant, ceci rappelé, qu'il résulte des dispositions de l'article L 112-4 alinéa 1er du code de la propriété intellectuelle qu'un titre bénéficie d'une protection autonome, indépendante de l'oeuvre qu'il identifie, pour peu qu'il soit, en lui-même, original ; que, sauf à ajouter à ce texte, son genre ou sa dimension sont indifférents pour lui permettre d'y accéder ;

Que le caractère « évocateur » de ces termes invoqué, qui renvoie au principe de spécialité, ou bien sa disponibilité ou encore la « nouveauté » sont des notions étrangères au droit d'auteur et qu'il y a lieu de considérer que l'appelante qui agit sur le terrain du droit d'auteur ne démontre pas en quoi la combinaison de ces trois mots, du fait de leur agencement qui n'a rien d'insolite comme elle n'avait rien d'inusuel en 1954, peut donner prise au droit d'auteur ;

Qu'il s'en évince que ce titre n'est pas éligible à la protection du droit d'auteur et que la Société du Figaro n'est pas fondée en son action à ce titre ;

Que sa demande tendant à voir prononcer la radiation des marques « Jour de France », n°1272066 et n° 1301692, déposées respectivement le 18 juillet 2013 et le 22 décembre 2014 auprès de l'Office Benelux de la propriété intellectuelle au motif qu'elles constituent la contrefaçon du titre original « Jours de France » dont elle détient les droits d'auteur (page 38/54 de ses écritures) ne peut, par voie de conséquence, prospérer ;

Sur la demande de la Société du Figaro au titre de la concurrence déloyale et du parasitisme

Considérant que la Société du Figaro qui se fonde sur les dispositions de l'article L 112-4 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle affirme que quand bien même le titre « Jours de France » ne bénéficierait pas de la protection instaurée par le droit d'auteur, elle n'en est pas moins fondée à agir sur ce dernier fondement lorsque le titre utilisé antérieurement sert à individualiser une oeuvre du même genre dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion et que tel est le cas en l'espèce ;

Que la société Entreprendre a sciemment voulu construire son magazine, poursuit-elle, à l'image du magazine « Jours de France » en vue de renforcer une confusion dans l'esprit du public et qu'elle invoque à cet égard, la reprise du code couleur (blanc et rouge) associée à la proximité de la police de caractères ' à telle enseigne que des prestataires ont été effectivement victimes de cette confusion -, à la similitude de la ligne éditoriale ou encore à la mise en vente de son produit dans les mêmes rayons ;

Qu'invoquant également l'article 1382 du code civil, elle stigmatise par ailleurs les agissements parasitaires de l'intimée tirant profit de ses propres efforts humains et financiers, n'hésitant pas à user du slogan « le retour du grand magazine français » (en décembre 2011) ou de l'accroche « abonnez-vous à Jour de France, Le Magazine Mythique d' Information » sur son site internet, et estime que ces pratiques ont permis à la société Entreprendre de figurer dans le classement (daté du 28 octobre 2013) des 15 magazines les plus dynamiques de France ;

Que ce comportement lui a causé un préjudice en banalisant son magazine, en le dévalorisant du fait de la moindre qualité de la revue incriminée et en écornant sa propre image, notamment par divers propos mensongers diffusés par voie de presse ;

Considérant, ceci exposé, que l'examen comparé des deux magazines vendus sous le signe « Jours de France et « Jour de France » permet de considérer qu'en utilisant le titre « Jour de France » pour individualiser le magazine qu'elle exploite et qui se révèle du même genre que le magazine édité par la Société du Figaro - contrairement à ce que prétend la société Entreprendre qui distingue sans pertinence l'actualité des têtes couronnées et celle des « people » alors que tous évoluent dans ce qu'il est convenu de nommer « l'univers des célébrités » - cette dernière a créé un risque de confusion pour le public concerné ;

Que la reprise cumulée des codes couleur, de la mise en page et du graphisme est en effet patente et que le consommateur qui trouvera ces deux magazines dans les mêmes points de vente puisqu'ils empruntent les mêmes circuits de distribution sera conduit à se méprendre ;

Que la société Entreprendre ne peut valablement tenter de se dédouaner de toute responsabilité en invoquant le fait des concepteurs chargés de l'élaboration de la revue ou d'un distributeur usant du slogan précité dès lors qu'entreprise de presse éditant la publication périodique en cause, elle a participé à la réalisation du dommage, voire tiré des bénéfices de sa réalisation, et qu'il lui appartient éventuellement de solliciter leur garantie si elle le juge opportun ;

Qu'elle ne peut davantage être suivie lorsqu'elle affirme que le lancement du magazine « Jours de France » de la Société du Figaro ne lui a pas permis d'augmenter ses ventes dès lors que ce qui lui est reproché au titre du parasitisme est d'avoir tiré profit de la valeur économique créée par les promoteurs de l'hebdomadaire « Jours de France » au fil d'une exploitation qui s'est poursuivie sans discontinuer de 1954 à 1989, quand bien même sa renommée n'est plus, comme l'écrit l'intimée, « celle qui avait pu être à son époque de gloire » ;

Qu'il en résulte que la société Entreprendre, contrevenant aux usages loyaux et honnêtes du commerce dans le dessein de capter une clientèle intéressée par la ligne éditoriale du magazine a commis une faute à l'origine des préjudices invoqués par la Société du Figaro et qu'elle a, en outre, commis des actes de parasitisme en profitant de la valeur économique de ce titre de presse ;

Qu'il s'ensuit, également, que la société Entreprendre n'est pas fondée à se plaindre des faits de concurrence déloyale et de parasitisme qu'elle impute à faute à la Société du Figaro au motif qu'elle édite elle-même à grands frais la revue « Jour de France » depuis novembre 2010 et que cette dernière a poursuivi, depuis le 07 décembre 2013, l'exploitation de la marque « Jours de France » dont elle a été déchue par jugement en faisant paraître huit numéros au jour de ses écritures ;

Sur les mesures réparatrices

Considérant qu'en conséquence de ce qui précède, la Société du Figaro doit être indemnisée du préjudice résultant, d'une part, de la contrefaçon de sa marque du fait de l'exploitation de la marque française « Jour de France » n° 3 211 668 et, d'autre part, des faits de concurrence déloyale et de parasitisme retenus ;

Considérant que pour évaluer son préjudice matériel au titre de la contrefaçon de marque à hauteur de la somme de 386.881 euros, la Société du Figaro se prévaut de la perte des redevances que lui aurait procurées une licence de marque, soit 10 % du chiffre d'affaires de 3.868.814,20 euros réalisé entre le 1er janvier 2011 et le 31 décembre 2014 par la vente de 1.018.109 exemplaires au prix unitaire de 3,80 euros ; qu'elle expose, par ailleurs, qu'elle a subi un préjudice moral qu'elle évalue à la somme de 120.000 euros en se prévalant de l'atteinte au droit privatif que constitue la propriété d'une marque, de la dépréciation de sa marque et de l'érosion de son pouvoir distinctif ;

Qu'il y a lieu de considérer que ces demandes indemnitaires sont prévues par l'article L 716-14 du code de la propriété intellectuelle visant tant le montant des redevances qui auraient pu être perçues comme assiette du préjudice matériel que le préjudice moral ;

Qu'il n'en demeure moins que ces demandes indemnitaires ne font pas le départ entre les faits de contrefaçon résultant du dépôt de la marque contrefaisante et ceux qui résultent de son exploitation alors que la cour n'a retenu que ces derniers ;

Qu'elles doivent, de plus, être ramenées à de plus justes proportions en l'absence d'éléments de référence, issus du secteur d'activité concerné, relatifs au pourcentage qui aurait pu être négocié pour exploiter la marque sous licence - avec cette circonstance particulière qu'à la date avancée de janvier 2011, la marque « Jours de France » n'était plus exploitée depuis 1989 - et en présence de chiffres qui ne tiennent pas compte, comme le souligne l'intimée, des charges nécessaires à l'exploitation du magazine désigné par la marque contrefaisante ; qu'il sera par conséquent alloué à la Société du Figaro la somme de 50.000 euros en réparation du préjudice matériel subi ;

Que l'atteinte au droit privatif, la banalisation, la dépréciation de la marque et l'atteinte à l'image de la Société du Figaro sont à l'origine d'un préjudice supplémentaire qui sera évalué à la somme de 20.000 euros, de sorte qu'il lui sera alloué une somme globale de 70.000 euros en réparation du préjudice résultant de la contrefaçon de sa marque « Jours de France » du fait de l'exploitation non autorisée de la marque « Jour de France » ;

Considérant, s'agissant des faits de concurrence déloyale et de parasitisme retenus en raison des conditions d'exploitation du titre « Jours de France » que la confusion entretenue, comme elle l'a fait, par la société Entreprendre au détriment de la Société du Figaro contrevient aux usages loyaux du commerce que l'on peut attendre d'un acteur économique agissant sur le même marché et que cette société a indûment tiré profit d'un titre de presse ayant connu, comme elle le dit, « son heure de gloire » ;

Qu'il sera alloué à la Société du Figaro une somme globale de 40.000 euros à ce titre ;

Considérant, s'agissant des réparations par équivalent, qu'il y a lieu d'ordonner sous astreinte les mesures d'interdiction sollicitées, étendues, s'il échet, à l'usage de signes distinctif comprenant le signe « jour de france » ou « jourdefrance », ceci faute d'éléments plus précis sur l'usage des noms de domaine dont il fait état dans le dispositif des conclusions de l'appelante ;

Que les circonstances de l'espèce justifient que soit ordonnée la mesure de publication sollicitée, selon les modalités explicitées au dispositif ;

Sur les autres demandes

Considérant qu'il résulte de la teneur du présent arrêt que la société Entreprendre n'est pas fondée à se prévaloir d'un abus de procédure et qu'elle échoue donc en sa demande indemnitaire à ce titre ;

Qu'il convient, par ailleurs, d'infirmier le jugement en ses dispositions relatives à l'application de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens ;

Que l'équité commande d'allouer à la Société du Figaro la somme de 12.000 euros sur le fondement de l'article 700 de ce code ; que, déboutée de ce dernier chef de prétentions, la société Entreprendre qui succombe supportera les dépens de première instance et d'appel ;

PAR CES MOTIFS

Infirmes le jugement sauf en ce qu'il a rejeté la demande de la Société du Figaro SAS au titre de la protection du droit d'auteur, débouté la société Entreprendre SA de ses demandes reconventionnelles et, statuant à nouveau ;

Déclare la Société du Figaro SAS irrecevable en son action en contrefaçon de sa marque du fait du dépôt de la marque

« Jour de France » n° 3 211 668 par la société Entreprendre SA mais recevable en cette action du fait de l'exploitation de cette marque ;

Déclare la Société du Figaro SAS irrecevable en son action en nullité de la marque « Jour de France » n°3 211 668 fondée sur le dépôt frauduleux de la marque ;

Déboute la société Entreprendre SA de sa demande tendant à voir prononcer la déchéance des droits de la Société du Figaro sur la marque « Jours de France » n°1 514 458 ;

Dit qu'en exploitant la marque verbale française « Jour de France » n°3 211 668 désignant les produits en classes 16, 35, 38 et 41, la société Entreprendre SA a commis des actes de contrefaçon de la marque « Jours de France » n°1 514 458 au préjudice de la Société du Figaro SAS ;

Dit qu'en exploitant comme elle l'a fait le titre « Jour de France », la société Entreprendre a commis des actes de concurrence déloyale et de parasitisme au préjudice de la Société du Figaro SAS ;

Condamne, en conséquence, la société Entreprendre SA à verser à la Société du Figaro SAS la somme de 70.000 euros en réparation de l'entier préjudice qu'elle a subi du fait des actes de contrefaçon de sa marque ainsi que la somme de 40.000 euros en réparation du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale et de parasitisme ;

Fait interdiction à la société Entreprendre SA de poursuivre la commercialisation du magazine « Jour de France », sous quelque format et support que ce soit, et de faire usage de ces termes, de manière autonome ou associés à d'autres termes, dans tout signe distinctif, ceci dans les huit jours suivant la signification du présent arrêt et sous astreinte de 500 euros par jour de retard passé ce délai ;

Rejette les demandes de la Société du Figaro SAS portant sur les marques « Jour de France » dont la société Entreprendre SA est titulaire enregistrées auprès de l'Office Bénélux de la propriété intellectuelle et sur le transfert de noms de domaine ;

Ordonne la publication dans deux journaux ou revues au choix de la Société du Figaro SAS et aux frais de la société Entreprendre SA, dans la limite de 7.000 euros TTC par publication, de l'insertion suivante :

« Par arrêt rendu le 20 novembre 2015, la cour d'appel de Paris a condamné la société Entreprendre SA pour des faits de

contrefaçon de la marque « Jours de France » dont est titulaire la Société du Figaro SAS ainsi que pour des faits de concurrence déloyale et de parasitisme commis au préjudice de cette dernière » ;

Déboute la Société du Figaro SAS et la société Entreprendre SA de leurs autres demandes ;

Condamne la société Entreprendre SA à verser à la Société du Figaro la somme de 12.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les entiers dépens avec faculté de recouvrement conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

La Greffière La Présidente