

Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à la société Serisud du désistement partiel de son pourvoi au profit de M. X... ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société malgache Maki Company et M. Y..., son gérant, ayant découvert que la société Serisud avait déposé en France la marque Maki Company postérieurement au dépôt de la marque Maki Company par M. Y... auprès de l'office malgache de propriété industrielle, ont assigné la société Serisud pour dépôt frauduleux de marque et concurrence déloyale ; que la société Serisud a alors formé des demandes reconventionnelles en contrefaçon de droits d'auteur et en concurrence déloyale ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses trois branches, tel que reproduit en annexe :

Attendu que la société Serisud fait grief à l'arrêt de rejeter son action en contrefaçon de neuf dessins intitulés "charrette boeuf", "tortue seule", "tam-tam danse", "lézards", "maquis cocotier", "multi paille en queue", "ballade ethnique", "poissons jaunes" et "rubans de petites tortues", dirigée contre la société Maki Company et M. Y... ;

Mais attendu que la cour d'appel qui, après avoir relevé que les seules similitudes observées entre les dessins exploités par les parties tenaient à leur commune appartenance à un fonds commun de thèmes représentatifs de la vie quotidienne sous les Tropiques, a retenu dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que les dessins incriminés ne reprenaient pas les caractéristiques formelles de ceux exploités par la société Serisud, et en a exactement déduit que l'action en contrefaçon n'était pas fondée ; que le moyen, qui s'attaque à des motifs surabondants, ne peut être accueilli ;

Sur le quatrième moyen pris en ses quatre branches, tel que reproduit en annexe :

Attendu que la société Serisud fait grief à l'arrêt d'annuler le constat d'huissier de justice en date des 22 et 23 mai 2006 ;

Mais attendu que la société Serisud n'ayant pas soutenu devant la cour d'appel que le procès-verbal litigieux établi en exécution d'une ordonnance sur requête ne pouvait être contesté que par la voie du recours en rétractation, ni que la nullité alléguée supposait, pour être accueillie, la démonstration d'un grief, le moyen est nouveau en ses première, troisième et quatrième branches et, partant, irrecevable ;

Et attendu que c'est sans encourir le grief de la deuxième branche du moyen que l'arrêt qui relève que les opérations de constat des 22 et 23 mai 2006 avaient donné lieu à la saisie de deux mille articles et constituaient, par leur contenu, une saisie-contrefaçon déguisée, retient que celles-ci ne ressortaient pas des mesures d'instruction légalement admissibles prévues à l'article 145 du code de procédure civile et en prononce la nullité, justifiant ainsi légalement sa décision de ce chef ;

Sur le cinquième moyen, pris en ses trois branches, tel que reproduit en annexe du présent arrêt :

Attendu que la société Serisud fait grief à l'arrêt de la condamner à payer des dommages-intérêts à la société Maki Company ;

Mais attendu que sous le couvert du grief non fondé de violation de l'article 1382 du code civil, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine du préjudice par la cour d'appel, qui n'a pas condamné la société Serisud pour avoir abusé de son droit d'ester en justice, mais a condamné cette dernière à réparer le préjudice commercial subi par la société Maki Company du fait de la saisie et des retenues douanières pratiquées et des actes de dénigrement commis, préjudice dont la réparation globale prend en compte le gain manqué par la société Maki Company ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article L.113-5 du code de la propriété intellectuelle ;

Attendu que pour rejeter l'action en contrefaçon formée par la société Serisud contre la société Maki Company et M. Y... au titre de trois dessins intitulés "taxis brousses", "crocodiles" et "baobabs", dont il n'était pas contesté que M. Z... était l'auteur, l'arrêt retient que la revendication par ce dernier devant une juridiction malgache de droits d'auteur sur ces dessins, est exclusive du bénéfice de la présomption de titularité des droits patrimoniaux dont la société Serisud se prévalait ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la société Serisud soutenait être cessionnaire desdits droits sur ces dessins qu'elle disait exploiter sous son nom, et que M. Z... n'avait pas été appelé dans la cause, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

Et sur le troisième moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour débouter la société Serisud de sa demande en réparation d'actes de concurrence déloyale formée contre la société Maki Company, la cour d'appel a procédé à l'examen de chacun des actes incriminés, tenant à la gamme des coloris, au patronage, au style de lettrage et aux coupes choisis par la société Maki Company ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si ces griefs, considérés dans leur ensemble, n'étaient pas de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle et, partant, à caractériser une concurrence déloyale, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du troisième moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré la société Serisud irrecevable à agir en contrefaçon des dessins intitulés "taxis brousse", "crocodile" et "baobabs" et en ce qu'il a débouté la société Serisud de ses demandes en réparation d'actes de concurrence déloyale, l'arrêt rendu le 11 mars 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes formées ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit novembre deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils, pour la société Serisud

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société SERISUD de sa demande tendant à la condamnation de la société MAKI COMPANY et Monsieur Y... pour contrefaçon des dessins intitulés « baobabs », « crocodile » et « taxis brousses » ;

AUX MOTIFS QUE la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'oeuvre est divulguée ; que si ces dispositions sont inapplicables à une personne morale inapte par nature à toute création et qui ne peut donc avoir la qualité d'auteur, pour autant il est constant en droit qu'en l'absence de revendication de la part de la personne physique ayant réalisé une oeuvre, l'exploitation d'une oeuvre par une personne morale sous son nom fait présumer à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon que cette personne est titulaire du droit de propriété incorporelle de l'auteur ; qu'il s'agit d'une présomption simple dont la preuve contraire peut donc être rapportée par le tiers ; que la revendication devant une juridiction malgache par Monsieur Z... de ses droits d'auteur sur trois des dessins en cause intitulés "baobabs", "crocodile" et "taxis brousses" à l'encontre de la société SERISUD ou de la société Baobab Company of Madagascar suffit à faire tomber la présomption de titularité des droits de la société SERISUD sur lesdits dessins à l'égard de Monsieur Y... et de la société Maki Company qu'elle poursuit pour contrefaçon alors que par ailleurs celle-ci ne conteste pas dans le cadre de la présente procédure que Monsieur Z... soit l'auteur de ces dessins et qu'elle ne soutient pas lui avoir acheté ses droits » ;

1°) ALORS QUE l'exploitation de l'oeuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard du tiers

recherché pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'oeuvre d'un droit de propriété incorporelle d'auteur ; que cette présomption peut tomber en cas de revendication de la part de celui qui se prétend l'auteur de l'oeuvre ; qu'en présence d'une telle revendication, il appartient au juge de vérifier que la personne physique qui formule une telle revendication était bien l'auteur des oeuvres litigieuses ; qu'en jugeant que « la revendication devant une juridiction malgache par Monsieur Z... de ses droits d'auteur sur trois des dessins en cause intitulés « baobabs », « crocodile » et « taxis brousses » à l'encontre de la société SERISUD ou de la société BAOBAB COMPANY OF MADAGASCAR suffi sait à faire tomber la présomption de titularité des droits de la société SERISUD sur lesdits dessins à l'égard de Monsieur Y... et de la société MAKI COMPANY qu'elle poursuit pour contrefaçon » (arrêt p. 14, dernier alinéa et p. 15, al. 1er), sans vérifier que Monsieur Z... était effectivement titulaire des droits d'auteur sur ces oeuvres, la Cour d'appel a violé l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle ;

2°) ALORS QUE, en toute hypothèse, l'exploitation de l'oeuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard du tiers recherché pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'oeuvre d'un droit de propriété incorporelle d'auteur ; que le juge ne peut écarter la présomption de titularité des droits d'auteur bénéficiant à la personne morale sous le nom de laquelle l'oeuvre est divulguée au seul prétexte qu'une personne physique aurait introduit une action en réclamation à l'encontre de cette personne morale et doit vérifier que cette dernière est effectivement titulaire des droits sur l'oeuvre ; qu'il ne peut le faire sans que la personne physique qui serait titulaire des droits sur l'oeuvre ait été appelé à l'instance ; qu'il appartient à celui qui entend faire tomber la présomption de titularité de l'oeuvre bénéficiant à la personne morale sous le nom de laquelle l'oeuvre a été divulguée, de faire intervenir le prétendu titulaire des droits ; qu'en l'absence d'une telle intervention, le juge ne peut écarter la présomption de titularité de l'oeuvre bénéficiant à la personne morale ; qu'en écartant la présomption de titularité de l'oeuvre bénéficiant à la société SERISUD au motif que Monsieur Z... aurait revendiqué ses droits d'auteur sur trois des dessins en cause intitulés « baobabs », « crocodile » et « taxis brousses » devant la juridiction malgache, bien que la société MAKI COMPANY et Monsieur Y... n'aient pas attiré Monsieur Z... à la procédure, la Cour d'appel a violé l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle ;

3°) ALORS QU'en toute hypothèse, en jugeant que la société SERISUD «ne soutient pas lui avoir acheté ses droits » (arrêt p. 15, al. 1er), la Cour d'appel a dénaturé les conclusions de la société SERISUD qui indiquait que «Monsieur Z... lui avait cédé les droits » sur ces dessins (conclusions récapitulatives n° 2 de la société SERISUD, p. 19, al. 1er) et a violé l'article 1134 du Code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société SERISUD de son action en contrefaçon sur les neuf dessins dont les titres sont "charrette boeuf", "tortue seule", "tam-tam danse", "lézards", "makis cocotier" "multi paille en queue", "ballade ethnique", "poissons jaunes" et "ruban de petites tortues" formulée à l'encontre de la société MAKI COMPANY et de Monsieur Y... ;

AUX MOTIFS QUE « la société SERISUD est recevable à rechercher Monsieur Y... et la société MAKI COMPANY pour contrefaçon sur neuf dessins dont les titres sont "charrette boeuf", "tortue seule", "tam-tam danse", "lézards", "makis cocotier" "multi paille en queue", "ballade ethnique", "poissons jaunes" et "ruban de petites tortues" ;

la contrefaçon alléguée ne saurait s'appuyer sur l'identité existant entre les thèmes exploités et ayant donné lieu aux créations graphiques litigieuses dès lors que, le produit à savoir les tshirts sur lesquels sont reproduits ces motifs étant destiné à une clientèle touristique, tous ces thèmes, qui sont représentatifs de la vie quotidienne sous les Tropiques aussi bien que de la flore et de la faune des Mascareignes, constituent des sources d'inspiration qui ne sont pas susceptibles d'appropriation.

Qu'ainsi la contrefaçon ne saurait en l'espèce se déduire du simple fait qu'un dessin représenterait par exemple une tortue alors qu'un autre dessin représentant une tortue serait protégé et il convient alors de rechercher dans ce cas de figure précis non pas si le dessin d'une tortue a été utilisé par la société MAKI COMPANY mais s'il s'agit du dessin de la même tortue représentée à l'identique et sans aucun caractère de nouveauté ou d'originalité.

Il y a lieu ainsi de retenir que la référence de chacun des dessins litigieux a une source d'inspiration commune constituée par le patrimoine culturel propre à la zone Afrique-Mascareignes ce qui constitue leur caractéristique essentielle commune, et de considérer que l'examen du grief de contrefaçon doit se faire au vu des différences relatives à l'apparence et au mode de réalisation de chaque dessin et donc de l'impression visuelle d'ensemble que donne le dessin sur un observateur averti.

L'impression visuelle d'ensemble des dessins reproduits par la société MAKI COMPANY sur les articles sur lesquels ils sont sérigraphiés doit donc être différente de celle des dessins reproduits par la société SERISUD sur les articles sur lesquels ils sont sérigraphiés » (arrêt p.15, al. 3 à 6).

c'est là encore sur des motifs pertinents que la Cour adopte que le premier juge a considéré que, s'agissant des t-shirts reproduisant les sept dessins qu'il a examinés à savoir ceux intitulés "charrette boeuf", "tortue seule", "tam-tam danse", "lézards", "makis cocotier", "multi paille en queue", "ballade ethnique", leur originalité et donc la différence d'impression visuelle d'ensemble qu'ils donnaient avec ceux exploités par la société SERISUD était patente et que la contrefaçon alléguée n'était pas démontrée.

Il en est de même du motif "poissons jaunes" alors que ce motif original de la société MAKI COMPANY reproduit au sein de deux cadres au fond orangé deux poissons dont les caractéristiques graphiques sont différentes de celles reproduites par la société SERISUD notamment par la finesse du trait, comme pour le motif "paille en queue", par un parti pris naturaliste se détachant du graphisme plus naïf et simpliste de la représentation de SERISUD, le tout créant une impression visuelle d'ensemble différente.

Il en est également de même du motif "ruban de petites tortues" alors que si le motif exploité par la société SERISUD reproduit cinq tortues de taille égale nageant de manière dispersée, le motif original de la société MAKI COMPANY reproduit six tortues de forme et de taille différente se dirigeant toutes vers le haut, et que le tout crée une impression visuelle d'ensemble différente.

Il s'ensuit que pour les neuf dessins pour lesquels la société SERISUD est recevable à agir en contrefaçon à l'encontre de la société MAKI COMPANY, la contrefaçon alléguée n'est pas démontrée tant en ce qui concerne les articles sur lesquels ils sont sérigraphiés qu'en ce qui concerne leur représentation qui en est faite sur le site Internet www.maki-company.com ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « en ce qui concerne le motif « charrette boeuf » il convient d'emblée de constater que le dessin revendiqué par SERISUD ne ressemble pas à celui de MAKI COMPANY puisque seul ce dernier figure une charrette, d'ailleurs occupée par deux makis, et que le thème du zébu appartient au corpus inévitable d'inspiration des scènes de la vie courante dans la zone des Mascareignes :

Il en est de même du dessin « Tortue Seule » puisqu'en dehors du fait que la tortue de SERISUD ne ressemble pas à celle de MAKI COMPANY en tout cas eu égard au fait qu'il s'agit de la représentation du même animal, on constate d'emblée que le tee-shirt dans le premier cas décoré d'un seul animal et dans le second cas de quatre tortues dont l'une a

d'ailleurs une taille particulière par rapport aux trois autres ;

Le motif « Tam Tam Danse » s'inspire, chez chacun des deux dessinateurs, du thème « Maloya » et danse Africaine. Le dessin utilisé par MAKI COMPANY n'est pas exempt d'originalité, le dessinateur ayant marqué sa propre personnalité en s'affranchissant clairement de certains partis pris artistiques du dessinateur de SERISUD. Les personnages ne sont pas en couple, utilisent directement l'instrument de musique, lequel est unique et constitué d'un Djembé, leur coiffure est particulièrement originale.

Les motifs « Ballade Ethnique » et « Makis cocotiers » sont également empreints d'originalité et de nouveauté de sorte que les dessins de MAKI COMPANY ne sont pas susceptibles d'être qualifiés de contrefaçons. Dans le premier cas, la marque de MAKI COMPANY a une forme originale adoptant l'ovale, et l'ajout de zébus et de baobabs sur le sommet de la tête confirme une expression artistique novatrice. Il en est de même pour le dessin « Makis Cocotiers » dans lequel le graphiste de MAKI COMPANY fait intervenir non des makis, comme figuré de manière erronée en page 37 des conclusions de SERISUD du 8/11/2007 et en page 83 de son dossier de plaidoirie mais des lézards ou « margouillats » dont l'un jette des noix de cocos sur un autre protagoniste. La scène ainsi représentée n'a rien à voir avec celle figurant sur les tee-shirts SERISUD mettant en scène trois makis se reposant sur une liane tendue entre deux cocotiers.

Les deux derniers dessins « Lézards » et « Multi Paille-en-queue » doivent être, plus que les autres analysés en fonction des marques d'originalité et de nouveauté, dès lors que la caractéristique commune de ces dessins, le recours à deux des thèmes les plus classiques du folklore pictural Réunionnais, ne permet pas de fonder à elle seule la contrefaçon alléguée. A ce titre, il ressort pour les deux dessins litigieux, que le dessinateur de MAKI COMPANY a fait preuve d'originalité en se référant à un thème déjà traité par SERISUD, puisque ses lézards se distinguent nettement par leur traitement artistique fantaisiste (yeux proéminents, queues enroulées, pattes aux doigts bien séparés, pose humoristique) de celui plus classique adopté par le graphiste de SERISUD. En ce qui concerne le motif « Paille-en-queue », et en dépit d'une apparente similitude globale du dessin tenant au fait qu'encre une fois, il n'est pas évident de faire preuve d'une innovation particulièrement révolutionnaire dans la représentation d'un paille-en-queue, force est de constater que le graphisme de MAKI COMPANY se distingue de celui de SERISUD par la finesse de son trait, et le parti pris « naturaliste » du dessinateur se détachant du graphisme plus naïf et simpliste de la représentation de son collègue, ces éléments caractérisant un réel apport artistique et une façon de traiter le thème de manière originale » ;

1°) ALORS QUE toute représentation ou reproduction totale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur est illicite ; qu'en affirmant que les dessins critiqués n'auraient pu constituer la contrefaçon des oeuvres dont est titulaire la société SERISUD que sous réserve qu'ils aient été représentés à l'identique et sans aucun caractère de nouveauté ou d'originalité » (arrêt, p. 15, al. 4 ; jugement p. 9, § 3), la Cour d'appel a violé l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle ;

2°) ALORS QUE la contrefaçon s'apprécie au regard des ressemblances et non pas des différences existant entre les oeuvres en cause ; qu'en affirmant, au contraire, que « l'examen du grief de contrefaçon doit se faire au vu des différences relatives à l'apparence et au mode de réalisation de chaque dessin » (arrêt, p. 15, al. 5 ; jugement p. 9, § 3 et 4) et en se fondant sur les différences existant entre les oeuvres en cause et non pas sur leurs ressemblances, pour apprécier l'existence d'une contrefaçon, la Cour d'appel a violé l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle ;

3°) ALORS QUE la protection accordée au titre des dessins et modèles industriels s'acquiert par un enregistrement ; qu'en l'espèce, la société SERISUD n'était titulaire d'aucun dépôt de modèle sur les dessins litigieux et ne se prévalait pas des dispositions applicables aux dessins et modèles déposés ; qu'en se fondant, dès lors, pour écarter l'existence d'une contrefaçon, sur la circonstance que les oeuvres litigieuses auraient créé « une impression visuelle d'ensemble différente », quand l'existence d'une impression visuelle d'ensemble identique est exigée pour caractériser la contrefaçon de

modèle déposé et non pas pour caractériser la contrefaçon de droits d'auteurs, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles L. 111-1, L. 113-5 et L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble les articles L. 511-9, L. 513-4 et L. 513-5 du Code de la propriété intellectuelle, par fausse application.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société SERISUD de son action en concurrence déloyale intentée à l'encontre de la société MAKI COMPANY ;

AUX MOTIFS QUE le « grief de concurrence déloyale ... en ce qu'il serait caractérisé par un risque de confusion du fait de l'introduction sur le marché par la société MAKI COMPANY des tee-shirts contrefaisants parce que revêtus des mêmes motifs, trouvant sa source dans les faits de contrefaçon alléguée et déniée par la Cour n'est donc pas fondé ;

pour le surplus s'agissant de la gamme de coloris, du patronage, du lettrage, des gammes de coupes et des gammes de prix, il résulte de la comparaison des échantillons produits :

- que la gamme de coloris adoptée par chacun des concurrents est suffisamment vaste pour qu'il puisse être considéré qu'il n'y a sur ce point aucune irrégularité de la part de la société MAKI COMPANY,
- que le patronage ne peut être considéré en l'espèce comme faisant partie des éléments sur lesquels la société SERISUD a pu se fonder une réputation de qualité et une image reconnue par sa clientèle dès lors qu'il est suffisamment courant pour un produit de grande consommation qui se différencie plutôt par la qualité des tissus, des coutures et des impressions,
- que si le style de lettrage employé par la société MAKI COMPANY présente des similitudes mineures avec certaines des inscriptions ornant des produits de la société SERISUD le caractère limité de ce constat est insuffisant pour établir la réalité ni même la possibilité d'une confusion préjudiciable,
- enfin que si les gammes de coupes pratiquées par les deux concurrents présentent des similitudes il n'est pas établi par la société SERISUD que ces éléments soient caractéristiques des produits en cause, une gamme complète de t-shirts et autres articles de sport wear quelqu'ils soient pouvant difficilement faire l'impasse sur l'une ou l'autre des coupes d'usage courant en la matière dont la société SERISUD se prévaut » (arrêt p. 16).

1°) ALORS QUE la Cour d'appel ayant jugé que la société SERISUD n'était pas recevable à agir en contrefaçon des dessins intitulés « baobabs », « crocodile » et « taxis brousses » (arrêt p. 15, al. 1er) elle n'a pas comparé ces trois dessins à ceux utilisés par la société MAKI COMPANY ; qu'en écartant l'action en concurrence déloyale intentée par l'exposante à l'encontre de la société MAKI COMPANY pour reprise de ces trois dessins au motif que « le « grief de concurrence déloyale ... en ce qu'il serait caractérisé par un risque de confusion du fait de l'introduction sur le marché par la société MAKI COMPANY des tee-shirts contrefaisants parce que revêtus des mêmes motifs, trouvant sa source dans les faits de contrefaçon alléguée et déniée par la Cour n'est donc pas fondé » (arrêt p. 16, al. 5), la Cour d'appel a privé sa décision de motifs et a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE pour apprécier l'existence d'actes de concurrence déloyale, les juges du fond doivent se fonder sur

l'ensemble des éléments invoqués par celui qui s'en prétend victime ; qu'ils ne peuvent écarter l'action en concurrence déloyale en se contentant d'examiner isolément chacun des faits invoqués ; qu'en déboutant, en l'espèce, l'exposante de son action en concurrence déloyale contre la société MAKI COMPANY sans rechercher si les faits qu'elle lui reprochait qui, pris isolément les uns des autres pouvaient ne pas être significatifs, ne constituaient pas, par leur réunion, un faisceau de présomptions d'une concurrence déloyale commise par la société MAKI COMPANY au préjudice de la société SERISUD, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR prononcé la nullité du constat d'huissier en date des 22 et 23 mai 2006 ;

AUX MOTIFS QUE « les procès-verbaux de saisie dont il est requis la nullité par la société MAKI COMPANY n'ont pas été effectués dans le cadre juridique de la procédure de saisie contrefaçon strictement réglementée au regard de son caractère exorbitant et dérogatoire du droit commun et c'est précisément parce que la société SERISUD a utilisé la procédure de l'article 145 du Code de procédure civile pour ce faire que la société MAKI COMPANY en sollicite la nullité ; que cette nullité de fond pour détournement de procédure doit, en effet, être prononcée dès lors qu'il est absolument patent que le constat d'huissier en date des 22 et 23 mai 2006 est, par son contenu, une saisie contrefaçon déguisée qui aurait pu et aurait dû être requise dans les conditions prévues par les dispositions spéciales en matière de propriété intellectuelle » (arrêt p. 17, al. 5 et 6) ;

1°) ALORS QUE une ordonnance sur requête et les actes pris en exécution de celle-ci ne peuvent être critiqués que par le recours en rétractation institué par l'article 496 alinéa 2 du Code de procédure civile qui relève de la compétence exclusive du juge qui a rendu l'ordonnance ; qu'en annulant, en l'espèce, le procès-verbal des 22 et 23 mai 2006, pris en exécution de l'ordonnance sur requête du 11 mai 2006, alors que cette ordonnance et les actes pris en exécution de celles-ci ne pouvaient être contestés que par la voie du recours en rétractation institué par l'article 496 du Code de procédure civile qui relevait de la compétence exclusive du juge ayant rendu l'ordonnance, la Cour d'appel a violé l'article précité ;

2°) ALORS QUE, en toute hypothèse, la preuve de la contrefaçon peut être rapportée par tout moyen ; que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé ; qu'en jugeant que le fait de recourir à la procédure de l'article 145 du Code de procédure civile pour obtenir des éléments de preuve invoqués dans le cadre d'une action en contrefaçon constituerait un abus de procédure, la Cour d'appel a violé l'article 145 du Code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE, en toute hypothèse, seules constituent des nullités de fond qui affectent la validité d'un acte de procédure sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un grief les irrégularités limitativement énumérées à l'article 117 du Code de procédure civile ; qu'en l'espèce la nullité sollicitée n'était pas de celles listées à l'article précité ; qu'en jugeant que la nullité affectant procès-verbal de saisie constituerait une « nullité de fond » (arrêt p. 17, al. 6) la Cour d'appel a violé l'article 117 du Code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE, en toute hypothèse, quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure les vices de forme faisant grief ; qu'en prononçant la nullité du procès-verbal de saisie sans caractériser l'existence d'un grief, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 114 du Code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société SERISUD à payer à la société MAKI COMPANY la somme de 200.000 euros à titre de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QUE les actes de dénigrement sont, là encore ainsi que l'a justement apprécié le premier juge sur un argumentaire que la Cour adopte, parfaitement caractérisés notamment par l'envoi par SERISUD d'une lettre circulaire du 22 mars 2006 à une partie non négligeable de ses clients qui diffusaient également la marque MAKI COMPANY, lettre désignant de manière non dissimulée cette marque et son fournisseur et qui contenait des affirmations mensongères, jetant le discrédit sur une marque en laissant croire que ceux qui persistaient à la diffuser s'exposaient à des saisies et donc à des préjudices financiers de sorte que la méfiance envers la société MAKI COMPANY en était le résultat tellement logique qu'il en était également à l'évidence le but recherché.

La société SERISUD a, en outre, près de deux mois après ce courrier, fait procéder en mai 2006 à des saisies contrefaçons dont la nullité est absolument patente et au surplus sur près de 2000 articles avant qu'un cantonnement intervienne ensuite d'une ordonnance du septembre 2006 puis, sans attendre dès fin septembre 2006, à des retenues douanières pendant près de quinze jours des produits qu'elle estimait contrefaisants et qui ne l'étaient pas ;

Tous ces agissements de la part de la société SERISUD ont incontestablement causé à la société MAKI COMPANY un préjudice économique important en freinant sa dynamique d'implantation alors qu'ils se sont produit au moment où cette société s'apprêtait à pénétrer le marché réunionnais qui lui aurait permis de réaliser un chiffre d'affaires non négligeable sachant que le volume réalisé par cette société sur la seule île de Mayotte était selon elle de 225.328 euros en 2004 et de 344.736 euros en 2005.

Elle lui a causé également un préjudice commercial qui comprend le préjudice "moral" allégué du fait notamment des conséquences en termes d'image des actes déloyaux et de dénigrement plus avant stigmatisé commis par la société SERISUD ».

« Le chiffre d'affaire réalisé par la société MAKI COMPANY à la Réunion en 2005 était de 54.677 euros, l'expert comptable précisant, ce qui apparaît conforme à ce type de produits, que la marge bénéficiaire était de 18%.

Il est constant que la procédure en cours notamment en ce qu'elle a pour objet la question de l'enregistrement et donc de la propriété de la marque "MAKI COMPANY" a bloqué la distribution à La Réunion des produits portant cette marque.

Elle a donc perdu une chance de faire des bénéfices.

Il n'est pas contesté que le chiffre d'affaires de la société MAKI COMPANY a été sur Ile de Mayotte entre 2005 et 2009 d'une moyenne annuelle de 181.700€ soit un bénéfice annuel de l'ordre de 32.700 euros.

La population de la Réunion et son nombre de touristes sont d'un rapport de 1 à 10 s'agissant des touristes, étant cependant constant que dans ce secteur d'activité la concurrence est très forte à la Réunion.

Au regard de tous ces éléments, il y a lieu d'évaluer le préjudice économique et commercial global de la société MAKI COMPANY à la somme de 200.000 euros ;

1°) ALORS QU'une saisie-contrefaçon ne fait pas peser sur son auteur une responsabilité objective du seul fait qu'elle se révèle injustifiée ; qu'en condamnant l'exposante pour avoir fait procéder à une saisie injustifiée, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil.

2°) ALORS QUE l'exercice d'une voie de droit ne devient fautif qu'en cas d'abus qu'il appartient aux juges du fond de caractériser ; qu'en condamnant l'exposante pour abus du droit d'ester en justice par des motifs impropres à caractériser un tel abus, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

3°) ALORS QUE la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ; que l'indemnisation accordée à la victime au titre de la perte de chance ne saurait présenter un caractère forfaitaire et doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par l'intéressé ; qu'il s'ensuit que le juge qui considère que le préjudice subi par la victime doit s'analyser en une perte de chance doit déterminer quel aurait été l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée et préciser dans quelle proportion la faute imputée au défendeur lui a fait perdre une chance d'obtenir ce résultat ; qu'en fixant, en l'espèce, de manière forfaitaire le montant du préjudice subi par la société MAKI COMPANY au titre d'une perte de chance à la somme de 200.000 euros, la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a violé l'article 1382 du Code civil.