

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11093/2017

ACJC/606/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 23 MAI 2017

Entre

A _____ **SA**, sise _____ en Valais, requérante, comparant par Me Alexandra Clivaz-Buttler, avocate, 2, rue de la Rôtisserie, case postale 3809, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

B _____ **SA**, sise _____ à Genève, citée, comparant par Me Yama Sangin, avocat, 8, rue Rodolphe-Toepffer, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 23 mai 2017 et recommunié à Me Sangin, avocat de la citée, le 29 mai 2017.

Vu, **EN FAIT**, que B_____ SA, dont C_____ et D_____ sont administrateurs avec signature individuelle, a pour but "l'exploitation de discothèques, cafés, restaurants et établissements publics, prise de participation dans tous commerces ou sociétés poursuivant des buts analogues, et activités liées à la communication et l'événementiel";

Que E_____ SA a pour but "l'installation, exploitation, gérance de tous cafés, restaurants, brasseries, tea-rooms, bars et autres commerces similaires et notamment création et exploitation de cafés restaurants à l'enseigne "E_____ SA"; C_____ et D_____ sont administrateurs de la société et disposent d'une signature collective à deux;

Que la faillite de E_____ SA a été prononcée le 3 avril 2017;

Que C_____ et D_____ sont également administrateurs de F_____ SA, avec signature collective à deux, dont le but est "l'ouverture, exploitation et gestion d'établissements dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, ainsi que vente au détail de produits en relation avec l'activité principale, notamment sous la marque "G_____";

Que N_____ SA a pour but "l'achat, vente, administration et gestion de participations dans des sociétés ou entreprises commerciales et financières en Suisse et à l'étranger";

Que jusqu'au 16 mai 2017, C_____ et D_____ en étaient les seuls administrateurs, avec signature collective à deux;

Que le 16 mai 2017, ils ont été remplacés par H_____ et I_____;

Que M_____ SA a pour but "l'acquisition, détention, gestion et vente de participations, directes ou indirectes, dans tous types d'entreprises et de sociétés, tant en Suisse qu'à l'étranger";

Qu'A_____ SA a pour but "la prise et gestion de participations à toutes entreprises commerciales, financières, industrielles et immobilières, en Suisse ou à l'étranger";

Que par requête de mesures superprovisionnelles déposée le 19 mai 2017 à la Cour de justice, A_____ SA demande qu'il soit fait interdiction à B_____ SA d'utiliser ou permettre à tout tiers d'utiliser la dénomination, l'enseigne et la marque "J_____" et "K_____", en lien avec l'établissement situé_____ à Genève ou situé à toute autre adresse; qu'il soit fait interdiction à B_____ SA d'utiliser ou laisser un tiers utiliser l'adresse électronique "_____@_____" et toute autre adresse électronique contenant la mention sous quelque forme que ce soit de "L_____", "J_____" ou "K_____" ; qu'il soit ordonné à B_____ SA d'adresser un "message texte" aux clients et toute autre personne ayant été informée de l'ouverture de l'établissement situé_____ à Genève du fait que celui-ci ne portera pas le nom "K_____" et n'utilisera pas l'adresse "_____@_____" ; qu'il soit ordonné à B_____ SA de retirer toute mention de

l'établissement "K_____" situé_____ à Genève, des comptes et pages de "J_____" (@_____) sur les réseaux sociaux, notamment Twitter, Facebook et Instagram; que ces interdictions soient assorties de la menace des peines prévues par l'art. 292 CP;

Que A_____ SA prend des conclusions similaires après audition des parties, demandant notamment en sus qu'un délai de 90 jours lui soit octroyé pour agir au fond;

Qu'elle indique qu'elle détient 20% de N_____ SA, aux côtés de B_____ SA (40%) et de M_____ SA (40%);

Que F_____ SA avait exploité jusqu'en novembre 2015 un restaurant sous l'enseigne "L_____", à _____ à Genève;

Qu'à la suite de la cession de bail des locaux occupés par "L_____" à O_____, P_____ SA avait été créée, avec pour but "exploitation d'établissements publics tels que cafés, discothèques, restaurants, bars à café ou entreprises similaires, la prise de participations dans tous commerces ou sociétés poursuivant des buts analogues, ainsi que toutes activités liées à la communication et à l'événementiel"; C_____ et D_____ sont administrateurs, avec signature collective à deux;

Que M_____ SA et B_____ SA sont actionnaires à 50% chacune de P_____ SA;

Que F_____ SA avait exploité jusqu'en novembre 2015 un restaurant sous l'enseigne "L_____", à _____ à Genève;

Qu'à la suite de la cession de bail des locaux occupés par "L_____" à O_____, P_____ SA avait été créée, avec pour but "exploitation d'établissements publics tels que cafés, discothèques, restaurants, bars à café ou entreprises similaires, la prise de participations dans tous commerces ou sociétés poursuivant des buts analogues, ainsi que toutes activités liées à la communication et à l'événementiel"; C_____ et D_____ sont administrateurs, avec signature collective à deux;

Que M_____ SA et B_____ SA sont actionnaires à 50% chacune de P_____ SA;

Que le 6 juillet 2016, cette dernière société, représentée par C_____ et D_____, avait conclu un contrat de bail portant sur des locaux commerciaux sis _____ à Genève;

Que les locaux étaient destinés à l'exploitation d'un café restaurant midi et soir, un lounge et d'un bar de nuit dancing, sous l'enseigne "J_____";

Que le 2 novembre 2016, P_____ SA, représentée par C_____ et D_____, avait transféré le bail précité à B_____ SA;

Que E_____ SA exploitait depuis 1993 un bar de nuit dancing à _____, sous l'enseigne "J_____";

Que E_____ SA a fait enregistrer la marque "J_____" sous P-1_____ le 16 février 1999 auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle; un nouvel enregistrement a eu lieu le 25 septembre 2012 avec un nouveau logo (n° 2_____);

Que la marque est également protégée au niveau international, sous le n° 3_____;

Que la marque "J_____", avec un logo différent des deux marques précitées, a encore été enregistrée, sous le n° 4_____, par E_____ SA;

Que le 10 janvier 2017, la marque "J_____" n° 4_____ a été transférée à B_____ SA, le transfert ayant été publié le 11 janvier 2017 dans Swissreg;

Que le 13 mars 2017, B_____ SA a fait enregistrer comme marque n° 5_____ "K_____" et le 6 avril 2017, la marque n° 6_____ "K_____" avec une tête de_____ comme logo;

Qu'une procédure pénale pour détournement de fonds a été ouverte en décembre 2016 contre Q_____, directeur financier de N_____ SA;

Que selon les déclarations de celui-ci auprès de la Police, il aurait "truqué" les comptes des différentes sociétés, à la demande de C_____ et D_____, afin de rénover leurs appartements privés ou acheter du mobilier à des fins privées; lui-même avait détourné des fonds afin de rembourser les prêts que lui avaient accordés les précités;

Que le 24 janvier 2017, C_____ et D_____ ont été mis en prévention d'abus de confiance et d'instigation de faux dans les titres;

Que selon A_____ SA, N_____ SA et M_____ SA considèrent que le lien de confiance avec C_____ et D_____ est rompu, de sorte qu'à la suite de l'assemblée générale extraordinaire du 15 mars 2017, les pouvoirs de C_____ et D_____ dans N_____ SA ont été radiés;

Que A_____ SA allègue encore qu'elle aurait appris le 16 mai 2017 par des clients du bar de nuit dancing "J_____" qu'ils avaient reçu un message du "R_____" leur annonçant que "K_____" allait "revenir", dès le 24 mai 2017 avec des spécialités_____";

Que A_____ SA explique également qu'elle a consulté les registres de Swissreg à la suite de ces annonces et alors appris le dépôt par B_____ SA des marques précitées "K_____" et "K_____" avec une nouvelle calligraphie et un nouveau logo en forme de tête de_____ ; les demandes étaient pendantes; selon A_____ SA, la calligraphie de la seconde marque déposée est la même que celle de E_____ SA;

Qu'elle expose qu'en tant qu'actionnaire de N_____ SA, elle peut faire valoir les droits patrimoniaux de cette société, notamment ceux relatifs à la protection de la marque et à

l'interdiction d'une concurrence déloyale, N_____ SA pouvant fonder ces droits sur son actionnariat de E_____ SA;

Qu'elle soutient que le transfert de la marque le 10 janvier 2017 de E_____ SA à B_____ SA était nul, les deux administrateurs ayant agi comme représentants de chacune des sociétés; qu'en outre, seule P_____ SA ayant le droit d'exploiter l'enseigne "K_____", le transfert du bail de celle-ci à B_____ SA le 2 novembre 2016 n'emportait pas le droit d'utiliser cette enseigne; qu'enfin, il existait un risque de confusion entre l'enseigne, la marque ou le club "K_____" et "J_____"; l'atteinte aux droits de la requérante était imminente, l'ouverture de l'établissement concurrent étant prévue le 24 mai 2017; le dommage qui serait ainsi causé serait difficilement réparable;

Considérant, **EN DROIT**, que la requérante a rendu vraisemblable que la Cour de céans était compétente à raison du lieu pour connaître de la requête;

Qu'en effet, la compétence à l'encontre de la citée, qui a son siège à Genève, se fonde sur les art. 10 al. 1 let. b et 13 CPC;

Qu'aux termes des art. 5 al. 1 let. a et d CPC et 120 al. 1 let. a LOJ, la Chambre civile de la Cour de justice connaît en instance unique des litiges sur des droits de propriété intellectuelle et relevant de la loi fédérale contre la concurrence déloyale lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr.;

Que cette compétence vaut également pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant litispendance (art. 5 al. 2 CPC);

Qu'ainsi, la Cour de céans est compétente *ratione materiae*;

Que selon l'art. 261 al. 1 CPC, le juge ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b);

Qu'en application de l'art. 262 CPC, le juge peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice;

Que le requérant doit rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès, la mesure provisionnelle ne pouvant être accordée que dans la perspective de l'action au fond qui doit la valider (cf. art. 263 et 268 al. 2 CPC);

Qu'en cas d'urgence particulière, notamment s'il y a un risque d'entrave à leur exécution, le tribunal peut ordonner des mesures provisionnelles immédiatement, sans entendre la partie adverse (art. 265 al. 1 CPC);

Qu'une urgence particulière suppose que le but recherché ne pourrait pas être atteint s'il fallait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur mesures provisionnelles;

Que la simple mention de la violation d'un droit et d'un dommage ne fonde pas encore une urgence particulière (SPRECHER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2ème éd., 2013, n. 6 ad art. 265 CPC);

Que les mesures superprovisionnelles peuvent être refusées lorsque le requérant a tardé à agir (SPRECHER, op. cit., n. 13 ad art. 265 CPC; BOHNET, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 10 ad art. 265 CPC);

Que le droit à la marque confère au titulaire le droit exclusif de faire usage de la marque pour distinguer les produits ou les services enregistrés et d'en disposer; le titulaire peut ainsi interdire à des tiers l'usage des signes dont la protection est exclue en vertu de l'art. 3 al. 1 LPM (art. 13 al. 1 et 2 LPM);

Que sont exclus de la protection les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques, les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion, et les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion (art. 3 al. 1 LPM);

Que selon l'art. 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients;

Que l'art. 3 al. 1 let. d LCD qualifie de déloyal le comportement de celui qui prend des mesures de nature à faire naître une confusion entre ses propres biens ou services et ceux d'autrui;

Que pour qu'il y ait acte de concurrence déloyale, il ne suffit pas que le comportement apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples figurant aux art. 3 à 8 LCD; il faut encore qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients; il doit influencer le jeu de la concurrence, le fonctionnement du marché (ATF 132 III 414 consid. 3.1; 126 III 198 consid. 2c/aa);

Qu'en l'espèce, la requérante ne rend pas vraisemblable que son actionnariat dans N_____ SA et P_____ SA lui conférerait des droits de propriété intellectuelle ou fondés sur l'interdiction de la concurrence déloyale à l'encontre de la citée;

Qu'il ne peut être déduit de son droit à un dividende le droit de faire valoir, en lieu et place des sociétés dont elle est actionnaire (P_____ SA) ou dont une autre société est actionnaire (N_____ SA), des droits qui appartiennent à celles-ci;

Qu'en effet, selon les explications fournies par la requérante, seule E_____ SA, en liquidation, et P_____ SA seraient autorisées à utiliser la marque "J_____";

Qu'ainsi, *prima facie*, il apparaît que E_____ SA, en liquidation, respectivement l'Office des faillites (art. 240 LP), ainsi que P_____ SA disposent de la légitimation active et non la requérante pour se plaindre de la violation de leurs droits de marque ainsi que d'un éventuel acte de concurrence déloyale;

Que, par ailleurs, la question de savoir si la marque "J_____ " enregistrée par E_____ SA, en liquidation s'oppose à la validité de la marque "K_____ " enregistrée par la citée mérite de plus amples investigations, le risque de confusion n'étant a priori pas manifeste;

Que, par ailleurs, seule l'instruction au fond de la procédure permettra de déterminer si les administrateurs de E_____ SA étaient habilités à signer le transfert du bail et de la marque détenus par P_____ SA à B_____ SA;

Que la requérante avait accepté que les mêmes personnes agissent comme administrateurs de sa propre société, de E_____ SA et de F_____ SA, et ne pouvait ignorer que la société qui la détient à concurrence de 40% est administrée par ces mêmes personnes;

Qu'elle n'allègue pas qu'elle se serait opposée à la création de P_____ SA, exposant au contraire que la création de cette société avait été rendue nécessaire par la cession du bail de F_____ SA;

Qu'elle n'explique pas pour quelle raison elle n'a pas réagi au moment du transfert du bail en novembre 2016 de P_____ SA à B_____ SA, dont elle soutient aujourd'hui qu'il serait nul, se bornant à alléguer qu'elle ne s'attendait plus, après le transfert du bail à ce que "K_____ " allait ouvrir;

Qu'enfin, il n'est pas vraisemblable en l'état que l'exploitation par la citée de la marque "K_____ " serait de nature à causer un préjudice difficilement réparable à la requérante;

Qu'en effet, E_____ SA, détentrice de la marque dont la requérante se prévaut, étant en faillite, l'éventuel dommage résultant pour cette société de l'exploitation indue de la marque en question ne constituerait pour la requérante qu'un dommage indirect, qui se manifesterait par une diminution éventuelle du dividende de N_____ SA, dont elle n'est actionnaire qu'à concurrence de 20%, d'une part;

Que, d'autre part, cette éventualité n'est pas rendue vraisemblable, aucun élément n'étant allégué à cet égard, en particulier au regard de l'état d'endettement de la faillie;

Qu'au vu de ce qui précède, les conditions de l'octroi des mesures superprovisionnelles n'étant pas réunies, la requête sera rejetée;

Que conformément à l'art. 265 al. 2 CPC, un délai sera imparti à la citée pour se prononcer par écrit sur la requête;

Qu'il sera statué sur les frais de la présente ordonnance avec la décision sur mesures provisionnelles.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable la requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles formée le 19 mai 2017 par A_____ SA contre B_____ SA.

Statuant sur mesures superprovisionnelles :

Rejette la requête de mesures superprovisionnelles.

Dit qu'il sera statué sur les frais de la présente décision avec la décision sur mesures provisionnelles.

Statuant préparatoirement :

Impartit à B_____ SA un délai de 10 jours dès réception de la présente ordonnance pour répondre par écrit à la requête de mesures provisionnelles et produire ses pièces.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Monsieur Ivo BUETTI et Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, juges.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Camille LESTEVEN

S'agissant de mesures superprovisionnelles, il n'y a pas de voie de recours au Tribunal fédéral (ATF 137 III 417 consid. 1.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_37/2013 du 1^{er} février 2013 consid. 1.2).