

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/15916/2017

ACJC/1217/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 12 SEPTEMBRE 2018

Entre

A_____, ayant son siège _____, requérante sur mesures provisionnelles, comparant par Me Michèle Burnier et Me Thomas Legler, avocats, cours de Rive 13, 1204 Genève, en l'étude desquels elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, cité, comparant par Me Bernard Ayer, avocat, avenue de la Gare 2, case postale 89, 1701 Fribourg, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 8 octobre 2018 ainsi qu'à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle par pli simple, le même jour.

EN FAIT

A. A_____ est une société _____, inscrite au Registre du commerce depuis le _____, dont le but est notamment de fournir des produits à faible coût et des services _____. La société est engagée dans _____. Son siège social se situe à _____ [en Suisse].

A_____ est titulaire de toutes les marques mises à disposition du groupe A_____, y compris les marques liées à la gamme "A_____ C_____".

La marque "A_____ C_____ " se caractérise par le mot "A_____", écrit de façon répétitive en blanc, en majuscules et en diagonale sur un fond vert, un carré blanc central sur lequel apparaît la lettre majuscule "[renvoyant à A_____]" de couleur orange, ainsi que le terme "C_____" écrit en noir, en italique et en diagonale, au travers de la lettre "[renvoyant à A_____]".

Sous cette marque, A_____ vend depuis _____ une gamme d'articles à bas prix, couvrant tout l'éventail de son assortiment, soit actuellement _____ produits, ce qui génère un chiffre d'affaires annuel de plusieurs millions de francs.

B. a. Le _____ 2017, B_____ a déposé auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI) une demande de marque revendiquant les couleurs vert, orange, blanc et noir, pour divers produits des classes 31 [produits agricoles, aquacoles, horticoles et forestiers à l'état brut et non transformés; graines et semences brutes et non transformées; fruits et légumes frais, herbes aromatiques fraîches; plantes et fleurs naturelles; bulbes, semis et semences; animaux vivants; produits alimentaires et boissons pour les animaux] et 34 [_____; articles pour fumeurs; allumettes] selon la classification de Nice.

Ladite marque se caractérise par le mot "D_____" écrit de façon répétitive en blanc, en majuscules et en diagonale sur un fond vert, un carré blanc central sur lequel apparaît la lettre majuscule "[D_____]" de couleur orange, ainsi que le terme "C_____" écrit en noir, en italique et en diagonale, au travers de la lettre "[D_____]". D'après l'extrait de Swissreg, la marque a été répertoriée sous le n° 1_____/2017 et le cité a indiqué être domicilié à Genève.

b. Le _____ 2017, un article intitulé "_____" est paru dans le [journal] "E_____", en lien avec la publication de la demande de marque n° 1_____/2017. B_____ a indiqué que sa marque serait utilisée pour la commercialisation de divers produits à base de D_____, qu'il entendait débiter à la fin du mois de _____ 2017. Il a manifesté l'intention d'offrir son D_____ à un prix 50% inférieur au prix du marché, étant précisé que ses produits seraient distribués dans les kiosques. Le même jour, un autre article est paru dans le journal "F_____", dont le contenu était similaire à celui du [journal] "E_____";

cet article était illustré d'un photomontage superposant un emballage de la marque "[D_____] C_____" sur un emballage de la marque "A_____ C_____".

c. Les 22 mai, 12 et 26 juin 2017, A_____ a mis en demeure B_____ de radier sa marque et de ne pas l'utiliser dans le commerce, sans obtenir de réponse.

C. a. Par acte déposé le 12 juillet 2017 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles à l'encontre de B_____. La requérante a soutenu qu'il existait un risque de confusion entre sa marque, de haute renommée au sens de l'art. 15 LPM, et celle du cité, lequel avait pour objectif de tirer parti de la réputation positive des marques de A_____. D'après la société, le comportement du cité constituait ainsi une violation de la loi sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM), ainsi qu'une atteinte à ses droits d'auteur au sens de la loi sur les droits d'auteur et les droits voisins (LDA). Dans la mesure où la reproduction de la marque par le cité était de nature à induire en erreur les consommateurs, leur faisant croire que A_____ entendait désormais commercialiser du _____ ainsi que du D_____, le comportement de B_____ violait également la loi sur la concurrence déloyale (LCD).

La requête indiquait que le domicile du cité se trouvait à Genève.

b. Par arrêt ACJC/880/2017 du 13 juillet 2017, statuant sur mesures superprovisionnelles, la Cour a :

- interdit à B_____ d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, le signe tel que déposé sous demande de marque combinée n° 1_____/2017 "[D_____] C_____" pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice;
- interdit à B_____ d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe reprenant, à l'identique ou de façon similaire, les caractéristiques suivantes des marques suisses n° 2_____, n° 3_____, n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____, n° 7_____, n° 8_____ et des demandes n° 9_____/2017 et n° 10_____/2017 pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice :
 - la combinaison des couleurs noir, blanc, vert (Pantone _____) et orange (Pantone _____) et les polices d'écritures;
 - un carré blanc central avec au centre une lettre seule de la couleur orange (Pantone _____) avec le terme "C_____" écrit en diagonale et en noir;
 - une écriture blanche répétitive écrite en diagonale sur un fond vert (Pantone _____);

-
- interdit à B_____ d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe reprenant, à l'identique ou de façon similaire, pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice, les caractéristiques suivantes :
 - (a) la combinaison des couleurs noir, blanc, vert (Pantone _____) et orange (Pantone _____) et les polices d'écritures telles que ressortant des marques suisses n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____ et des demandes n° 9_____/2017 et n° 10_____/2017;
 - (b) un carré blanc central avec au centre une lettre seule de la couleur orange (Pantone _____) avec le terme "C_____" écrit en diagonale et en noir tel que ressortant des marques suisses n° 3_____, n° 2_____, n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____, n° 7_____, n° 8_____ et des demandes n° 9_____/2017 et n° 10_____/2017;
 - (c) une écriture blanche répétitive écrite en diagonale sur un fond vert (Pantone _____) telle que ressortant des marques suisses n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____ et des demandes n° 9_____/2017 et n° 10_____/2017;
 - interdit à B_____ d'autoriser un tiers à utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe tel que défini ci-dessus;
 - interdit à B_____ de déposer devant l'IPI tout signe identique ou similaire à ceux définis ci-dessus;
 - assorti ces interdictions de la menace de la peine prévue par l'art. 292 du code pénal (CP);
 - dit que les mesures superprovisionnelles déploieraient leur effet jusqu'à droit jugé sur la requête de mesures provisionnelles;
 - débouté A_____ de toutes autres conclusions;
 - et réservé le sort des frais.

Le greffe de la Cour a notifié cette décision à B_____ par pli recommandé du 13 juillet 2017, qui lui a été retourné par la Poste le 3 août 2017 avec la mention "Non réclamé". Un exemplaire de la décision lui a été renvoyé par pli simple, pour information.

c. Le 24 juillet 2017, B_____ a déposé la demande de marque n° 11_____/2017 "[D_____] C_____" pour divers produits des classes 31 et 34 selon la classification de Nice. Le même jour, il a déposé la demande de marque n° 12_____/2017 "D_____ C_____" pour divers produits des classes 31 et 34 selon la classification de Nice.

d. Selon publication sur le site de Swissreg du _____ 2017, B_____ a modifié sa demande de marque n° 1_____/2017, en ce sens que le signe combiné initial (cf. let. B.a *supra*) a été remplacé par la combinaison des termes "_____" et d'un dessin du personnage de bande dessinée G_____, les couleurs revendiquées étant inchangées.

e. Au vu des faits nouveaux décrits ci-dessus aux attendus **c.** et **d.**, A_____ a complété sa requête de mesures provisionnelles par écritures des 14 août et 19 septembre 2017. Elle a reformulé et amplifié ses conclusions, en soulignant que l'attitude de B_____ démontrait que celui-ci n'avait aucune intention de renoncer à parasiter la marque "A_____ C_____" et qu'il n'entendait pas se conformer à l'arrêt de la Cour du 13 juillet 2017.

Sur l'exécution des mesures superprovisionnelles déjà ordonnées, A_____ a conclu à la constatation de la violation par B_____ de l'arrêt ACJC/880/2017 du 13 juillet 2017, pour avoir procédé au dépôt des demandes de marques suisses n° 11_____/2017 "[D_____] C_____" et n° 12_____/2017 "D_____ C_____", et à la dénonciation du cité aux autorités pénales compétentes.

Sur mesures provisionnelles, la requérante a conclu à ce qu'il soit fait interdiction à B_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP :

- d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, le signe tel que déposé initialement sous demande de marque combinée n° 1_____/2017 "[D_____] C_____" pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice;

- d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe reprenant, à l'identique ou de façon similaire, les caractéristiques suivantes des marques suisses n° 2_____, n° 3_____, n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____, n° 7_____, n° 8_____ et des enregistrements n° 13_____ [correspondant à la demande de marque n° 9_____/2017, enregistrée le 14 septembre 2017] et n° 14_____ [correspondant à la demande de marque n° 10_____/2017, enregistrée le 14 septembre 2017] pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice :

- la combinaison des couleurs noir, blanc, vert (Pantone _____) et orange (Pantone _____) et les polices d'écritures;
- un carré blanc central avec au centre une lettre seule de la couleur orange (Pantone _____) avec le terme "C_____" écrit en diagonale et en noir;
- une écriture blanche répétitive écrite en diagonale sur un fond vert (Pantone _____);

- d'utiliser sous quelque forme que ce soit, tout signe reprenant, à l'identique ou de façon similaire, pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice, les caractéristiques suivantes :

- (a) la combinaison des couleurs noir, blanc, vert (Pantone _____) et orange (Pantone _____) et les polices d'écritures telles que ressortant des marques suisses n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____ et des enregistrements n° 13_____ et n° 14_____;
- (b) un carré blanc central avec au centre une lettre seule de la couleur orange (Pantone _____) avec le terme "C_____" écrit en diagonale et en noir tel que ressortant des marques suisses n° 3_____, n° 2_____, n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____, n° 7_____, n° 8_____ et des enregistrements n° 13_____ et n° 14_____;
- (c) une écriture blanche répétitive écrite en diagonale sur un fond vert (Pantone _____) telle que ressortant des marques suisses n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____ et des enregistrements n° 13_____ et n° 14_____;

- d'autoriser un tiers à utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe tel que défini ci-dessus;

- de déposer devant l'IPI tout signe identique ou similaire à ceux définis ci-dessus.

Sur faits nouveaux et sur mesures provisionnelles, A_____ a par ailleurs conclu à ce qu'il soit fait interdiction à B_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, les signes tels que déposés sous demandes de marques n° 11_____/2017 "[D_____] C_____" et n° 12_____/2017 "D_____ C_____", pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice, à ce que B_____ soit condamné à une amende d'ordre de 500 fr. par jour de commercialisation de produits en violation de la décision à rendre, ainsi qu'à une amende d'ordre de 4'000 fr. pour chaque dépôt de marque suisse en violation de la décision à rendre.

Finalement, A_____ a conclu à ce qu'il soit ordonné à l'IPI de suspendre les procédures de dépôt liées aux demandes de marques suisses n° 11_____/2017 et n° 12_____/2017, jusqu'à droit connu sur la procédure au fond en validation des mesures provisionnelles, et à ce qu'un délai de 60 jours lui soit imparti à compter de la notification de la décision à rendre pour intenter une action au fond contre B_____, le tout avec suite de frais et dépens.

- D. a.** Le 7 septembre 2017, B_____ a informé la Cour de ce qu'il était domicilié dans le canton de Fribourg et non dans le canton de Genève. L'adresse utilisée par la Cour correspondait à celle d'un ami. Il a produit à cet effet une attestation de

résidence de _____ [FR] datant du 7 septembre 2017, d'où il ressortait qu'il était domicilié dans cette [commune] depuis le 11 janvier 2016. Le cité a également sollicité un délai raisonnable pour se déterminer sur les écritures de la requérante, en précisant qu'il n'avait eu connaissance de la procédure qu'au début du mois de septembre 2017, lorsque le greffe de la Cour lui avait transmis une copie des écritures complémentaires de A_____.

b. Dans sa réponse du 6 octobre 2017, B_____ a contesté la compétence *ratione loci* de la Cour, au motif que son domicile se trouvait à _____ [FR] et non à Genève.

Il a conclu, préalablement, à ce que les débats soient limités à l'examen de la question de la recevabilité des requêtes des 12 juillet 2017, 14 août 2017 et 19 septembre 2017. Il a également sollicité un délai complémentaire pour déposer sa réponse sur le fond. Sur la forme, il a conclu à l'irrecevabilité des requêtes du 12 juillet 2017, du 14 août 2017 et du 19 septembre 2017. Il a demandé à la Cour de déclarer nul, respectivement d'annuler l'arrêt ACJC/880/2017 du 13 juillet 2017, dont il avait reçu copie le 26 septembre 2017. Il a également conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions formulées par la requérante dans ses écritures des 12 juillet, 14 août et 19 septembre 2017.

c. Invitée à se déterminer sur la compétence *ratione loci* de la Cour, A_____ a conclu, le 14 novembre 2017, au rejet de l'objection d'incompétence soulevée par le cité, avec suite de frais et dépens.

Elle a produit des extraits du profil H_____ [réseau social] de B_____, consulté le 9 novembre 2017, où ce dernier, qui déclare "être de Genève", a présenté le produit emballé qu'il entendait commercialiser sous la marque "[D_____] C_____", avec l'indication du prix, et a fait figurer l'article paru le _____ 2017 dans le [journal] "F_____". La requérante a également produit des extraits du profil H_____ de "D_____ C_____ by I_____" – société inexistante en Suisse dont B_____ indique être le "propriétaire" sur son profil J_____ [réseau social] – où le produit libellé "[D_____] C_____" est présenté de la même manière que sur le profil H_____ du cité.

Sur le fond, A_____ a persisté dans ses précédentes conclusions. Elle les a amplifiées, concluant préalablement à la constatation de la violation par B_____ de l'arrêt ACJC/880/2017 du 13 juillet 2017, pour avoir continué d'utiliser les signes caractéristiques des marques suisses n° 2_____, n° 3_____, n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____, n° 7_____, n° 8_____, n° 13_____ et n° 14_____ sur les profils H_____ susmentionnés, et à la dénonciation du cité aux autorités pénales compétentes. Sur mesures provisionnelles, elle a conclu à ce qu'il soit ordonné à B_____ de supprimer des profils H_____ susvisés les signes "[D_____] C_____" et " D_____ C_____", ainsi que le signe initialement

déposé sous demande de marque combinée n° 1_____/2017 "[D_____] C_____", sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, le cité devant par ailleurs être condamné à une amende d'ordre de 500 fr. par jour d'inexécution.

d. Par arrêt ACJC/360/2018 du 20 mars 2018, aujourd'hui définitif et exécutoire, la Cour s'est déclarée compétente *ratione loci* pour connaître de la requête formée par A_____, a imparti un délai de 20 jours à B_____ pour se déterminer sur les mesures provisionnelles requises, a réservé la suite de la procédure et a dit qu'il serait statué sur la question des frais avec la décision sur mesures provisionnelles.

E. B_____ ayant renoncé à se déterminer par écrit dans le délai fixé, la cause a été gardée à juger le 4 mai 2018, ce dont les parties ont été avisées le même jour.

EN DROIT

1. La Cour ayant déjà examiné et admis sa compétence *ratione loci* et *ratione materiae* pour connaître de la requête, il n'y a pas lieu de revenir sur cette question dans le présent arrêt.

La requête formée à l'encontre du cité, complétée par la requérante avant la fin de l'instruction écrite ordonnée par la Cour, répond par ailleurs aux réquisits de forme (art. 130, 131, 252 ss CPC), de sorte qu'elle est recevable.

2. Les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), dans le cadre de laquelle, sauf exceptions, la maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 CPC; BOHNET, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, ch. 23 et 26, p. 201 et 202). La maxime de disposition est par ailleurs applicable (art. 58 al. 1 CPC).

3. La requérante soutient que le cité s'apprête à commercialiser des produits à base de D_____ sous une marque similaire à la marque "A_____ C_____", entraînant de ce fait un risque de confusion avec ses propres produits et induisant le consommateur en erreur, ce qui consacre une violation de la LPM, de la LDA et de la LCD. Elle sollicite la cessation de cet état de fait qu'elle qualifie d'illicite.

3.1 Aux termes de 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).

De manière générale, le tribunal ordonne toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment en prononçant une interdiction ou en ordonnant la cessation d'un état de fait illicite (art. 262 let. a et b CPC). S'agissant de la protection des marques, des mesures provisionnelles peuvent être

ordonnées notamment pour assurer à titre provisoire la prévention ou la cessation du trouble (art. 59 let. d LPM).

L'octroi de mesures provisionnelles suppose la vraisemblance du droit matériel invoqué et des chances de succès du procès au fond, ainsi que la vraisemblance, sur la base d'éléments objectifs, qu'un danger imminent menace le droit du requérant, enfin la vraisemblance d'un préjudice difficilement réparable, ce qui implique une urgence (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, in FF 2006 p. 6841 ss, 6961; arrêts du Tribunal fédéral 5A_931/2014 du 1^{er} mai 2015 consid. 4; 5A_791/2008 du 10 juin 2009 consid. 3.1; BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 3 ss ad art. 261 CPC). La preuve est (simplement) vraisemblable lorsque le juge, en se fondant sur des éléments objectifs, a l'impression que les faits pertinents se sont produits, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 130 III 321 consid. 3.3, JdT 2005 I 618).

Le dommage difficilement réparable de l'art. 261 al. 1 let. b CPC est principalement de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} éd., 2010, n. 1763). En droit des marques ou en matière de concurrence déloyale, il est admis qu'un risque de confusion est en règle générale de nature à engendrer une perturbation du marché ainsi que d'autres dommages de nature immatérielle; en pareil cas, la condition de menace d'un dommage difficile à réparer est en principe considérée comme remplie (SCHLOSSER, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, in *sic!* 2005, p. 349; BOHNET, op. cit., n. 13 ad art. 261 CPC; ACJC/335/2015 du 26 mars 2015 consid. 4.1).

La mesure doit respecter le principe de la proportionnalité, par quoi on entend qu'elle doit être adaptée aux circonstances de l'espèce et ne pas aller au-delà de ce qu'exige le but poursuivi. Les mesures les moins incisives doivent avoir la préférence. La mesure doit également se révéler nécessaire, soit indispensable pour atteindre le but recherché, toute autre mesure ou action judiciaire ne permettant pas de sauvegarder les droits du requérant (Message du Conseil fédéral, FF 2006 p. 6962).

3.2.1 La marque, qui peut revêtir la forme de mots, de lettres, de chiffres ou encore de représentations graphiques, seuls ou combinés entre eux ou avec des couleurs (cf. art. 1 al. 2 LPM), est un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises (art. 1 al. 1 LPM). Son but est d'individualiser les prestations offertes par une entreprise et de les différencier de celles fournies par d'autres, de telle sorte que le consommateur puisse retrouver, dans l'abondance de l'offre, un produit ou un service qu'il apprécie (ATF 122 III 382 consid. 1; 122 III 469 consid. 5f; 119 II 473 consid. 2c).

Selon MEIER/FRAEFEL, la protection de la LPM ne se justifie que si le signe protégé est apte à exercer la fonction d'une marque, à savoir une fonction distinctive et d'indication de provenance. En garantissant l'identité de la provenance des produits ou des services désignés, la marque permet en effet au consommateur d'orienter son choix, favorisant ainsi la transparence et l'efficacité du marché. Cette fonction, essentielle sur le plan économique, légitime les droits de nature monopolistiques conférés au titulaire de l'enregistrement de la marque. La loi permet ainsi une protection des investissements des entreprises, tout en tenant compte des intérêts des consommateurs et du public en général (MEIER/FRAEFEL, CR-Propriété intellectuelle, 2013, n. 21 ad art. 2 LPM et les références citées).

3.2.2 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 (art. 13 al. 1 LPM). Le titulaire peut interdire à des tiers l'usage des signes dont la protection est exclue en vertu de l'art. 3 al. 1 LPM. Il peut en particulier interdire à des tiers d'apposer le signe concerné sur des produits ou des emballages, de l'utiliser pour offrir des produits, les mettre dans le commerce ou les détenir à cette fin, de l'utiliser pour offrir ou fournir des services et de l'apposer sur des papiers d'affaires, de l'utiliser à des fins publicitaires ou d'en faire usage de quelque autre manière dans les affaires (art. 13 al. 1 et al. 2 let. a, b, c et e LPM).

Concrètement, ce droit exclusif ne peut être invoqué qu'à l'encontre de signes identiques ou similaires, utilisés pour des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion (GILLIERON, CR-Propriété intellectuelle, 2013, n. 7 ad art. 13 LPM).

On distingue entre deux types de risque de confusion : (i) il y a risque de confusion directe lorsque l'on doit craindre que les milieux concernés soient induits en erreur en raison de la similitude des marques et attribuent les marchandises assorties du signe postérieur au titulaire de la marque antérieure; (ii) il y a risque de confusion indirecte, lorsque le public parvient certes à dissocier les signes, mais qu'il infère de leur similitude des liens existants en réalité, par exemple lorsqu'il est amené à penser qu'il a affaire à des marques de série assortissant différentes lignes de produits d'une même entreprise ou d'entreprises économiquement liées entre elles (SCHLOSSER/MARADAN, CR-Propriété intellectuelle, op. cit., n. 9-11 ad art. 13 LPM).

3.2.3 La personne qui subit une violation de son droit à la marque peut demander au juge de la faire cesser, si elle dure encore (art. 55 al. 1 let. b LPM). Cette disposition permet notamment d'obtenir qu'il soit fait interdiction au défendeur de faire usage de la marque dans le futur, mais également, par exemple, de conclure à la destruction de matériel publicitaire, au rappel de produits illicitement mis en

circulation ou encore à l'effacement du contenu d'un site internet (SCHLOSSER, CR-Propriété intellectuelle, op. cit., n. 9 ad art. 55 LPM).

L'action peut être dirigée contre toute personne qui porte atteinte à la marque (fabricant, importateur, grossiste, revendeur, détaillant, agent) et contre tout participant (CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, 2007, p. 241; SCHLOSSER, CR-Propriété intellectuelle, op. cit., n. 4 ad art. 55 LPM).

3.3 Celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général peut demander au juge de la faire cesser et réclamer des dommages-intérêts (art. 9 al. 1 let. b et al. 3 LCD).

Le droit de la concurrence déloyale ne contient aucune interdiction générale de copier les prestations d'autrui, car le principe est qu'on peut librement copier (ATF 131 III 384 consid. 5.1, JdT 2005 I 434, p. 442).

Toutefois, selon l'art. 3 al. 1 LCD, agit de manière déloyale notamment celui qui prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui (let. d), ainsi que celui qui compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents (let. e).

Cette disposition protège en particulier l'apparence du produit, à savoir la façon par laquelle un agent économique se présente sur le marché, son apparence, son image. Celle-ci remplit une fonction distinctive lorsqu'elle se caractérise par une originalité particulière ou s'est imposée. La condition préalable essentielle à la protection de l'apparence est la distinctivité de l'apparence dont la protection est recherchée. Il faut que l'acheteur moyen concerné voie dans l'apparence la désignation d'une origine particulière, d'un producteur déterminé (KOBEL, Le parasitisme en droit suisse : entre Nachahmungsfreiheit (liberté d'imiter), Verwechslungsgefahr (risque de confusion) et Rufausbeutung (exploitation de la réputation), in Défis du droit de la concurrence déloyale, 2014, p. 108 à 111).

Une présentation est dotée de force distinctive dès l'origine lorsqu'à raison de son originalité elle est propre à distinguer une marchandise d'autres marchandises identiques ou similaires. Les principes applicables en droit des marques à propos de la force distinctive valent aussi pour le droit de la concurrence (ATF 135 III 446 consid. 6.3.1, JdT 2010 I 632, p. 669).

Les comportements par lesquels un concurrent se rapproche sans nécessité de la prestation d'autrui ou en exploite la renommée sont déloyaux indépendamment du risque éventuel de confusion. On peut exploiter la renommée d'autrui par exemple

en intégrant le produit ou les services d'autrui dans sa publicité de manière à opérer un transfert d'image en sa faveur. Il suffit qu'un signe similaire à celui d'autrui se trouve utilisé d'une manière telle que ceci ne puisse être compris autrement que comme une concurrence parasitaire et qu'il suscite auprès du public une association d'idées avec la marque ou le produit d'autrui (ATF 135 III 446 consid. 7.1, JdT 2010 I 632, p. 671). L'auteur de la comparaison parasitaire favorise un transfert de la réputation ou des qualités de la prestation concurrente sur sa propre prestation dans l'esprit du public (CR-LCD, KUONEN, 2017, art. 3 al. 3 al. 1 let. e LCD N 37).

3.4.1 En l'espèce, c'est à juste titre que la requérante invoque un risque de confusion entre sa marque "A_____ C_____" et les signes sous lesquels le cité souhaite commercialiser des produits à base de D_____.

En effet, le signe "[D_____] C_____" initialement déposé sous la demande de marque n° 1_____/2017 est composé, du point de vue graphique, de manière identique à la marque "A_____ C_____" et utilise les mêmes couleurs, de sorte que le risque de confusion entre les deux est manifeste et que seul un examen attentif permet de déceler des différences. Les articles parus dans le [journal] "E_____" et le journal "F_____" le _____ 2017 en attestent, puisque tous deux soulignent la grande similitude existant entre les produits dont le cité fait la promotion et ceux de la marque "A_____ C_____", cette similitude étant mise en exergue dans le titre retenu, respectivement le photomontage choisi par les journalistes. C'est également cette similitude qui a très certainement incité ces magazines à contacter le cité et à lui consacrer un sujet, générant de ce fait la publicité précisément recherchée par ce dernier.

A cet égard, il est manifeste que le cité entend profiter de la renommée dont jouit A_____, l'un des tout premiers groupes alimentaires à l'échelle nationale, et plus particulièrement de la réputation dont bénéficie la marque "A_____ C_____" que la requérante utilise pour promouvoir ses lignes de produits et de services dans le segment des prix bon marché. En cherchant à assimiler ses produits à base de D_____ - qu'il souhaite vendre 50% moins cher que ses concurrents - à ceux de la requérante, le cité vise à créer la confusion dans l'esprit des consommateurs, dans le but de transposer sur sa propre marchandise les caractéristiques positives que le public suisse associe aux produits "A_____ C_____", soit un prix attractif et un excellent rapport qualité-prix.

Le cité a certes modifié le signe combiné initialement déposé sous sa demande de marque n° 1_____/2017. Il a toutefois déposé derechef deux nouvelles demandes de marques reprenant les éléments distinctifs de la marque "A_____ C_____" . La première, n° 11_____/2017 "[D_____] C_____" , remplace simplement la lettre "[renvoyant à A_____]" par la lettre "[renvoyant à D_____]", étant observé que celle-ci correspond à l'image _____ de celle-là, ce qui suffit à

faire naître une possible confusion dans l'esprit du public. La seconde, n° 12_____/2017 "D____ C____", s'approprie également le terme "C____", élément central de la marque "A____ C____", ce qui est problématique suivant l'utilisation qui en est faite, notamment en termes de couleurs, de police de caractères et/ou de répétition des signes.

Il suit de là que l'existence d'un risque de confusion avec la marque "A____ C____", prohibé par la LPM (art 3 al. 1) et par la LCD (art. 3 al. 1 let. d et e) doit être retenue, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question sous l'angle de la LDA.

La requérante rend ainsi vraisemblable le droit matériel dont elle sollicite la protection à titre provisoire, ainsi qu'une possible atteinte à ce droit.

3.4.2 S'agissant des autres conditions posées à l'art. 261 CPC, le cité a clairement manifesté, notamment dans la presse, sa volonté de commercialiser ses produits en utilisant des signes similaires à la marque "A____ C____". La requérante est dès lors confrontée à une exploitation parasitaire de sa marque ce qui suffit à admettre l'existence d'un dommage difficilement réparable. Elle s'expose de surcroît à subir un préjudice réputationnel, dans l'hypothèse où, compte tenu du risque de confusion, elle pourrait être associée à la vente de produits à base de D____, un tel commerce ne correspondant ni à sa philosophie, ni à sa politique commerciale.

Il ressort en outre des pièces produites qu'au mois de novembre 2017, le cité utilisait encore le signe combiné "[D____] C____" sur son profil H____ et sur celui d'une entité dont il prétend être le titulaire, tandis qu'il n'a pas jugé utile de retirer, respectivement de modifier, ses demandes de marques n° 11_____/2017 et n° 12_____/2017. La condition de l'urgence est dès lors également remplie.

3.4.3 Par conséquent, il se justifie de prononcer les mesures provisionnelles requises, en ce sens qu'il sera fait interdiction au cité d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, lui-même ou par l'intermédiaire de tiers, les signes reprenant, à l'identique ou de façon similaire, les caractéristiques essentielles de la marque "A____ C____". S'agissant de la marque " D____ C____", il sera fait interdiction au cité de l'utiliser en reprenant les caractéristiques essentielles de la marque "A____ C____" (combinaison des couleurs noir, blanc, vert, orange et des police d'écritures; coloration des lettres en orange et/ou en vert; écriture blanche répétitive).

Il sera également ordonné au cité de supprimer les signes concernés de son profil H____ et du profil H____ de l'entité qu'il contrôle.

-
4. La requérante conclut au prononcé de plusieurs dispositions d'exécution, notamment au prononcé des mesures provisionnelles sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, ainsi qu'à la condamnation du cité au paiement d'amendes d'ordre en cas de non-respect de ces mesures.

4.1.1 Le tribunal qui a ordonné les mesures provisionnelles prend également les dispositions d'exécution qui s'imposent (art. 267 CPC).

Il peut le faire directement dans la décision relative aux mesures provisionnelles. Si la mesure provisionnelle consiste en une interdiction (art. 262 let. a CPC) ou en un ordre de cesser un état de fait illicite (art. 262 let. b CPC), le tribunal assortira sa décision de la menace d'une peine selon l'art. 292 CP ou d'une amende d'ordre prévue par l'art. 343 al. 1 let. b et c CPC. Dans le cas d'un ordre de cesser un état de fait illicite, le tribunal peut directement prévoir une mesure de contrainte, telle que l'enlèvement d'une chose mobilière (art. 343 al. 1 let. d CPC) (BOHNET, in Code de procédure civile commenté, op. cit., n. 3, 13 et 14 ad art. 267 CPC).

Les mesures doivent répondre au principe de la proportionnalité. Ainsi, seules les mesures qui sont nécessaires à l'exécution des mesures provisionnelles prononcées peuvent être ordonnées (BOHNET, in Code de procédure civile commenté, op. cit., n. 11 ad art. 267 CPC).

4.1.2 A teneur de l'art. 292 CP, "celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende".

Cette disposition réprime pénalement l'insoumission à une décision d'une autorité. Il résulte clairement des mots "une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article" que le législateur a attaché une importance décisive au fait que l'intéressé soit avisé des conséquences pénales d'un refus d'obtempérer (ATF 105 IV 249 consid.). Pour que l'infraction soit réalisée, il faut que l'insoumission soit intentionnelle : il ne suffit pas que la décision ait valablement été notifiée, il faut encore que l'intéressé ait effectivement eu connaissance de l'injonction et de ses conséquences pénales (ATF 119 IV 238 consid. 2a et 2c).

4.2.1 En l'espèce, le cité ne s'est pas entièrement conformé aux mesures superprovisionnelles ordonnées le 13 juillet 2017, puisqu'il a continué à utiliser, du moins jusqu'en novembre 2017, le signe combiné initialement déposé sous sa demande de marque n° 1 _____/2017 sur son profil H _____ et sur celui d'une société qu'il déclare contrôler. En outre, l'intéressé ne s'est pas engagé à cesser d'utiliser la marque "[D _____] C _____", puisqu'il n'a jamais répondu aux sommations de la requérante et qu'il a renoncé à se déterminer sur le fond de la requête après que la Cour ait admis sa compétence pour connaître du litige.

Il se justifie en conséquence d'assortir les mesures ordonnées de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP. En outre, vu l'attitude peu collaborative dont le cité a fait preuve jusqu'ici, il sera également condamné au paiement d'une amende d'ordre de 500 fr. par jour d'inexécution, s'agissant de l'interdiction d'utiliser les signes concernés sur les comptes H_____ susvisés, respectivement par jour de commercialisation de produits en violation de la présente décision, ainsi qu'à une amende d'ordre d'un montant limité à 2'000 fr. pour chaque dépôt de marque suisse en violation de la présente décision.

4.2.2 La requérante conclut par ailleurs à la dénonciation du cité aux autorités pénales compétentes et à ce qu'il soit ordonné à l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI) de suspendre les procédures relatives aux demandes de marques n° 11_____/2017 et n° 12_____/2017 jusqu'à droit jugé sur la procédure au fond en validation des mesures provisionnelles.

S'agissant de la première conclusion, il ressort de la procédure que le cité n'a eu connaissance effective de l'arrêt ACJC/880/2017 qu'au mois d'août ou de septembre 2017. Faute d'avoir été valablement avisé des conséquences pénales d'un éventuel refus d'obtempérer, il n'a donc pas contrevenu à l'art. 292 CP en déposant ses demandes de marques n° 11_____/2017 et n° 12_____/2017 le 24 juillet 2017. En outre, eu égard aux dispositions d'exécution prévues ci-dessus, on peut espérer que le cité se soumettra de lui-même aux mesures provisionnelles ordonnées, sans qu'il soit nécessaire d'initier un procès pénal à son endroit, mesure qui paraît, à ce stade, disproportionnée. En tout état, la Cour n'a aucune obligation de dénoncer aux autorités pénales la commission d'une simple contravention (art. 33 al. 1 LaCP *a contrario*). La requérante sera par conséquent renvoyée à agir au pénal de sa propre initiative si elle le souhaite.

S'agissant de la seconde conclusion, il sied de rappeler que l'IPI est un établissement de droit public de la Confédération, doté de la personnalité juridique (art. 1 de la loi sur le statut et les tâches de l'IPI), autonome dans son organisation et sa gestion (art. 1 al. 2 LIPI) et soumis à la surveillance du Conseil fédéral (art. 9 al. 1 LIPI). Aussi, la requérante sera renvoyée à solliciter la suspension des procédures concernées auprès de la seule autorité (administrative) compétente pour la prononcer, soit auprès de l'IPI, dont la Cour n'est pas l'autorité de tutelle, en se prévalant de la présente décision.

La requête sera dès lors rejetée sur ces deux points.

5. Dans la mesure où l'action au fond n'est pas encore pendante, la Cour impartira à la requérante un délai de 60 jours à compter de la réception du présent arrêt pour le dépôt de sa demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées (art. 263 CPC).

6. Les frais de la procédure, qui comprennent également les émoluments forfaitaires des décisions sur mesures superprovisionnelles et sur incident de compétence, seront arrêtés à 5'000 fr. (art. 13 et 26 RTFMC) et mis à la charge du cité, qui succombe pour l'essentiel (art. 106 al. 1 CPC). Dès lors que celui-ci plaide au bénéfice de l'assistance juridique, ces frais seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat de Genève, lequel pourra en réclamer le remboursement ultérieurement aux conditions de l'art. 123 CPC.

Le cité sera par ailleurs condamné à verser à la requérante la somme de 6'500 fr., débours et TVA compris, à titre de dépens (art. 106 al. 1 CPC; art. 85 et 88 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Statuant sur mesures provisionnelles :

A la forme :

Déclare recevable la requête de mesures provisionnelles formée le 12 juillet 2017 par A _____ à l'encontre de B _____.

Au fond :

Fait interdiction à B _____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, le signe tel que déposé initialement sous la demande de marque combinée n° 1 _____/2017 "[D _____] C _____" pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice.

Fait interdiction à B _____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, le signe tel que déposé sous la demande de marque n° 11 _____/2017 "[D _____] C _____" pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice.

Fait interdiction à B _____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, le signe tel que déposé sous la demande de marque n° 12 _____/2017 "D _____ C _____" et reprenant les caractéristiques suivantes des marques suisses n° 2 _____, n° 3 _____, n° 4 _____, n° 5 _____, n° 6 _____, n° 7 _____, n° 8 _____ et des enregistrements n° 13 _____ et n° 14 _____, pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice :

- la combinaison des couleurs noir, blanc, vert (Pantone _____) et orange (Pantone _____) et les polices d'écritures;
- l'utilisation de la couleur orange (Pantone _____) et/ou de la couleur verte (Pantone _____) pour les lettres "D _____ C _____";
- une écriture blanche répétitive écrite en diagonale sur un fond vert (Pantone _____).

Fait interdiction à B _____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe reprenant, à l'identique ou de façon similaire, les caractéristiques suivantes des marques suisses n° 2 _____, n° 3 _____, n° 4 _____, n° 5 _____, n° 6 _____, n° 7 _____, n° 8 _____ et des enregistrements n° 13 _____ et n° 14 _____ pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice :

- la combinaison des couleurs noir, blanc, vert (Pantone _____) et orange (Pantone _____) et les polices d'écritures;
- un carré blanc central avec au centre une lettre seule de la couleur orange (Pantone _____) avec le terme "C _____" écrit en diagonale et en noir;

-
- une écriture blanche répétitive écrite en diagonale sur un fond vert (Pantone _____).

Fait interdiction à B_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe reprenant, à l'identique ou de façon similaire, pour tous les produits selon les classes 31 et 34 de la classification de Nice, les caractéristiques suivantes :

- (a) la combinaison des couleurs noir, blanc, vert (Pantone _____) et orange (Pantone _____) et les polices d'écritures telles que ressortant des marques suisses n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____ et des enregistrements n° 13_____ et n° 14_____;
- (b) un carré blanc central avec au centre une lettre seule de la couleur orange (Pantone _____) avec le terme "C_____" écrit en diagonale et en noir tel que ressortant des marques suisses n° 3_____, n° 2_____, n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____, n° 7_____, n° 8_____ et des enregistrements n° 13_____ et n° 14_____;
- (c) une écriture blanche répétitive écrite en diagonale sur un fond vert (Pantone _____) telle que ressortant des marques suisses n° 4_____, n° 5_____, n° 6_____ et des enregistrements n° 13_____ et n° 14_____.

Fait interdiction à B_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'autoriser un tiers à utiliser, sous quelque forme que ce soit, tout signe tel que défini ci-dessus.

Condamne B_____ à une amende d'ordre de 500 fr. par jour de commercialisation de produits en violation de la présente décision.

Fait interdiction à B_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de déposer devant l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle tout signe identique ou similaire à ceux définis ci-dessus.

Condamne B_____ à une amende d'ordre de 2'000 fr. pour chaque dépôt de marque suisse en violation de la présente décision.

Ordonne à B_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de supprimer tout signe identique ou similaire à ceux définis ci-dessus de son profil H_____ et du profil H_____ de la société "D_____ C_____ by I_____" dont il est le titulaire.

Condamne B_____ à une amende d'ordre de 500 fr. par jour d'inexécution de l'injonction susmentionnée.

Dit que l'art. 292 CP est ainsi libellé : "Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents, sera puni de l'amende".

Rejette la requête pour le surplus.

Impartit à A_____ un délai de 60 jours, à compter de la notification de la présente décision, pour valider les mesures provisionnelles par le dépôt d'une action au fond, sous peine de caducité.

Dit que, sous réserve de leur modification ou révocation, les présentes mesures provisionnelles demeureront en vigueur jusqu'à droit jugé sur l'action au fond ou accord entre les parties.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 5'000 fr., les met à la charge de B_____ et les laisse provisoirement à la charge de l'Etat de Genève.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer à A_____ son avance de frais de 3'000 fr.

Condamne B_____ à verser à A_____ la somme de 6'500 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Mesdames Nathalie LANDRY-BARTHE et Nathalie RAPP, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

La présidente :

Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.