REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21141/2021 **ACJC/423/2023**

ORDONNANCE

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 20 MARS 2023

Entre

A_____ SÀRL, sise _____[GE], demanderesse, comparant par Me Paul-Edgar LEVY, avocat, Lexiss Avocats, avenue de la Gare 1, case postale 986, 1001 Lausanne (VD), en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

1) **B_____ /1_____ SA**, sise _____ (VD),
2) **B_____ HOLDING SA, EN LIQUIDATION**, sise c/o C_____, _____ (VD),
3) **B_____ /2_____ SA**, sise _____ (NE),
4) **B_____ /3_____ SA**, sise _____ (VD),
5) **B_____ /4_____ SA**, sise _____ (VD),
et
6) **Monsieur D_____**, domicilié _____ (VD),
défendeurs, comparant par Me Astyanax PECA, avocat, avenue du Casino 50, 1820 Montreux (VD), en l'Étude duquel ils font élection de domicile, d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 31 mars 2023

Vu, **EN FAIT**, la procédure C/21141/2021, la demande, la réponse, la réplique et la duplique ainsi que les pièces produites.

Vu l'audience de débats d'instruction, ouverture des débats principaux et premières plaidoiries du 25 août 2022.

**

Attendu que le litige porte en substance sur l'enregistrement de la marque "*B_____*" (n° 5_____) en 2018 par D_____ et B_____ HOLDING SA ainsi que sur son utilisation par les défendeurs formant le GROUPE B_____ (ou B_____GROUP), pour des services de fitness et santé, ainsi que de divertissement pour les familles en Suisse romande, alors que la demanderesse utilise la marque "*F_____/6_____*", enregistrée en 2007 (n° 7_____), au nom de plusieurs personnes successives, jusqu'à sa reprise en 2019 par E_____, administrateur et animateur de A_____ SARL, pour des services de divertissement pour enfants à Genève et en Suisse romande.

Que la demanderesse utilise le logo suivant pour promouvoir ses prestations, de couleur blanche et orange :

[logo]

Que les défendeurs, ou à tout le moins certains d'entre eux, utilisent le logo suivant, de couleur verte :

[logo]

Qu'il n'est plus contesté par les parties qu'elles ont toutes deux choisi le terme "*B_____*" ou "*F_____*" pour signifier "*il y a tout pour ...*" (PV d'audience du 25.8.22 p. 2).

**

Que la demanderesse allègue, en se fondant sur son site internet, être active dans la fourniture de plaines de jeux, châteaux gonflables, animations, mini-disco, danse,

karaoke, laser game, paintball, tir à l'arc, escape game, garderie, ateliers, locations, parc aquatique, toboggans, trampolines et minigolfs pour enfants – ce qui est incontesté – et adultes – ce qui est contesté. Qu'elle offre également des services de garderie, de photographe, de maquillage, d'animation, notamment de clown. Qu'elle décline sa marque "*F_____/6_____*" en divers services intitulés F_____/8_____, F_____/9_____, 10_____/ F_____, F_____/11_____, F_____ /12_____, F_____ /13_____, F_____ /14_____, F_____/15_____, etc.

Qu'elle propose ces prestations pour des événements privés sous la forme "*nomade*", chez le client, qui peut être un particulier ou une entreprise ou un autre type d'organisme, ce qui n'est pas contesté. Qu'elle allègue assurer l'animation d'environ 80 événements de cet ordre par an, ce qui est contesté.

Que la demanderesse dispose par ailleurs de deux centres à Genève, l'un à G_____ (depuis 2006) et l'autre à H_____ (depuis 2019) qui permettent d'entreposer son matériel, ce qui n'est pas contesté. Qu'elle allègue que le centre de G_____ a été ouvert au public de 2006 à 2019 et que le centre de H_____ est désormais ouvert au public les mercredis après-midi et les week-ends comme espace de divertissement essentiellement pour les enfants, mais également les adultes, avec toute la gamme des activités décrite ci-dessus, ce qui n'est pas contesté; qu'elle y propose également un espace de détente ainsi que de la petite restauration pour les parents accompagnant leurs enfants, ce qui est contesté. Que lors des débats d'instruction (PV d'audience du 25 août 2022, p. 3), la demanderesse a admis que dans les locaux de H_____ elle avait essentiellement des réservations d'événements privés ou des visiteurs de passage qui s'y arrêtaient les mercredis après-midi et week-ends durant les heures d'ouverture; qu'il ne s'agissait toutefois pas de l'essentiel de son activité, laquelle consistait dans la fourniture de prestations "*nomades*". Que la demanderesse allègue un nombre de visiteurs de l'ordre de 70'000 par an au centre de H_____, dont 2'000 lors d'anniversaires, ce qui est contesté.

Que la demanderesse a encore monté et animé des installations "*nomades*", ouvertes à un large public, au lac [de] I_____ à J_____ (VS), pendant trois mois, chaque année, entre 2009 et 2013, à K_____ (L_____ / JU) durant tout l'été de 2011 à 2013 (1'000 m^2), à la piscine de M_____ (N_____ / VD) pendant les étés de 2010 à 2012 (1'000 m^2), à O_____ pendant l'été en 2011 et 2012, à P_____ pendant un mois en été, de 2011 à 2020 (600 m^2), sur le toit du centre commercial de W_____ en été depuis 2008 (1'400 m^2), à R_____ au centre sportif de S_____ de 2008 à 2015; qu'elle a organisé en 2009 un "*F_____/6_____ Festival*" durant 4 jours à T_____ (25'000 m^2); qu'elle participe à l'animation de divers événements tels que U_____, dès 2011, V_____, de 2009 à 2015, le salon des vacances, des voyages et des loisirs (Genève, puis Berne), les matchs de football au stade de W_____ et de hockey à la patinoire de X_____; qu'elle anime régulièrement pendant des périodes de 15 jours le centre commercial de Y_____, depuis 2016 (400 m^2); qu'elle exploite finalement un parc aquatique près de deux mois en été, ouvert 7 jours sur 7, qui s'est tenu au stade G_____ entre 2017 et

2020, puis a été délocalisé à Z_____ (VD) depuis 2021 (2'000 m^2); que ces circonstances, documentées par des pièces, ne sont pas contestées.

Que la demanderesse allègue être promue par divers annonceurs, guides et médias romands, bénéficier du sponsoring, recourir au crowdfunding et avoir mis en œuvre deux influenceuses en 2019; qu'elle allègue être connue de neuf genevois sur dix et disposer de 7'000 abonnés sur les réseaux sociaux ainsi que de 12'000 abonnés à sa newsletter mensuelle; que "*F_____/6_____*" fait l'objet de 650'000 recherches sur internet par trimestre. Que les défendeurs contestent ces informations dans la mesure où elles ne sont pas illustrées par une pièce ou des captures d'écran.

Que, s'agissant de l'activité des défendeurs, la demanderesse allègue, en se fondant sur le site internet "*B_____.ch*", qu'ils exploitent : i. un centre B_____ /3_____ pour adulte dans la région N_____ (AA_____, VD) ouvert en 2019; ii. un B_____ /4_____ dans la région N_____ (AB_____, VD) ouvert en 2021 et proposant des activités telles que AC_____, AD_____, AE_____, AF_____, ainsi que l'organisation de fêtes et événements au sein du centre, d'une superficie de 3'000 m^2, dont il n'est pas contesté que la clientèle provient essentiellement du canton de Vaud (cf. all. 161 déf. et dét. dem. ad 161 déf.); iii. un B_____ /4_____ en voie d'ouverture dans la région neuchâteloise (AG_____) proposant des activités similaires au premier. Que ces allégués ne sont pas contestés. Que les défendeurs ont précisé en débats d'instruction ne pas pratiquer l'installation de gonflables ou d'activités "*nomades*" hors de leurs locaux, sans être contestés. Qu'ils ont également précisé avoir envisagé d'ouvrir un B_____ /4_____ dans la région de AH_____ (VD), projet qui a été abandonné.

Que la demanderesse conclut, sur le fond, avec suite de frais et dépens (conclusion VI), à ce que la Cour fasse interdiction aux défendeurs, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'utiliser le signe "*B_____*" en Suisse en relation avec des services de divertissement, en particulier destinés aux enfants (conclusion I), déclare nulle la marque suisse n° 5_____ "*B_____*" (conclusion V) et condamne les défendeurs à lui verser un montant au titre de remise du gain réalisé en lien avec l'utilisation du signe "*B_____*", montant qui sera déterminé ultérieurement sur la base des renseignements fournis par les défendeurs, mais pas inférieur à 10'000 fr. (conclusion III).

Qu'elle conclut, à titre préalable, à ce qu'il soit ordonné aux défendeurs de fournir dans un délai de 60 jours, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, des renseignements, par la production de toutes les factures et/ou quittances émises et de tous les documents comptables pertinents, dont les bilans et les comptes de résultats, concernant le chiffre d'affaires réalisé annuellement, sur les cinq dernières années, par les défendeurs, notamment en lien avec des services de divertissement, en particulier destinés aux enfants (conclusion II).

Qu'elle conclut enfin, au titre de mesure d'exécution, à ce qu'il soit dit que faute d'exécution dans les 10 jours dès l'entrée en force de la décision les défendeurs seront

condamnés à une amende d'ordre de 1'000 fr. au plus pour chaque jour d'inexécution (conclusion IV); qu'il n'est pas précisé si cette conclusion vise l'inexécution de l'interdiction d'utiliser le signe "*B_____*" ou de l'ordre de fournir des renseignements, voire les deux.

Que la demanderesse invoque la confusion créée par les défendeurs par l'usage du signe "*B_____*" pour des prestations similaires aux siennes, fournies sous le signe antérieurement utilisé "*F_____*" (art. 3 al. 1 let d LCD), et reproche aux défendeurs des actes de parasitisme par l'usage de cette marque dans de telles circonstances alors que ses prestations avaient atteint une grande renommée en Suisse sous le signe "*F_____*" (art. 3 al. 1 let. e LCD). Qu'elle soutient que les défendeurs ne pourraient se prévaloir de la protection de la marque qu'ils ont enregistrée en fonction du principe de priorité à l'antériorité. Que l'usage frauduleux d'une marque permet d'en demander la radiation en application des art. 2 et 3 al. 1 let. e LCD.

**

Que les défendeurs concluent au rejet de la demande, dans la mesure de sa recevabilité, pour les motifs suivants :

- la défenderesse B_____ HOLDING SA prétend ne pas avoir la légitimation passive au motif qu'elle est en liquidation selon les règles de la faillite depuis le 26 août 2021 en raison de carences organisationnelles (art. 731b CO);
- B_____ /2_____ SA, B_____ /3_____ SA prétendent ne pas être concernées par la demande car leur but social est sans rapport avec l'activité de la demanderesse et ne se trouvent pas dans un rapport de concurrence avec elle;
- D_____ prétend n'être qu'administrateur de certaines sociétés défenderesses et ne pas disposer de la légitimation passive à titre personnel;
- pour le surplus, les défendeurs soutiennent que les marques "*B_____*" et "*F_____/6_____*" sont orthographiquement, visuellement, verbalement et phonétiquement très différentes; leurs identités visuelles sont fortement connotées et distinctes; les activités déployées par les parties sont différentes (les B_____ /4_____ ne fournissent que des activités dans leurs locaux, 7 jours sur 7 – puis depuis 2022 du mardi au dimanche –, avec un restaurant, alors que la demanderesse fournit l'essentiel de ses prestations chez le client, son centre genevois ne recevant des visiteurs que le mercredi après-midi et le week-end ou sur réservation, sur des installations non fixes), s'exercent dans des zones géographiques distinctes (essentiellement Genève pour la demanderesse et Vaud pour B_____ /4_____) et que la clientèle visée n'est pas la même (tous âges pour B_____ /4_____ et enfants pour la demanderesse). En conclusion, les défendeurs nient toute confusion, parasitisme ou dépôt frauduleux de marque.

**

Que, dans la réplique, la demanderesse conteste en substance la limitation de son activité à la région genevoise, ayant fourni de nombreuses prestations dans le canton de Vaud, tout comme la limitation des activités des défendeurs au canton de Vaud puisque D_____ promouvait son groupe et ses projets de développement par des annonces et articles dans divers médias genevois. Qu'elle conteste également la limitation de sa clientèle aux enfants.

**

Qu'à l'issue de l'audience du 25 août 2022, la Cour a gardé la cause à juger sur ordonnance de preuve.

****

Considérant, **EN DROIT**, que toute partie a droit à ce que le juge administre les moyens de preuve adéquats, proposés régulièrement et en temps utile, ayant pour objet les faits pertinents et contestés (art. 29 al. 2 Cst. féd.; art. 150 al. 1 et 152 al. 1 CPC).

Que les faits pertinents allégués doivent être suffisamment motivés pour que, d'une part, le défendeur puisse dire clairement quels faits allégués dans la demande il admet ou conteste et que, d'autre part, le juge puisse, en partant des allégués de fait figurant dans la demande et de la détermination du défendeur dans la réponse, dresser le tableau exact des faits admis par les deux parties ou contestés par le défendeur, pour lesquels il devra procéder à l'administration de moyens de preuve. Que les exigences quant au contenu des allégués et à leur précision dépendent, d'une part, du droit matériel, soit des faits constitutifs de la norme invoquée et, d'autre part, de la façon dont la partie adverse s'est déterminée en procédure: dans un premier temps, le demandeur doit énoncer les faits concrets justifiant sa prétention de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse indiquer lesquels elle conteste, voire présenter déjà ses contre-preuves; dans un second temps, si la partie adverse a contesté des faits, le demandeur est contraint d'exposer de manière plus détaillée le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier. Que lorsque le demandeur a présenté un allégué et l'a suffisamment motivé, le défendeur doit le contester de manière précise et motivée; qu'à défaut, l'allégué du demandeur est censé non contesté avec pour conséquence qu'il n'a pas à être prouvé (ATF 144 III 519 consid. 5.2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_126/2019 du 17 février 2020 consid. 6.1.3 et 6.1.4).

Que l'autorité peut renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1).

**

Que la demande contient, pour chaque allégation, les moyens de preuves proposés (art. 221 al. 1 let. e CPC).

Qu'il résulte du texte de l'art. 152 CPC en lien avec l'art. 221 al. 1 lit. e CPC qu'un moyen de preuve ne doit être considéré comme offert dans les formes prescrites que si l'offre de preuve se réfère clairement au fait qui doit ainsi être prouvé, et vice-versa. Qu'en règle générale, chaque offre de preuve doit être indiquée immédiatement après les allégués de fait qu'elle est destinée à établir. Qu'il en résulte notamment que le demandeur ne saurait proposer de manière générale, à l'appui d'une allégation de fait, la preuve "par témoins", mais doit indiquer quel témoin est proposé. Qu'ainsi, la demande permet au défendeur de se déterminer aisément sur ceux-ci et de proposer des contre-preuves (ATF 144 III 54 consid. 4.1.3.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_487/2015 du 6 janvier 2016 consid. 5.2; 4A_452/2013 du 31 mars 2014 consid. 2.1 et 2.3).

Que chaque partie peut s'exprimer deux fois sans limites : une première fois dans le cadre du premier échange d'écritures; une seconde fois, soit dans le cadre d'un second échange d'écritures, estimé nécessaire par le tribunal au vu des circonstances (art. 225 CPC) ou à une audience d'instruction (art. 226 CPC) ou au début de l'audience des débats principaux, avant les premières plaidoiries (art. 229 al. 2 CPC). Que les allégations, les contestations et les offres de preuve qui n'ont été présentées qu'à l'audience d'instruction tenue après le double échange d'écritures sont tardives (ATF 144 III 67 consid. 2.1; 144 III 519 consid. 5.2.1; 141 III 481 consid. 3.2.4; 140 III 312 consid. 6.3.2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_494/2017 du 31 janvier 2018 consid. 2.4.1 et 2.4.2).

**

Que l'interrogatoire et la déposition d'une partie sont des moyens de preuve objectivement adéquats prévus par la loi (art. 168 al. 1 lit. f CPC) et doivent être appréciés librement à l'instar des autres moyens de preuve, sans pouvoir être d'emblée exclus en raison de leur faible valeur probante. Qu'il n'est dès lors pas admissible de dénier à ces moyens de preuve d'emblée toute capacité à prouver un fait et de refuser de les administrer, même si le Message du Conseil fédéral à l'appui du Code de procédure civil (FF p. 6934) mentionne la faible force probante de la déposition et de l'interrogatoire et qu'ils doivent être corroborés par un autre moyen de preuve. Que ce n'est qu'une fois administrés et appréciés dans le cas d'espèce qu'il pourra être retenu une valeur probante faible (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2).

Qu'en revanche, on ne peut pas déduire de l'art. 29 al. 2 Cst. un droit absolu à l'administration d'une audition des parties. Que le tribunal peut procéder à une appréciation anticipée de l'audition requise et renoncer à l'administrer – et ainsi renoncer aussi à la tenue d'une audience dans ce but –, lorsque sur la base des preuves

déjà administrées, il a forgé sa conviction et pouvait admettre sans arbitraire que l'administration d'autres preuves ne modifierait pas sa conviction (arrêt du Tribunal fédéral 5A_510/2016 du 31 août 2017 consid. 4.2 n.p. in ATF 143 III 520; ATF 134 I 140 consid. 5.3; 130 II 425 consid. 2.1).

**

Qu'il est recouru à l'expertise au sens des art. 183 et ss CPC lorsque le juge n'est pas suffisamment outillé, de par sa formation et ses connaissances, pour apprécier un point de fait qui peut être élucidé, au moins avec un degré de fiabilité supérieur à celui qui résulte de ses propres aptitudes, par un tiers disposant d'un bagage scientifique ou concret plus étendu en la matière. Que l'objet de l'expertise recouvre tout le champ du savoir qui permet de reconstituer ou d'élucider un point de fait pertinent contesté, et qui échappe en tout ou partie au tribunal, privé des « connaissances spéciales » lui permettant d'apprécier au mieux la vraisemblance d'un fait, en l'état actuel du savoir humain. Que ce savoir peut être « scientifique » (oncologie, biologie, psychiatrie, dynamique des fluides, géologie, chimie, physique, etc.) ou simplement lié à une expérience pratique que n'ont pas les membres du tribunal (mécanicien sur auto) (SCHWEIZER, Commentaire Romand, CPC, 2019, n° 1, 3, 11 et 13 ad art. 183 CPC).

**

Qu'en l'espèce, la demanderesse conclut, en tête de sa réplique, à ce que tous les faits de la demande soient, globalement, considérés comme admis car les défendeurs n'auraient pas contesté de manière suffisamment précise ses allégués en invoquant l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_126/2019 cité *supra*.

Que les courtes déterminations des défendeurs, sous la forme d'"*admis*" ou "*contesté*", sans autre explication, permettent en l'espèce de comprendre leur position sur les allégués de la demanderesse et dans quelle mesure l'administration d'une preuve ou d'une contre-preuve est nécessaire. Que les allégués de la demande sont généralement courts et ne comportent qu'un thème simple et circonscrit. Que l'on ne se trouve pas dans la situation de l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné où les allégués portaient sur des circonstances complexes (factures comportant de nombreux postes), nécessitant que la contestation soit détaillée, faute de quoi, celle-ci n'avait aucune portée utile.

Que, par conséquent, l'intégralité des allégués de la demanderesse ne sont pas incontestés.

Qu'il sera en revanche tenu compte d'éventuelles contestations insuffisantes dans l'examen détaillé des offres de preuve qui suit.

**

Allégués 12, 14, 16, 17 dem. et 153 à 157 déf.

Que les contestations des allégués 12, 14, 16, 17 dem. et 153 à 157 déf., portant sur l'origine, la prononciation et le sens à donner aux marques "*F_____/6_____*" et "*B_____*" ont été aplanies dans le cadre des débats d'instruction. Que l'administration de preuve en relation avec ces allégués n'a plus lieu d'être.

Allégués 141 à 152 déf.

Que le litige porte en partie sur la capacité, qualité et/ou légitimation pour défendre de certains des défendeurs, leur défaut ayant été soulevé par les intéressés sur la base de leurs allégués 141 à 152, dont seuls les allégués 142, 144, 145 et 147 à 151 sont contestés.

Qu'en substance, les défendeurs considèrent que seule l'entité exploitant le centre de AB_____ est impliquée dans le litige, les autres entités n'étant pas concernées.

Que la demanderesse rétorque sur ces objets que les défendeurs occultent les relations réelles qui les unissent, à savoir que D_____ est administrateur unique des sociétés défenderesses, en plus d'en être certainement l'animateur, voire actionnaire unique. Que toutes les sociétés défenderesses utilisent, d'une manière ou d'une autre, mais en tous les cas dans leur raison sociale, la marque "*B_____*".

Que ces questions s'examinent d'office (art. 59, 60 CPC; ATF 138 III 537).

Que la Cour ordonnera la comparution des parties aux fins de compléter leurs explications sur ces objets dans le cadre de débats d'instruction complémentaires (art. 226 CPC) et être, cas échéant, entendues en interrogatoire ou déposition (art. 191 et ss CPC).

Que pour le surplus, sur ces objets, les défendeurs ont essentiellement offert en preuve des pièces (extraits du Registre du commerce); qu'ils ont également indiqué "*par le droit*" et "*par appréciation*". Que si la production de titres est bien un mode de preuve, les deux autres mentions utilisées par les défendeurs n'en sont pas et seront par conséquent ignorées.

Que l'allégué 147 dem. ("*il n'y a donc aucun lien, ni donc son activité, avec celui de la demanderesse*"), dans la mesure où il est compréhensible, semble contenir la déduction qu'il n'existerait aucun lien entre les parties défenderesses, fondée sur les circonstances décrites aux allégués précédents. Qu'il ne s'agit donc pas d'un allégué de fait ouvrant la voie à l'administration de preuves. Qu'en tout état, les preuves offertes (interrogatoire des parties, expertise et vision locale) ne sont pas adéquates pour prouver une telle déduction.

Preuve par témoins

Que la demanderesse n'a pas requis la preuve par témoin à l'appui des allégués de sa demande du 4 novembre 2021 et de sa réplique du 15 mars 2022.

Que les défendeurs ont mentionné "*témoins réservés*", à la suite de leurs allégués 162 et 163 contestés (le /4_____ de AB_____ est largement ouvert au public, qui peut s'y rendre librement, sans prendre rendez-vous, 7 jours sur 7, de 9h00 jusqu'en soirée); qu'ils ont désigné leurs témoins oralement à l'issue de l'audience de débats d'instruction.

Que la désignation des témoins à un stade aussi tardif n'est pas compatible avec la jurisprudence mentionnée *supra* et les pièces produites, notamment l'impression des pages du site internet de "*B_____GROUP*", sont, quoi qu'il en soit, adéquates et suffisantes pour prouver ces faits de sorte que l'administration de la preuve par témoin sera écartée.

Preuve par inspection

Que la "*vision locale*" a été requise par les défendeurs dans leurs écritures du 15 février 2022 pour leurs allégués contestés 147, 162 à 164 et 167 déf.

Qu'il a été considéré *supra* que l'allégué 147 déf., dans la mesure où il était compréhensible, était constitutif d'un raisonnement déductif et non d'un allégué; qu'il n'appelait aucune administration de preuve.

Que les allégués 162 à 164 et 167 déf. portent sur les horaires d'ouverture et le type d'accès des centres de divertissement respectifs des parties (H_____ et AB_____). Que les pièces produites par les parties, notamment l'impression de leurs sites internet respectifs, permettent d'établir les faits à cet égard, étant précisé que ces faits ne sont pas réellement contestés, contrairement à ce qu'affirme la demanderesse dans ses déterminations du 15 mars 2022.

Qu'à l'audience du 25 août 2022, les défendeurs ont élargi leur offre de preuve par inspection aux allégués 171 à 177 déf. (âge de la clientèle visée par les centres exploités par les parties). Que les allégués 171 et 173 déf. ne sont pas contestés de sorte qu'ils n'ont pas à être prouvés. Que l'offre de preuve est pour le surplus irrecevable à ce stade de la procédure et que les pièces produites en offre de preuve des allégués 172 et 174 déf. (impression des sites internet des parties) sont adéquates et suffisantes pour ces allégués.

Preuve par expertise

Que les défendeurs ont renoncé à la preuve par expertise lors de l'audience de débats d'instruction.

Qu'en tout état la preuve par expertise, au vu de la définition rappelée *supra*, n'aurait pas été appropriée pour établir les faits décrits aux allégués visés par cette offre de preuve.

Preuve par interrogatoire des parties

Que les deux parties invitent la Cour à renoncer à les interroger formellement sur chacun des allégués contestés pour lesquels leur interrogatoire était offert en preuve, mais de leur demander de confirmer ces allégués dans leur ensemble après avoir été exhortées à dire la vérité.

Qu'une telle manière de procéder n'apparaît pas adaptée à une saine et efficace administration d'une preuve, en ce sens qu'elle n'est pas susceptible d'emporter la conviction du juge de l'existence de chacun des faits visés, qui n'aura pas été individuellement discuté.

Que de telles modalités apparaissent par conséquent inadéquates et il ne sera pas donné suite à la requête de parties sur ce point.

Que l'interrogatoire des parties requis pour chacun des allégués contestés sera ordonné comme suit :

- 26 dem. (organisation d'événements de réalité virtuelle pour enfants et adultes), 49 dem. (F_____/6_____ - AI_____ à T_____ en 2009 a attiré 15'000 personnes en trois jours), 67 dem. (F_____/6_____ - AJ_____ a attiré 15'000 personnes pendant l'été 2021 à Z_____), 73, 74 dem. (la demanderesse organise 80 événements chez des particuliers par année en Suisse romande), 101 dem. (le centre de Genève à G_____, puis à H_____, attire près de 70'000 visiteurs par année depuis 2006), 191 dem. (nombreux événements organisés dans le canton de Vaud, mais également en Valais et à Neuchâtel, chez des particuliers ou dans des locaux d'entreprises): seul l'interrogatoire de la demanderesse est offert en preuve de ces allégués; il sera par conséquent ordonné sur cet objet.
- 93 dem. (les sponsors qui soutiennent la demanderesse utilisent la renommée de "*F_____/6_____*" auprès des enfants de Suisse romande pour promouvoir leurs propres produits ou services), 100 dem. (le succès de la campagne de crowdfunding lancée par la demanderesse en 2021 n'aurait pas été possible sans la renommée acquise par "*F_____/6_____*" au fil des années) : ces allégués ne portent que sur le lien de causalité entre la renommée de "*F_____/6_____*" et sa capacité à attirer sponsors et investisseurs; l'interrogatoire de la demanderesse n'est pas un moyen de preuve adéquat pour établir ces allégués, de sorte qu'il ne sera pas ordonné.
- 153, 155 déf. (les marques "*F_____/6_____*" et "*B_____*" ne constituent pas des signes identiques et "*B_____*" ne fait aucunement référence au monde du divertissement tel que les enseignes "*AJ_____*", "*AK_____*" ou "*AL_____*"), 177, 178 déf. ("*les infrastructures, l'organisation, l'entretien, l'offre proposée ou encore l'insonorisation des deux centres de loisirs ici en cause ne sont aucunement comparables*" et "*au contraire de celle de la demanderesse, la marque "B_____" a une identité visuelle propre forte ...*") : s'agissant non pas de description de faits,

mais d'appréciation, l'administration d'une preuve n'est pas pertinente; les défendeurs ne l'ignorent pas puisqu'ils offrent de prouver ces allégués "*par appréciation*" et "*par le droit*".

- 158 déf. ("*les activités déployées par le GROUPE B_____ ne se limitent pas à l'exploitation d'un centre de loisirs mais sont bien plus vastes*"), 162, 163 déf. (nature des services offerts et horaires d'ouverture du centre de AB_____), 172 déf. (les défendeurs n'offrent que des activités pour "*adultes*") : l'audition des défendeurs requise pour ces allégués peut être écartée, les pièces offertes en preuve étant suffisantes et adéquates pour établir ces faits.
- 175 déf. (les activités proposées par les centres de loisirs des défendeurs comportent des activités que ne propose pas la demanderesse : minigolf, parc de trampolines, réalité virtuelle, restaurant) : le fait que les défendeurs annoncent fournir ces prestations ressort de leur site internet de sorte que la production de titres est un moyen de preuve adéquat de ces faits; en revanche, la fourniture de prestations dans la réalité virtuelle et la restauration par la demanderesse ainsi que la tranche d'âge visée ne ressortent *a priori* pas des pièces; l'interrogatoire des parties sur cet objet sera par conséquent ordonné.

Qu'en conclusion, l'interrogatoire des parties sera ordonné sur les allégués 26, 49, 67, 73, 74, 101, 191 dem. et 175 déf.

**

Réquisition en production de pièces par les défendeurs

Que les défendeurs ont requis à l'appui des allégués 159, 160, 164 et 165 dem. la production de pièces, soit les pièces requises 151 à 153 dem. (151 : tout document attestant de l'existence de centres de loisirs situés hors du canton de Genève utilisant la marque "*F_____/6_____*"; 152 : la liste de la clientèle attestant de sa provenance (codes postaux et communes); 153 : tout document attestant des horaires d'ouverture journaliers, libre et continus du centre de loisirs exploité par la demanderesse).

Qu'ils se sont déclarés satisfaits des explications et des titres produits par la demanderesse dans le cadre de sa réplique, en lien avec les pièces requises 151 et 153 dem.

Qu'en revanche, ils estiment n'avoir pas obtenu de pièce permettant d'établir la provenance de la clientèle des centres de loisirs exploités par la demanderesse.

Que la demanderesse a exposé au cours des débats d'instruction qu'elle pouvait établir une liste des personnes ayant réservé le centre de H_____ pour des anniversaires, mais n'était pas en mesure de fournir la provenance des participants aux anniversaires. Qu'elle ne pouvait pas non plus fournir de liste des visiteurs du centre de H_____ lors des heures d'ouverture les mercredis après-midi et les week-ends car ils ne laissaient pas de coordonnées. Qu'elle soulignait toutefois qu'il ne s'agissait pas de son chiffre d'affaires

principal, lequel était constitué essentiellement des activités "*nomades*" pour lesquelles elle ne pouvait connaître les coordonnées des visiteurs que ce soit pour les activités ouvertes au public ou chez des particuliers. Que seuls les noms et adresses des organisateurs des événements pouvaient être précisés.

Qu'elle estimait toutefois que cette information n'était pas pertinente pour la solution d'un litige dont l'objet était l'usage d'une marque portant à confusion pour une activité s'adressant à un même type de clientèle, le modèle d'affaires précis n'étant pas pertinent.

Que l'aire géographique du réservoir de clientèle des parties est un élément pertinent dans la mesure où celles-ci puisent dans des viviers plus ou moins similaires, ce qui implique un risque de confusion. Qu'en l'occurrence, la preuve par titre permet de déterminer dans une mesure suffisamment utile à l'issue du litige le risque de confusion lié à l'aire d'activité de chacune des parties, de sorte qu'il n'apparaît pas nécessaire d'ordonner la production de la pièce requise. Qu'il ressort par ailleurs des explications de la demanderesse que la pièce qu'elle pourrait produire ne sera en tous les cas ni adéquate ni complète pour établir les faits à prouver. Qu'enfin, la demanderesse ayant le fardeau de la preuve de l'ampleur territoriale de ses activités, il lui appartiendra de subir les conséquences d'une absence de preuve.

Que la Cour renoncera à inviter la demanderesse à produire la pièce 152 dem. requise par les défendeurs.

**

Qu'en conclusion, la Cour ordonnera une suite de débats d'instruction afin de permettre aux défendeurs de s'exprimer sur leur activité et le rôle joué en lien avec l'usage de la marque "*B*_____".

Qu'elle ordonnera l'interrogatoire des parties dans les limites précisées *supra* et rejettera les offres de preuves par production de la pièce 152 dem., audition de témoins, inspection et expertise.

****

Que la demanderesse a formulé une conclusion II consistant à ordonner à B_____ /1_____ SA, B_____ HOLDING SA, B_____ /2_____ SA, B_____ /3_____ SA, B_____ /4_____ SA et D_____ de produire toutes les factures et/ou quittances émises et de tous les documents comptables pertinents, dont les bilans et les comptes de résultats, concernant le chiffre d'affaires réalisé annuellement sur les cinq dernières années, par les défendeurs, notamment en lien avec des services de divertissement, en particulier destinés aux enfants.

Que cette conclusion est suivie d'une conclusion III visant à la condamnation des défendeurs à verser à la demanderesse un montant à titre de remise du gain réalisé en

lien avec l'utilisation du signe "*B_____*", montant qui devrait être déterminé ultérieurement sur la base des renseignements fournis en exécution de la conclusion précédente, mais dont la valeur minimale ne serait pas inférieure à 10'000 fr.

Que la demande ne contient aucun allégué, ni aucune explication ou motivation concernant ces conclusions.

Qu'au cours des débats d'instruction, la demanderesse a soutenu qu'elles devaient être traitées comme une action échelonnée. Qu'elle souhaitait que la reddition de comptes requise soit ordonnée immédiatement, parallèlement à l'administration des preuves.

Que les défendeurs ont émis des doutes sur la recevabilité de ces conclusions.

**

Qu'à teneur de l'art. 85 al. 1 CPC, si le demandeur est dans l'impossibilité d'articuler d'entrée de cause le montant de sa prétention ou si cette indication ne peut être exigée d'emblée, il peut intenter une action non chiffrée; qu'il doit cependant indiquer une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire.

Qu'une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire (art. 85 al. 2 CPC).

Que l'art. 85 al. 2 CPC ne porte que sur les modalités selon lesquelles le demandeur doit chiffrer ses conclusions. Qu'il ne règle pas la question de l'apport de faits non encore allégués et découverts par le demandeur grâce à l'administration des preuves, qui relève de l'art. 229 CPC (BOHNET, Commentaire Romand, CPC, 2019, n° 22 ad art. 85 CPC).

Qu'il est impossible pour le demandeur de chiffrer ses prétentions d'entrée de cause au sens de l'art. 85 al. 1 CPC lorsque les informations lui permettant d'en articuler le montant sont en mains du défendeur ou d'un tiers.

Que dans un tel cas, l'art. 85 CPC offre au demandeur l'option entre requérir la production de preuves de la partie adverse dans le cadre de l'administration des preuves, soit intenter une action dite échelonnée. Que dans le premier cas, le demandeur prend une simple conclusion condamnatoire non chiffrée et demande la production des documents en relation avec la reddition de comptes au stade de l'administration des preuves. Que dans le second cas, qui présuppose que le demandeur dispose d'un droit matériel à l'information, il intente une action dans laquelle une conclusion en reddition de comptes (qui pourrait aussi être indépendante et que le juge peut dans tous les cas décider de traiter dans un premier temps selon l'art. 125 CPC) est liée à une conclusion indéterminée en paiement de la somme due; que la seconde conclusion est principale et la première complémentaire. Que le recours à l'action échelonnée n'est pas obligatoire mais peut se révéler opportun (pas besoin de décrire précisément les documents requis;

possibilité de faire immédiatement appel du jugement partiel rendu, sans condition de préjudice difficilement réparable imposée au recours contre les ordonnances de preuve), voire nécessaire lorsque la partie adverse ne collabore pas (BOHNET, *op. cit.*, n° 7 et 8 ad art. 85 CPC et les références citées).

Que lorsque le gain dont la délivrance est demandée peut être évalué sans qu'il soit nécessaire de rendre à l'encontre du défendeur un jugement partiel le condamnant à fournir les renseignements requis, l'intérêt du demandeur à exercer une action échelonnée disparaît. Que c'est le cas en particulier lorsque le défendeur fournit à l'occasion de l'administration des preuves les documents requis par le demandeur dans sa conclusion. Cependant, si le demandeur conteste que les documents déposés correspondent aux documents requis, l'intérêt subsiste, et le tribunal doit se prononcer sur la conclusion en reddition de comptes (BOHNET, *op. cit*. n° 10 ad art. 85 CPC).

Que l'action en remise de gain fondée sur les art. 9 al. 3 LCD et 423 al. 1 CO implique un droit à la reddition de comptes (ATF 144 III 43 consid. 4.2 = JdT 2018 II 207).

Que le juge peut simplifier le procès en limitant la procédure à des questions ou des conclusions déterminées (art. 125 let. a CPC).

**

Qu'en l'espèce, la courte explication fournie par la demanderesse à l'audience de débats d'instruction à l'appui de ses conclusions II et III, ainsi que l'évocation de leur éventuelle irrecevabilité par les défendeurs, ne permettent pas de trancher la question de leur qualification (action échelonnée ou réquisition de preuve dans le cadre d'une demande non chiffrée), de leur recevabilité et de leur instruction.

Que la suite des débats d'instruction ordonnée *supra* sera par conséquent également consacrée à ces questions à la lumière des principes rappelés ci-dessus.

Qu'il découle de ce qui précède que les conclusions I, V et VI (partiellement) seront vraisemblablement en état d'être jugées après l'administration des preuves par interrogatoire des parties alors que le sort de la conclusion III ne pourra être tranché qu'après éclaircissement et décision sur la qualification et la suite à donner à la conclusion II, puis, cas échéant, reddition de comptes.

Que la Cour évoquera avec les parties lors des débats d'instruction l'opportunité d'ordonner une simplification des débats, en ce sens qu'à l'issue de l'audience de suite de débats d'instruction et d'administration des preuves par interrogatoire, les débats pourraient être clos s'agissant des conclusions I, V et VI (partiellement) de la demande, les parties invitées à plaider et la cause gardée à juger sur ces conclusions.

Que la Cour abordera également dans le cadre de la suite des débats d'instruction la portée incertaine de la conclusion IV de la demande.

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Ordonne la suite des débats d'instruction au sens des considérants.

Ordonne l'interrogatoire des parties au sens des considérants.

Rejette les offres de preuves par production de la pièce 152 dem., audition de témoins, inspection et expertise.

Réserve la suite de la procédure.

Siégeant :

Madame Nathalie RAPP, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

La présidente :	La greffière :
Nathalie RAPP	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, dans la mesure limitée de l'art. 93 LTF.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.