



POUVOIR JUDICIAIRE

C/21141/2021

ACJC/399/2024

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU LUNDI 25 MARS 2024**

Entre

A_____ **SÀRL**, sise _____ [GE], demanderesse, représentée par Me Paul-Edgar LEVY, avocat, Lexiss Avocats, avenue de la Gare 1, case postale 986, 1001 Lausanne (Vaud),

et

- 1) **B_____ /1_____ SA**, sise _____ (Vaud),
- 2) **B_____ /2_____ SA**, sise _____ (Neuchâtel),
- 3) **B_____ /3_____ SA**, sise _____ (Vaud),
- 4) **B_____ /4_____ SA**, sise _____ (Vaud),

et

- 5) **Monsieur C_____**, domicilié _____ (Vaud),
défendeurs, représentés par Me Astyanax PECA, avocat, avenue du Casino 50, 1820 Montreux (Vaud).

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 11 avril 2024.

EN FAIT

A. a. A_____ Sàrl, sise à Genève, a notamment pour but l'exploitation de commerces ou surfaces de jeux à caractère sportif ou de loisir ainsi que l'organisation et la gestion d'évènementiels, de manifestations et d'événements musicaux, de salles polyvalentes et de parcs à thème.

b. Elle utilise la marque "D_____/E_____", enregistrée en 2007 (n° 5_____), au nom de plusieurs personnes successives, jusqu'à sa reprise en 2019 par F_____, administrateur et animateur de A_____ Sàrl.

Les sites internet "D_____/E_____.com" et "B_____/E_____.com" ont été réservés en 2006 ["B_____" et "D_____" se distinguent par une seule lettre].

c. La marque "D_____/E_____" est utilisée depuis 2006 par ses différents titulaires, pour la fourniture de "plaines de jeux", châteaux gonflables, animations, mini-disco, danse, karaoke, laser game, paintball, escape game, garderie, ateliers, locations, parc aquatique, toboggans, trampolines et minigolfs.

Elle est déclinée en divers services, notamment pour des formules anniversaires intitulées D_____/6_____ (de 3 à 13 ans), D_____/7_____ (de moins de 5 ans), D_____/8_____ (de 6 à 10 ans), D_____/9_____ (de 6 à 12 ans), D_____/10_____ (de 4 à 10 ans), D_____/11_____ (de 6 à 16 ans), D_____/12_____ (de 7 à 16 ans), D_____/13_____ (de 7 à 14 ans), etc.

Des sessions de laser game destinées à des personnes de 9 à 99 ans sont également organisées sous la marque "D_____/E_____".

d. A_____ Sàrl utilise le logo suivant pour promouvoir ses prestations, de couleur _____ :

[image]

Son slogan est "_____".

e. A_____ Sàrl organise sous la marque "D_____/E_____" des événements sous la forme "nomade" pour des clients privés, qui peuvent être un particulier ou une entreprise ou un autre type d'organisme. Les jeux sont transportés, installés et démontés sur les lieux choisis par les clients et les équipes de l'entreprise gèrent l'animation sur place. Hormis à Genève, A_____ Sàrl a exercé cette activité à G_____ (Vaud), H_____ (Vaud) et I_____ (Vaud).

A_____ Sàrl crée ou participe également à des événements "nomades" ouverts au public sous la marque "D_____/E_____". Ces installations temporaires ont notamment été ouvertes au public au J_____ à K_____ (Valais) pendant trois

mois chaque année entre 2009 et 2013, à L_____ à M_____ (Jura) durant tout l'été de 2011 à 2013 (1'000 m²), à la piscine de N_____ à O_____ (Vaud) pendant les étés de 2010 à 2012 (1'000 m²), à P_____ (Genève) pendant l'été en 2011 et 2012, à Q_____ (Genève) pendant un mois en été de 2011 à 2020 (600 m²), sur le toit du centre commercial de R_____ (Genève) en été depuis 2008 (1'400 m²), à la S_____ de T_____ (Genève) de 2008 à 2015 et au centre commercial de U_____ pendant des périodes de 15 jours depuis 2016 (400 m²). A_____ Sàrl exploite un parc aquatique pendant les deux mois d'été, lequel était situé au stade de V_____ (Genève) entre 2017 et 2020, puis a été déplacé à I_____ (Vaud) depuis 2021 (2'000 m²). Elle a également organisé en 2009 un "D_____/E_____ Festival" durant 4 jours à W_____ (Genève) (25'000 m²) et elle participe à l'animation de divers événements tels que les Fêtes de Genève (depuis 2011), la Course de l'Escalade (de 2009 à 2015), le salon des vacances, des voyages et des loisirs (Genève, puis Berne), les matchs de football au stade de R_____ et de hockey à la patinoire de X_____ (Genève).

A_____ Sàrl dispose, par ailleurs, de deux centres "D_____/E_____" à Genève, l'un à V_____ et l'autre à Y_____, qui lui permettent d'entreposer son matériel. Le centre de Y_____ est ouvert au public les mercredis après-midi de 13h à 18h et les week-ends et jours fériés, de 10h à 18h, ainsi que pendant certaines périodes de vacances. Les locaux sont essentiellement occupés par des événements privés pour lesquels les clients ont effectué des réservations, mais des personnes de passage peuvent s'y arrêter, pour autant que le centre ne soit pas complet.

L'essentiel de l'activité de A_____ Sàrl consiste dans la fourniture de ses prestations "nomades".

f. La presse locale (p. ex : Z_____, AA_____.) relaye les événements "D_____/E_____" et des flyers sont diffusés afin de les faire connaître.

La marque "D_____/E_____" est mentionnée dans des sites internet francophones référençant les activités pour les familles (AB_____.ch, AC_____.fr, AD_____.ch, etc.) et dans le guide touristique AE_____.

g. C_____ est administrateur unique avec signature individuelle de :

- B_____/1_____ SA, sise à AF_____ (Vaud), qui exploite depuis 2021 un centre à AF_____ proposant des activités telles que B_____/14_____ (pour enfants et adultes), B_____/15_____ (de 1 à 8 ans), B_____/16_____ (pour enfants et adultes), B_____/17_____ (jeu avec _____ pour enfants) et de la réalité virtuelle (pour adultes) ainsi que l'organisation de fêtes d'anniversaires (pour enfants et adultes) et événements au sein du centre;

- B_____/2_____ SA, sise à AG_____ (Neuchâtel) qui a pour but social des opérations immobilières, mais pour objectif l'ouverture à AG_____ d'un centre proposant des activités similaires à celui de AF_____ (Vaud);
- B_____/4_____ SA, sise à AH_____ (Vaud), qui avait été créée dans le but d'ouvrir dans la région de AH_____ (Vaud) un centre similaire à ceux de AF_____ (Vaud) et de AG_____ (Neuchâtel), projet qui a été finalement abandonné selon les dires de C_____.
- B_____/3_____ SA, sise à AI_____ (Vaud), anciennement AJ_____ SA jusqu'au mois de _____ 2021, qui exploite depuis 2019 un centre de fitness & santé pour adultes à AI_____ (Vaud).

B_____/18_____ SA, sise à AK_____ (Vaud), [holding] qui "chapeautait" les quatre sociétés susmentionnées, a été radiée du Registre du commerce le _____ 2023. Elle a été remplacée dans sa fonction de holding par AL_____ SA, sise à AI_____ (Vaud), qui détient désormais les actions des quatre filiales, C_____ détenant les actions de ladite holding.

h. La marque "B_____" (n° 19_____) a été déposée en 2018 par C_____.

Le groupe "B_____" utilise les sites internet "B_____.ch", "B_____/1_____.ch", "B_____/3_____.ch".

i. Il décline ses activités sous des logos de couleur _____ :

[image]

pour ses centres de loisirs et

[image]

pour son centre de fitness.

Les sociétés du groupe "B_____" ont pour slogan "_____".

j. Elles n'exercent leur activité qu'à l'intérieur de leurs propres locaux. Elles ne proposent pas de services "nomades".

L'essentiel de leur clientèle provient du canton de Vaud. Elles ne visent pas uniquement une clientèle vaudoise.

En 2023, les horaires d'ouverture de B_____/1_____ SA étaient les mercredis de 12h à 20h, les jeudis de 15h à 20h ainsi que les vendredis, samedis et dimanches de 9h à 20, des ouvertures plus étendues étant prévues lors des jours fériés et les vacances vaudoises.

k. L'ouverture du centre exploité par B_____/1____ SA fin 2021 a donné lieu à des articles dans la presse suisse romande (AM_____, AN_____, AO_____).

l. Par courrier du 12 août 2021, A_____ Sàrl a mis B_____/1____ SA en demeure de cesser immédiatement toute utilisation du signe B_____ en lien avec des activités de divertissement, ce que cette dernière a refusé.

B. a. Par acte déposé le 5 novembre 2021 à la Cour de justice, A_____ Sàrl a formé une action à l'encontre de C_____, B_____/1____ SA, B_____/18____ SA, B_____/2____ SA, B_____/3____ SA et B_____/4____ SA, concluant à ce qu'il soit fait interdiction à ceux-ci, sous la menace de la peine d'amende 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, notamment sous la représentation graphique :

[image]

(conclusion I), à ce qu'il leur soit ordonné 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 (II), à ce qu'ils soient condamnés solidairement à lui verser un montant au titre de remise du gain réalisé en lien avec l'utilisation du signe "B_____", montant qui serait déterminé ultérieurement sur la base des renseignements fournis mais dont la valeur minimale ne serait pas inférieure à 10'000 fr. (III), à ce qu'il soit dit que faute d'exécution dans les 10 jours dès l'entrée en force de la décision, ses adverses parties seraient condamnées à une amende d'ordre de 1'000 fr. au plus pour chaque jour d'inexécution (IV), et à ce que la marque suisse n° 19_____ "B_____" soit déclarée nulle pour l'ensemble des services revendiqués (V), sous suite de frais judiciaires et dépens (VI).

A l'appui de ses conclusions, A_____ Sàrl a invoqué la confusion créée par les défendeurs par l'usage du signe "B_____" pour des prestations similaires aux siennes, fournies sous le signe antérieurement utilisé "D_____" (art. 3 al. 1 let d LCD), et reproche aux défendeurs des actes de parasitisme par l'usage de ce signe dans de telles circonstances alors que ses prestations auraient atteint une grande renommée en Suisse sous le signe "D_____" (art. 3 al. 1 let. e LCD). Elle a soutenu que les défendeurs ne pourraient pas se prévaloir de la protection de la marque qu'ils avaient enregistrée compte tenu du principe de priorité à l'antériorité et que l'usage frauduleux d'une marque permettait d'en demander la radiation en application des art. 2 et 3 al. 1 let. e LCD.

A_____ Sàrl a en outre allégué que la valeur litigieuse était estimée à 200'000 fr., en tenant compte de l'action en remise de gain qui n'était pas chiffrée mais dont la valeur minimale n'était pas inférieure à 10'000 fr.

b. Les défendeurs ont conclu au rejet de la demande, dans la mesure de sa recevabilité.

C_____ a fait valoir n'être qu'administrateur de certaines sociétés défenderesses de sorte qu'il ne disposait pas de la légitimation passive à titre personnel. [La holding] B_____/18_____ SA a prétendu ne pas avoir la légitimation passive au motif qu'elle était en liquidation depuis le 26 août 2021. B_____/2_____ SA et B_____/3_____ SA ont affirmé ne pas être concernées par la demande car leur but social était sans rapport avec l'activité de la demanderesse et qu'elles ne se trouvaient donc pas dans un rapport de concurrence avec elle.

Au fond, les défendeurs ont soutenu que la demanderesse possédait la marque "D_____/E_____" et non "D_____". Les marques "B_____" et "D_____/E_____" étaient orthographiquement, visuellement, verbalement et phonétiquement très différentes. Les [centres] B_____/1_____, 2_____ et 4_____ ne fournissaient que des activités dans leurs locaux, 7 jours sur 7 – puis depuis 2022 du mardi au dimanche – alors que la demanderesse fournissait 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. Les parties offraient leurs services dans des zones géographiques distinctes, essentiellement Genève pour la demanderesse et Vaud pour [les centres] B_____/1_____, 2_____ et 4_____, et la clientèle visée n'était pas la même, tous âges pour [les centres] B_____/1_____, 2_____ et 4_____ et enfants pour la demanderesse. Les défendeurs en ont conclu qu'il n'existait aucun risque de confusion, ni parasitisme, ni dépôt frauduleux de marque.

Les défendeurs ont contesté la valeur litigieuse articulée par A_____ Sàrl.

c. Dans sa réplique, A_____ Sàrl a contesté limiter 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 C_____ promouvait son groupe et ses projets de développement par des annonces et articles dans divers médias genevois. Elle a également contesté limiter sa clientèle aux enfants.

d. Dans leur duplique, les défenderesses ont persisté dans leurs conclusions.

e. Lors de l'audience de la Cour du 25 août 2022, les parties ont déclaré qu'elles voulaient véhiculer le même message avec les expressions "D_____" et "B_____" [qui ne se distinguent que par une seule lettre], soit "_____".

A l'issue de l'audience, les parties ont accepté que la cause soit gardée à juger sur les conclusions I et V de A_____ Sàrl.

f. Lors de l'audience du 29 août 2023, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions, A_____ Sàrl précisant ne pas se prévaloir du droit des marques mais uniquement des dispositions de la loi sur la concurrence déloyale.

A l'issue de l'audience, la Cour a gardé la cause à juger sur les conclusions I et V de A_____ Sàrl.

EN DROIT

1. **1.1** Aux termes de l'art. 5 al. 1 let. d CPC, la Chambre civile de la Cour de justice (art. 120 al. 1 let. a LOJ) connaît en instance unique des litiges relevant de la loi contre la concurrence déloyale lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr.

Le défendeur doit contester la valeur litigieuse indiquée dans la demande de manière motivée. S'il ne se prononce pas à cet égard, ou s'il ne la conteste que globalement, la valeur litigieuse indiquée par le demandeur est admise et il y a accord tacite des parties sur cette valeur (arrêt du Tribunal fédéral 4A_83/2016 du 22 septembre 2016 consid. 4.4; note BASTONS BULLETTI in CPC Online newsletter du 26 octobre 2016).

En l'espèce, la demanderesse a allégué une valeur litigieuse de 200'000 fr. Les défendeurs ont contesté ce montant de manière globale, sans motivation. Par conséquent, la valeur litigieuse indiquée par la demanderesse doit être admise, de sorte que la Cour de céans est compétente pour connaître de la cause à raison de la matière.

1.2 Le tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite (art. 36 CPC), notamment les actions fondées sur la violation de la LCD (HALDY, Commentaire romand, CPC, 2019, n. 2 ad art. 36 CPC).

La demanderesse ayant son siège à Genève, la Cour est donc également compétente à raison du lieu.

1.3 Invoquant un acte de concurrence déloyale commis à son encontre, la demanderesse dispose de la qualité pour agir (art. 9 LCD).

1.4 Dans le domaine de la concurrence déloyale, la légitimation passive appartient à quiconque se comporte de manière déloyale au sens de la loi, qu'il agisse seul ou comme participant. La définition très large de la légitimation passive s'explique par le fait que la protection est accordée contre toute personne qui peut influencer

la concurrence économique de manière significative, peu importe que l'agissement considéré relève d'une activité économique ou simplement d'un comportement privé. En réalité, seul le résultat compte, à savoir une influence potentielle sur le marché et la concurrence économique (arrêt du Tribunal fédéral 4C_143/2006 du 27 septembre 2006 consid. 2.1).

En l'espèce, le comportement reproché aux sociétés défenderesses est celui de créer un risque de confusion en utilisant le terme "B_____", notamment dans leurs raisons sociales et leurs enseignes, de sorte qu'elles disposent de la légitimation passive. Ces sociétés sont administrées par C_____, qui en est l'administrateur unique et animateur. Il est également à l'origine du dépôt de la marque "B_____". Il possède ainsi la légitimation passive compte tenu de son intervention décisive dans le choix des noms pris par les sociétés, dans l'usage du signe "B_____" et dans l'inscription de la marque homonyme.

[La holding] B_____/18_____ SA ayant été radiée du Registre du commerce, la procédure est devenue sans objet à son égard.

1.5 Déposée selon la forme requise (art. 130 et 252 CPC), la demande est recevable.

1.6 La procédure ordinaire s'applique aux litiges pour lesquels est compétente l'instance cantonale unique au sens de art. 5 CPC (art. 243 al. 3 CPC).

Les maximes des débats et de disposition s'appliquent (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

- 2.** La demanderesse fait valoir qu'il existerait un risque de confusion entre ses signes distinctifs, "D_____/E_____" / "D_____", et celui utilisé par les sociétés défenderesses, "B_____". Elle soutient que les défendeurs auraient choisi ce signe afin de profiter de la grande renommée acquise par ses propres signes, ce qui constituerait du parasitisme.

2.1.1 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 (art. 2 LCD).

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui (art. 3 al. 1 let. d LCD).

Le comportement visé par l'art. 3 al. 1 let. d LCD suppose qu'un risque de confusion soit créé dans la perspective du public entre deux prestations, par l'emprunt à la prestation originale d'un de ses signes distinctifs protégés (KUONEN,

Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale, 2017, n. 11 ad art. 3 al. 1 let. d LCD).

Au sens de la LCD, le comportement de l'auteur s'apprécie de manière objective. Dès lors, tout argument selon lequel l'auteur aurait agi de bonne foi doit être écarté d'emblée (ATF 126 III 198 consid. 2c; 120 II 76 consid. 3a; PICHONNAZ, Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale, 2017, n. 68 ad art. 2 LCD).

2.1.2 La notion de danger de confusion est identique dans l'ensemble du droit des biens immatériels (ATF 131 III 572 consid. 3; 128 III 353 consid. 3).

Le risque de confusion (directe) signifie qu'un signe distinctif est mis en danger par des signes identiques ou semblables dans sa fonction d'individualisation d'objets déterminés. Ainsi, des personnes qui ne sont pas titulaires du droit exclusif à l'usage d'un signe peuvent provoquer, en utilisant des signes identiques ou semblables à celui-ci, des méprises en ce sens que les destinataires vont tenir les personnes ou les objets distingués par de tels signes pour ceux qui sont individualisés par le signe protégé en droit de la propriété intellectuelle. On admettra aussi le risque de confusion (indirecte) lorsque le public arrive à distinguer les signes, mais présume de relations en réalité inexistantes, par exemple en y voyant des familles de marques qui caractérisent différentes lignes de produits de la même entreprise ou des produits d'entreprises liées entre elles (ATF 131 III 572 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_171/2023 du 19 janvier 2024 consid. 6.4.2 et les arrêts cités; SCHLOSSER/MARADAN, Commentaire romand, Propriété intellectuelle, 2013, n. 10 ss ad art. 3 LPM).

Il n'est pas nécessaire qu'une confusion se soit déjà produite, un risque de confusion purement hypothétique étant suffisant (ATF 126 III 315 consid. 4).

Le risque de confusion est plus important lorsque les prestations sont de consommation courante, de masse ou à bas prix – où il faut compter avec une attention et une capacité de distinguer des consommateurs plus réduites – que pour des prestations onéreuses pour lesquelles la décision d'achat est prise avec une attention particulière et après mûre réflexion ou si elle s'adresse à des personnes expérimentées dans la branche (ATF 126 III 315 consid. 6b/bb; ATF 122 III 382 consid. 2a = JdT 1997 I 231; arrêt du Tribunal fédéral 4A_161/2022 du 5 juin 2023 consid. 3.3).

De même, le risque de confusion est plus important, et l'on se montrera dès lors plus strict, lorsque les cercles des destinataires des prestations se recoupent, voire se confondent, que les prestations proposées se ressemblent ou sont de même genre, ou lorsque les activités sont exercées dans un périmètre géographique restreint (ATF 131 III 572 consid. 4.4; arrêts du Tribunal fédéral 4A_315/2009 précité consid. 2.1; 4C_240/2006 du 13 octobre 2006 consid. 2.3.1; 4C_31/2004

du 8 novembre 2004 consid. 6.2; KUONEN, *op. cit.*, n. 47 et 52 ad art. 3 al. 1 let. d).

2.1.3 Les signes distinctifs protégés par l'art. 3 al. 1 let. d LCD sont ceux qui permettent d'individualiser sur le marché la prestation et le prestataire, de manière à les différencier des tiers (KUONEN, *op. cit.*, n.18 ss ad art. 3 al. 1 let. d LCD), à savoir non seulement des marques, des raisons sociales et des noms mais aussi des noms de domaine, des enseignes, des acronymes, des logos ou encore des slogans (KUONEN, *op. cit.*, n. 14 s. ad art. 3 al. 1 let. d LCD; ARPAGAU, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basler Kommentar*, 2013, n. 42 et 84 ad art. 3 al. 1 let. d LCD; TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Tome 1, 1996, p. 128 et 507).

Savoir si deux signes se distinguent clairement se détermine sur la base de l'impression d'ensemble qu'elle donne au public, et non sur un cercle de personnes disposant de connaissances spécifiques à un secteur particulier. Les signes ne doivent pas seulement se différencier par une comparaison attentive de leurs éléments, mais aussi par le souvenir qu'ils peuvent laisser (ATF 131 III 572 consid. 3; 128 III 353 consid. 3; 128 III 401 consid. 5; 127 III 160 consid. 2a et 2b/bb = JdT 2001 I p. 345; arrêts du Tribunal fédéral 4A_315/2009 du 8 octobre 2009 consid. 2.1, publié in SJ 2010 I 129; 4A_178/2021 du 19 juillet 2021 consid. 2.2). Il n'y a souvent pas de confusion entre les signes; c'est l'image du signe protégé telle que la mémoire la représente qui est déterminante dans la comparaison (KUONEN, *op. cit.*, n. 53 ad art. 3 al. 1 let. d).

L'impression d'ensemble des marques verbales est d'abord déterminée par leur sonorité et leur image visuelle; le cas échéant - si elle est suffisamment claire - leur signification peut aussi revêtir une importance décisive. La sonorité découle en particulier du nombre de syllabes, de la cadence de prononciation et de la succession des voyelles, tandis que l'image visuelle se caractérise surtout par la longueur des mots et par les particularités des lettres employées. Selon la conception d'une marque, ses différents éléments constitutifs attirent l'attention des destinataires de la marque dans une mesure différente et influencent donc plus ou moins l'impression d'ensemble qui subsiste en mémoire. En règle générale, le public attache involontairement moins d'importance aux éléments de la marque qu'il reconnaît immédiatement comme descriptifs du fait de leur signification, qu'aux éléments originaux de la marque. Enfin, il faut tenir compte du fait que les mots plus longs s'imprègnent moins bien dans la mémoire que les mots courts, si bien que les différences seront plus facilement manquées à la lecture ou à l'audition (arrêt du Tribunal fédéral 4A_178/2021 du 19 juillet 2021 consid. 2.2 et les références citées).

Les désignations de pure fantaisie jouissent généralement d'une force distinctive importante. Aussi les tribunaux se montrent-ils particulièrement exigeants

lorsqu'il s'agit de s'assurer que deux signes contenant le même élément de fantaisie se démarquent suffisamment l'un de l'autre (ATF 122 III 369 consid. 1). Les signes distinctifs qui affichent essentiellement des désignations d'ordre générique – par quoi il faut entendre des termes ayant trait au genre de marchandises, au type de services ou aux activités de l'entreprise – ont une force distinctive faible mais bénéficient également d'une protection (ATF 122 III 369 consid. 1). Le cumul de termes génériques peut donner à l'assemblage le caractère d'une dénomination de fantaisie (ATF 107 II 246 = JdT 1982 I 5127; 114 II 284 = JdT 1988 I 300). Il est ainsi possible que deux mots tirés du domaine public soient modifiés et associés de façon à ce que le résultat constitue une désignation de fantaisie susceptible d'être protégée (ATF 120 II 144 consid. 3b.aa; 104 Ib 138 consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 4A_167/2019 du 8 août 2019 consid. 3.2.2; 4C_403/1999 du 16 février 2000 consid. 3a). Celui qui veut utiliser des désignations génériques identiques à celles d'un signe plus ancien a le devoir de se distinguer avec une netteté suffisante de celui-ci, en le complétant avec des éléments additionnels qui l'individualiseront (ATF 131 III 572 consid. 3). Les éléments descriptifs qui ont trait à la forme juridique ou au domaine d'activité de l'entreprise ne sont généralement pas suffisants (ATF 100 II 224 consid. 3; arrêts du Tribunal fédéral 4C_197/2003 du 5 mai 2004 consid. 5.3 non publié à l'ATF 130 III 478; 4C_206/1999 consid. 2a, publié in : sic! 2000 p. 399 s.; ACJC/757/2014 du 20 juin 2014 consid. 2.2).

2.1.4 L'art. 3 al. 1 let. e LCD traite de déloyal le comportement, propre à influencer le marché, qui consiste à comparer deux concurrents de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire.

Tombe notamment sous le coup de cette disposition le fait de s'approprier la réputation d'autrui. L'exploitation de la réputation peut notamment consister à utiliser la marchandise ou la prestation d'autrui dans sa publicité de telle sorte que son image soit transférée sur ses propres offres. Agit de manière déloyale celui qui, par sa présentation publicitaire, transfère en fin de compte la bonne réputation de produits connus sous un autre signe sur ses propres produits, en suscitant des associations d'idées avec ceux-ci, sans qu'il y ait besoin d'un risque de confusion au sens décrit plus haut. Dans cette mesure, il n'est notamment pas nécessaire d'utiliser un signe si similaire à celui du concurrent qu'il puisse être confondu avec lui en position exclusive (ATF 135 III 446 consid. 7.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_171/2023 du 19 janvier 2024 consid. 6.4.2).

2.1.5 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 conformément au code des obligations (art. 9 al. 1 let. b et al. 3 LCD).

Sous l'angle de la concurrence déloyale, la priorité naît au moment de la première utilisation du signe distinctif dans le commerce (arrêt du Tribunal fédéral 4A_267/2020 du 28 décembre 2020 consid. 10.1; KUONEN, *op. cit.*, n. 32 ss ad art. 3 al. 1 let. d LCD). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, il est concevable qu'un signe s'impose territorialement dans le commerce - contrairement à ce qui est en principe le cas en droit des marques (cf. ATF 128 III 441 consid. 1.2) - de manière limitée, par exemple dans une région ou une ville déterminée. Cela a pour conséquence que la protection du signe distinctif en matière de droit de la concurrence est limitée à cette zone géographique (arrêt du Tribunal fédéral 4A_267/2020 du 28 décembre 2020 consid. 7.3.4.3).

La victime d'un acte de concurrence lié à l'utilisation déloyale d'une marque peut obliger le titulaire de la marque à l'utiliser d'une manière qui respecte les règles de la loyauté entre concurrents et qui garantit une concurrence non faussée, et en particulier obtenir qu'interdiction soit faite à l'auteur de l'acte illicite d'utiliser sa marque de manière déloyale, mais il ne peut pas obtenir la radiation (ou empêcher l'enregistrement) de celle-ci (art. 9 al. 1 LCD *a contrario* ; ATF 129 III 353, cons. 3.3).

2.2.1 En l'espèce, la demanderesse, B_____/1____ SA, B_____/2____ SA, et le projet B_____/4____ SA jusqu'à ce qu'il y soit renoncé, proposent des jeux de divertissement pour enfants dans des lieux fixes et fermés. Le fait que les défenderesses ont également des adultes pour clients, que la demanderesse développe en sus une activité "nomade" ou que la demanderesse, B_____/1____ SA et B_____/2____ SA n'ont pas les mêmes horaires d'ouverture, étant relevé que des réservations sont possibles auprès de chacune des parties même si elles semblent plus nombreuses à l'heure actuelle chez la demanderesse, n'enlève rien au fait que celles-ci ont une activité dans le même domaine et qu'elles s'adressent, au moins pour partie, à un public identique. Par ailleurs, les prestations proposées par les parties sont de consommation courante : elles ne sont pas d'un prix particulièrement élevé; les parents décident généralement à court terme de se rendre dans un lieu de divertissement pour leurs enfants, sans procéder préalablement à une analyse comparative poussée du type d'installation à disposition. Enfin, si la demanderesse, B_____/1____ SA et B_____/2____ SA exercent leur activité fixe dans des lieux différents, respectivement Genève, AF____ et AG____, celles-ci se trouvent toutes en Suisse romande et s'adressent à une clientèle relativement mobile. Or, les médias, radio ou journaux (à l'exception du journal nord vaudois), étant diffusés dans toute la région, la publicité faite pour l'une des parties est captée dans toute la Suisse romande par la clientèle potentielle des trois sociétés. A cela s'ajoute que les sociétés exploitant les [centres] B_____/1____, 2____ et 4____ ont admis qu'elles n'entendaient pas attirer exclusivement les consommateurs résidant dans leur environnement proche. Le risque de confusion entre la demanderesse, B_____/1____ SA et B_____/2____ SA est donc important compte tenu

du type d'activité offert, du public cible et de la zone géographique restreinte d'activité. Il convient dès lors de se montrer exigeant quant à l'examen des signes distinctifs.

En revanche, le risque de confusion est faible entre la demanderesse et B_____/3_____ SA puisque cette dernière est, à ce jour, exclusivement active dans le fitness destiné aux adultes et n'est ainsi pas en concurrence directe avec la demanderesse. Cela ne permet toutefois pas de retenir, à ce stade du raisonnement, qu'il n'existerait pas de risque de confusion indirecte, ce qui sera examiné ci-après.

2.2.2 Le signe distinctif de la demanderesse "D_____/E_____" est constitué de deux parties, les termes "D_____" et "E_____". Le deuxième terme consiste dans l'usage du mot anglais de "_____" de sorte que, compte tenu de l'usage répandu de la langue anglaise, il doit être considéré comme descriptif. En revanche, le terme "D_____" ne décrit pas l'activité exercée par la demanderesse et, s'il n'est pas entièrement fantaisiste, l'utilisation d'un terme provenant de la contraction de l'expression française "_____" dans le domaine du divertissement pour enfants procède d'une certaine originalité. Par conséquent, une force distinctive moyenne doit être retenue pour "D_____/E_____".

Du point de vue visuel et sonore, les signes "D_____/E_____" et "B_____" se distinguent par l'adjonction du terme "E_____". Sur le plan visuel, s'agissant de leur racine commune, ils se distinguent par une lettre (D_____/B_____), la sonorité étant identique, l'un se prononçant à la française et l'autre à l'anglaise. Si la demanderesse a déposé la marque "D_____/E_____", il est établi qu'elle fait également usage du signe "D_____" dans sa communication publicitaire. En outre, dans le terme "D_____/E_____", c'est le début qui possède une force distinctive, la fin étant secondaire vu sa fonction descriptive.

Compte tenu de ce qui précède, le signe "B_____" utilisé par les défendeurs ne se distingue pas suffisamment du signe "D_____", de force distinctive moyenne, utilisé par la demanderesse. Même en tenant compte du fait que les défendeurs ont ajouté les termes "1_____, 2_____, 4_____" ou "3_____" dans leurs logos, il s'agit d'ajouts de caractères distinctifs relativement faibles qui ne suffisent pas à faire de distinction avec le signe de la demanderesse. De même, si le graphisme des logos respectifs des parties est relativement différent, que ce soit par leurs couleurs (_____ pour la demanderesse / _____ pour les défendeurs), et les caractères utilisés (plus "_____" pour la demanderesse / plus "_____" pour les défendeurs), de telles distinctions n'excluent toutefois pas la filiation évidente entre la racine commune des signes B_____ et D_____ ainsi que leur sonorité similaire, soit l'élément fort du signe.

L'usage du signe "B_____" est ainsi propre à conduire le public à se représenter que l'activité déployée par les défendeurs relève de la même entité que celle active

sous le signe "D_____/E_____", de sorte que les conditions de l'art. 3 al. 1 let. d LCD sont remplies. Même si B_____/3_____ SA ne fait pas de concurrence directe à la demanderesse, il peut exister dans l'esprit du public un risque de confusion indirect, à savoir qu'il existerait un lien avec l'entreprise exploitée par la demanderesse. Cela étant, la demanderesse a exclusivement conclu à ce qu'il soit interdit aux défendeurs d'utiliser le signe "B_____" en relation avec des services de divertissement, de sorte que B_____/3_____ SA étant active dans le sport, il n'y a pas lieu de lui interdire d'utiliser le signe "B_____".

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner si les conditions de l'art. 3 al. 1 let. e LCD (parasitisme) sont également remplies.

2.2.3 Il n'est pas contesté que le signe "D_____/E_____" est utilisé depuis 2006 alors que le signe "B_____" ne l'est que depuis 2021, de sorte que la demanderesse est fondée à solliciter la cessation de cette atteinte déloyale sur la base de la LCD.

Les mesures sollicitées par la demanderesse, tendant à interdire aux défendeurs d'utiliser le signe "B_____" en relation avec des services de divertissement sont aptes à atteindre le but souhaité, en ce sens qu'elle aura pour effet de supprimer tout risque de confusion entre les entités et les établissements qu'elles exploitent.

L'étendue de cette interdiction sera toutefois limitée à la Suisse romande. En effet, s'il est établi que le signe "D_____/E_____" / "D_____" est connu pour avoir été diffusé dans les médias couvrant cette région, il n'a été ni allégué ni établi que de la publicité aurait été effectuée pour ce signe dans les autres régions linguistiques de Suisse, de sorte qu'il ne peut être retenu qu'il y aurait été utilisé antérieurement par la demanderesse.

A ce jour, seules les sociétés B_____/1_____ SA et B_____/2_____ SA proposent des activités de divertissement. S'il a été allégué que B_____/4_____ SA aurait renoncé à ouvrir un centre vers AH_____, celle-ci n'a pas été radiée du Registre du commerce de sorte qu'il n'est pas exclu qu'elle développe une activité dans le futur, potentiellement dans le domaine du divertissement. L'interdiction doit par conséquent également s'adresser à elle.

C_____ étant l'animateur des sociétés utilisant le signe "B_____", il lui sera également fait interdiction d'en faire usage, dans le cadre de nouveaux projets, en relation avec des services de divertissement.

En revanche, la demanderesse sera déboutée de sa conclusion tendant à ce que la marque suisse n° 19_____ "B_____" soit déclarée nulle dès lors que sa demande était exclusivement fondée sur la violation de la LCD et non sous l'angle du droit des marques, comme elle l'a expressément plaidé.

Rien n'indiquant que les défendeurs ne se conformeront pas à l'interdiction qui leur est faite, il n'y a pas lieu de l'assortir de la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP. Un délai de 30 jours leur sera accordé pour entreprendre les démarches appropriées.

3. La présente décision étant limitée aux conclusions I et V de la demanderesse, il sera statué sur les frais et dépens liés à la présente décision dans l'arrêt qui statuera sur les conclusions II à IV de la demanderesse (art. 104 al. 1 CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'action en cessation du trouble formée par A_____ SÀRL le 5 novembre 2021 contre C_____, B_____/1_____ SA, B_____/2_____ SA et B_____/4_____ SA et [la holding] B_____/18_____ SA dans la cause C/21141/2021.

Constate que la demande n'a plus d'objet en tant qu'elle est dirigée contre B_____/18_____ SA.

Au fond :

Statuant sur les conclusions I et V de A_____ SÀRL :

Fait interdiction à C_____, B_____/1_____ SA, B_____/2_____ SA et B_____/4_____ SA d'utiliser le signe "B_____" en relation avec des services de divertissement en Suisse romande.

Dit que cette interdiction prendra effet à l'échéance d'un délai de 30 jours dès la notification de la présente décision.

Déboute A_____ SÀRL de sa conclusion V pour le surplus.

Dit que la décision sur les frais est renvoyée à la décision statuant sur les conclusions II à IV de A_____ SÀRL.

Réserve la suite de la procédure.

Siégeant :

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

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.

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