

COUR DE CASSATION

Audience publique du **25 janvier 2017**

Cassation partielle

Mme BATUT, président

Arrêt n° 107 F-P+B

Pourvoi n° N 15-25.210

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société H&M Hennes & Mauritz, société à responsabilité limitée, dont le siège est 16-18 rue du Quatre Septembre, 75002 Paris,

contre l'arrêt rendu le 2 juin 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 1), dans le litige l'opposant à la société G-Star Raw CV, société en commandite simple de droit néerlandais, venant aux droits de la société G-Star International BV, dont le siège est 100 Keienbergweg, 1101 GH, Amsterdam (Pays-Bas),

défenderesse à la cassation ;

La société G-Star Raw CV a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation également annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 13 décembre 2016, où étaient présents : Mme Batut, président, M. Girardet, conseiller rapporteur, Mme Kamara, conseiller doyen, Mme Randouin, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Girardet, conseiller, les observations de Me Bertrand, avocat de la société H&M Hennes & Mauritz, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de la société G-Star Raw CV, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'estimant que le pantalon commercialisé par la société H&M Hennes & Mauritz (la société H&M), sous la référence "Jeans Young 386580", reproduisait les caractéristiques de celui qu'elle-même commercialisait sous la dénomination "Elwood" et dont elle déclarait détenir les droits d'auteur, la société G-Star International BV (la société G-Star International) a, après avoir fait procéder à des opérations de saisie-contrefaçon et de constat d'achat, assigné la société H&M en contrefaçon et en concurrence déloyale et parasitaire ; que la société G-Star Raw CV (la société G-Star Raw), déclarant venir aux droits de la société G-Star International, est intervenue à l'instance ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que la société H&M fait grief à l'arrêt de déclarer la société G-Star Raw, venant aux droits de la société G-Star International, recevable à agir en contrefaçon des droits d'auteur, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel, qui a considéré qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la force probante de l'extrait de contrat de vente et d'achat d'activité du 31 mars 2011 conclu entre les sociétés G-Star International et G-Star Raw, ne pouvait, pour décider que cette dernière société justifiait venir valablement aux droits de la société G-Star International et était recevable à invoquer à son profit les actes d'exploitation commis par cette société en vue d'établir la présomption de titularité des droits d'auteur, se fonder sur l'acte de cession des droits de propriété intellectuelle du 19 avril 2011 conclu entre ces mêmes sociétés après avoir constaté que ce contrat avait pour objet la cession par la société G-Star International à la société G-Star Raw des droits de propriété intellectuelle

non déposés, incluant, notamment, les droits d'auteur qu'elle détenait à la date de la signature de l'acte ainsi que du droit de poursuivre toutes les procédures judiciaires impliquant les droits de propriété intellectuelle possédés, les droits de propriété intellectuelle cédés n'incluant pas les conséquences qui s'attachaient, au regard de la présomption de titularité des droits, à l'accomplissement d'actes d'exploitation par la société cédante ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a méconnu la portée juridique de ses propres constatations, en violation des articles L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle et 1134 du code civil ;

2°/ que la cour d'appel, qui a constaté que l'acte de cession des droits de propriété intellectuelle du 19 avril 2011 conclu entre les sociétés G-Star International et G-Star Raw avait pour objet la cession par la première de ces sociétés à la seconde des droits de propriété intellectuelle qu'elle détenait à la date de la signature, ne pouvait décider que la société G-Star Raw justifiait venir valablement aux droits de la société G-Star International en se fondant sur cet acte de cession, après avoir estimé qu'il n'y avait pas lieu de vérifier l'acte du 20 décembre 1995, portant cession par la société Dépêche hommes BV et M. Morisset à la société G-Star Raw des droits d'auteur sur le modèle, acte dont la société H&M soutenait qu'il s'agissait d'un faux, la cour d'appel ayant ainsi refusé de trancher la question de savoir si la société G-Star International avait pu acquérir des droits en vertu de l'acte du 20 décembre 1995 ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a méconnu la portée de ses propres constatations et violé les articles L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle et 1134 du Code civil ;

3°/ que l'acte de cession du 19 avril 2011 conclu entre les sociétés G-Star International et G-Star Raw était clair et précis en ce qu'il portait uniquement sur les "droits de propriété intellectuelle", déposés ou non déposés ; qu'en énonçant, par motifs adoptés du jugement, que ce contrat opérait "une transmission universelle de patrimoine" entre la société G-Star International et la société G-Star Raw, laquelle établissait venir aux droits de la première et aux lieu et place de laquelle elle bénéficiait de la présomption de titularité des droits sur le modèle, la cour d'appel a dénaturé le contrat du 19 avril 2011 et violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt relève que la convention du 19 avril 2011 emporte cession au bénéfice de la société G-Star Raw des droits de propriété intellectuelle non déposés dont la société G-Star International était titulaire, ainsi que du droit de poursuivre toutes les procédures judiciaires fondées sur ceux-ci ;

Que la cour d'appel, par une appréciation souveraine de la portée de cette convention que rendait nécessaire la généralité de ses termes, a estimé que la société G-Star Raw, cessionnaire de l'ensemble des droits d'auteur précédemment détenus par la société G-Star International,

était recevable à se prévaloir, à l'encontre de la société H&M poursuivie en contrefaçon, de la présomption de titularité des droits d'auteur attachée aux actes d'exploitation réalisés par la société G-Star international ;

Que le moyen, inopérant en sa deuxième branche, et qui critique, en sa troisième branche, un motif surabondant, n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen de ce pourvoi, ci-après annexé :

Attendu que ce moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le troisième moyen du même pourvoi :

Vu les articles 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile, ensemble le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que le droit à un procès équitable, consacré par le premier de ces textes, commande que la personne qui assiste l'huissier instrumentaire lors de l'établissement d'un procès-verbal de constat soit indépendante de la partie requérante ;

Attendu que, pour rejeter la demande d'annulation du procès-verbal de constat dressé le 11 août 2009 dans deux magasins à l'enseigne "H&M", l'arrêt retient que la circonstance que la personne assistant l'huissier de justice, qui a pénétré, seule, dans les deux magasins avant d'en ressortir avec les pantalons en jean litigieux, soit un avocat stagiaire au cabinet de l'avocat de la société G-Star Raw, est indifférente, dès lors qu'il n'est argué d'aucun stratagème déloyal ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen du pourvoi incident :

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu qu'en application de ce texte, la cassation prononcée sur le troisième moyen du pourvoi principal entraîne celle, par voie de conséquence, des dispositions de l'arrêt ayant déclaré la société G-Star Raw irrecevable en ses demandes en réparation d'actes de concurrence déloyale et parasitaire, dès lors que les griefs invoqués ne constituaient pas des actes distincts, mais des facteurs aggravants de la contrefaçon ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le quatrième moyen du pourvoi principal et sur le premier moyen du pourvoi incident :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déclare la société G-Star Raw CV recevable à agir en contrefaçon de droits d'auteur sur le modèle de pantalon en jean dénommé Elwood et en ce qu'il prononce la nullité du procès-verbal de saisie-contrefaçon, l'arrêt rendu le 2 juin 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la société G-Star Raw CV aux dépens ;

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

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-cinq janvier deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au **POURVOI PRINCIPAL** par Me Bertrand, avocat aux Conseils, pour la société H&M Hennes et Mauritz

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé l'ordonnance du juge de la mise en état du Tribunal de Grande Instance de Paris du 28 février 2013 déboutant la société H&M Hennes et Mauritz de sa demande de production des originaux en version intégrale des contrats des 20 décembre 1995, 31 mars 2011 et 19 avril 2011 et décidé que la société G-Star Raw CV "venant aux droits de la société G-Star International BV" était recevable à agir contre la société H&M Hennes et Mauritz en contrefaçon des droits d'auteur sur le jean Elwood ;

AUX MOTIFS QUE la société G-Star Raw CV, venant aux droits de la société G-Star International, se prévaut à titre principal en sa qualité d'exploitant d'une présomption de titularité du droit de propriété incorporelle d'auteur sur le jean "Elwood", divulgué en 1996 sous le nom commercial de G-Star ; qu'elle ajoute qu'en tout état de cause, elle rapporte la preuve de la transmission des droits d'auteur à son bénéficiaire ; que la société H&M soutient que, puisque la société G-Star Raw CV les invoque comme confortant son droit d'agir, la production des originaux des actes des 20 décembre 1995, 31 mars 2011 et 19 avril 2011 produits en photocopie est une obligation qu'impose le principe du contradictoire et une mesure nécessaire à la solution du litige ; que, selon elle, la société intimée est irrecevable à invoquer cette présomption, dès lors qu'elle a tenté auparavant d'utiliser un faux (l'acte du 20 décembre 1995, pour lequel elle soulève un incident de faux) pour établir la titularité des droits qu'elle allègue et qu'elle n'établit pas venir aux droits de la société G-Star International ; qu'elle ajoute qu'en toute hypothèse les conditions de la présomption ne sont pas satisfaites ; considérant qu'en l'absence de revendication du ou des auteurs, l'exploitation non équivoque d'une oeuvre par une personne morale sous son nom fait présumer, à l'égard du tiers recherché pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'oeuvre du droit de propriété incorporelle d'auteur ; que la société G-Star Raw CV est recevable à invoquer, en réplique, cette présomption de titularité des droits d'exploitation, sans qu'il y ait lieu au préalable de vérifier l'acte du 20 décembre 1995 qui n'entre pas en compte dans l'appréciation de l'existence d'actes d'exploitation, dont il appartient seulement à la société intimée de rapporter la preuve ; que toutefois, dès lors qu'immatriculée à la chambre de commerce d'Amsterdam depuis le 4 janvier 2011, elle indique avoir repris entièrement l'activité de la société G-Star International BV en avril 2011, à la suite de la cessation d'activité de

cette dernière, il y a lieu, en présence d'une contestation de la société appelante, d'examiner si elle justifie venir valablement aux droits de cette société pour la défense de ses droits dans la présente instance ; que l'acte de cession des droits de propriété intellectuelle du 19 avril 2011 conclu entre la société G-Star International BV et la société G-Star Raw CV, dont la copie et la traduction certifiée en français sont produites en pièce n° 47 par la société intimée, prévoit expressément la cession par la première de ces sociétés à la seconde des droits de propriété intellectuelle non déposés, incluant, notamment, les droits d'auteur, qu'elle détient à la date de signature (paragraphe B du Préambule), ainsi que du droit de poursuivre toutes les procédures judiciaires impliquant les droits de propriété intellectuelle possédés (article 3) ; que, si les copies d'actes sous seing privé n'ont par elles-mêmes aucune valeur juridique et ne peuvent suppléer au défaut de production de l'original dont l'existence est déniée, en l'espèce, il est produit de surcroît par la société intimée, en pièce n° 76 bis, un certificat notarié établi aux Pays Bas attestant sans ambiguïté que le document joint - correspondant à l'acte de cession produit en pièce n° 47 - est la copie conforme du document original qui a été montré au notaire, dont l'authenticité n'est pas discutée, et rendant la production de l'original inutile ; que, n'étant pas contesté que l'acte de cession du 19 avril 2011 a été conclu aux Pays Bas, la société H&M n'est pas fondée à invoquer l'article 1328 du code civil pour soutenir que celui-ci lui serait inopposable, faute d'enregistrement, dès lors que c'est la loi du lieu de conclusion du contrat, soit la loi néerlandaise, qui s'applique à la force probante de sa date, et que la société appelante n'établit pas que la disposition française susvisée est, comme elle l'affirme, une loi de police, alors que son observation n'apparaît pas pouvoir être jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat français ; qu'elle n'invoque par ailleurs aucune violation de la loi néerlandaise ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, et sans qu'il soit non plus nécessaire de se prononcer sur la force probante de l'extrait du contrat de vente et d'achat d'activité du 31 mars 2011 conclu entre la société G-Star International BV et la fondation Stichting Bluebox Beher agissant en tant qu'associée unique commanditée de la société G-Star Raw CV, produit en pièce n° 60 par la société intimée, que cette dernière justifie venir valablement aux droits de la société G-Star International BV dans la présente instance et est donc recevable à invoquer la présomption de titularité (arrêt attaqué p. 4 al. 2 à 4 et p. 5 al. 1 à 5) ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES DU JUGEMENT QUE la société H&M conteste le fait que la société G-Star Raw CV soit venue aux droits de la société G-Star International BV et puisse se prévaloir d'une présomption de titularité que seule la société G-Star International BV pouvait invoquer ; que la société G-Star Raw CV produit sous la pièce n° 47 un acte de cession en date du 19.04.2011 intervenu entre la société G-Star International BV et elle-même portant sur tous les droits de propriété intellectuelle détenus par la société cédante à la fois déposés et non

déposés en ce compris les droits d'auteur ; qu'il s'agit d'une transmission universelle de patrimoine non critiquée par la société H&M de sorte que la question du périmètre de la cession importe peu ; que l'acte de cession qui porte d'une part la signature de la société G-Star Raw cessionnaire et d'autre part la signature de la société G-Star International BV cédante est valable sans qu'il soit nécessaire d'ordonner la production de l'acte de cession en original d'autant que la société G-Star International a pris la précaution de produire sous les pièces 76 et 76 bis un certificat notarié établi aux Pays Bas et attestant de ce que le document de cession produit sous la pièce n° 47 est la copie conforme du document original ; que par la production de cet acte de cession, la société G-Star Raw établit la chaîne des droits dont elle bénéficie (jugement p. 7 al. 1 à 8) ;

ALORS, d'une part, QUE la cour d'appel, qui a considéré qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la force probante de l'extrait de contrat de vente et d'achat d'activité du 31 mars 2011 conclu entre les sociétés G-Star International BV et G-Star Raw CV ne pouvait, pour décider que cette dernière société justifiait venir valablement aux droits de la société G-Star International BV et était recevable à invoquer à son profit les actes d'exploitation commis par cette société en vue d'établir la présomption de titularité des droits d'auteur, se fonder sur l'acte de cession des droits de propriété intellectuelle du 19 avril 2011 conclu entre ces mêmes sociétés après avoir constaté que ce contrat avait pour objet la cession par la société G-Star International BV à la société G-Star Raw CV des droits de propriété intellectuelle non déposés, incluant notamment les droits d'auteur qu'elle détenait à la date de la signature de l'acte ainsi que du droit de poursuivre toutes les procédures judiciaires impliquant les droits de propriété intellectuelle possédés, les droits de propriété intellectuelle cédés n'incluant pas les conséquences qui s'attachaient, au regard de la présomption de titularité des droits, à l'accomplissement d'actes d'exploitation par la société cédante ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a méconnu la portée juridique de ses propres constatations, en violation des articles L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle et 1134 du Code civil ;

ALORS, d'autre part, QUE la cour d'appel, qui a constaté que l'acte de cession des droits de propriété intellectuelle du 19 avril 2011 conclu entre les sociétés G-Star International BV et G-Star Raw CV, avait pour objet la cession par la première de ces sociétés à la seconde des droits de propriété intellectuelle qu'elle détenait à la date de la signature ne pouvait décider que la société G-Star Raw CV justifiait venir valablement aux droits de la société G-Star International BV en se fondant sur cet acte de cession, après avoir estimé qu'il n'y avait pas lieu de vérifier l'acte du 20 décembre 1995, portant cession par la société Dépêche Hommes BV et Monsieur Morisset à la société G-Star Raw CV des droits d'auteur sur le modèle, acte dont la société H&M Hennes et Mauritz soutenait qu'il s'agissait d'un faux, la cour d'appel ayant ainsi refusé de trancher la question de savoir si la société

G-Star International BV avait pu acquérir des droits en vertu de l'acte du 20 décembre 1995 ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a méconnu la portée de ses propres constatations et violé les articles L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle et 1134 du Code civil ;

ALORS, enfin, QUE l'acte de cession du 19 avril 2011 conclu entre les sociétés G-Star International BV et G-Star Raw CV était clair et précis en ce qu'il portait uniquement sur les "droits de propriété intellectuelle", déposés ou non déposés ; qu'en énonçant, par motifs adoptés du jugement, que ce contrat opérait "une transmission universelle de patrimoine" entre la société G-Star International BV et la société G-Star Raw CV laquelle établissait venir aux droits de la première et aux lieu et place de laquelle elle bénéficiait de la présomption de titularité des droits sur le modèle, la cour d'appel a dénaturé le contrat du 19 avril 2011 et violé l'article 1134 du Code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR décidé que la société G-Star Raw CV était titulaire de droits d'auteur sur le modèle de jean "Elwood" ;

AUX MOTIFS QUE la société G-Star Raw CV revendique pour son jean "Elwood" la combinaison originale des caractéristiques suivantes : - un empiècement en jean de forme arrondie situé au niveau de chaque genou, contenant des surpiqûres placées au centre, à l'avant du jean ; - une couture en diagonale située sous les poches avant du jean ; - une surpiqûre apposée au niveau de chaque genou, à l'arrière du jean ; - une bande horizontale située au bas de chaque jambe, à l'arrière du jean ; que la société H&M lui oppose qu'il n'existe aucune garantie de conformité entre la pièce adverse n° 15 et l'oeuvre revendiquée, laquelle serait en réalité une forme tridimensionnelle de pantalon, selon une déclaration attribuée à M. Morisset, inspirée "d'un pantalon de motard qui se serait déformé après de longues heures passées sur une bécane", aux termes mêmes des écritures de la société intimée, que trois des caractéristiques décrites, purement techniques, auraient pour fonction de produire, et qui serait dépourvue d'originalité comme déjà connue, la quatrième, soit la couture en diagonale située sous les poches avant, étant banale et déjà connue dans l'art antérieur ; ceci exposé, qu'il est suffisamment justifié de ce que le jean produit en pièce n° 15 par la société G-Star Raw CV, qui porte non seulement une étiquette extérieure cartonnée agrafée mais aussi une étiquette blanche intérieure cousue portant la mention "Elwood" "Style 5620" et correspond à la description graphique qui en est faite sur la fiche technique reconnue comme étant celle du jean "Elwood" par son créateur, correspond à l'oeuvre revendiquée ; que l'effet recherché par l'agencement des caractéristiques invoquées par la société intimée, consistant à rappeler

la forme d'un pantalon de motard, est purement esthétique et ornemental ; que, de fait, ces caractéristiques, qui rappellent celles d'un pantalon de motard, ne répondent ici à aucune nécessité fonctionnelle, le jean "Elwood" ayant vocation à être porté dans la vie quotidienne ; qu'elles ne présentent d'ailleurs pas les éléments techniques et de sécurité nécessaires à la conduite d'une moto (matière, protections renforcées au niveau des genoux), à la différence des pantalons de motard mentionnés par la société H&M ; que, certes, la couture en diagonale située sous les poches avant du jean litigieux figure déjà sur des pantalons en jean préexistants, mais sa combinaison avec les autres caractéristiques d'apparence utilitaire procède de choix esthétiques arbitraires et confère au jean litigieux une physionomie propre portant l'empreinte de la personnalité de son auteur ; que le jugement doit donc être confirmé en ce qu'il retient l'originalité du jean "Elwood"(arrêt attaqué p. 6 al. 4 à 7 et p. 7 al. 1^{er}) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES DU JUGEMENT QUE le tribunal constate que le jean Elwood présente une combinaison de différents éléments au niveau notamment des renforts aux genoux et du bas des jambes de pantalon qui lui donnent un aspect de pantalon de motard détourné à des fins esthétiques ne s'agissant pas de contraintes techniques imposées par la destination du jean s'agissant d'un pantalon proposé pour être porté dans la vie quotidienne mais de choix arbitraires qui révèlent l'empreinte de la personnalité de l'auteur (jugement p. 8 al. 6) ;

ALORS QUE seul un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de son auteur est de nature à conférer à un modèle le caractère d'oeuvre originale protégée éligible, en tant que telle, à la protection par le droit d'auteur ; que pour déclarer le modèle de jean Elwood protégeable à ce titre, la cour d'appel s'est bornée à relever que ce modèle comprenait un agencement de caractéristiques d'apparence utilitaire rappelant celles d'un pantalon de motard mais ne répondant à aucune nécessité fonctionnelle, le jean devant être porté dans la vie quotidienne, et qu'un tel agencement procédait de choix esthétiques et arbitraires qui conféraient au modèle une physionomie propre ; qu'en statuant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi ces "choix esthétiques arbitraires" exprimaient la personnalité d'un auteur, la cour d'appel, qui n'a pas expliqué en quoi l'agencement des caractéristiques composant le modèle, dont l'une était connue de l'art antérieur, pour fonctionnelles que fussent ces caractéristiques et même si elles conféraient au modèle une physionomie propre et reconnaissable, procédait d'un effort créatif, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 111-1 et L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaque d'AVOIR rejeté la demande de la société H&M Hennes et Mauritz tendant à ce que le procès-verbal de constat d'huissier du 11 août 2009 soit écarté des débats comme étant nul ou irrecevable et décidé que le jean vendu ou proposé à la vente sous la référence "Jeans Young 386580" par la société Hennes et Mauritz contrefaisait le jean "Elwood" sur lequel la société G-Star Raw CV détiendrait des droits d'auteur ;

AUX MOTIFS QUE sur la demande en nullité, ou en irrecevabilité comme preuve, du procès-verbal de constat du 11 août 2009 la société H&M conteste la validité de ce procès-verbal, aux motifs que "le clerc habilité aux constats" qui a mené les opérations n'a assisté personnellement à aucun acte d'achat et que la personne qui est entrée et sortie des magasins H&M et qui aurait prétendument procédé à l'achat de deux pantalons est un membre d'un cabinet d'avocats conseil de la société requérante ; qu'elle invoque une violation du principe d'égalité des armes, élément essentiel du droit à un procès équitable garanti par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et une atteinte aux droits de la défense ; que la société G-Star Raw répond que le procès-verbal ne fait que décrire les simples constatations objectives de l'huissier de justice, lequel n'a procédé à aucun acte contraignant ni émis d'avis subjectif et que le fait que celui-ci soit assisté par une stagiaire du cabinet d'avocats représentant ses intérêts ne porte atteinte ni aux exigences d'un procès équitable, ni aux droits de la défense ; que, ceci exposé, la contrefaçon de droits d'auteur, en tant que fait juridique, peut être prouvée par tous moyens, et donc par un simple constat d'huissier - et spécialement un constat d'achat, dont l'objet est de rapporter la preuve de la présence dans un magasin de marchandises arguées de contrefaçon - dès lors que celui-ci, une fois dressé, est régulièrement soumis au débat contradictoire ; que l'impossibilité pour un huissier ne disposant pas d'autorisation judiciaire préalable de pénétrer et d'opérer dans un lieu privé justifie la pratique consistant pour lui, comme en l'espèce - où les opérations ont été menées par un clerc habilité aux constats - à demeurer à l'extérieur du magasin, à constater que la personne qui l'assiste est entrée dans les lieux les mains vides et en est ressortie avec le produit litigieux et le ticket de caisse, qu'elle lui a remis, à procéder à un cliché numérique du produit et à l'annexer, avec le ticket de caisse, au procès-verbal, le produit lui-même étant placé sous scellés ; que la circonstance que la personne assistant l'huissier ait été, non pas membre, mais simple stagiaire du cabinet d'avocat de la société requérante, est sans incidence, dès lors qu'il n'est argué d'aucun stratagème déloyal qui lui aurait permis de procéder à l'achat, dans chacun des deux magasins visités, d'un exemplaire du jean argué de contrefaçon ; qu'il n'est justifié d'aucune atteinte aux grands principes directeurs du procès, invoqués ici par la société H&M de façon purement théorique ; qu'il convient par

conséquent de confirmer le jugement en ce qu'il déboute la société H&M de sa demande en nullité du procès-verbal de constat du 14 août 2009 et, y ajoutant, de rejeter sa demande subsidiaire tendant à voir déclarer ce procès-verbal irrecevable en tant que preuve et à le voir écarté des débats (arrêt attaqué p. 7 al. 2 à 7) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES DU JUGEMENT QU'un constat d'achat vise à rapporter la preuve de la présence de marchandises arguées de contrefaçon ; que le fait que l'huissier constate qu'une personne est entrée dans un magasin les mains vides pour en ressortir avec un achat qui sera annexé au procès-verbal est régulier quelle que soit la qualité de la personne qui procède à l'achat, l'huissier intervenant régulièrement dans le cadre de la mission de constat qui lui est confiée par le requérant ; que la société H&M ne démontre pas en quoi la qualité de stagiaire du cabinet de conseil de la société requérante l'empêcherait de procéder à l'achat du produit litigieux et constituerait une irrégularité de fond ; qu'en conséquence, il ne s'agit que d'une irrégularité de forme et la société H&M ne rapporte pas la preuve d'un grief ; qu'en conséquence, la société H&M est déboutée de sa demande en nullité du procès-verbal de constat en date du 14.08.2009 (jugement p. 9 alinéa 4 à 8) ;

ALORS QU'il appartient au juge d'écarter des débats un élément de preuve recueilli au prix d'une violation des droits de la défense et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve ; qu'il résultait des mentions du constat d'huissier du 11 août 2009 qu'un avocat, stagiaire au sein du cabinet d'avocats chargé de la défense des intérêts de la société G-Star Raw CV qui avait requis le constat, était entré "les mains vides" dans deux magasins de la société H&M Hennes et Mauritz à Paris et en était ressortie "quelques minutes plus tard porteur d'un sac", qu'elle avait remis à l'huissier, ainsi que d'un ticket de caisse et que l'huissier de retour à son étude avait procédé à la description des tickets de caisse et à celle des produits ; qu'en refusant d'écarter des débats ce procès-verbal de constat destiné à apporter la preuve de la présence des produits argués de contrefaçon dans les magasins de la société H&M Hennes et Mauritz bien qu'il ait été effectué avec le concours actif d'un avocat de la société G-Star Raw CV ayant requis le constat, la cour d'appel a violé les articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 et 199 du Code de procédure civile, ensemble le principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR condamné la société H&M Hennes et Mauritz à réparer le préjudice subi du fait des actes de contrefaçon commis au préjudice de la société G-Star Raw CV, ordonné à

la société H&M Hennes et Mauritz de cesser tout acte de contrefaçon du jean "Elwood" en France et de ne plus détenir, vendre ou offrir à la vente des produits contrefaisant le jean "Elwood", ordonné à la société H&M Hennes et Mauritz avant dire droit sur le montant définitif du préjudice de produire les quantités produites, commercialisées, reçues ou commandées sur le territoire français, le chiffre d'affaires résultant de la commercialisation du jean vendu sous la référence "Jeans Young 386580", la durée de cette commercialisation ainsi que les documents comptables justifiant de ces éléments et ordonné le retrait de tous les magasins H&M des produits contrefaisants s'agissant du jean référé "Jeans Young 386580" et leur destruction aux frais de la société H&M Hennes et Mauritz ;

AUX MOTIFS QUE si les actes de contrefaçon sont établis, la cour ne dispose d'aucun élément permettant d'apprécier la masse contrefaisante ; qu'à cet égard, le tribunal a justement ordonné une mesure d'interdiction, avec une astreinte correctement évaluée et une mesure de retrait et de destruction, sans astreinte ; qu'une mesure de publication ne s'avère pas justifiée eu égard aux circonstances de l'espèce ; que le jugement doit être confirmé de ces chefs ; que le jugement n'est pas critiqué en ce qu'il a ordonné une mesure avant dire droit sur l'évaluation du préjudice, renvoyé les parties à défaut d'accord à saisir à nouveau le tribunal et rejeté la demande d'expertise(arrêt attaqué p. 9 al. 5 et 6) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES DU JUGEMENT QU'aux termes de l'article L. 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle, pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte ; que faute d'éléments fournis par la société H&M sur l'étendue de la commercialisation du jean contrefaisant "Jeans Young 386580" et le réseau de distribution en France, il convient d'ordonner à la société défenderesse de fournir les documents comptables sous astreinte pour permettre d'évaluer le préjudice et ce suivant les modalités fixées au dispositif (jugement p. 13) ;

ALORS, d'une part, QUE dans des conclusions demeurées sans réponse, la société H&M Hennes et Mauritz faisait valoir que la société G-Star International BV, qui ne commercialisait elle-même aucun pantalon en France, n'avait pu subir un quelconque préjudice commercial du fait de la contrefaçon, et qu'il en allait de même de la société G-Star Raw CV qui prétendait venir à ses droits (conclusions signifiées le 20 février 2015, p. 62 al. 2 et 3) ; qu'en condamnant la société H&M Hennes et Mauritz à réparer le préjudice subi du fait des actes de contrefaçon sans répondre à ces conclusions, la cour d'appel a privé sa décision de motifs et violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS, d'autre part, QU'en énonçant que le jugement n'était pas critiqué en ce qu'il avait ordonné une mesure avant dire droit sur l'évaluation du préjudice, la cour d'appel, qui a méconnu que, dans ses conclusions, la société H&M Hennes et Mauritz contestait l'existence même d'un préjudice subi en France et, par là-même, l'utilité d'une mesure avant dire droit pour parvenir à son évaluation, a méconnu les termes du litige tels qu'ils étaient fixés par ces conclusions, en violation de l'article 4 du Code de procédure civile.

Moyens produits au **POURVOI INCIDENT** par la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat aux Conseils, pour la société G-Star Raw CV

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la société G-Star Raw C.V. irrecevable en ses demandes au titre des actes de concurrence déloyale et parasitaire ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « contrairement à ce que prétend la société G-Star Raw C.V., les circonstances tenant à la situation dans les mêmes zones géographiques de points de vente des deux sociétés concurrentes, l'utilisation pour les jeans contrefaisants d'un tissu de moindre qualité et la vente de ces derniers à prix moindre (39,90 € au lieu de 109 €) – et non à perte –, de même que l'identification auprès du public des jeans « Elwood » comme un des produits phares ne constituent pas des actes distincts de concurrence déloyale ou de parasitisme, mais des facteurs aggravants de la contrefaçon, susceptibles d'être pris en compte au titre des mesures réparatrices, étant observé au demeurant que la société intimée ne précise pas la part des investissements consacrée à ces jeans ; que le jugement doit donc encore être confirmé en ce qu'il déclare la société G-Star Raw C.V. irrecevable en ses demandes au titre des actes de concurrence déloyale et parasitaire » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « la société H&M soulève l'irrecevabilité à agir de la société G-Star Raw pour les mêmes motifs que ceux invoqués à l'appui de la recevabilité de la demande en contrefaçon de droits d'auteur de la société G-Star Raw lesquels ont été écartés ; que le tribunal relève qu'à l'appui de sa demande en dommages-intérêts pour concurrence déloyale, la société G-Star Raw fait valoir que le jean contrefaisant et commercialisé dans les mêmes lieux que le jean Elwood est d'une moindre qualité de tissu et est vendu à un prix inférieur ce qui dévalorise le jean Elwood ; que s'il s'agit d'éléments aggravant les faits de contrefaçon, ils ne caractérisent pas des faits distincts de concurrence déloyale de sorte que la société G-Star Raw est irrecevable en ses demande au titre de la concurrence déloyale et parasitaire et de façon surabondante, la société G-Star Raw ne démontre pas avoir qualité à agir sur le fondement de la concurrence déloyale faute d'opposabilité de ses droits, la présomption de titularité ne pouvant jouer que sur le fondement du droit d'auteur » ;

1°) ALORS QUE la création d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle constitue une faute de concurrence déloyale distincte de la contrefaçon d'une oeuvre de l'esprit ; qu'en l'espèce, la société G-Star Raw C.V. faisait notamment valoir qu'en commercialisant les modèles incriminés à destination d'une même clientèle et dans une zone géographique

identique, la société H&M avait créé un risque de confusion dans l'esprit du public (conclusions d'appel, p. 38) ; qu'en se contentant d'affirmer que les circonstances tenant à la situation dans les mêmes zones géographiques de points de vente des deux sociétés concurrentes, l'utilisation pour les jeans contrefaisants de tissus de moindre qualité, la vente de ces produits à prix moindre et l'identification auprès du public des jeans « Elwood » comme un des produits phares de la société G-Star Raw C.V. ne constitueraient pas des actes distincts de concurrence déloyale ou de parasitisme, sans s'expliquer sur le risque de confusion qui était invoqué par cette société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

2°) ALORS QUE constitue également une faute de concurrence déloyale distincte de la contrefaçon d'une oeuvre de l'esprit le fait de dévaloriser, dans l'esprit du public, le produit d'un autre opérateur économique, en commercialisant des copies ou des imitations de celui-ci fabriquées dans des matières de moindre qualité ; qu'en l'espèce, la société G-Star Raw C.V. faisait notamment valoir que la société H&M avait dévalorisé son modèle phare de jean « Elwood » en mettant dans le commerce une copie de celui-ci de qualité bien inférieure et à un prix modique (conclusions d'appel, p. 39) ; qu'en affirmant que les circonstances tenant notamment à l'utilisation pour les jeans contrefaisants d'un tissu de moindre qualité et la vente de ces derniers à prix moindre ne constitueraient pas des actes distincts de concurrence déloyale ou de parasitisme, cependant que la faute invoquée par la société G-Star Raw C.V. reposait précisément sur des actes distincts de ceux sanctionnés au titre de la concurrence déloyale, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

3°) ALORS QUE la détention de droits privatifs n'est pas une condition de l'action pour concurrence déloyale ou parasitisme, qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice ; qu'en relevant, par motif adopté, que « la société G-Star Raw ne démontre pas avoir qualité à agir sur le fondement de la concurrence déloyale faute d'opposabilité de ses droits, la présomption de titularité ne pouvant jouer que sur le fondement du droit d'auteur », la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la société G-Star Raw C.V. irrecevable en ses demandes au titre des actes de concurrence déloyale et parasitaire ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « contrairement à ce que prétend la société G-Star Raw C.V., les circonstances tenant à la situation dans les mêmes zones géographiques de points de vente des deux sociétés concurrentes,

l'utilisation pour les jeans contrefaisants d'un tissu de moindre qualité et la vente de ces derniers à prix moindre (39,90 € au lieu de 109 €) – et non à perte –, de même que l'identification auprès du public des jeans « Elwood » comme un des produits phares ne constituent pas des actes distincts de concurrence déloyale ou de parasitisme, mais des facteurs aggravants de la contrefaçon, susceptibles d'être pris en compte au titre des mesures réparatrices, étant observé au demeurant que la société intimée ne précise pas la part des investissements consacrée à ces jeans ; que le jugement doit donc encore être confirmé en ce qu'il déclare la société G-Star Raw C.V. irrecevable en ses demandes au titre des actes de concurrence déloyale et parasitaire » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « la société H&M soulève l'irrecevabilité à agir de la société G-Star Raw pour les mêmes motifs que ceux invoqués à l'appui de la recevabilité de la demande en contrefaçon de droits d'auteur de la société G-Star Raw lesquels ont été écartés ; que le tribunal relève qu'à l'appui de sa demande en dommages-intérêts pour concurrence déloyale, la société G-Star Raw fait valoir que le jean contrefaisant et commercialisé dans les mêmes lieux que le jean Elwood est d'une moindre qualité de tissu et est vendu à un prix inférieur ce qui dévalorise le jean Elwood ; que s'il s'agit d'éléments aggravant les faits de contrefaçon, ils ne caractérisent pas des faits distincts de concurrence déloyale de sorte que la société G-Star Raw est irrecevable en ses demande au titre de la concurrence déloyale et parasitaire et de façon surabondante, la société G-Star Raw ne démontre pas avoir qualité à agir sur le fondement de la concurrence déloyale faute d'opposabilité de ses droits, la présomption de titularité ne pouvant jouer que sur le fondement du droit d'auteur » ;

ALORS QUE pour déclarer la société G-Star Raw C.V. irrecevable en ses demandes au titre des actes de concurrence déloyale et parasitaire, la cour d'appel a retenu que les circonstances invoquées par cette société ne constitueraient pas des actes distincts de concurrence déloyale ou de parasitisme mais des « facteurs aggravants de la contrefaçon » ; le chef de l'arrêt ayant déclaré irrecevables les demandes de la société G-Star Raw C.V. pour concurrence déloyale et parasitisme présente ainsi un lien de dépendance nécessaire avec celui ayant retenu la contrefaçon ; que, dès lors, si, par extraordinaire, l'un ou l'autre des trois premiers moyens du pourvoi principal était accueilli, la cassation qui serait prononcée entraînerait également, par voie de conséquence, celle du chef critiqué par le présent moyen et ce, par application de l'article 624 du code de procédure civile.