

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE
2e Chambre
ARRÊT DU 29 NOVEMBRE 2018**

Rôle N° RG 18/09680

Société THERMOPROZESS WÄRMEBEHANDLUNG GMBH

SARL THERMO FRANCE

C/

H-I Z

B A

SAS THERM-IC FRANCE

Décision déferée à la Cour :

Ordonnance du Juge de la Mise en Etat du Tribunal de grande instance de MARSEILLE en date du 20 Février 2018 enregistrée au répertoire général sous le n° 17/04674.

APPELANTS

Monsieur C X,

[...]

Société THERMOPROZESS WÄRMEBEHANDLUNG GMBH,

dont le siège est [...]

SARL THERMO FRANCE,

dont le siège est 24/[...]

tous trois appelants représentés et plaidant par Me H-claude SASSATELLI, avocat au barreau de

MARSEILLE substitué par Me Chloé PIGNAL, avocat au barreau de MARSEILLE

INTIMES

Monsieur H-I Z

[...]

défaillant

Monsieur B A

[...]

défaillant

SAS THERM-IC FRANCE INTIMEE,

dont le siège est [...]

représentée et plaidant par Me Delphine AFFRIAT, avocat au barreau de MARSEILLE

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 785 et 786 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 22 Octobre 2018 en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente, et Monsieur H-Pierre PRIEUR, Conseiller, chargés du rapport.

Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente, a fait un rapport oral à l'audience, avant les plaidoiries.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente

Monsieur H-Pierre PRIEUR, Conseiller

Madame Françoise PETEL, Conseiller

Greffier lors des débats : Madame D E.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 29 Novembre 2018.

ARRÊT

Défaut,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 29 Novembre 2018.

Signé par Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente et Madame D E, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Vu les assignations délivrées les 21 et 28 mars 2017 à la requête de la société THERM-IC FRANCE à l'encontre de la société THERMOPROZESS, la société THERMO FRANCE, messieurs C X, H-I Z et B A devant le tribunal de grande instance de Marseille aux fins principalement de les voir condamner solidairement à cesser toute utilisation de nom THERMO FRANCE et à lui payer une somme de 660.000 euros en réparation du trouble commercial et de la captation de clientèle commis à son préjudice.

Vu l'ordonnance sur incident du conseiller de la mise en état de ce tribunal en date du 20 février 2018 ayant :

— rejeté l'exception d'incompétence matérielle et territoriale soulevée par les sociétés THERMOPROZESS et THERMO FRANCE ainsi que par monsieur C X au profit du tribunal de commerce de Salon de Provence,

— rejeté l'exception d'incompétence matérielle et territoriale soulevée par messieurs H-I Z et B A au profit du Conseil des Prud'hommes de Martigues,

— dit le tribunal de grande instance de Marseille compétent, matériellement et territorialement, pour connaître des demandes formulées par la société THERM-IC à l'encontre des l'ensemble des défendeurs,

— dit que les dépens de l'incident suivront le sort de ceux de l'instance principale,

— dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile au profit de l'une quelconque des parties,

— renvoyé l'affaire à la mise en état pour conclusions au fond des parties.

Vu l'appel interjeté par les sociétés THERMOPROZESS et THERMO FRANCE et monsieur C X le 11 juin 2018 et l'autorisation d'assigner à jour fixe qui leur a été délivrée le 18 juin 2018,

En cause d'appel les sociétés THERMOPROZESS et THERMO FRANCE et monsieur C X, appelants, demandent dans leurs dernières écritures en date du 19 octobre 2018 de :

— infirmer en toutes ses dispositions l'ordonnance entreprise ;

statuant à nouveau,

— juger que la société THERM-IC-France ne pouvait pas se prévaloir d'un droit opposable sur la marque « THERMO France " au jour de l'assignation signifiée le 28 mars 2017,

en conséquence,

— juger que le Tribunal de grande instance de Marseille n'est pas compétent pour connaître du litige,

— renvoyer les parties devant le Tribunal de commerce de Salon de Provence,

— condamner la société THERM-IC à verser à chacun des appelants la somme de 2.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et la condamner aux entiers dépens.

Vu les dernières conclusions de la société THERM-IC FRANCE, intimée en date du 22 octobre 2018 aux termes desquelles elle demande de :

vu les articles 716-3 CPI, D. 716-12, 721-3 du code de commerce ;

vu les articles L. 211-10, D.211-6-1 du code de l'organisation judiciaire ;

vu les articles 7 et 8 du Règlement (UE) n°1215/2012 ;

vu les articles 1103 et 1104 (anciennement 1134) et 1240 (anciennement 1382) du Code Civil;

vu les articles 42 et 43, 79, 771 du code de procédure civile ;

vu l'article L 121-1 du code de la consommation ;

— confirmer l'ordonnance du juge de la mise en état du 28 Février 2018 ;

— débouter monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS de toutes leurs prétentions,

— condamner solidairement monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS à payer la somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,

— condamner solidairement monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS aux dépens.

Messieurs H-I Z assigné le 26 juin 2018 à domicile et B A, assigné le 26 juin 2018 en l'Etude d'huissier, n'ont pas comparu.

SUR CE

Aux termes de l'article 771 du Code de procédure civile, lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour :

1. Statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge.

L'article 79 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2017-891 du 6 mai 2017, applicable à compter du 1er septembre 2017, dispose que : lorsqu'il ne se prononce pas sur le fond du litige, mais que la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, le juge doit, dans le dispositif du jugement, statuer sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes.

Sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond.

Les sociétés THERMOPROZESS et THERMO FRANCE et monsieur C X font valoir que dans son assignation la société THERM-IC France justifiait la saisine du Tribunal de grande instance de Marseille du fait de sa compétence d'attribution en matière de contrefaçon de marque ;

Que cependant aux termes de l'article L 716-5 du code de la propriété intellectuelle l'action civile en contrefaçon est engagée par le propriétaire de la marque ; que la propriété de la marque s'acquiert par le dépôt de la marque auprès de l'INPI et qu'en l'espèce au jour de la délivrance de l'assignation, la société THERM-IC produisait des éléments qui n'étaient pas de nature à démontrer qu'elle était propriétaire de la marque Thermo France ou pouvait s'en prévaloir à l'encontre des tiers.

Ils exposent à cet effet que la société THERM-IC produisait un extrait de base de données internet montrant que l'ancienne société THERMO FRANCE aujourd'hui radiée avait déposée la marque Thermo France le 16 mars 2015 et la copie du BOPI montrant que la marque THERM-IC avait été déposée le 15 février 2017 par la société THERM-IC ;

Que toutefois selon l'article L 714- 7 du code de la propriété, toute transmission ou modification des droits attachés à une marque enregistrée doit, pour être opposable au tiers, être inscrite au Registre national des marques ;

Qu'ultérieurement la société THERM-IC a produit de nouvelles pièces qui démontrent que la publication du transfert de propriété de la marque Thermo France figure au BOPI 17/22 du 6 juin 2017 et qu'il y fait mention d'une date d'opposabilité de la formalité au 20 avril 2017 soit postérieurement à l'assignation du 28 mars 2017 ;

Qu'à la date de l'assignation la société THERM-IC ne pouvait se prévaloir de la marque Thermo-France et le juge de la mise en état devait déclarer incompetent le tribunal de grande instance de Marseille saisi, en jugeant, au besoin, la question de la titularité de la marque, question de fond dont dépend directement la compétence du tribunal.

Ils précisent qu'à défaut de droit d'agir en contrefaçon l'action engagée par la société THERM-IC ne porte que sur la réparation d'un trouble commercial sur le fondement de prétendus actes de concurrence déloyale et qu'il s'agit d'un litige entre sociétés commerciales qui relève de la compétence du tribunal de commerce de Salon.

Ils ajoutent que la responsabilité de monsieur C X étant recherchée en sa qualité de gérant de la société THERMO FRANCE, le tribunal de commerce est également compétent puisque les prétendues fautes sont en lien direct avec sa gestion de la société THERMO FRANCE.

Ils relèvent qu'ils sont des tiers relativement à la marque alléguée au sens de l'article L 714-7 du code de la propriété intellectuelle.

Ils soulignent que le juge de la mise en état a jugé que le tribunal de grande instance de Marseille est compétent pour connaître du litige alors que THERMIC qui soutient qu'il ne pouvait trancher la question de la compétence matérielle du tribunal car relevant de l'appréciation de la qualité à agir et devait renvoyer ce point de droit au juge du fond conclut cependant à la confirmation de l'ordonnance et que la cour d'appel a compétence pour trancher l'intégralité du litige, notamment le fond, et peut donc parfaitement statuer sur toute question dont dépend la compétence de la juridiction de première instance.

La société THERM-IC FRANCE expose qu'elle résulte de la fusion-absorption par la société Y de la société THERMO FRANCE selon projet du 21 août 2015 et traité du 1er décembre 2015 ;

Que préalablement à cette fusion :

— la société Y était détenue à 100% par SAP HOLDING

— la société THERMO-FRANCE était détenue à 40% par Monsieur X et 60% par la société THERMOPROZESS, de droit allemand ;

Qu'une augmentation de capital intervenait immédiatement sur la nouvelle entité Y, avec pour conséquence la répartition suivante de parts de la société absorbante, qui devenait la société THERM-IC :

— SAP HOLDING 60%

— THERMOPROZESS 40%

Que monsieur X et la société THERMOPROZESS, associés de la société absorbée THERMO-FRANCE, étaient les bénéficiaires directs des actions nouvelles créées par cette augmentation de capital ; que cette opération de fusion permettait à Monsieur X de valoriser ses participations dans la société THERMO-FRANCE.

Que la radiation de la société THERMO-FRANCE, dont Monsieur X était le Gérant, intervenait au 17 février 2016 ; que de par cette opération de fusion absorption, la société THERM-IC (ex Y) reprenait le bail des locaux sis à VITRIOLES et le personnel, dont Messieurs Z et A.

Que le 14 septembre 2016 ces derniers furent licenciés et une transaction a été conclue le 27 septembre 2016 pour mettre fin au litige prud'homal.

Qu'elle a pu constater que monsieur A et monsieur Z sous l'égide de monsieur X et au travers d'une société dénommée THERMO-FRANCE immatriculée le 29 juin 2016 à la même adresse que la précédente radiée le 17 février 2016 avec comme associé unique la société THERMOPROZESS, poursuivait leur activité auprès des clients de la société THERM-IC se livrant à une concurrence parasitaire et déloyale à son préjudice.

Que de plus ces personnes utilisaient pour leur propre compte la marque déposée THERMOFRANCE.

Elle fait valoir que le défaut de qualité ou d'intérêt à agir au titre de la propriété de la marque, sur lequel les appelants fondent leur argumentation pour dénier au tribunal de grande instance de Marseille sa compétence, constitue une fin de non recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure civile et non pas une exception de procédure, qui n'est pas de la compétence du juge de la mise en état.

Elle ajoute que si les faits allégués de concurrence déloyale sont susceptibles de relever de la compétence au fond de la juridiction commerciale une partie des comportements déloyaux reprochés relève d'une contrefaçon de marque qui relève de la compétence du tribunal de grande instance au visa de l'article L 331-1 du code de la propriété intellectuelle.

Elle précise qu'elle produit l'extrait de la base de données Marques de l'INPI prouvant sa propriété sur la marque THERMO FRANCE et produit le registre INPI justifiant de cette inscription.

Elle poursuit en indiquant que la société THERMOPROZESS qui est actionnaire de la société THERM-IC, monsieur X qui était le gérant de la société THERMO FRANCE '1" partie à l'acte de dépôt et d'enregistrement en date du 16 mars 2015, monsieur X gérant de la société THERMO FRANCE 2, ne sont pas des tiers dès lors que la société THERMO-IC résulte de la fusion -absorption par la société Y de la société THERMO FRANCE ; que la société THERMO-FRANCE était détenue à 40 % par monsieur X et à 60% par la société THERMOPROZESS de droit allemand et que la société THERM-IC a pour actionnaire la SAP HOLDING à 60% et la société THERMOPROZESS à 40%.

Que la formalité de l'enregistrement du transfert de marque est indifférente et le fait que l'assignation soit antérieure au transfert de propriété ne fait pas disparaître le fait que la marque est utilisée de façon contrefaisante après le 20 avril 2017 date de son transfert à THERMO-IC jusqu'au, à minima, 10 mai 2017, date de la dissolution de la société THERMO FRANCE 2.

Qu'en toute hypothèse la prétendue irrégularité a été régularisée.

Concernant la compétence territoriale elle soutient que s'agissant d'un contentieux partiellement fondé sur une contrefaçon de marque, seul le tribunal de grande instance de Marseille est compétent pour en connaître ainsi que des demandes connexes en concurrence déloyale, et que s'agissant d'un site parasite contrefaisant de langue française les tribunaux français sont compétents.

Elle précise qu'en application des articles 42 et 43 du code de procédure civile, en cas de pluralité de défendeurs domiciliés dans le ressort de juridictions différentes, le demandeur saisit à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux et ajoute que l'article 8 du Règlement (UE) n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance des décisions en matière civile et commerciale, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite s'il y a plusieurs défendeurs devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, si les demandes sont liées entre elles, et qu'en l'espèce trois défendeurs résident dans le ressort de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Elle conclut à la confirmation de l'ordonnance déferée.

Ceci rappelé, en application de l'article L 716-3 du code de la propriété intellectuelle, les actions civiles et les demandes relatives aux marques, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant les tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire.

Cette compétence du tribunal de grande instance est d'ordre public.

L'assignation dont s'agit vise à la fois des faits de contrefaçon de la marque THERMO FRANCE et des faits de concurrence déloyale et parasitaire.

Les incidents d'instance visés par l'article 771 deuxième alinéa précité, sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du code de procédure civile et n'incluent pas les fins de non recevoir tels le défaut de qualité et de droit à agir qui ressortent à la compétence du juge du fond qui déterminera si la société la SAS THERMIC France peut se prévaloir de droits sur la marque litigieuse.

Trois des parties défenderesses étant domiciliées dans le ressort de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, le tribunal de grande instance de Marseille se trouve ainsi territorialement et matériellement compétent.

Il y a donc lieu de confirmer l'ordonnance déferée.

L'équité commande d'allouer à la société THERM-IC FRANCE la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile à la charge in solidum de monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS et de rejeter les demandes formées à ce titre par ce dernier.

Les dépens resteront à la charge in solidum de monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS qui succombent.

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, par arrêt de défaut,

Rejette l'ensemble des demandes de monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS.

Confirme l'ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Marseille en date du 28 février 2018,

Condamne in solidum monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS à payer à la société THERM-IC FRANCE la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne in solidum monsieur C X, la société THERMO-FRANCE et la société THERMOPROZESS aux entiers dépens.

LE GREFFIER
LE PRÉSIDENT,