

**COUR D'APPEL DE PARIS
ARRÊT DU 26 novembre 2021**

**Pôle 5 - Chambre 2
(n°169)**

**Numéro d'inscription au répertoire général : n° RG 19/18575 -
n° Portalis 35L7-V-B7D-CAX2E**

sur renvoi après cassation, par arrêt de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de Cassation rendu le 19 juin 2019 (pourvoi T 17-26.235), d'un arrêt du pôle 5 chambre 1 de la Cour d'appel de PARIS rendu le 25 avril 2017 (RG n°15/04657) sur appel d'un jugement rendu par la 3ème chambre 1ère section du Tribunal de grande instance de PARIS le 28 février 2013 (RG n°11/06900)

DEMANDERESSES À LA SAISINE

Société CSP TECHNOLOGIES INC, société de droit américain, agissant en la personne de son représentant légal ou statutaire domicilié en cette qualité au siège social situé

1030 Riverfront Center
Amsterdam
12010 NEW YORK
ETATS-UNIS D'AMERIQUE

S.A.S.U. CSP TECHNOLOGIES, venant aux droits de la société CAPITOL EUROPE, société de droit américain, agissant en la personne de son représentant légal ou statutaire domicilié en cette qualité au siège social situé

ZI du Sandholtz
Rue Sandholtz
67110 NIEDERBRONN-LES-BAINS

Représentées par M^e Luca DE MARIA de la SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque L 0018
Assistées de M^e Emmanuel LARERE plaidant pour l'AARPI GIDE - LORETTE - NOUEL, avocat au barreau de PARIS, toque T 03

DEFENDERESSE À LA SAISINE

S.A.S.U. AIRNOV FRANCE, venant aux droits de la société CLARIANT PRODUCTION (FRANCE), venant elle-même aux droits de la société AIRSEC, prise en la personne de son président, M. Matthias B, domicilié en cette qualité au siège social situé

6, rue Louise Michel
94600 CHOISY-LE-ROI
Immatriculée au rcs de Créteil sous le numéro 814 087 276

Représentée par M^e Anne GRAPPOTTE-BENETREAU de la SCP GRAPPOTTE BENETREAU, avocate au barreau de PARIS, toque K 111

Assistée de M^e Sabine AGE plaissant pour l'AARPI HOYNG - ROKH - MONEGIER - VERON, avocate au barreau de PARIS, toque P 512, M^e Agathe CAILLE plaissant pour l'AARPI HOYNG - ROKH - MONEGIER - VERON, avocate au barreau de PARIS, toque P 512

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 6 octobre 2021, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant M^{me} Agnès MARCADE, Conseillère, chargée d'instruire l'affaire, laquelle a préalablement été entendue en son rapport

M^{me} Agnès MARCADE a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M^{me} Brigitte CHOKRON, Présidente
M^{me} Laurence LEHMANN, Conseillère
M^{me} Agnès MARCADE, Conseillère

Greffière lors des débats : M^{me} Carole T

ARRET :

Contradictoire

Par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile

Signé par M^{me} Brigitte CHOKRON, Présidente, et par M^{me} Carole T, Greffière, présente lors de la mise à disposition.

Vu le jugement contradictoire rendu le 28 février 2013 par le tribunal de grande instance de Paris.

Vu l'arrêt contradictoire rendu le 25 avril 2017 par la cour d'appel de Paris.

Vu l'arrêt de cassation partielle rendu le 19 juin 2019 par la Cour de cassation (chambre commerciale).

Vu la déclaration de saisine après renvoi devant la cour d'appel de Paris du 2 octobre 2019 des sociétés CSP Technologies Inc. et CSP Technologies.

Vu les dernières conclusions remises au greffe et notifiées par voie électronique le 15 juin 2021 par les sociétés CSP Technologies Inc. et CSP Technologies, demanderesse à la saisine.

Vu les dernières conclusions remises au greffe et notifiées par voie électronique le 10 septembre 2021 par la société Airnov France (Airnov), venant aux droits de la société Clariant Production (France), venant elle-même aux droits de la société Airsec, défenderesse à la saisine.

Vu l'ordonnance de clôture du 16 septembre 2021.

SUR CE, LA COUR,

Il est expressément renvoyé, pour un exposé complet des faits de la cause et de la procédure à la décision entreprise et aux écritures précédemment visées des parties.

La société de droit américain CSP Technologies Inc. (CSP), qui appartenait au groupe américain CV holdings, a pour activité la fabrication et la distribution de tubes en plastique et de récipients hermétiques ayant des capacités d'absorption de l'humidité, conçus en particulier pour l'industrie pharmaceutique.

Elle a développé le marché des tubes pour bandelettes réactives de diagnostic, notamment celles de mesure de la glycémie utilisées quotidiennement par les diabétiques.

Le groupe CV holdings s'est implanté en France en créant, en septembre 1999, la société française Capitol Europe qui gère les activités de production et de distribution du groupe pour l'Europe. La société Capitol Europe fabrique et distribue, par l'intermédiaire de ses clients, notamment sur le marché français, les tubes mis au point par la société CSP.

En 2015, les sociétés CSP et Capitol Europe (devenue depuis la société CSP Technologies) ont été rachetées par le groupe français Wendel.

La société Airsec était une filiale française de la société allemande Süd-Chemie et avait pour activité la fabrication et le négoce de produits de conditionnement destinés à l'industrie pharmaceutique. Elle avait développé et commercialisé depuis fin 2008 des emballages étanches destinés à protéger les bandelettes réactives aux tests de glycémie de toute humidité et dégradation. En 2011, la société Süd-Chemie a été acquise par le groupe suisse Clariant, leader dans le domaine de la chimie de spécialités, et en 2012, la société Airsec a été absorbée par la société Clariant production.

La société Airnov vient désormais aux droits de la société Clariant Production (France) (Clariant).

La société CSP a découvert en 2011 que la société Airsec fabriquait et commercialisait notamment sur le site internet www.sud-chemie.com, un tube référencé « Hat-In » portant atteinte, selon elle, à divers brevets qu'elle détient, dont un brevet EP n°1 567 425 (EP 425) désignant la France, déposé le 10 octobre 2003 sous priorité d'une demande de brevet américain n°417 533 P en date du 10 octobre 2002 et délivré le 25 août 2010, intitulé «Contenants étanches refermables pour bandelettes et articles analogues ».

Elle a estimé que ce tube constituait, en outre, une copie quasi-servile du design du tube «M-3003-04 » conçu par elle et fabriqué et commercialisé par la société Capitol Europe.

Il convient de préciser à ce stade que la société LifeScan, qui n'est pas partie au litige, commercialise, sous la dénomination « OneTouch Ultra » un lecteur de mesure de glycémie et des bandelettes compatibles avec ce lecteur, pour patients diabétiques ; ces bandelettes sont conditionnées dans un tube à fermeture étanche, lui-même destiné à être placé dans une trousse aux dimensions adaptées pour contenir notamment ce lecteur et ce tube. La société LifeScan ne fabrique pas elle-même les tubes étanches destinés à recevoir les bandelettes 'OneTouch Ultra', faisant fabriquer ces tubes par un fournisseur externe qui a été un temps exclusivement la société française Capitol Europe, puis en vertu d'un contrat d'achat signé le 27 novembre 2008, la société Airsec (devenue Clariant puis Airnov).

Autorisée par ordonnance sur requête du 15 mars 2011, la société CSP a fait diligenter, les 16 et 17 mars 2011, une saisie-contrefaçon dans l'usine de la société Airsec située à Romorantin-Lanthenay (41) à l'occasion de laquelle ont été saisis une documentation sur le produit « Hat-In », comportant notamment un plan du produit, ainsi que des échantillons.

Par acte en date du 15 avril 2011, la société CSP a fait assigner la société Airsec (aujourd'hui Airnov) devant le tribunal de grande instance de Paris en contrefaçon des revendications 1, 2, 3, 4, et 6 de la partie française du brevet EP 425, ainsi qu'en concurrence déloyale et parasitaire. La société Capitol Europe est intervenue volontairement à la procédure de première instance.

Le 25 mai 2011, la société Süd-Chemie, à laquelle s'est ensuite substituée la société Clariant, a formé opposition devant l'Office européen des brevets à l'encontre du brevet EP 425.

Par jugement du 28 février 2013, le tribunal de grande instance de Paris a :

- dit que la société CSP est irrecevable à soulever une exception d'incompétence devant le tribunal saisi au fond ;
- rejeté la demande de sursis à statuer présentée par la société CSP ;
- prononcé la nullité des revendications 1, 2, 3, 4 et 6 du brevet européen EP 425 de la société CSP pour défaut d'activité inventive ;
- dit que le présent jugement une fois devenu définitif sera transmis à l'INPI pour inscription au Registre National des Brevets à la requête de la partie la plus diligente ;
- débouté les sociétés CSP et Capitol Europe de leurs demandes au titre des actes de concurrence déloyale et parasitaire ;
- débouté la société Airsec de sa demande en dommages et intérêts pour divulgation fautive de données confidentielles ;
- débouté la société Airsec de sa demande de dommages et intérêts pour procédure abusive ; - débouté la société Airsec de sa demande de publication ;
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire de la présente décision ;
- condamné la société CSP aux dépens et au paiement à la société Airsec de la somme de 150.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 6 novembre 2013, l'Office européen des brevets a prononcé la révocation du brevet EP 425.

Le 27 février 2015, les sociétés CSP et Capitol Europe ont interjeté appel du jugement du 28 février 2013.

Par décision du 25 avril 2017, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions, et, y ajoutant, a :

- débouté la société Clariant de sa demande de dommages et intérêts pour procédure d'appel abusive ;
- débouté les parties de leurs demandes de publication du présent arrêt ;
- condamné les sociétés CSP et Capitol Europe aux dépens d'appel et solidairement, au paiement à la société Clariant de la somme de 15.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt de cassation partielle rendu le 19 juin 2019, la Cour de cassation (chambre commerciale) a cassé et annulé l'arrêt de la cour

d'appel de Paris, mais seulement en ce qu'il a débouté les sociétés CSP et Capitol Europe de leurs demandes au titre de la concurrence déloyale et parasitaire, et statué sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile.

La Cour au visa de l'article 455 du code de procédure civile, a considéré que pour écarter toute faute de la part de la société Airsec et rejeter les demandes des sociétés CSP Inc. et CSP, l'arrêt retient que bien qu'il ait été fourni dans une version largement caviardée, il résulte du contrat d'achat du 27 novembre 2008 que la société LifeScan a, en vue de la réalisation du tube "Hat-in", fourni à la société Airsec des spécifications très précises qui reprenaient les caractéristiques du tube "M-3003-04" de la société CSP et qu'en statuant ainsi sans s'expliquer sur le fait que l'annexe 4 de la version « caviardée » du contrat d'achat du 27 novembre 2008, versée aux débats, ne précisait pas la nature exacte des spécifications définies par les parties, de sorte qu'elle ne permettait pas de s'assurer que les spécifications visées dans le contrat d'achat correspondaient au tube M-3003-04 de la société CSP Inc., la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé.

Les sociétés CSP technologies Inc. et CSP technologies, anciennement Capital europe, (les sociétés CSP) ont, par déclaration du 2 octobre 2019, saisi la présente cour de renvoi.

Elles ont obtenu en exécution d'une ordonnance de référé du magistrat délégué du premier président de cette cour en date du 17 décembre 2020, la communication intégrale du contrat du 27 novembre 2008 y compris l'ensemble des annexes. Par une ordonnance du même jour, le président de la chambre a débouté la société Airnov de sa demande tendant à voir dire que sont protégeables au titre du secret des affaires ses pièces afférant aux échanges préalables à la conclusion du contrat du 27 novembre 2008.

Les sociétés CSP, demanderesses à la saisine, demandent à la cour de renvoi de :

À titre principal,

- dire et juger que la commercialisation du tube 'Hat-In' par la société Airnov est constitutive de faits de concurrence déloyale à leur encontre ;
- dire et juger que le comportement déloyal de la société Airnov constitue pour elles la source d'un préjudice ;

À titre subsidiaire,

- dire et juger que la commercialisation du tube 'Hat-In' par la société Airnov est constitutive de faits de parasitisme à leur encontre ;

- dire et juger que le comportement parasitaire de la société Airnov constitue pour elles la source d'un préjudice ;

En conséquence,

- infirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en ce qu'il les a déboutées de leur demande au titre de la concurrence déloyale et parasitaire ;

- interdire à la société Airnov la commercialisation et la reproduction sur tout support du tube 'Hat-In', et de tout tube identique sous toute autre dénomination, en ce qu'il constitue la copie servile du tube M-3003-04, et ce sous astreinte de 5.000 euros par infraction constatée à compter de la signification de la décision à intervenir ;

- condamner la société Airnov à payer à la société CSP technologies la somme de 9.434.879 euros à titre de dommages-intérêts pour concurrence déloyale ou parasitisme, sauf à parfaire après expertise ; dans l'hypothèse où la cour estimerait devoir ordonner une expertise, elle condamnera la société Airnov à payer à la société CSP Technologies la somme de 1.000.000 euros par provision ;

- condamner la société Airnov à payer à la société CSP Technologies Inc. des dommages-intérêts à fixer après expertise pour le préjudice causé et, dès à présent, par provision, la somme de 500.000 euros ;

- désigner tout expert qu'il plaira à la cour aux fins de réunir les informations nécessaires à l'évaluation du préjudice subi par la société CSP Technologies du fait des actes de concurrence déloyale ou de parasitisme, en particulier le chiffre d'affaires réalisé par la société Airnov, ses bénéfices et les marges qu'elle pratique sur le produit litigieux ;

- dire et juger que les opérations d'expertise porteront sur tous les actes de concurrence déloyale ou de parasitisme commis jusqu'à la date du dépôt du rapport de l'expert ;

En toute hypothèse,

- ordonner la publication de l'arrêt à intervenir dans trois journaux ou revues au choix de la demanderesse, et aux frais de la société Airnov, sans que le coût de chaque insertion ne puisse être supérieur à 5.000 euros ;

- condamner la société Airnov à leur payer, pour la première instance et pour l'appel, chacune la somme de 100.000 euros, soit 200.000 euros au total, en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner la société Airnov aux entiers dépens de première instance et d'appel dont distraction.

Par ses dernières conclusions, la société Airnov, venant aux droits de la société Clariant production, venant elle-même aux droits de la société Airsec, défenderesse à la saisine, demande à la cour de :

- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté les demandes en concurrence déloyale et parasitaire des sociétés CSP ;

- débouter les sociétés CSP de l'intégralité de leurs demandes ;

- ordonner la publication de l'arrêt à intervenir, au choix de la société Airnov et aux frais des sociétés CSP, dans trois journaux ou revues professionnelles, français ou étrangers, ainsi que sur la page d'accueil du site Internet www.CSPtechnologies.com, en caractères de taille 12, police Arial, à concurrence de 5 000 euros par publication ;

- condamner les sociétés CSP in solidum à lui payer une somme complémentaire de 150.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais occasionnés par la procédure d'appel ;

- condamner les sociétés CSP aux entiers dépens de l'instance et dire qu'ils seront recouverts conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

Selon les dispositions de l'article 625 du code de procédure civile, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la décision cassée, sur les seuls points atteints par la cassation.

Il s'ensuit que la cour de céans, saisie sur renvoi après cassation, ne peut statuer que sur les chefs de l'arrêt du 25 avril 2017 qui ont été cassés. Sa compétence ne saurait s'étendre au-delà des limites de la cassation et elle ne saurait connaître des chefs de l'arrêt qui, n'ayant pas été atteints par la cassation, sont devenus irrévocables.

L'arrêt du 25 avril 2017 de cette cour est cassé, 'seulement en ce qu'il déboute les sociétés CSP et Capitol Europe de leurs demandes au titre de la concurrence déloyale et parasitaire, et statué sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile'.

Les chefs de cet arrêt qui ont confirmé le jugement déferé en ses dispositions ayant dit que la société CSP est irrecevable à soulever une exception d'incompétence devant le tribunal saisi au fond, rejeté la demande de sursis à statuer présentée par la société CSP, prononcé la nullité des revendications 1, 2, 3, 4 et 6 du brevet européen EP 425 de la société CSP pour défaut d'activité inventive, dit que le présent jugement une fois devenu définitif sera transmis à

l'INPI pour inscription au Registre National des Brevets à la requête de la partie la plus diligente,

débouté la société Airsec de sa demande en dommages et intérêts pour divulgation fautive de données confidentielles, débouté la société Airsec de sa demande de dommages et intérêts pour procédure abusive, débouté la société Airsec de sa demande de publication, et, y ajoutant, débouté la société Clariant de sa demande pour procédure d'appel abusive et les parties de leurs demandes de publication judiciaire, sont irrévocables.

Sur les actes de concurrence déloyale

Les sociétés CSP reprochent à la société Airnov d'avoir repris de manière fautive toutes les caractéristiques esthétiques du tube pour bandelettes de mesure de la glycémie M-3003-04, qu'elles ont créé, et de l'avoir proposé à leur client historique la société LifeScan afin de leur subtiliser le marché.

Il résulte des éléments fournis au débat et des explications des sociétés CSP, que la société CSP Inc a en 1999-2000 développé pour le compte de la société Inverness Medical Ltd. devenue la société LifeScan, un tube pour contenir des bandelettes test de glycémie dénommé M-3003-04.

Aucun droit de propriété intellectuelle n'est revendiqué par les sociétés CSP sur ce tube, la partie française du brevet européen dont la société CSP Inc. était titulaire ayant été annulée par le tribunal et cette décision étant devenue irrévocable.

Il n'est pas discuté que la société Airnov a également fabriqué pour la société LifeScan en 2011 des tubes pour contenir des bandelettes de test de glycémie dénommés 'Hat-In'.

Il ressort de la comparaison des tubes fournis à la cour que l'aspect extérieur du tube 'Hat-In' est quasi-identique à celui du tube M-3003-04 (même tube avec couvercle relié au corps par une charnière, ce couvercle étant légèrement bombé en forme de casquette avec visière allongée en 'bec de canard', mêmes dimensions et couleurs) à l'exception de la charnière reliant le couvercle au corps du produit.

Le principe de la liberté du commerce implique qu'un produit qui n'est pas l'objet de droits privatifs peut être librement reproduit et commercialisé à moindre prix à moins que la reproduction ou l'imitation du produit ait pour objet ou pour effet de créer un risque de confusion entre les produits dans l'esprit du public, comportement déloyal constitutif d'une faute au sens de l'article 1240 du code civil.

Selon les éléments fournis au débat, le tube en litige contenant les bandelettes de test de glycémie n'est pas commercialisé seul à

destination du patient diabétique mais avec le lecteur de mesure de glycémie avec lequel les bandelettes sont compatibles.

Le public pertinent au regard duquel doit être apprécié de manière concrète le risque de confusion n'est donc pas le consommateur final à savoir le patient diabétique utilisateur des bandelettes qui n'acquiert pas le tube seul mais le laboratoire qui commercialise l'ensemble destiné au test de glycémie soit le lecteur de glycémie et le tube qu'il remplit des bandelettes compatibles avec son lecteur.

Aussi, le public pertinent est non le patient diabétique mais le professionnel à l'égard duquel le risque de confusion est apprécié plus strictement.

En outre, au vu des éléments dont dispose la cour notamment de l'attestation de M. S, directeur technique de CSP technologies Inc., en date du 8 mai 2015 (pièce 4-8 CSP), qui précise avoir travaillé sur la forme du tube M-3003-04, si la société CSP apparaît être à l'origine de la création de ce tube qu'elle a conçu sur la base de retours du client, il ressort que les caractéristiques esthétiques dont elle se prévaut (aspect bombé du couvercle et forme spécifique du bec arrondi et non carré) ont été retenues par le client, la société Inverness Medical Ltd. devenue la société LifeScan, qui les voulait en phase avec le lecteur de glycémie en 'forme de coeur' qu'il commercialise. M. S atteste que 'par ailleurs, la taille et l'aspect de la casquette étaient déterminants, combinés avec la taille du tube, pour faciliter au consommateur l'ouverture du tube avec une seule main'.

Il apparaît également que la société LifeScan a chargé la société CSP Inc. de trouver, pour son compte, des machines adaptées au tube M-3003-04 pour le remplir, la société CSP Inc. ayant fourni en 2000 à la société Lifescan deux machines sur mesure, ces machines étant construites par la société Kinematics Inc. (pièce 176 CSP), un minimum de commande d'emballages garanti visant à compenser le prix des machines.

Il est observé enfin que les tubes fournis à d'autres laboratoires (pièces 1.18 CSP et pièce 135 Airnov) n'ont pas les mêmes caractéristiques (couvercle plat et non bombé, dimension du bec différente ...).

Il résulte de ce qui précède que le public pertinent à prendre en considération est la société LifeScan à laquelle est spécialement destiné le tube M-3003-04, tant s'agissant des considérations techniques que des caractéristiques esthétiques de ce produit, étant relevé que les sociétés CSP ne montrent pas que le tube M-3003-04 a été vendu à une autre entreprise que la société LifeScan, à laquelle était également destiné le tube 'Hat-In' de la société Airnov.

Or, il ressort que les tubes 'Hat-in' ont été fournis à la société LifeScan par la société Airsec (devenue Airnov) en exécution d'un contrat d'achat du 27 novembre 2008, la société LifeScan, en qualité de professionnelle avertie et de co-contractant d'abord de la société CSP puis de la société Airsec (désormais Airnov), étant tout à fait à même de distinguer les produits en provenance de ses fournisseurs successifs sans que le risque de confusion allégué par les demanderesses à la saisine soit établi. Il doit en outre être relevé avec la société Airnov que le tube 'Hat-In' comporte, en plusieurs de ces éléments, des innovations protégées par des brevets européens, ainsi que des caractéristiques qui lui sont propres, à savoir le nombre de pièces (2 ou 3), la charnière entre le corps et les dimensions, le système de fermeture par emboîtement du couvercle, la surface intérieure du tube qui, certes, laissent subsister une quasi-identité dans l'aspect extérieur des tubes en présence, mais permettent de prévenir tout risque de confusion aux yeux de la société LifeScan, professionnel averti et spécialiste du domaine technique considéré.

Le sondage IFOP réalisé en juin 2016 (pièce 6-1 CSP) réalisé auprès de 1000 individus âgés de 18 ans et plus dont les résultats indiquent que 90 % des personnes interrogées ont déclaré que les tubes en cause provenaient « de la même société » invoqué par les sociétés CSP est donc indifférent à caractériser un risque de confusion entre les produits en cause, le public auprès duquel a été réalisé ce sondage composé de patients diabétiques ou de foyers comprenant un tel patient, n'étant pas le public pertinent.

Les sociétés CSP échouant à établir des actes de concurrence déloyale commis par la société Airnov seront déboutées de leurs demandes à ce titre et le jugement déféré confirmé de ce chef.

Sur les demandes subsidiaires au titre des actes de parasitisme

Le parasitisme consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements consentis.

Les sociétés CSP affirment que la société Airnov s'est rendue coupable de concurrence parasitaire aux motifs qu'elle aurait en toute mauvaise foi, conçu le tube 'Hat-In' pour qu'il soit identique au leur ainsi qu'il ressort des échanges pré-contractuels entre la défenderesse à la saisine et la société LifeScan ce, afin de convaincre cette dernière de changer de fournisseur, et a ainsi profité sans bourse délier de leurs investissements et travail, ayant dépensé une somme au moins égale à 971.472,68 euros en rémunération de deux ingénieurs dédiés au projet durant plusieurs années, en moules ainsi qu'en promotion des produits.

Elles soulignent que le succès du tube M-3003-04 a été immédiat, ce produit ayant une grande valeur économique, et que ses ventes ont ainsi été en constante augmentation jusqu'à l'introduction déloyale sur le marché fin novembre 2008 du tube 'Hat-In', les actes de parasitisme ayant permis à la société Airnov de proposer un tube à un prix un tiers moins élevé que le leur.

Elles ajoutent que la société Airnov a pillé le design de leurs tubes en toute mauvaise foi et qu'en acceptant de renoncer à appeler en garantie la société Lifescan en cas d'action de tiers relative à la forme du tube litigieux, la société Airnov reconnaît que ce tube porte atteinte à leurs droits et accepte d'en supporter le risque. Elles considèrent que ces agissements parasites sont démontrés par le dépôt frauduleux d'un dessin et modèle international reprenant à l'identique les caractéristiques esthétiques dudit tube.

Elles répliquent enfin à la société Airnov que la compatibilité du tube avec les machines utilisées par la société LifeScan n'imposait aucune caractéristique esthétique particulière et que les caractéristiques esthétiques du tube 'Hat-In' ne sont pas imposées par les conditions de commercialisation.

La société Airnov soutient que les spécifications de la société LifeScan dans la fabrication des tubes pour bandelettes ressortent sans ambiguïté de leurs échanges précontractuels et du contrat d'achat encadrant cette relation commerciale, conclu le 27 novembre 2008 entre la société Airsec et la société Cilag (société mère de la société LifeScan).

Elle affirme que le dessin 2692.0 joint en annexe au contrat du 27 novembre 2008, qui était par ailleurs connu de longue date par les demanderesses puisqu'il a été saisi au cours des opérations de saisie-contrefaçon des 16 et 17 mars 2011, reflète les spécifications imposées par la société LifeScan et les innovations de la société Airsec.

Elle ajoute que ces spécifications sont justifiées par des impératifs liés à l'information des patients diabétiques et au bon fonctionnement des lignes de remplissage, d'étiquetage et d'emballage de la société LifeScan, dont les machines doivent pouvoir être utilisées indifféremment pour les tubes de ses différents fournisseurs.

La défenderesse à la saisine s'oppose aux allégations de parasitisme aux motifs qu'elle a elle-même réalisé des travaux de recherche substantiels pour mettre au point un nouveau procédé de fabrication des tubes qu'elle a fournis à la société LifeScan et en améliorer les caractéristiques techniques.

Selon les éléments fournis au débat par les sociétés CSP, la société CSP Inc. a investi une somme d'environ 850.000 euros dans la

réalisation du tube M-3003-04 correspondant aux coûts de ses salariés (440.000 euros) et aux factures de sous-traitants pour la fabrication des moules (410.000 euros) ainsi qu'en témoignent MM. S, B et C, salariés de la société CSP Inc., (pièces 4-4, 4-7 et 4-8 CSP) qui déclarent avoir travaillé quasi-exclusivement sur le 'design' du tube précité entre 1998 et 2002, ce en relation avec la société Pen Ro Group, chargée de réaliser les moules ainsi qu'en atteste M. A (pièce 4-1 CSP), dirigeant de cette société, celui-ci déclarant avoir travaillé deux ans avec la société CSP sur la forme du tube, que cette tâche s'est révélée être plus complexe que prévu afin de satisfaire le client, le travail ayant porté sur la charnière, la collerette du tube, le sommet du couvercle, la taille et le diamètre de celui-ci.

Néanmoins, ainsi que le relève la société Airnov, il ressort de la lettre du 17 mai 2000 échangée entre la société Inverness Medical (LifeScan) et la société CSP technologies Inc. le 17 mai 2000 que certains investissements de la société CSP sont compensés par la société LifeScan elle-même qui s'est engagée à acquérir en contrepartie de l'équipement fourni par la société CSP Inc. un minimum de 'X' millions de flacons à un certain prix (pièce 133-1 Airnov) ce qui montre que le client auquel est destiné le tube a participé à la valeur économique du tube M-3003-04.

En outre, si M. Edward V, dirigeant de la société britannique Baltimore Innovations, distributeur des produits CSP, témoigne avoir participé à de nombreux salons professionnels entre 1998 et 2012, la participation à ces salons engendrant un coût de près de 71.000 euros, il ressort également de son attestation que cette participation concernait l'exposition de plusieurs produits CSP dont le tube en litige, et donc que les investissements consacrés à ces salons ne concernaient pas exclusivement le tube M-3003-04 (pièces 5-1, 5-3 et 5-4 CSP). Le tableau fourni en pièce 5-2 des sociétés CSP dont il est impossible pour la cour de déterminer les circonstances de réalisation et donc la valeur probante, ne montre pas plus que les dépenses qu'il recense concernent le tube en litige.

Les sociétés CSP ne justifient donc pas que l'ensemble des investissements dont elle se prévaut pour un montant total de 971.472,68 euros ont été consacrés à la conception de la forme des tubes et à leur promotion et partant à la valeur économique qu'elles reprochent à la société Airnov d'avoir détournée à son profit.

De plus, aucun élément ne vient corroborer les allégations des sociétés CSP concernant la notoriété acquise par le tube M-3003-04 qui n'est nullement montrée par les éléments fournis, la seule pièce établissant que ce tube a été remarqué, parmi d'autres produits, par l'"Arthritis foundation" comme facile d'utilisation étant insuffisant à établir une telle notoriété.

La circonstance que les ventes de la société CSP technologies ont été importantes au début de ses relations commerciales avec la société LifeScan à qui elle a exclusivement vendu le tube M-3003-04, pour baisser lorsque cette dernière s'est approvisionnée auprès de la société Airnov en tubes 'Hat-In' n'est pas suffisant à caractériser des actes de parasitisme, cette baisse étant la conséquence d'un changement de fournisseur.

En outre, il ressort des éléments fournis au débat que la différence de prix entre les tubes M-3003-04 et Hat-In résulte non pas d'actes déloyaux de la société Airnov mais des investissements en recherche et développement consentis par celle-ci évalués à 1.900.000 euros entre 2007 et 2010 qui lui ont permis de mettre au point un procédé de fabrication du tube moins onéreux, ces innovations étant l'objet de quatre brevets européens déposés par cette société. La circonstance que ces investissements concernent des innovations techniques et non esthétiques ne remet pas en cause les investissements de la société Airnov pour concevoir le tube 'Hat-In' proposé à la société LifeScan et ne démontre pas que la société Airnov a voulu tirer profit des investissements en ce domaine de la société CSP Inc. alors que la société LifeScan a imposé des spécifications quant à la forme du produit.

En effet, il ressort des négociations qui ont précédé la signature du contrat d'achat du 27 novembre 2008 entre la société Airsec et la société Cilag, que la société LifeScan a imposé des spécifications à son co-contractant s'agissant du tube 'Hat-In'.

Selon le message adressé le 10 août 2006 par M. M de la société LifeScan à M. L de la société Airnov (pièce 136.1 et 136.1 bis Airnov), la première a communiqué à la seconde un document intitulé 'project HAT VOC' répertoriant la liste des spécifications requises par le client pour le tube 'Hat-In' sous forme d'un tableau comportant notamment une colonne 'same as CSP'. Aussi, c'est en vain que les sociétés CSP reprochent à la société Airnov d'avoir démarché son client pour lui proposer un produit 'same as CSP' alors que c'est la société LifeScan qui elle-même a spécifié les caractéristiques du produit qu'elle voulait identiques à celles de son autre fournisseur.

Il ressort également de ce tableau à la ligne V1 'Marketing' les indications suivantes 'forme, toucher et configuration du tube. Accès pour retirer les bandes doit être similaire/ meilleur que le tube existant' et dans la colonne 'notes' qu'une information du marketing a été sollicitée pour le tube actuel, aux lignes V7, V8 et V9 'Dimensions' que la société LifeScan demande à ce qu'elles soient identiques à celles de CSP et à la ligne V28 'process/product' que le couvercle et la taille du bec soient également 'same as CSP' la note précisant 'same : similar to existing'.

Un tableau complété a été transmis par la société LifeScan le 16 août 2006 (pièces 137, 137 bis, 137.1 et 137.1 bis Airnov) par lesquelles le client mentionne avoir intégré le VOC aux 'critical to Quality' (CTQ). Ce tableau comporte les mêmes spécificités que celles précédemment évoquées. Les échanges qui ont suivis entre le client et la société Airnov montrent que celui-ci a procédé à des tests qui ne se sont pas montrés concluants en raison de la hauteur totale du flacon qui est inférieure par rapport à l'existant (pièce 138 bis Airnov) et qui 'empêche le dispositif de guidage de la machine Kinematics de maintenir les pièces de façon ferme au cours de l'orientation'.

Les échanges de courriels du mois de février 2007 (pièces 139, 139 bis, 139.1 et 139.1 bis Airnov) montrent que la société LifeScan a modifié les spécifications concernant la dimension des tubes et à la ligne V29 'procédé/produit' taille du bouchon et bec, que celle-ci doit être 'identique/similaire à l'existant' avec la précision selon laquelle 'confirmé par dessin et test de procédé sur les équipements de fabrication'.

Les services du marketing ont donné leur accord au mois de mars 2007 (pièces 140 et 140 bis Airnov) et d'ultimes spécifications ont été adressées par la société LifeScan le 23 mars 2007 dans le document mis à jour, M. M de la société LifeScan précisant dans son message à son interlocuteur de 'le lire attentivement afin de vous assurer que vous comprenez parfaitement nos exigences'.

Il ressort donc des échanges précontractuels entre les sociétés LifeScan et Airnov que le client a précisément indiqué ses exigences quant à la forme du tube, ce pour que ces tubes soient notamment compatibles avec les machines qu'il utilise, ces exigences comportant des considérations esthétiques quant à la forme du couvercle et de son bec.

Ces constatations ne sont pas démenties par les attestations du 23 février 2016 de M. T de la société PMI cartoning Lnc. qui a fourni les machines d'étiquetage et d'emballage dans les cartons des tubes en cause à la société LifeScan, et de M. X, de la société Kinematics Automation Lnc., qui a fourni les machines qui remplissent les tubes pour bandelettes réactives. Le premier rapporte que *'les différents tubes ronds flip-top ayant des dimensions extérieures identiques (i.e. hauteur et diamètre) sont compatibles avec l'équipement de PMI pour l'étiquetage et l'emballage secondaire sans que des ajustements soient nécessaires. Cela veut dire que, tant que les dimensions extérieures basiques sont identiques, les tubes peuvent présenter des caractéristiques esthétiques très différentes tout en étant toujours compatibles avec les machines de PMI pour l'étiquetage et l'emballage secondaire. Par exemple, la compatibilité avec l'équipement de PMI pour l'étiquetage et l'emballage secondaire n'est pas affectée par le fait que, e.g., le dessus du bouchon soit plat ou convexe, la languette pour le pouce soit courte et ronde ou allongée*

ou avec la forme de "bec de canard", la charnière soit longue ou courte etc. Ces variations dans les caractéristiques esthétiques ne requièrent pas d'ajustements pour que la machine de PMI puisse être utilisée avec différents types de tubes.'. Le second atteste de 'la capacité de la machine SPC 5000 de remplir une diversité de formes de tubes, dès lors que ces tubes présentent certains critères dimensionnels basiques' et confirme que ' différents tubes rond flip-top, ayant les mêmes dimensions externes (i.e., hauteur et diamètre) sont compatibles pour être remplis par les machines SPC 5000 de Kinematics sans que des ajustements soient nécessaires. Cela veut dire que, tant que les dimensions externes basiques sont identiques, les tubes peuvent comprendre des caractéristiques esthétiques très différentes et être toujours compatibles pour être remplis par les machines SPC 5000 de Kinematics. Par exemple, la compatibilité avec les machines SPC 5000 n'est pas remise en cause par le fait que, e.g., le dessus du capuchon soit plat ou convexe, la languette pour le pouce soit courte et ronde ou carrée ou dans une forme de "bec de canard", la charnière soit longue ou courte, etc. Ces variations dans les caractéristiques esthétiques ne devraient pas nécessiter des ajustements sur les machines SPC 5000 pour les rendre utilisables avec ces différents types de tubes. Par conséquent, ces caractéristiques esthétiques ne sont pas "fonctionnelles", à tout le moins dans la mesure où elles n'ont aucune conséquence sur leur compatibilité avec les machines SPC 5000 de Kinematics'.

En effet, si la compatibilité des tubes avec les machines utilisées par la société LifeScan fournies par les sociétés Kinematics ou PMI Cartoning n'empêche pas de doter les tubes d'autres considérations esthétiques, il n'en demeure pas moins que les exigences du client reviennent à imposer à la société Airnov des formes identiques du couvercle et du bec.

Ces spécifications de la société LifeScan ont encore évolué entre juin 2007 et février 2008 et sont reprises dans le contrat conclu le 27 novembre 2008 particulièrement à l'annexe 4 'Matériels et spécifications de matériels' (pièces 64 et 64-1) notamment quant à la forme et à la dimension du bec renvoyant au croquis réf. 2692-0 en annexe. Ces dessins techniques dont la société Airnov ne conteste pas être l'auteur, ont été réalisés à compter du 5 juin 2007 au vu des spécifications de la société LifeScan (pièces 64-2 et 64-2-1 Airnov), la circonstance que le cartouche de la société Sud-Chémie (Airnov) figure en bas de ce croquis reprenant l'ensemble des dimensions du flacon imposé par la société LifeScan ainsi que la forme du couvercle avec son bec, n'est donc pas suffisante pour considérer que la société Airnov a volontairement reproduit les caractéristiques esthétiques du flacon pour détourner le client des sociétés CSP et tirer profit de leurs investissements. De même, la production antérieure par la société Airnov du contrat largement caviardé et ne faisant pas apparaître le contenu de l'annexe 4 dont ce dessin, ce afin de respecter l'obligation

de confidentialité la liant à la société LifeScan, ne suffit pas à caractériser la déloyauté de la société Airnov.

Il sera en outre relevé que les dispositions de l'article 12.6 du contrat prévoient que '*Le Vendeur reconnaît que les Moules ainsi que la forme extérieure, l'apparence extérieure et la configuration des Matériels (la forme extérieure, l'apparence extérieure et la configuration du produit étant désignés collectivement « Configuration du produit ») et tous les Titres de Propriété Intellectuelle s'y rapportant appartiennent à l'Acheteur ou à ses Sociétés Affiliées*', les Matériels étant définis comme '*tous les Matériels devant être fournis par le Vendeur ou l'Acheteur, qui sont listés à l'annexe 4*', l'article 12-7 précisant que '*Tous les Titres de Propriété Intellectuelle contenus dans des fiches de spécifications, plans, dessins, informations de procédé, patrons ou conceptions fournis par l'Acheteur au Vendeur en lien avec le présent Accord ou un quelconque Contrat restent la propriété de l'Acheteur*', l'article 12-6 mentionnant toutefois que '*La conception spécifique de la charnière, et le mécanisme d'étanchéité tel que développé par le Vendeur ne fait pas partie de la Configuration du produit ni de l'un quelconque des Titres de Propriété Intellectuelle mentionnés dans cette clause 12.6*'.

Ces dispositions du contrat confirment que la société LifeScan a donné à la société Airnov un ensemble de spécifications précises pour la réalisation du tube qui lui était destiné tant s'agissant des dimensions pour la compatibilité du tube avec les machines qu'elle utilise que des caractéristiques esthétiques qui correspondent à la forme du lecteur de glycémie auquel sont destinées les bandelettes contenues dans le tube ainsi que ci-avant relevé, se présentant comme titulaire des droits sur ces spécifications, et que c'est sans déloyauté que la société Airnov a pu les reprendre pour réaliser le tube 'Hat-In' en y ajoutant sa propre technologie s'agissant de la charnière et du mécanisme d'étanchéité dont elle reste titulaire des droits de propriété intellectuelle.

Les dispositions de l'accord d'exonération de responsabilité annexé au contrat d'achat du 27 novembre 2008, traduites librement par les sociétés CSP, selon lesquelles : '*Ayant mutuellement convenu qu'Airsec SAS souhaite fabriquer et vendre le Produit Fourni à Lifescan, qui est fabriqué pour être compatible avec les équipements de fabrication et/ou les moules appartenant à, ou sous le contrôle exclusif de Lifescan et afin que Lifescan puisse proposer les Produits Fournis à la vente sur le marché concerné ("Produit Vendu"), chaque partie s'engage et accepte de renoncer à toute indemnisation de la part de l'autre partie en cas de plainte d'un tiers pour violation de la Marque ou de la Configuration, concurrence déloyale ou violation du Lanham Act ou équivalent, résultant de la fabrication, de la vente, de l'utilisation et/ou de l'offre de vente du Produit Fourni et/ou Vendu par l'une ou l'autre partie.*', ne révèlent pas, contrairement à ce que soutiennent les sociétés CSP, que la société Airnov a démarché la

société LifeScan et qu'elle reconnaît que le tube 'Hat-In' porte atteinte aux droits de la société CSP et accepte d'en supporter le risque, mais confirme que la fabrication du tube est soumise à des spécifications précises de la société LifeScan liées à la compatibilité de ceux-ci avec les équipements de fabrication d'ores et déjà utilisés par la société LifeScan.

De même, il n'est pas montré par les demanderesses à la saisine que la société Airnov a usé de manoeuvres déloyales pour leur subtiliser leur client, la société LifeScan, en lui fournissant délibérément la copie servile de leur produit à moindre coût, le démarchage effectué par un concurrent n'étant pas en soit illicite, la société LifeScan pouvant quant à elle faire librement le choix d'un autre fournisseur, aucune exclusivité ne la liant avec les sociétés CSP. Il est par ailleurs établi par la société Airnov par les échanges de courriels avec la société LifeScan (pièces 140 et 140bis Airnov) que l'objectif de cette dernière était d'introduire une seconde source d'approvisionnement pour les flacons à couvercle articulé tout en bénéficiant d'une diminution du coût unitaire avec un lancement progressif du nouveau flacon plutôt qu'un remplacement.

Le dépôt de dessin et modèle international auquel a procédé la société Airsec devenue Airnov le 24 avril 2006 et concernant le tube 'Hat-In' est insuffisant à caractériser les actes parasites reprochés alors que cette société considère que la charnière dont elle est l'auteur est une caractéristique protégeable du tube déposé, le modèle de tube objet du dépôt étant précisément décrit comme un tube avec bouchon charnière papillon.

Les sociétés CSP échouent donc à démontrer les actes de parasitisme de la société Airnov et seront en conséquence déboutées de leurs demandes à ce titre en ce compris la demande de publication judiciaire. Le jugement déféré sera également confirmé de ce chef.

Sur les autres demandes

La demande de publication judiciaire formée par la société Airnov à titre incident n'apparaît pas justifiée par les circonstances du litige et sera rejetée.

Le sens du présent arrêt conduit à confirmer les dispositions du jugement entrepris en ce qui concerne les dépens et les frais irrépétibles de première instance.

Partie perdante, les sociétés CSP sont condamnées aux dépens d'appel et à payer à la société Airnov, en application de l'article 700 du code de procédure civile, une indemnité complémentaire qui sera, en équité, fixée à la somme globale de 30.000 euros.

PAR CES MOTIFS :

La cour,

Dans les limites de sa saisine,

Confirme le jugement déferé,

Y ajoutant,

Rejette la demande de publication judiciaire de la société Airnov France,

Condamne in solidum la société CSP Technologies Inc. et la société CSP Technologies à payer à la société Airnov France la somme complémentaire de 30.000 euros au titre des frais irrépétibles d'appel,

Condamne la société CSP Technologies Inc. et la société CSP Technologies aux dépens d'appel qui pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

La Greffière La Présidente