

**COUR D'APPEL DE PARIS
ARRÊT DU 17 FEVRIER 2023**

**Pôle 5 – Chambre 2
(n°27)**

**Numéro d'inscription au répertoire général : n° RG 21/05882 –
n° Portalis 35L7-V-B7F-CDMG5**

Décision déferée à la Cour : jugement du 12 février 2021 - Tribunal
Judiciaire de PARIS - 3^{ème} chambre 2^{ème} section - RG n°18/00657

APPELANTE AU PRINCIPAL et INTIMEE INCIDENTE

Société PHARMADOM

Société coopérative de commerçants détaillants à forme anonyme à
capital variable, agissant en la personne du président de son conseil
d'administration et directeur général, M. [V] [R] [N], domicilié en cette
qualité au siège social situé

[Adresse 2]

Immatriculée au rcs de Nanterre sous le numéro 528 650 724

Représentée par M^e Charles DE HAAS, avocat au barreau de PARIS,
toque D 1166

INTIMEE AU PRINCIPAL et APPELANTE INCIDENTE

**S.A. OBJECTIF PHARMA, venant aux droits de la S.A.S.
WELLPHARMA**, prise en la personne de ses représentants légaux
domiciliés en cette qualité au siège social situé

[Adresse 1]

Immatriculée au rcs de Nancy sous le numéro 349 406 868

Représentée par M^e Alexandre NAPPEY de l'AARPI SCAN AVOCATS
(MEAN SELUR), avocat au barreau de PARIS, toque P 528

Assistée de M^e Romain JOSEPH plaidant pour l'AARPI SCAN
AVOCATS et substituant M^e Alexandre NAPPEY, avocat au barreau
de PARIS, toque P 528

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de
procédure civile, l'affaire a été débattue le 30 novembre 2022, en
audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant
M^{me} Véronique RENARD, Présidente, en présence de
M^{me} Agnès MARCADE, Conseillère, chargée d'instruire l'affaire,
laquelle a préalablement été entendue en son rapport

M^{mes} Véronique RENARD et Agnès MARCADE ont rendu compte des
plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

M^{me} Véronique RENARD, Présidente
M^{me} Françoise BARUTEL, Conseillère, désignée en remplacement de
M^{me} Laurence LEHMANN, Conseillère, empêchée
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} Véronique RENARD, Présidente, et par M^{me} Carole T, Greffière, présente lors de la mise à disposition.

Vu le jugement contradictoire rendu le 12 février 2021 par le tribunal judiciaire de Paris.

Vu l'appel interjeté le 26 mars 2021 par la société Pharmadom.

Vu les dernières conclusions remises au greffe et notifiées par voie électronique le 23 septembre 2022 par la société Pharmadom, appelante.

Vu les dernières conclusions remises au greffe et notifiées par voie électronique le 28 septembre 2022 par la société Objectif Pharma venant aux droits de la société Wellpharma, intimée et appelante incidente.

Vu l'ordonnance de clôture rendue le 29 septembre 2022.

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 Pharmadom est une société coopérative de pharmaciens créée en 2010. Elle est titulaire de la marque verbale « Well And Well » déposée le 26 juin 2012 sous le numéro 12 3 929 829 pour désigner des produits et services relevant des classes 3, 5, 10, 35 et 44.

La société Objectif Pharma venant aux droits de la société Wellpharma, qui se présente comme un groupement de pharmaciens créé en 1989 réunissant actuellement plus de 500 adhérents, a pour activité d'aider au développement de ses membres et d'obtenir notamment les meilleures conditions d'achat. Elle est adossée à la société coopérative de pharmaciens « Welcoop » créée en 1954 et détenue à 100% par plus de 3 000 pharmaciens.

Elle est titulaire de quatre marques françaises :

-la marque verbale « Wellpharma » déposée le 27 septembre 2012 sous le numéro 3949133 pour désigner des produits et services relevant des classes 5, 10, 35, 42 et 44.

-la marque verbale « Welldata » déposée le 20 novembre 2012 sous le numéro 3962279 pour désigner des services relevant des classes 35, 41, 42 et 44.

- la marque semi-figurative « W Wellpharma » déposée le 25 janvier 2013 sous le numéro 3977831 pour désigner des produits et services relevant des classes 5, 10, 35, 42 et 44.

- la marque semi-figurative « W Wellpara » déposée le 22 août 2013 sous le numéro 4027791 pour désigner des produits et services relevant des classes 5, 10, 42 et 44.

Par acte du 13 novembre 2017, la société Pharmadom a fait assigner les sociétés Objectif Pharma et Wellpharma, en contrefaçon de sa marque « Well And Well ».

La société Wellpharma a été radiée du registre du commerce et de sociétés le 28 mars 2018 par suite d'une transmission universelle du patrimoine en faveur de son associée unique la société Objectif Pharma.

Par jugement dont appel, le tribunal a :

- rejeté la demande en déchéance de marque formée par la société Objectif Pharma ;

- rejeté les demandes en déchéance de marques formées par la société Pharmadom ;

- rejeté les demandes formées par la société Pharmadom au titre de la contrefaçon par imitation ;

- rejeté les demandes formées par la société Pharmadom au titre de la concurrence déloyale ;

- rejeté les demandes formées par la société Pharmadom au titre de l'abus du droit d'agir ;
- condamné la société Pharmadom à payer à la société Objectif Pharma une somme de 10 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la société Pharmadom aux dépens ;
- dit n'y avoir lieu de prononcer l'exécution provisoire.

La société Pharmadom a relevé appel de cette décision et par ses dernières conclusions demande à la cour de :

Infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a :

- rejeté la demande de la société Pharmadom en déchéance pour défaut d'usage sérieux des enregistrements des marques « Wellpara » n°13 4 027 791 et « Welldata » n°12 3 962 279 pour prendre effet au cinquième anniversaire de chacun de ces enregistrements soit respectivement le 22 mars 2019 et le 27 avril 2018 ;
- rejeté la demande de la société Pharmadom en contrefaçon de marque en ce qu'elle était dirigée contre divers usages du signe « Wellpharma » ;
- rejeté la demande de la société Pharmadom en concurrence déloyale et parasitaire ;
- et, condamné la société Pharmadom au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Dire irrecevable ou au moins mal fondée la société Objectif Pharma en sa demande visant à voir prononcer l'irrecevabilité des seules quelques nouvelles pièces n°209 à 216 produites par la société Pharmadom aussi bien que de l'argumentation y relative contenue dans ses conclusions n°2 ;

Débouter la société Objectif Pharma de son appel incident du jugement entrepris en ce qu'il avait rejeté sa demande en déchéance de la marque « Well And Well » n°12 3 929 829 de la société Pharmadom pour, tout au contraire, le confirmer sur ce point ;

Et, statuant à nouveau,

- prononcer la déchéance pour défaut d'usage sérieux des enregistrements des marques « Wellpara » n°13 4 027 791 et « Welldata » n°12 3 962 279 ;

- condamner la société Objectif Pharma pour contrefaçon de marque à raison d'un risque de confusion et / ou pour atteinte à la renommée de la marque « Well And Well » enregistrée sous le n°12 3 929 829 et à payer une indemnité de 200 000 euros et de 30 000 euros en réparation des préjudices matériel et moral qu'elle a causé de ce fait à la société Pharmadom ;

- interdire à la société Objectif Pharma d'utiliser le signe « Wellpharma », sous quelque forme que ce soit et à quelque titre que ce soit, y compris à titre de marque, de nom commercial, d'enseigne, de nom de domaine et sur site internet, directement, ou par l'intermédiaire d'un tiers, dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision à intervenir, sous astreinte définitive de 1 000 euros par infraction constatée passé ce délai ;

- autoriser la publication du dispositif de la décision à intervenir dans trois journaux ou revues au choix de la société Pharmadom et aux frais de la société Objectif Pharma, sans que le coût de chaque publication n'excède à la charge de cette dernière, la somme de 4 000 euros HT ;

- et, annuler les (quatre) dépôts des marques « Wellpharma » ; « Welldata » et « Wellpara » enregistrés sous les n°12 3 949 133 ; n°13 3 977 831 ; n°12 3 962 279 et n°13 4 027 791, en autorisant la société Pharmadom à faire inscrire ces annulations au Registre National des Marques tenu par l'INPI ;

Subsidiairement :

- condamner la société Objectif Pharma pour concurrence déloyale ou parasitisme à payer une indemnité de 200 000 euros et de 30 000 euros en réparation des préjudices matériel et moral qu'elle a causé de ce fait à la société Pharmadom ;

- interdire à la société Objectif Pharma d'utiliser le signe « Wellpharma », sous quelque forme que ce soit et à quelque titre que ce soit, y compris à titre de marque, de nom commercial, d'enseigne, de nom de domaine et sur site internet, directement, ou par l'intermédiaire d'un tiers, dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision à intervenir, sous astreinte définitive de 1 000 euros par infraction constatée passé ce délai ;

Et en toute hypothèse,

- se réserver la liquidation des astreintes ;

- condamner la société Objectif Pharma à payer à la société Pharmadom une indemnité supplémentaire de 60 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner la même aux entiers dépens de première instance et d'appel, sans distraction.

Par ses dernières conclusions, la société Objectif Pharma demande à la cour de :

Rejeter l'appel principal,

Débouter l'appelante de ses demandes, fins et conclusions,

Confirmer le jugement du 12 février 2021 de la 3ème chambre civile, 2ème section, du tribunal de judiciaire de Paris en ce qu'il a :

- rejeté les demandes en déchéance de marques formées par la société Pharmadom ;

- rejeté les demandes formées par la société Pharmadom au titre de la contrefaçon par imitation ;

- rejeté les demandes formées par la société Pharmadom au titre de la concurrence déloyale ;

- rejeté les demandes formées par la société Pharmadom au titre de l'abus du droit d'agir ;

Recevoir l'appel incident,

Y faisant droit :

- infirmer le jugement du 12 février 2021 de la 3ème chambre civile, 2ème section, du tribunal de judiciaire de Paris en ce qu'il a :

- rejeté la demande en déchéance de marque formée par la société Objectif Pharma ;

- condamné la société Pharmadom à payer à la société Objectif Pharma une somme de 10 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Statuant à nouveau et y ajoutant :

- dire et juger que la société Pharmadom ne rapporte pas la preuve d'un usage sérieux et continu de la marque française « Well And Well » n°12/3929829 pour l'ensemble des produits et services des classes 03, 05, 10, 35 et 44 qui lui sont opposés dans le cadre de la présente instance,

- dire et juger que la société Pharmadom n'a pas répondu en temps utile à l'appel incident formé par la société Objectif Pharma,

En conséquence,

- prononcer la déchéance des droits de la société Pharmadom sur la marque française « Well And Well » n°12/3929829 pour les produits et services suivants qu'elle désigne en classes 03, 05, 10, 35 et 44, à savoir :

Classe 03 : Préparations pour nettoyer, désinfecter, adoucir, polir, dégraisser et abraser ; savons ; parfums et produits de parfumerie ; huiles essentielles ; cosmétiques ; préparations cosmétiques ; préparations corporelles y compris laits, crèmes, gels, pommades, talcs et huiles ; préparations pour l'amincissement ; shampooings ; teintures pour cheveux ; dentifrices ; préparations dentaires ;

Classe 05 : Produits pharmaceutiques ; préparations pharmaceutiques ; produits hygiéniques à usage médical ; aliments et substances diététiques à usage médical ; aliments pour bébés ; compléments alimentaires ; désinfectants ; coton à usage médical ; matériel pour pansements ; emplâtres ; médicaments pour la médecine humaine ; préparations à usage pharmaceutique ; lotions à usage pharmaceutique ; produits pharmaceutiques pour les soins du corps humain ; désinfectants ; couches hygiéniques ;

Classe 10 : Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires ; appareils et articles orthopédiques ; matériel de suture ; biberons ; gants à usage médical ; appareils de massage ; appareils pour mesure de la tension artérielle ;

Classe 35 : Aide à la direction des affaires commerciales ; conseils en organisation et direction des affaires ; informations et renseignements en matière d'affaires commerciales ; recherches pour les affaires commerciales ; analyse du prix de revient ; traitement administratif de commandes d'achats ; aide à la direction d'entreprises commerciales ; communication (présentation de produits et services sur tout moyen de communication) ; informations et conseils commerciaux aux consommateurs ; consultations pour la direction des affaires ; consultations professionnelles d'affaires ; distribution de matériels publicitaires, tracts, prospectus, imprimés, échantillons ; gestion des affaires y compris gestion des achats, des ventes, des commandes et des stocks ; organisation d'expositions, de manifestations et démonstrations à but professionnels, commerciaux, d'informations ou de publicité ; prévisions économiques ; systématisation et recueil de données dans un fichier central ; gestion de fichiers informatiques ; informations dans des fichiers informatiques ; études de marchés ; recherches de marchés ; bureaux de placement ; promotion des ventes pour des tiers ; publicité, publicité en ligne sur un réseau informatique ; annonces publicitaires ; diffusion d'annonces publicitaires ; publication de textes publicitaires ; relations publiques ; démonstrations de produits ; production de films publicitaires ; gestion de films publicitaires ; location de matériels publicitaires y compris

matériels informatiques ; établissement de relevés de comptes ; recherches d'informations dans des fichiers informatiques pour des tiers ;

Classe 44 : Services de santé ; assistance médicale ; conseils et informations en matière de produits parapharmaceutiques ; assistance pharmaceutique ; pharmacie ; consultations en matière de pharmacie ; services pharmaceutiques ; services de pharmaciens ; services de télé-pharmacie ; services parapharmaceutiques ; consultations en matière de parapharmacie ;

En tout état de cause :

- dire et juger qu'il n'existe aucun risque de confusion entre les marques Wellpharma n°3949133, W Wellpharma n°3977831, Welldata n°3962279 et W Wellpara n° 4027791 des sociétés Objectif Pharma et Wellpharma et la marque Well And Well n°3929829 dont elle est titulaire ;

En conséquence :

- dire et juger que la société Objectif Pharma ne s'est rendue coupable d'aucun acte de contrefaçon à l'encontre de la société Pharmadom ;

- dire et juger que la société Objectif Pharma ne s'est rendue coupable d'aucun acte de concurrence déloyale et de parasitisme à l'encontre de la société Pharmadom ;

- rejeter la demande en contrefaçon de la marque française « Well And Well » n°12/3929829 de la société Pharmadom ;

- rejeter la demande en concurrence déloyale et parasitisme de la société Pharmadom ;

- rejeter toutes autres demandes plus amples ou contraires de la société Pharmadom ;

- débouter la société Pharmadom de l'intégralité de ses demandes ;

- dire et juger que la société Pharmadom ne subit aucun préjudice du fait de l'exploitation des marques Wellpharma n°3949133 et W Wellpharma n° 3977831 de la société Objectif Pharma ;

En tout état de cause :

- condamner la société Pharmadom aux entiers frais et dépens de la procédure ;

- condamner la société Pharmadom à verser à la société Objectif Pharma la somme de 35 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

A titre liminaire, la cour relève que la société Pharmadom ne sollicite plus dans ses dernières écritures l'infirmité du jugement en ce qu'il a rejeté sa demande au titre de l'abus du droit d'agir. Elle est réputée avoir abandonné sa demande à ce titre et le jugement entrepris est donc devenu irrévocable de ce chef.

- Sur la recevabilité des conclusions de la société Pharmadom en réponse à l'appel incident de la société Objectif Pharma

Selon les dispositions de l'article 910 du code de procédure civile, l'intimé à un appel incident ou à un appel provoqué dispose, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, d'un délai de trois mois à compter de la notification qui lui en est faite, pour remettre ses conclusions au greffe.

La société Objectif Pharma a, par conclusions notifiées le 24 septembre 2021, relevé appel incident du jugement du 12 février 2021 en ce qu'il a rejeté sa demande tendant à voir la société Pharmadom déchue de ses droits sur la marque Well And Well.

La société Pharmadom disposait en conséquence d'un délai de trois mois à compter du 24 septembre 2021 pour remettre au greffe ses conclusions en réplique à cet appel incident.

Elle a toutefois notifié et déposé lesdites conclusions le 13 avril 2022 soit postérieurement au délai de trois mois susvisé.

La société Objectif Pharma soulève dans le corps de ses écritures l'irrecevabilité des développements et des nouvelles pièces (209 à 216) y relatives communiquées par conclusions de la société Pharmadom en réponse à son appel incident, ces conclusions n'ayant pas été déposées au greffe dans le délai prescrit par l'article 910 du code de procédure civile. Elle ne reprend pas cette fin de non-recevoir au dispositif de ses écritures.

Toutefois, cette irrecevabilité devant être relevée d'office et la question étant dans le débat, il y a lieu de dire non recevables les conclusions de la société Pharmadom mais seulement en ce qu'elles sont destinées à répondre à l'appel incident (VI de ses dernières conclusions signifiées le 23 septembre 2022) en ce compris les pièces 209 à 216 y relatives, la société Pharmadom pouvant invoquer de nouveaux moyens et conclure à l'appui de son appel principal jusqu'au 29 septembre 2022, date de la clôture de l'instruction.

- Sur les demandes de la société Pharmadom en déchéance des droits de la société Objectif Pharma sur les marques semi-figurative « W Wellpara » et verbale « Welldata »

La société Pharmadom critique le jugement entrepris qui a rejeté sa demande principale en déchéance au motif qu'elle admettait elle-même l'existence d'actes d'exploitation des marques litigieuses dans le cadre de ses demandes au titre de la contrefaçon, et estimant que la société Objectif Pharma n'a communiqué aucun élément de preuve de l'usage de ces deux marques, sollicite la déchéance même si cette circonstance est susceptible d'entraîner le débouté des demandes en contrefaçon visant ces deux marques.

Au regard du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle c'est à juste titre que le tribunal a examiné la demande de déchéance conformément aux dispositions de l'article L. 714-5 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issue de la loi n°94-102 du 5 février 1994, en vigueur du 8 février 1994 au 15 décembre 2019.

Selon ces dispositions, «'Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans.

Est assimilé à un tel usage :

- a) L'usage fait avec le consentement du propriétaire de la marque (') ;
- b) L'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ;
- c) L'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement exclusivement en vue de l'exportation.

La déchéance peut être demandée en justice par toute personne intéressée. Si la demande ne porte que sur une partie des produits ou services visés dans l'enregistrement, la déchéance ne s'étend qu'aux produits ou aux services concernés. (')

La preuve de l'exploitation incombe au propriétaire de la marque dont la déchéance est demandée. Elle peut être apportée par tous moyens.

La déchéance prend effet à la date d'expiration du délai de cinq ans prévu au premier alinéa du présent article. Elle a un effet absolu.'»

Il n'est pas discuté par la société Objectif Pharma que les marques dont elle est notamment titulaire à savoir :

«'Welldata'» déposée le 29 novembre 2012 et enregistrée sous le n°12 3 962 279 le 26 avril 2013,

«'Wellpara'» déposée le 22 août 2013 et enregistrée sous le n°13 4 027791 le 21 mars 2014, ont été enregistrées depuis plus de cinq ans.

Pour s'opposer à la déchéance de ses droits, la société Objectif Pharma, suivie en cela par le tribunal, se borne à soulever les contradictions de la société Pharmadom en première instance, cette dernière sollicitant à la fois la déchéance de ces deux marques et la condamnation de la société Objectif Pharma au titre de la contrefaçon de marque en raison de leur utilisation.

La société Objectif Pharma ne justifie toutefois par aucune pièce, ni n'allègue, d'un usage sérieux de ces deux marques.

En conséquence, la société Objectif Pharma, à qui incombe la charge de la preuve, ne démontrant pas qu'elle a fait usage des marques «'Welldata'» n°12 3 962 279 et «'Wellpara'» n°13 4 027791 dont elle est titulaire, elle doit être déchue de ses droits sur ces deux marques pour l'ensemble des produits et services qui y sont désignés, ce à compter du 27 avril 2018 s'agissant de la marque «'Welldata'» n°12 3 962 279 et du 22 mars 2019 s'agissant de la marque «'Wellpara'», la déchéance étant prononcée 5 ans après la date de l'enregistrement, aucun usage de ces marques n'étant établi.

- Sur la demande en déchéance des droits de la société Pharmadom sur la marque «'Well And Well'»

La société Objectif Pharma demande à la cour de prononcer la déchéance des droits de la société Pharmadom sur la marque française « Well And Well » n°12/3929829 pour les produits et services suivants :

Classe 03 : Préparations pour nettoyer, désinfecter, adoucir, polir, dégraisser et abraser ; savons ; parfums et produits de parfumerie ; huiles essentielles ; cosmétiques ; préparations cosmétiques ; préparations corporelles y compris laits, crèmes, gels, pommades, talcs et huiles ; préparations pour l'amincissement ; shampooings ; teintures pour cheveux ; dentifrices ; préparations dentaires ;

Classe 05 : Produits pharmaceutiques ; préparations pharmaceutiques ; produits hygiéniques à usage médical ; aliments et substances diététiques à usage médical ; aliments pour bébés ; compléments alimentaires ; désinfectants ; coton à usage médical ; matériel pour pansements ; emplâtres ; médicaments pour la médecine humaine ; préparations à usage pharmaceutique ; lotions à usage pharmaceutique ; produits pharmaceutiques pour les soins du corps humain ; désinfectants ; couches hygiéniques ;

Classe 10 : Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires ; appareils et articles orthopédiques ; matériel de

suture ; biberons ; gants à usage médical ; appareils de massage ; appareils pour mesure de la tension artérielle ;

Classe 35 : Aide à la direction des affaires commerciales ; conseils en organisation et direction des affaires ; informations et renseignements en matière d'affaires commerciales ; recherches pour les affaires commerciales ; analyse du prix de revient ; traitement administratif de commandes d'achats ; aide à la direction d'entreprises commerciales ; communication (présentation de produits et services sur tout moyen de communication) ; informations et conseils commerciaux aux consommateurs ; consultations pour la direction des affaires ; consultations professionnelles d'affaires ; distribution de matériels publicitaires, tracts, prospectus, imprimés, échantillons ; gestion des affaires y compris gestion des achats, des ventes, des commandes et des stocks ; organisation d'expositions, de manifestations et démonstrations à but professionnels, commerciaux, d'informations ou de publicité ; prévisions économiques ; systématisation et recueil de données dans un fichier central ; gestion de fichiers informatiques ; informations dans des fichiers informatiques ; études de marchés ; recherches de marchés ; bureaux de placement ; promotion des ventes pour des tiers ; publicité, publicité en ligne sur un réseau informatique ; annonces publicitaires ; diffusion d'annonces publicitaires ; publication de textes publicitaires ; relations publiques ; démonstrations de produits ; production de films publicitaires ; gestion de films publicitaires ; location de matériels publicitaires y compris matériels informatiques ; établissement de relevés de comptes ; recherches d'informations dans des fichiers informatiques pour des tiers ;

Classe 44 : Services de santé ; assistance médicale ; conseils et informations en matière de produits parapharmaceutiques ; assistance pharmaceutique ; pharmacie ; consultations en matière de pharmacie ; services pharmaceutiques ; services de pharmaciens ; services de télé-pharmacie ; services parapharmaceutiques ; consultations en matière de parapharmacie.

Ainsi qu'il a été précédemment rappelé, selon les dispositions de l'article L. 714-5 du code de la propriété intellectuelle dans sa version applicable au présent litige, il appartient au titulaire de la marque dont la déchéance des droits est sollicitée d'apporter la preuve de l'exploitation de sa marque dans les cinq années qui précèdent la demande en déchéance, en date du 16 septembre 2019, et ce pour chacun des produits ou services désignés à l'enregistrement.

La société Objectif Pharma fait valoir que la société Pharmadom démontre un usage du signe complexe qui, à supposer qu'il s'agisse d'un usage à titre de marque ce qu'elle conteste, constitue un usage sous une forme modifiée qui en altère le caractère distinctif.

La période de référence pour l'usage de la marque «'Well And Well'» retenue par le tribunal qui se situe entre le 16 septembre 2014 et le 16 septembre 2019 n'est pas contestée par les parties.

Ainsi que relevé par le tribunal par des motifs que la cour adopte après un examen minutieux des pièces fournies au débat par la société Pharmadom, il convient d'exclure les pièces n°41 datée de novembre 2013 et n°75 datée de mai 2014 qui ne sont pas pertinentes pour la période envisagée et les pièces n°36, 72 à 74, 98, 100, 102 à 104, 113, 115, 125, 127 à 133, 143 à 148, 150, 187 et 191 qui ne comportent pas de date.

Néanmoins, les autres pièces fournies au débat telles que relevées par le tribunal qui se situent toutes dans la période de référence, et notamment les diverses factures (pièces n°166 à 185), ainsi que les lettres d'information électroniques, les extraits de magazines spécialisés, les résultats de recherches sur le blog de la société Pharmadom, les dépliants de vente promotionnelle, démontrent un usage sérieux à titre de marque, particulièrement de la marque verbale Well And Well utilisée pour désigner les produits sur les factures ou dans les publications pour distinguer les services offerts par le réseau de pharmaciens indépendants en cause, pour les produits et services suivants :

« savons ; huiles essentielles ; cosmétiques ; préparations cosmétiques ; préparations corporelles y compris laits, crèmes, gels, pommades, talcs et huiles ; préparations pour l'amaigrissement ; shampooings ; produits pharmaceutiques ; préparations pharmaceutiques ; produits hygiéniques à usage médical ; aliments et substances diététiques à usage médical ; compléments alimentaires ; désinfectants ; coton à usage médical ; matériel pour pansements ; médicaments pour la médecine humaine ; préparations à usage pharmaceutique ; lotions à usage pharmaceutique ; produits pharmaceutiques pour les soins du corps humain ; désinfectants ; biberons ; appareils pour mesure de la tension artérielle ; aide à la direction des affaires commerciales ; conseils en organisation et direction des affaires ; informations et renseignements en matière d'affaires commerciales ; recherches pour les affaires commerciales ; analyse du prix de revient ; traitement administratif de commandes d'achats ; aide à la direction d'entreprises commerciales ; gestion des affaires y compris gestion des achats, des ventes, des commandes et des stocks ; services de santé ; assistance médicale ; conseils et informations en matière de produits parapharmaceutiques ; assistance pharmaceutique ; pharmacie ; consultations en matière de pharmacie ; services pharmaceutiques ; services de pharmaciens ; services de télé-pharmacie ; services parapharmaceutiques ; consultations en matière de parapharmacie ».

Si certaines pièces fournies au débat montrent un usage de la marque «'Well And Well'» sous une forme modifiée telle que ci-avant rappelé,

il n'en demeure pas moins que l'écriture stylisée en couleurs de l'expression «'Well And Well'», le «'And'» étant remplacé par une esperluette, n'en altère pas le caractère distinctif, les mots la composant restant l'élément principal de ce signe semi-figuratif qui demeurent très visibles et seront lus comme tels par le consommateur moyennement avisé, l'adjonction en très petits caractères des termes «'Les Pharmaciens'» inscrits en dessous de cette expression, termes descriptifs au regard des produits et services désignés, n'en altère pas plus le caractère distinctif.

En revanche, l'usage de la marque «'Well and Well'» n'est pas démontré pour les produits et services suivants : « Préparations pour nettoyer, désinfecter, adoucir, polir, dégraisser et abraser ; parfums et produits de parfumerie ; teintures pour cheveux ; dentifrices ; préparations dentaires ; aliments pour bébés ; emplâtres ; couches hygiéniques ; appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires ; appareils et articles orthopédiques ; matériel de suture ; communication (présentation de produits et services sur tout moyen de communication) ; informations et conseils commerciaux aux consommateurs ; consultations pour la direction des affaires ; consultations professionnelles d'affaires ; distribution de matériels publicitaires, tracts, prospectus, imprimés, échantillons ; organisation d'expositions, de manifestations et démonstrations à but professionnels, commerciaux, d'informations ou de publicité ; prévisions économiques ; systématisation et recueil de données dans un fichier central ; gestion de fichiers informatiques ; informations dans des fichiers informatiques ; études de marchés ; recherches de marchés ; bureaux de placement ; promotion des ventes pour des tiers ; publicité, publicité en ligne sur un réseau informatique ; annonces publicitaires ; diffusion d'annonces publicitaires ; publication de textes publicitaires ; relations publiques ; démonstrations de produits ; production de films publicitaires ; gestion de films publicitaires ; location de matériels publicitaires y compris matériels informatiques ; établissement de relevés de comptes ; recherches d'informations dans des fichiers informatiques pour des tiers ».

Il convient en conséquence de dire la société Pharmadom partiellement déchue de ses droits sur sa marque «'Well And Well'» s'agissant de ces produits et services ce à compter du 19 octobre 2017, soit cinq ans après son enregistrement, aucun élément ne venant démontrer que cette marque a été utilisée pour distinguer ces produits et services depuis la publication de son enregistrement. A cet égard, la société Pharmadom ne se prévaut pas utilement des décisions de l'EU IPO ou de l'INPI rendues dans des espèces différentes et reconnaissant l'usage de sa marque pour certains produits et services.

- Sur les actes de contrefaçon par imitation allégués par la société Pharmadom

Au titre des actes de contrefaçon de sa marque «'Well And Well'», la société Pharmadom reproche à la société Objectif Pharma l'utilisation de la dénomination Wellpharma à titre de dénomination sociale pour identifier son réseau de pharmacies où elle propose des produits pharmaceutiques, parapharmaceutiques et fournit des conseils en pharmacie, sur les sites internet des pharmacies de son réseau, comme nom de domaine ainsi qu'à titre de marque pour désigner des produits pharmaceutiques tels des gels douches, des huiles essentielles, des sérums physiologiques ou des compléments alimentaires.

Elle a fait établir un procès-verbal de constat sur Internet par huissier de justice le 4 octobre 2019 selon lequel à la requête «'Wellpharma'» sur le moteur de recherche Google, l'huissier instrumentaire est dirigé vers le site wellpharma.com et en cliquant sur la rubrique «'les pharmacies'», constate une liste de pharmacies à l'enseigne Wellpharma.

Il en ressort que les produits tels les gels douche, huiles essentielles, sérums physiologiques et compléments alimentaires pour lesquels sont utilisés le signe Wellpharma sont identiques aux produits désignés dans l'enregistrement de la marque «'Well and Well'» à savoir les « huiles essentielles ; cosmétiques ; préparations cosmétiques ; préparations pharmaceutiques ; produits hygiéniques à usage médical ; compléments alimentaires ». De même la dénomination contestée est utilisée en lien avec une activité de pharmacie également revendiquée dans la marque antérieure.

Il résulte des éléments fournis au débat que le signe Wellpharma est utilisé seul ou en association avec le logo.

Les signes en présence, «'Well And Well'» pour la marque antérieure et «'Wellpharma'» pour le signe dont l'utilisation est arguée de contrefaçon, n'étant pas identiques, il convient de rechercher s'il existe entre les signes en présence un risque de confusion, incluant le risque d'association, qui doit être apprécié globalement à la lumière de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce. Cette appréciation globale doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques en tenant compte notamment des éléments distinctifs de celles-ci.

Ces signes ont en commun le terme WELL placé en position d'attaque, compris du public français comme signifiant bien, et présentant donc un caractère évocateur s'agissant des produits et services en cause qui ont trait à la santé et au bien-être.

C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que le caractère distinctif de la marque antérieure tient à la répétition du terme WELL,

et de la symétrie résultant de la juxtaposition de cet élément de part et d'autre de la locution AND.

La dénomination WELLPHARMA est quant à elle formée d'un seul mot dans lequel le préfixe «'Well'» ne se détache pas.

Phonétiquement, le signe antérieur comporte trois syllabes, une répétition du terme WELL qui est sa consonance finale et se lit en trois temps, alors que l'élément verbal du signe contesté également constitué de trois syllabes ne comporte aucune répétition, se prononce sans pause et se termine par le son MA.

Visuellement, le signe antérieur est constitué de trois mots détachés les uns des autres et présente une symétrie alors que le signe argué de contrefaçon forme un tout, la première syllabe différant des deux suivantes.

Conceptuellement, le signe antérieur insiste sur le bien être par la répétition du terme Well alors que le signe contesté, s'il peut évoquer le bien être, a également une connotation liée à la pharmacie de par la présence du préfixe PHARMA, absent du signe antérieur.

Il ressort de ce qui précède que les similitudes existant entre les signes de par la présence de la syllabe d'attaque WELL sont insuffisantes à caractériser un risque de confusion ou d'association dans l'esprit du public entre les marques en présence, celui-ci n'étant pas susceptible de considérer que la dénomination critiquée constitue une déclinaison de la marque antérieure et de rattacher les marques en cause à une même entreprise ou à des entreprises économiquement liées bien que ces signes sont utilisés pour désigner des produits et services fortement similaires.

Les éléments qui sont fournis au débat par l'appelante pour soutenir ses affirmations selon lesquelles un risque de confusion entre les deux signes est avéré ne sont pas pertinentes. En effet, le mail de M. [Z] du 15 septembre 2022 (pièce 232 Pharmadom) relate un problème de mise en page de dernière minute et non une confusion entre le groupement de pharmaciens Well And Well et le groupement Wellpharma. Il en va de même du courriel de Mme [M] du 26 février 2019 qui ne fait pas état d'une confusion. Le courriel de M. [X] du 12 mai 2021 (pièce 206 Pharmadom) évoque une confusion faite par un pharmacien à qui il avait recommandé le réseau Well And Well sans plus de précisions. Enfin, la seule association erronée de l'adresse [Courriel 3] à l'enseigne Well And Well dans un tableau établi par «'le quotidien des pharmaciens'» ne suffit pas à caractériser un risque de confusion.

La circonstance que la société Objectif Pharma a déposé d'autres marques contenant le préfixe WELL est toute aussi inopérante à

caractériser un risque de confusion entre la marque «'Well And Well'» et le signe «'Wellpharma'».

La contrefaçon de la marque verbale « Well And Well » n°12/3929829 dont la société Pharmadom est titulaire en raison de l'usage du signe 'Wellpharma' par la société Objectif Pharma n'est pas caractérisée et la société Pharmadom doit être déboutée de l'ensemble de ses demandes à ce titre.

Le jugement entrepris mérite confirmation de ce chef.

- Sur l'atteinte à une marque de renommée

La société Pharmadom soutient que le réseau de pharmaciens Well And Well est particulièrement important et renommé. Elle affirme que 550 personnes y travaillent quotidiennement pour 150 pharmacies réparties sur tout le territoire national (ainsi qu'en Allemagne et en Belgique) pour proposer depuis son lancement (en 2014) 192 références différentes en ayant vendu 2 862 766 unités pour un chiffre d'affaires de 4 239 840 euros en fournissant en outre une multitude de services annexes d'information et de transformation digitale avec un site internet particulièrement actif, une publication bimensuelle (News Mag) largement diffusée et une communication régulière sur les réseaux sociaux et dans la presse.

Néanmoins, ainsi que le soutient la société Objectif Pharma, si les pièces fournies au débat par la société Pharmadom témoignent que cette dernière communique sur le réseau de pharmaciens «'Well And Well'», exploite la marque éponyme et est présente sur les réseaux sociaux tel Facebook, la majorité des chiffres annoncés par l'appelante ne sont pas étayés sauf par une pièce qu'elle a elle-même établie (pièce 225) et qui n'a donc pas de valeur probante. La société Pharmadom ne démontre pas l'importance de ses investissements notamment publicitaires, l'intensité de l'usage de la marque auprès du public concerné et la part de marché qu'elle occupe, éléments susceptibles de caractériser la connaissance de la marque «'Well And Well'» par une partie significative du public concerné par les produits et services qu'elle désigne.

La société Pharmadom qui échoue à démontrer la renommée de sa marque «'Well And Well'» sera en conséquence déboutée de ses demandes à ce titre.

- Sur les actes de concurrence déloyale et parasitaire

A titre subsidiaire, la société Pharmadom reproche à la société Objectif Pharma des actes de concurrence déloyale et parasitaire en raison de l'utilisation du signe Wellpharma comme dénomination sociale pour des activités identiques aux siennes ainsi qu'à titre d'enseigne, de nom commercial, de marque et de nom de domaine pour réaliser ses

activités dans le domaine de la santé et notamment pour un réseau de pharmacies.

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 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.

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.

La demande en concurrence déloyale et parasitaire présente un fondement délictuel et il incombe en conséquence à la société Pharmadom de rapporter la preuve d'un agissement fautif de la société Objectif Pharma commis à son préjudice par la création d'un risque de confusion et / ou la captation des investissements consentis pour développer un produit phare.

Il résulte de ce qui précède qu'aucun risque de confusion n'est caractérisé entre les signes Well And Well et Wellpharma et que la société Pharmadom ne démontre nullement les investissements qu'elle a consentis, ni la renommée de la marque «'Well And Well'», dont aurait pu bénéficier sans bourse délier la société Objectif Pharma.

La société Pharmadom n'invoque pas utilement le fait que cette société a, comme elle, développé un réseau de pharmacies et un site internet proposant des produits et des services notamment de conseils de services pharmaceutiques, celle-ci ne démontrant nullement la reprise par l'intimée d'un modèle économique individualisé fruit de ses investissements.

Faute pour la société Pharmadom de caractériser des agissements fautifs de la société Objectif Pharma constitutifs de concurrence déloyale ou parasitaire, celle-ci sera déboutée de ses demandes à ce titre et le jugement confirmé de ce chef.

- Sur la nullité des marques « Wellpharma » ; « Welldata » et « Wellpara » enregistrées sous les n°12 3 949 133 ; n°13 3 977 831 ; n° 12 3 962 279 et n° 13 4 027 791 dont la société Objectif Pharma est titulaire

La société Pharmadom sollicite la nullité de ces quatre enregistrements de marque aux motifs qu'ils portent atteinte à ses droits antérieurs sur la marque «'Well And Well'» déposée le 26 juin 2012 sous le numéro 12 3 929 829 pour désigner divers produits et services relevant des classes 3, 5, 10, 35 et 44.

Il sera rappelé que les marques dont la nullité est sollicitée sont les marques :

- verbale « Wellpharma » déposée le 27 septembre 2012 sous le numéro 3949133 pour désigner des produits et services relevant des classes 5, 10, 35, 42 et 44,

- verbale « Welldata » déposée le 20 novembre 2012 sous le numéro 3962279 pour désigner des services relevant des classes 35, 41, 42 et 44,

- semi-figurative « W Wellpharma » déposée le 25 janvier 2013 sous le numéro 3977831 pour désigner des produits et services relevant des classes 5, 10, 35, 42 et 44.

- semi-figurative « W Wellpara » déposée le 22 août 2013 sous le numéro 4027791 pour désigner des produits et services relevant des classes 5, 10, 42 et 44.

Outre que la similitude des signes constituant les marques arguées de nullité avec la marque antérieure « 'Well And Well' » n'est pas, au vu des développements qui précèdent, établie, il convient de relever avec la société Objectif Pharma, que la société Pharmadom se contente d'affirmer dans ses écritures que « les dépôts en conflit désignent tous des produits et services identiques ou, tout au moins hautement similaires. Une simple comparaison des libellés des enregistrements en conflit suffira à la cour pour le constater sans qu'il soit nécessaire de développer une quelconque démonstration sur ce point suffisamment évident ... ».

Toutefois, quelle que soit l'évidence invoquée par la société Pharmadom, il n'appartient pas à la cour de se substituer à l'appelante pour caractériser l'identité et la similarité des produits et services en présence.

En conséquence, faute de cette démonstration, les demandes de nullité des marques dont la société Objectif Pharma est titulaire ne peuvent qu'être rejetées.

- Sur les autres demandes

Le sens de l'arrêt conduit à confirmer les dispositions du jugement relatives aux dépens et frais irrépétibles.

L'équité commande de condamner la société Pharmadom à payer la société Objectif Pharma la somme de 25 000 euros au titre des frais irrépétibles d'appel et de la débouter de sa demande formée à ce même titre.

La société Pharmadom, succombant principalement à l'appel, en supportera les dépens.

PAR CES MOTIFS

La cour, dans les limites de l'appel,

Dit non recevables les conclusions de la société Pharmadom mais seulement en ce qu'elles sont destinées à répondre à l'appel incident de la société Objectif Pharma (VI des dernières conclusions de la société Pharmadom signifiées le 23 septembre 2022) ainsi que les pièces 209 à 216 y relatives,

Confirme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a rejeté les demandes en déchéance de marques formées par la société Pharmadom, et la demande en déchéance de marque de la société Objectif Pharma,

Statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant,

Prononce la déchéance des droits de la société Objectif Pharma sur la marque «'Welldata'» n°12 3 962 279 à compter du 27 avril 2018 pour l'ensemble des produits et services désignés à l'enregistrement, et sur la marque «'Wellpara'» n°13 4 027 791 à compter du 22 mars 2019, pour l'ensemble des produits et services désignés à l'enregistrement,

Prononce la déchéance partielle des droits de la société Pharmadom sur la marque «'Well And Well'» n°12 3 929 829 à compter du 19 octobre 2017 pour les produits et services suivants : « Préparations pour nettoyer, désinfecter, adoucir, polir, dégraisser et abraser ; parfums et produits de parfumerie ; teintures pour cheveux ; dentifrices ; préparations dentaires ; aliments pour bébés ; emplâtres ; couches hygiéniques ; appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires ; appareils et articles orthopédiques ; matériel de suture ; communication (présentation de produits et services sur tout moyen de communication) ; informations et conseils commerciaux aux consommateurs ; consultations pour la direction des affaires ; consultations professionnelles d'affaires ; distribution de matériels publicitaires, tracts, prospectus, imprimés, échantillons ; organisation d'expositions, de manifestations et démonstrations à but professionnels, commerciaux, d'informations ou de publicité ; prévisions économiques ; systématisation et recueil de données dans un fichier central ; gestion de fichiers informatiques ; informations dans des fichiers informatiques ; études de marchés ; recherches de marchés ; bureaux de placement ; promotion des ventes pour des tiers ; publicité, publicité en ligne sur un réseau informatique ; annonces publicitaires ; diffusion d'annonces publicitaires ; publication de textes publicitaires ; relations publiques ; démonstrations de produits ; production de films publicitaires ; gestion de films publicitaires ; location de matériels publicitaires y compris

matériels informatiques ; établissement de relevés de comptes ; recherches d'informations dans des fichiers informatiques pour des tiers »,

Dit que l'arrêt sera transmis, à la requête de la partie la plus diligente, à l'Institut National de la Propriété Industrielle aux fins d'inscription au registre national des marques,

Rejette les demandes de la société Pharmadom en nullité des marques «'Wellpharma'» 3 949 133, «'Welldata'» n°3 962 279, «'Wellpara'» n°4 027 791, «'W Wellpharma'» n°3 977 831 et «'W Wellpara'» n°4 027 791,

Condamne la société Pharmadom à payer à la société Objectif Pharma la somme de 25 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, et rejette ses demandes à ce titre,

Condamne la société Pharmadom aux dépens d'appel.

La Greffière La Présidente