

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL D' AIX EN PROVENCE

2^{ème} Chambre

24 janvier 2008

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE en date du 22 juin 2006 enregistré au répertoire général sous le no 04 / 01236

APPELANTE

S. A. VOXINZEBOX, prise en la personne de son représentant légal en exercice dont le siège est sis 23 rue Guibal- Pépinière de la Belle de Mai- 13003 MARSEILLE représentée par la SCP COHEN- GUEDJ, avoués à la Cour, plaidant par Me Jean- Marie LAFRAN substitué par Me Silvio ROSSI- ARNAUD, avocats au barreau de MARSEILLE

INTIMES

S. A. R. L. AUDIOVISIT
dont le siège est sis 3 Petite rue des Feuillants- 69001 LYON

Monsieur Philippe- Arnauld X...
né le 17 février 1963 à ROUBAIX (59)
demeurant ...- 75011 PARIS

Monsieur Guillaume Y...
né le 7 janvier 1973 à SOYAUX (16)
demeurant ...- 69007 LYON

représentés par la SCP SIDER, avoués à la Cour, plaidant par Me Matthieu CHOLLET substitué par Me Pierre MASSOT, avocats au barreau de PARIS

* * * * *

COMPOSITION DE LA COUR

L' affaire a été débattue le 13 décembre 2007 en audience publique devant la Cour composée de :

Monsieur Robert SIMON, Président
Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller
Monsieur André JACQUOT, Conseiller

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Mireille MASTRANTUONO

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 24 janvier 2008.

ARRÊT

Contradictoire

Prononcé par mise à disposition au greffe le 24 janvier 2008

Signé par Monsieur Robert SIMON, Président, et Madame Mireille MASTRANTUONO, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

* * *

EXPOSE DULITIGE :

La S. A. VOXINZEBOX ayant son siège à MARSEILLE a été immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés le 30 novembre 2000. Le 20 mars 2001 elle a déposé à l' Institut National de la Propriété Industrielle de MARSEILLE, sous le numéro 3089970, la marque ALLOVisit en couleurs (bleu pour ALLO et orange pour Visit) dans les classes 38, 39 et 41 et pour les produits et services suivants " Edition de livres, de revues. Production de spectacles, de films, d' enregistrements phonographiques. Locations de films, de livres, d' enregistrements phonographiques. Organisation de concours en matière d' éducation ou de divertissement. Organisation d' expositions à buts culturels ou éducatifs. Réservation de places de spectacles. communications par terminaux d' ordi- nateurs. Réservation de places de voyage ".

Messieurs Guillaume Y... et Philippe- Arnauld X..., domiciliés respectivement à LYON et PARIS, ont déposé le 29 janvier 2002 à l' I. N. P. I. de PARIS, sous le numéro 3144940, la marque AUDIOVISIT dans les classes de produits et services 9, 35, 38, 39, 41 et 42. Ils ont ensuite constitué la S. A. R. L. AUDIOVISIT ayant son siège à LYON, immatriculée au R. C. S. le 18 octobre 2002.

Le 10 octobre 2003 un Huissier de Justice de MARSEILLE requis par la S. A. VOXINZEBOX s' est " transporté " sur le site Internet de la S. A. R. L. AUDIOVISIT, et a constaté qu' y est proposée une visite de PARIS par un audioguide accessible grâce au téléphone portable du visiteur.

Le Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE, par jugement du 22 juin 2006, a :
* déclaré régulier le constat effectué le 10 octobre 2003 par Maître Pierre- Dominique BENEDETTI, Huissier de Justice à Marseille ;
* dit que le Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE est compétent pour statuer sur le litige ;

- * prononcé la nullité de la marque ALLOVisit déposée par la S. A. VOXINZEBOX et enregistrée sous le numéro 01 3089970 pour désigner la production et la location d'enregistrements phonographiques ;
- * dit que le jugement sera transmis par le Greffe du Tribunal à l' I. N. P. I. aux fins d'inscription au Registre National des Marques ;
- * débouté la S. A. VOXINZEBOX de l' ensemble de ses demandes ;
- * condamné la même à payer à Messieurs Y... et X... et la S. A. R. L. AUDIOVISIT la somme globale de 5 000, 00 euros en application de l' article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La S. A. VOXINZEBOX a interjeté appel. Concluant le 7 novembre 2006 elle soutient :

- que sous sa marque ALLOVisit elle déploie une activité commerciale de visite guidée par téléphone mobile ;
- que le procès- verbal d' Huissier de Justice constitue uniquement un moyen de preuve des agissements dénoncés par elle ; qu' ayant son siège social à MARSEILLE c' est dans cette ville qu' elle ressent les effets permanents de la contrefaçon alléguée contre les 3 intimés ; et que la diffusion au moyen d' Internet est nationale ;
- que le néologisme ALLOVisit, pour les produits et services désignés dans l' enregistrement de la marque éponyme, n' est pas descriptif mais parfaitement distinctif ; que le caractère descriptif et distinctif doit s' apprécier par rapport à ces produits et services, et non par référence à l' activité exercée sous la marque ; que cette dernière a acquis un caractère distinctif par son usage pendant plus de 5 ans ; qu' elle- même a été la première à déployer une activité de visite par téléphone à tout le moins sur le territoire français ; que si le signe ALLOVisit devait être regardé comme descriptif, la marque AUDIOVISIT le serait a fortiori ;
- que cette marque constitue une imitation interdite de la sienne, d' où un risque de confusion dans l' esprit du public ; que les signes en cause comportent de très nombreuses ressemblances phonétiques, visuelles et conceptuelles ; que bon nombre des services revendiqués par la marque ALLOVisit sont soit purement et simplement identiques à ceux désignés par la marque AUDIOVISIT, soit similaires, soit concurrents ou complémentaires ;
- que les 3 intimés, en offrant sur le marché des services identiques à ceux déployés par elle-même, ont copié ces derniers quasi- servilement sinon servilement, ce qui occasionne un détournement de clientèle et constitue des actes de concurrence déloyale ; que les documents commerciaux utilisés par ses adversaires sont quasi- fidèlement calqués sur ses propres cartes de visite commerciales ; et que malgré la convention de partenariat qu' elle a signée le 18 août 2003 avec l' Office de Tourisme de la Ville de CARCASSONNE la S. A. R. L. AUDIOVISIT a en novembre suivant entrepris une action commerciale soutenue auprès du même Office de Tourisme.

L' appelante demande à la Cour d' infirmer le jugement et de :

- dire et juger que les 3 intimés ont chacun commis, les uns comme les autres, des actes de contrefaçon de marque par imitation de la marque ALLOVisit au préjudice de la S. A. VOXINZEBOX ;
- faire interdiction aux 3 intimés d' utiliser le vocable AUDIOVISIT, sous quelque forme que ce soit et à quelque titre que ce soit et notamment, sans que cette liste soit exhaustive, à titre de marque, de dénomination sociale, de nom commercial, d' enseigne et de nom de domaine Internet, pour des produits et services identiques, similaires, complémentaires ou connexes à ceux visés dans l' enregistrement de la marque ALLOVisit propriété de la S. A. VOXINZEBOX, sous astreinte de 1 500, 00 euros par infraction constatée à compter de la signification de l' arrêt ;

- dire et juger que la Cour se réservera la possibilité de liquider l' astreinte qu' elle sera amenée à prononcer ;
- condamner in solidum les 3 intimés à lui payer :
 - . une somme de 30 000, 00 euros en réparation du préjudice lié à l' atteinte au droit de propriété sur la marque en cause,
 - . outre une somme de 30 000, 00 euros à titre d' indemnisation du préjudice lié à l' avilissement de la marque et au titre du préjudice commercial ;
- dire et juger que que les 3 intimés ont chacun commis, les uns comme les autres, des actes de concurrence déloyale connexes à l' entier préjudice de la S. A. VOXINZEBOX ;
- condamner in solidum les 3 intimés à lui verser une somme de 30 000, 00 euros à titre de réparation du préjudice engendré par les agissements de concurrence déloyale ;
- ordonner à titre de réparation complémentaire la publication de l' arrêt dans cinq journaux ou revues au choix de la S. A. VOXINZEBOX, le coût de chaque insertion, qui devra être mis à la charge conjointe et solidaire des 3 intimés, ne pouvant excéder la somme de 2 500, 00 euros H. T. ;
- débouter les 3 intimés de leur appel incident ;
- condamner in solidum les 3 intimés à verser à la S. A. VOXINZEBOX une somme de 3 000, 00 euros sur le fondement des dispositions de l' article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Par conclusions no 1 du 6 avril 2007 Messieurs Guillaume Y... et Philippe- Arnaud X... et la S. A. R. L. AUDIOVISIT répondent :

- que l' appelante ne rapporte pas la preuve que des agissements d' eux- mêmes auraient été commis dans le ressort du Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE ; que le lieu où le dommage a été subi n' est pas celui du siège social de la S. A. VOXINZEBOX ; que l' Huissier de Justice n' a pas dans son procès- verbal du 10 octobre 2003 respecté la procédure particulière applicable en matière d' Internet (mention de l' adresse IP de l' appareil ayant servi à effectuer le constat ; suppression préalable du contenu de la mémoire cache de l' ordinateur ; et absence de liaison entre ce dernier et un serveur proxy) ;
- que la marque ALLOVisit est descriptive et dépourvue de tout caractère distinctif, ALLO renvoyant nécessairement au téléphone et Visit à visite ; que la nullité prononcée par le jugement aurait dû être étendue à d' autres services ayant trait à des visites par téléphone ; qu' ils mettent en cause non pas l' activité de la S. A. VOXINZEBOX mais les services visés par l' enregistrement de la marque ; que cette société ne démontre pas que sa marque avait acquis par son usage entre janvier et octobre 2002 un quelconque caractère distinctif ; que la Cour est saisie de la contrefaçon de la marque ALLOVisit par la marque AUDIOVISIT et non de l' inverse ;
- qu' il n' y a pas cette contrefaçon vu la différence des services visés par les marques ; que les couleurs et calligraphie des marques ne peuvent être confondues ; que le signe commun des marques (visit) est totalement banal et descriptif, tandis que les mots ALLO et AUDIO ne peuvent être confondus ; que la S. A. VOXINZEBOX et la S. A. R. L. AUDIOVISIT s' adressent à une clientèle de professionnels du tourisme, soit à des personnes parfaitement aptes à faire la distinction entre les mots ALLO et AUDIO ;
- que la concurrence déloyale n' est pas démontrée vu la liberté de la concurrence, d' autant que la S. A. VOXINZEBOX ne peut vouloir s' arroger un monopole sur les visites guidées à CARCASSONNE ;
- que cette société ne démontre pas son prétendu préjudice ;
- et que si la marque AUDIOVISIT a été déposée par Messieurs Y... et X... seule la S. A. R. L. AUDIOVISIT en fait usage.

Les intimés demandent à la Cour de :

* sur l'exception d' incompétence territoriale : infirmer le jugement, constater que le procès-verbal du 10 octobre 2003 ne présente pas les garanties nécessaires pour lui conférer force probante, rejeter ce procès- verbal des débats, et se déclarer incompétent au profit du Tribunal de Grande Instance de PARIS ;

* à titre subsidiaire sur le fond du litige : confirmer le jugement et y ajoutant :

- prononcer la nullité de la marque ALLOVisit outre en ce qu' elle désigne la production et la location d'enregistrements phonographiques, mais pour désigner la réservation de places de voyage, l'édition de livres, de revues, la production de spectacles, de films, de locations de films, de livres, d'organisation de concours en matière d'éducation ou de divertissement, d'organisation d'expositions à buts culturels ou éducatifs, et la réservation de places de spectacles ;

- prononcer, pour défaut d'usage sérieux à compter du 20 mars 2006, la déchéance des droits de la S. A. VOXINZEBOX sur la marque AUDIOVISIT en réalité ALLOVisit pour les services de communications par terminaux d'ordinateurs, la réservation de places de voyage, l'édition de livres, de revues, la production de spectacles, de films, de locations de films, de livres, d'organisation de concours en matière d'éducation ou de divertissement, d'organisation d'expositions à buts culturels ou éducatifs, et la réservation de places de spectacles ;

* en tout état de cause débouter la S. A. VOXINZEBOX de toutes ses demandes ;

* condamner la même à payer au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile la somme de 5 000, 00 euros à la S. A. R. L. AUDIOVISIT, et respectivement à Messieurs Y... et X... la somme de 1 500, 00 euros.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 13 novembre 2007.

M O T I F S D E L' A R R E T :

Sur la compétence territoriale :

L'article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile permet de saisir " en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ". Cette juridiction ne se confond pas avec celle du siège social du demandeur la S. A. VOXINZEBOX c'est- à- dire MARSEILLE. Mais c'est dans cette ville qu'a été effectué le constat par un Huissier de Justice du 10 octobre 2003 qui a mis en évidence une activité de la S. A. R. L. AUDIOVISIT, dont au surplus cette dernière ne conteste pas la réalité. Il est donc sans intérêt d'examiner si la procédure particulière applicable en matière d'Internet a été ou non respectée et si le procès- verbal est ou non valable, puisque les faits invoqués par la S. A. VOXINZEBOX ont bien été constatés à MARSEILLE.

Le jugement sera par suite confirmé pour avoir déclaré régulier le constat effectué le 10 octobre 2003 et pour avoir dit que le Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE est compétent pour statuer sur le litige.

Sur la contrefaçon :

La Cour est saisie uniquement de l'éventuelle contrefaçon de la marque ALLOVisit par la marque AUDIOVISIT, et non pas de l'inverse.

L'article L. 711- 2 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose notamment :

" Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés.

" Sont dépourvus de caractère distinctif (...) b) les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ".

Il convient donc de s'attacher à la seule caractéristique du produit ou du service désigné dans le dépôt de la marque, sans tenir compte de celle de l'activité exercée.

La marque ALLOVisit déposée le 20 mars 2001 par la S. A. VOXINZEBOX est composée de deux mots dont le premier (ALLO) est l'interjection utilisée au début de toute conversation téléphonique, tandis que le second (Visit) est la traduction du mot français < visite > en langue anglaise mais de manière parfaitement compréhensible pour tout francophone. Parmi les produits et services pour lesquels cette marque a été déposée figurent les " production et locations d'enregistrements phonographiques ". Or les documents publicitaires concernant le produit ou service offert par la S. A. VOXINZEBOX sous la marque ALLOVisit font état de visite touristique dans PARIS à l'aide du téléphone mobile du visiteur.

Par ailleurs le prétendu usage de cette marque n'a pas duré plus de 5 ans comme le soutient la S. A. VOXINZEBOX, puisque moins d'une année s'est écoulée entre son dépôt (20 mars 2001) et celui de la marque AUDIOVISIT (29 janvier 2002).

C'est par suite à bon droit que le Tribunal de Grande Instance a retenu que la marque ALLOVisit était descriptive de la caractéristique du produit ou service et de ce fait non distinctive, ce qui justifie que le jugement en ait prononcé la nullité pour désigner la production et les locations d'enregistrements phonographiques. Ces production et locations sont les seuls produits et services visés dans le dépôt pour lesquels cette marque est exploitée, ce qui empêche d'étendre aux autres produits et services visés la nullité demandée par les intimés.

L'article L. 714- 5 du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit " la déchéance de ses droits pour le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits ou services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans ". Or la S. A. VOXINZEBOX, qui a la charge de prouver cet usage par exploitation au cours des 5 années suivant la publication de l'enregistrement au B. O. P. I. soit à compter du 24 août 2001, ne le fait nullement pour les produits et services autres que la production et les locations d'enregistrements phonographiques. En conséquence la Cour fera droit à la demande en prononcé de déchéance formée par les intimés et notamment la S. A. R. L. AUDIOVISIT.

Sur la concurrence déloyale :

La S. A. R. L. AUDIOVISIT, contrairement à ce qu' elle soutient, ne se contente pas de commercialiser des audioguides pour visiter des musées, expositions et autres, puisque ses documents publicitaires mentionnent des visites touristiques dans PARIS à l' aide du téléphone portable du visiteur, lesquelles sont donc similaires à l' activité de la S. A. VOXINZEBOX. Mais cette similarité en elle- même ne suffit pas, vu le principe de la liberté du commerce et de l' industrie, à caractériser des actes de concurrence déloyale lesquels doivent être fautifs.

La S. A. VOXINZEBOX ne démontre pas une faute de ses adversaires telle qu' une copie de ses documents commerciaux. N' est pas non plus justifié le détournement allégué de sa clientèle, puisque le Syndicat d' Initiative de MONTMARTRE ne travaille pas avec elle, tandis que l' Office Municipal de Tourisme de CARCASSONNE a été contacté par la S. A. R. L. AUDIOVISIT le 17 novembre 2003 soit après avoir signé le 18 août de la même année une convention de partenariat avec la S. A. VOXINZEBOX, ce contact portant de plus sur un projet d' audioguides alors que cette convention concerne les visites guidées par téléphone mobile soit une activité différente.

C' est donc également avec raison que le Tribunal de Grande Instance a écarté le grief de concurrence déloyale.

Enfin ni l' équité, ni la situation économique de l' appelante, ne permettent de rejeter la demande faite par ses adversaires au titre des frais irrépétibles d' appel.

DECISION

La Cour, statuant en dernier ressort, par arrêt contradictoire et prononcé par mise à disposition au Greffe.

Confirme le jugement du 22 juin 2006.

En outre prononce la déchéance de la marque ALLOVisit pour les produits et services suivants : " Edition de livres, de revues. Production de spectacles, de films. Locations de films, de livres. Organisation de concours en matière d' éducation ou de divertissement. Organisation d' expositions à buts culturels ou éducatifs. Réservation de places de spectacles. communications par terminaux d' ordinateurs. Réservation de places de voyage ".

Condamne en outre la S. A. VOXINZEBOX à payer au titre des frais irrépétibles d' appel :

* à la S. A. R. L. AUDIOVISIT une indemnité de 5 000, 00 euros,

* à Monsieur Guillaume Y... une indemnité de 1 500, 00 euros,

* à Monsieur Philippe- Arnauld X... une indemnité de 1 500, 00 euros.

Rejette toutes autres demandes.

Condamne la S. A. VOXINZEBOX aux dépens d' appel, avec droit pour la S. C. P. d' Avoués SIDER, SIDER et SIDER de recouvrer directement ceux dont elle a fait l' avance sans avoir reçu provision, en application de l' article 699 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Le GREFFIER
Le PRÉSIDENT.