

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE BESANÇON
ARRÊT DU 17 DECEMBRE 2019
PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE ET COMMERCIALE**

N° de rôle : N° RG 18/00117 – N° Portalis DBVG-V-B7C-D47G

S/appeal d'une décision

du TRIBUNAL DE COMMERCE DE BELFORT

en date du 17 octobre 2017 [RG N° 2017 00092]

Code affaire : 39H

Demande en cessation de concurrence déloyale ou illicite et/ou en dommages et intérêts

SAS IES C/ SAS AUTOCONFIANCE 25

PARTIES EN CAUSE :

SAS IES

dont le siège est sis ZAC Les Ancises – 03300 CREUZIER-LE-NEUF

APPELANTE

Représentée par Me Ludovic PAUTHIER de la SCP DUMONT – PAUTHIER, avocat au barreau de BESANCON et par Me Etienne DROUARD du LLP K&L GATES, avocat au barreau de PARIS

ET :

SAS AUTOCONFIANCE 25

dont le siège est sis [...]

INTIMÉE

Représentée par Me Benjamin LEVY, avocat au barreau de BESANCON et par

Me Julie BELLESORT, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

Lors des débats :

PRÉSIDENT : Monsieur Edouard MAZARIN, Président de chambre.

ASSESEURS : Mesdames B. UGUEN LAITHIER (magistrat rapporteur) et

A. CHIARADIA, Conseillers.

GREFFIER : Madame D. BOROWSKI, Greffier.

lors du délibéré :

PRÉSIDENT : Monsieur Edouard MAZARIN, Président de chambre

ASSESEURS : Mesdames B. UGUEN LAITHIER, et A. CHIARADIA, Conseillers.

L'affaire, plaidée à l'audience du 12 novembre 2019 a été mise en délibéré au 17 décembre 2019. Les parties ont été avisées qu'à cette date l'arrêt serait rendu par mise à disposition au greffe.

Faits et prétentions des parties

La SAS Autoconfiance 25, mandataire automobile multi-marques, exploite dans le cadre de son activité le site internet www.autoconfiance.com ainsi que ses déclinaisons .fr, .org et .net.

Après avoir constaté une baisse de trafic sur son site internet, elle s'est aperçue que son signe « autoconfiance » était utilisé à son insu pour détourner sa clientèle vers le site d'un concurrent, lui-même mandataire automobile multi-marques, la SAS IES, par le procédé dit de backlinks.

La tentative de règlement amiable du litige ayant échoué, la société Autoconfiance 25 a, par exploit d'huissier délivré le 30 janvier 2017, fait assigner la société IES devant le tribunal de commerce de Belfort en sollicitant l'indemnisation de son préjudice consécutif aux actes de concurrence déloyale et parasitaire et par jugement du 17 octobre 2017 ce tribunal, sous le bénéfice de l'exécution provisoire, a :

— jugé le constat d'huissier du 23 novembre 2015 régulier et retenu dans les débats,

— jugé la société IES responsable de la mise en place, par l'intermédiaire de son prestataire Effiliation, d'actes de concurrence déloyale et parasitaire,

— condamné la société IES à payer à la société Autoconfiance 25 la somme de 38 941 euros en réparation du préjudice commercial,

— interdit pour l'avenir à la société IES d'utiliser le signe « autoconfiance » à quelque titre que ce soit,

— débouté les parties du surplus de leurs prétentions,

— condamné la société IES à payer à la société Autoconfiance 25 la somme de 2 000 euros au titre des

frais irrépétibles ainsi qu'aux dépens incluant les frais d'huissier.

Suivant déclaration parvenue au greffe le 12 janvier 2018, la société IES a relevé appel de cette décision, et, aux termes de ses dernières écritures transmises le 22 août 2019, elle demande à la cour de :

— infirmer le jugement déféré sauf en ce qu'il a débouté la société Autoconfiance 25 de sa demande de dommages-intérêts au titre du préjudice moral,

— écarter des débats le constat d'huissier du 23 novembre 2015 comme étant dépourvu de force probante,

— dire qu'elle n'est pas responsable de la politique SEO trompeuse mise en place par son partenaire Effiliation,

— dire que la société Autoconfiance 25 n'apporte pas la preuve des faits de parasitisme qu'elle invoque ni ne justifie du montant du préjudice allégué,

— la condamner à lui verser 10 000 euros en vertu de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Par dernières écritures déposées le 18 octobre 2019, la société Autoconfiance 25, formant appel incident, demande à la cour de :

— confirmer le jugement déféré sauf en ce qu'il a rejeté sa demande d'indemnisation d'un préjudice moral et en ce qu'il a évalué son préjudice économique sur une méthode de calcul erronée,

— l'infirmer sur ces points, condamner la société IES à lui payer en réparation de son préjudice économique la somme de 74 443,50 euros et en réparation de son préjudice moral celle de 8 000 euros,

— condamner la société IES à lui verser 8 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Pour l'exposé complet des moyens des parties, la cour se réfère aux dernières conclusions susvisées de celles-ci, conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

La clôture de l'instruction de l'affaire a été prononcée par ordonnance du 22 octobre 2019.

Motifs de la décision

* Sur les actes de parasitisme et leur imputabilité,

Attendu que la société Autoconfiance 25 reproche à son concurrent la société IES d'avoir utilisé à son insu, sur une période de sept jours courant novembre 2015, son signe semi-

figuratif « autoconfiance suivi d'un dessin figurant un véhicule », enregistré à titre de marque française, afin de détourner sa clientèle vers son propre site par le procédé dit de backlinks ;

Qu'elle argue de ce que cette pratique est constitutive de concurrence déloyale par parasitisme et a généré un préjudice tenant à la perte de chance d'être plus amplement visitée sur son site internet, considérant par ailleurs que la société IES est responsable de la politique d'affiliation qu'elle a retenue pour améliorer la visibilité de son site internet, rien ne permettant d'ailleurs d'exclure que la méthode utilisée par son partenaire, la société Effiliation, ne l'a pas été à sa demande, politique dont elle a en toute hypothèse bénéficié ;

Qu'au soutien de son grief de parasitisme, elle prétend en outre que le lien de causalité entre ce fait fautif et la baisse de fréquentation de son site internet est clairement établi par le relevé « Google Analytics » et que le préjudice économique a été sous-évalué par les premiers juges puisqu'il doit reposer sur le taux de transformation contact unique/commande observée sur son site internet par comparaison aux chiffres habituellement constatés et notamment pour le mois de novembre de l'année précédente (2014) ;

Qu'elle affirme enfin que l'association trompeuse des deux marques par l'effet de ces blacklists dans l'esprit du consommateur lui a causé un préjudice moral et d'image dès lors que le taux de satisfaction des clients de la société IES est sensiblement moindre que le sien ;

Attendu que la société IES rétorque que le parasitisme consiste à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment des investissements consentis ou de sa notoriété, alors que la société Autoconfiance 25 ne démontre pas de tels investissements ni la notoriété dont elle jouirait, précisant par ailleurs disposer d'une notoriété sensiblement plus large que son contradicteur sur le marché de l'automobile ;

Qu'elle précise que si son partenaire Effiliation, qui fournit des solutions de publicité à la performance, a effectivement été à l'origine d'un mécanisme de re-direction des internautes sur son site internet au détriment de la société Autoconfiance 25, ce mécanisme a été mis en place à son insu et qu'elle a enjoint à ce partenaire d'y mettre fin dès qu'elle en a eu connaissance, de sorte qu'il ne peut lui être fait le reproche d'un usage du terme « autoconfiance » à quelque fin que ce soit constitutif d'un parasitisme ;

Qu'enfin elle estime que si une baisse de fréquentation du site internet de la société Autoconfiance 25 a été enregistrée aucun élément probant ne permet de relier ce constat à ce dispositif de blacklist et que le préjudice économique invoqué par la partie adverse n'est justifié par aucun élément objectif ;

Attendu que le principe de liberté du commerce et de l'industrie autorise toute personne privée à accéder au marché de son choix et à y exercer l'activité économique choisie pour conquérir une clientèle, quand bien même cette dernière serait déjà exploitée par un concurrent ;

Que l'action en concurrence déloyale, fondée sur les articles 1382 et 1383 (devenu 1240 et 1241) du code civil, a précisément vocation à être mise en 'uvre pour sanctionner un comportement qui n'entrerait pas dans la règle ci-dessus rappelée, en raison d'actes illicites, à charge pour celui qui s'en prévaut de faire la démonstration des actes fautifs de son concurrent et d'un lien de causalité entre ceux-ci et le préjudice qu'il invoque ;

Que le parasitisme économique, qui constitue une forme de concurrence déloyale, consiste en un comportement par lequel un acteur économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit de son savoir-faire, de sa notoriété ou des efforts accomplis par celui-ci sans avoir à déboursier quoi que ce soit ;

Qu'il incombe par conséquent à la société Autoconfiance 25 de rapporter la triple preuve d'une faute commise par la société IES, d'un préjudice certain et d'un lien de causalité entre la faute imputée à son concurrent et le dommage subi ;

Attendu que le backlink ou « lien retour » est un lien hypertexte associé à des mots-clés (ancres) placé sur une page web et pointant vers la page d'un site cible dont il vise à améliorer le référencement dans les moteurs de recherche ; que ce système permet de tromper le moteur de recherche en vue d'obtenir un meilleur référencement et une place de choix dans les pages de résultats affichées par le moteur à la suite de la requête d'un internaute, un site comptant de nombreux liens retour pertinents bénéficiera ainsi d'un meilleur positionnement dans les moteurs de recherche et accroîtra le nombre de ses visiteurs ;

Que l'utilisation intentionnelle par le propriétaire d'un site internet de la dénomination sociale ou du nom de domaine d'une société concurrente sous la forme d'un mot-clé, utilisé dans le cadre de la création de backlinks, à l'effet de tromper les moteurs de recherche, est susceptible de constituer un détournement déloyal de clientèle, le site concurrent risquant en effet d'être moins visité, ainsi éventuellement qu'une utilisation parasitaire de l'investissement effectué par celui-ci pour obtenir une notoriété dans le marché considéré, en augmentant de façon détournée sa visibilité ;

Que cette appropriation doit cependant être délibérée et imputable au concurrent lui-même ;

Attendu qu'en l'espèce, il ressort du contrat d'affiliation souscrit le 18 octobre 2012 entre la société IES et la société Effiliation, agence de conseil en marketing à la performance, que cette dernière devait mettre sa cliente en contact avec des éditeurs de sites internet, dits affiliés, préalablement sélectionnés par elle, afin d'assurer sa promotion auprès des internautes fréquentant les sites des affiliés par le biais de liens promotionnels ou par campagne de courriers électroniques (emailing) ; qu'il est stipulé que le client devait valider la candidature de chaque affilié pour chaque programme, sauf option pour la délégation de la validation à la société Effiliation, et s'engageait à fournir à cette dernière les liens nécessaires à la réalisation de la promotion de son site sur les sites affiliés validés afin de générer du trafic, à charge pour la société Effiliation de répercuter aux affiliés lesdits liens ;

Qu'il n'est pas sérieusement contestable, au vu des éléments factuels du dossier et en particulier du courriel et de la correspondance adressés les 24 et 30 novembre 2015 à la société IES par la société Effiliation, que sur une période inférieure à quinze jours un affilié qui avait postulé et été validé par la société Effiliation pour un site <http://www.1.mandataire-auto.com/> et qui créait le contenu d'un nouveau site [mandataireauto.org](http://www.mandataireauto.org) (non validé par la société Effiliation et au demeurant non soumis à validation) a effectué une re-direction automatique ponctuelle sur le site www.auto-ies.com à partir de la bannière fournie par la société Effiliation et ce, au détriment des autres mandataires automobiles ;

Que la société Effiliation affirme dans sa correspondance du 30 novembre 2015 que cette pratique a été réalisée à son insu et que, connaissance prise de ces agissements, elle a

immédiatement cessé toute activité avec cet éditeur et l'a désinscrit de sa plate-forme mais qu'en tout état de cause, cette re-direction n'a été à l'origine que de 1 358 clics ;

Que par un courriel du 24 novembre 2015, le directeur marketing de la société IES exprime sa stupéfaction quant à l'absence de contrôle par son cocontractant pour prévenir ce type de dispositif et au fait que le client soit écarté de la boucle de validation ; qu'il interroge la société Effiliation sur la date et l'heure exactes de suppression du dispositif frauduleux et l'invite à lui transmettre toutes informations de nature à confirmer que la société IES n'a en aucun cas participé de près ou de loin à ces actes, rappelant que ce dispositif était nécessairement connu de l'affilié, professionnel du marketing sur le net, qu'il est fortement pénalisant pour la société IES d'un point de vue SEO (search engine optimization) par Google et qu'il est condamnable pour concurrence déloyale ; que par les deux correspondances précitées, la société Effiliation a confirmé à son cocontractant qu'il n'était pas responsable des agissements de cet éditeur ;

Attendu que sans qu'il soit besoin d'examiner le surplus des moyens des parties et notamment celui de la validité du procès-verbal de constat du 23 novembre 2015 ni le bien fondé de l'existence d'un préjudice certain en lien avec les agissements illicites susvisés, il ressort des développements qui précèdent que la preuve d'une faute commise par la société IES n'étant pas administrée puisqu'il ressort des débats qu'elle est le fait d'un tiers qui n'a aucunement reçu instruction de sa part pour procéder au baklink incriminé, la société Autoconfiance 25 ne peut voir prospérer sa demande fondée sur les dispositions des articles 1382 et 1383 devenus 1240 et 1241 du code civil et en sera déboutée ainsi que des prétentions formées à la faveur de son appel incident ;

Que le jugement déféré, qui a retenu la responsabilité de la société IES dans la commission d'un fait fautif constitutif de parasitisme doit être infirmé de ce chef ainsi qu'en toutes ses dispositions subséquentes à l'exception de celle rejetant la demande d'indemnisation d'un préjudice moral ;

* Sur les demandes accessoires,

Attendu que la société Autoconfiance 25, qui succombe en ses prétentions devant la cour sera condamnée à supporter les frais irrépétibles de première instance et d'appel exposés par la société IES à hauteur de la somme de 3 500 euros ; que pour les mêmes motifs elle sera condamnée aux dépens de première instance et d'appel, les dispositions accessoires du jugement entrepris étant infirmées ;

Par ces motifs

La cour, statuant contradictoirement, après débats en audience publique et en avoir délibéré conformément à la loi,

Infirmes le jugement rendu le 17 octobre 2017 par le tribunal de commerce de Belfort sauf en ce qu'il a rejeté la demande d'indemnité au titre du préjudice moral.

Statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant,

Déboute la SAS Autoconfiance 25 de ses entières demandes formées à l'encontre de la SAS IES.

Condamne la SAS Autoconfiance 25 à payer à la SAS IES la somme de trois mille cinq cents (3 500) euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Condamne la SAS Autoconfiance 25 aux dépens de première instance et d'appel.

Ledit arrêt a été signé par M. Edouard Mazarin, président de chambre, magistrat ayant participé au délibéré, et par Mme Dominique Borowski, greffier.

Le greffier, le président de chambre