

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE LYON
8ème chambre
ARRET DU 13 Novembre 2012

R.G : 11/04367

APPELANTES

SARL CO INTECH représentée par ses dirigeants légaux

ZI de l'Ombree

49250 COMBREE

Représentée par la SCP LAFFLY - WICKY, avocats au barreau de LYON (toque 938)

assistée de la ASS ARIANE AVOCATS, avocats au barreau de VALENCE, représentée par
Me Cécile VALETTE-BRUNNER

SAS AXENCO représentée par ses dirigeants légaux

Rue du Champ de courses

ZI Montplaisir

38780 PONT EVEQUE

Représentée par la SCP LAFFLY - WICKY, avocats au barreau de LYON (toque 938)

assistée de la ASS ARIANE AVOCATS, avocats au barreau de VALENCE, représentée par
Me Cécile VALETTE-BRUNNER

INTIMEE

S.A.S. DOMOTELEC représentée par ses dirigeants légaux

90, avenue Charles de Gaulle

33650 LABREDE

Représentée par la SCP BAUFUME SOURBE, avocats au barreau de LYON (toque 1547)

assistée de Me BECQUE, avocat au barreau de BORDEAUX

* * *

Date de clôture de l'instruction : 6 février 2012

Date des plaidoiries tenues en audience publique : 26 Septembre 2012

Date de mise à disposition : 13 Novembre 2012

Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :

- Pascal VENCENT, président
- Dominique DEFASNE, conseiller
- Catherine ZAGALA, conseiller, assistés pendant les débats de Aurore JACQUET, greffier

A l'audience, Pascal VENCENT a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

Arrêt contradictoire rendu publiquement par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

Signé par Pascal VENCENT, président, et par Aurore JACQUET, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

* * *

La société CO INTECH appartient au groupe AXENCO, la société AXENCO étant société holding. Elle est spécialisée dans le développement, la conception, la production, la distribution d'appareils de chauffage et de climatisation. Elle a créé une ligne de produits NÉOMITIS qui comprend plusieurs marques, outre la marque NÉOMITIS, comme ANTHÉMYS, SITHAÉ, STELHYS et autres.

D'un autre côté, la société DOMOTELEC a pour activité la vente d'appareils de chauffage. Elle est distributrice de produits de différentes marques.

Or, il est soutenu par les sociétés AXENCO et CO INTECH que lorsque l'on « tape » sur GOOGLE le mot « NÉOMITIS », marque appartenant à CO INTECH, il apparaît sur la première page : « Domotelec : neomitis radiateur danais » alors que la société DOMOTELEC ne serait pas revendeur de produits NÉOMITIS. Domotelec utiliserait donc les marques de CO INTECH pour le référencement sur le moteur de recherche GOOGLE sans être revendeur de ces produits.

Il est ainsi soutenu que DOMOTELEC reproduirait dans le code source des pages de son site internet, des noms de marques déposées par un concurrent afin d'attirer déloyalement sur son site internet une partie du trafic généré par ces noms de marques. Il s'agirait là d'une pratique connue et qualifiée de 'spamdexing' ou 'spam indexing' constitutive de contrefaçon, d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme.

A l'effet de se constituer des preuves de ces pratiques, il a été demandé par les sociétés appelantes à un huissier de justice de vérifier ces faits. Des constats ont ainsi été dressés le 9 juillet 2010 par maître Joséphine M. – huissier de justice à V. sur un ordinateur situé à PONT EVEQUE (38)

Après saisine du tribunal de grande instance de VIENNE et reconnaissance par le juge des référés de cette juridiction de son incompétence en matière de droit des marques, le juge des référés du tribunal de grande instance de LYON s'est vu saisir d'une demande tendant à interdire sous astreinte de 10.000 € par jour de retard à la société DOMOTELEC toute utilisation des marques appartenant à la société CO INTECH pour tous référencements sur tous moteurs de recherche et notamment pour toutes mentions dans les codes sources des pages de son ou ses sites internet ; de cesser et interdire de manière générale toute technique permettant d'apposer les termes DOMOTELEC et les termes constitutifs des marques appartenant à la société CO INTECH ou à une société du groupe AXENCO.

Par ordonnance en date du 17 mai 2011, le juge des référés a débouté les sociétés demanderesse de leurs demandes au motif essentiel du manque de valeur probante des constats d'huissier versés faute du respect du protocole de branchement, défini par la

jurisprudence, de son ordinateur sur le site considéré et d'une relation exacte dans ses procès-verbaux de la manière de procéder de l'huissier.

Les sociétés CO INTECH et AXENCO ont relevé appel de la décision et persistent à demander à la cour de constater que la société DOMOTELEC a utilisé des moyens informatiques frauduleux en contravention des droits de la société CO INTECH sur les marques déposées lui appartenant et à interdire sous astreinte de 10.000 € par jour de retard à la société DOMOTELEC toute utilisation des marques appartenant à la société CO INTECH.

Il est encore demandé une provision globale d'un montant de 50.000 € au regard des sommes en jeu et du préjudice subi tels qu'ils seraient rapportés dans l'assignation au fond.

Il est ainsi soutenu que le premier constat d'huissier du 9 juillet 2010 complété par le second constat du 6 janvier 2011 laisse apparaître que la société DOMOTELEC fait du « spam indexing » pour utiliser dans les sources de son site internet www.domotelec.fr les termes « NÉOMITIS », « IAMELYS », « DANAÏS », « CALIANTHYS », « ANTHEMYS » et lorsque l'on tape ces mêmes termes sur le moteur de recherche GOOGLE, le site internet de DOMOTELEC apparaît plusieurs fois sur la première page de résultats alors qu'il ne vend pas de radiateurs de ces marques. Ces constats auraient bien été faits non seulement sur l'ordinateur de la société CO INTECH mais également sur le propre ordinateur de l'huissier à son étude.

Il est ainsi affirmé que le simple fait que l'huissier se soit borné à indiquer à la fin de son constat « de retour à l'étude, j'ai renouvelé mes opérations et ai constaté les mêmes faits » sans reprendre ses constatations qu'il avait déjà décrites précédemment dans le même constat, ne saurait priver ces dernières de toute valeur probante. Un second constat aurait été dressé le 11 février 2011 et il serait avéré que l'huissier de justice a observé toutes précautions techniques avant de procéder à son constat sur Internet, sur son ordinateur à son étude. La seule difficulté viendrait de ce que le constat d'huissier dressé le 11 février 2011 par maître L. huissier de justice mentionne « que l'ordinateur est relié à un serveur proxy en précisant son identification ».

Or, en réalité, l'ordinateur de l'huissier n'aurait pas été relié à un serveur proxy ainsi que ce dernier en a attesté, postérieurement à son constat, le 10 juin 2011.

De toute manière, selon une jurisprudence affirmée comme bien établie, la connexion à un serveur proxy ne remettrait pas en cause la réalité du contenu de la page web, quand bien même la page consultée serait périmée, le seul doute ne porterait que sur sa date.

En tout état de cause, un autre élément de preuve existerait sous la forme d'un e-mail du 18 octobre 2010 contenant la copie d'écran de la page d'accueil du moteur de recherche GOOGLE. Le terme « NÉOMITIS » serait inséré dans la zone de recherche. Ainsi il ressortirait des différentes pièces produites aux débats (constats d'huissier, e-mail) qu'il serait porté atteinte aux droits de la société CO INTECH sur ses marques, étant noté que l'article L716-6 du code de la propriété intellectuelle n'exige qu'une atteinte vraisemblable.

A l'opposé, la société DOMOTELEC demande à la cour :

- de confirmer l'ordonnance du 17 mai 2011,

- de constater qu'il existe une contestation sérieuse,
- de condamner la société CO INTECH et la société AXENCO à payer chacune à la société DOMOTELEC la somme de 5.000 € de dommages et intérêts pour procédure abusive, et chacune à la société DOMOTELEC la somme de 3.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens.

Il est ainsi répliqué que les règles techniques du constat d'huissier sur internet sont fixées depuis le jugement du tribunal de grande instance de PARIS du 4 mars 2003.

Ainsi, la jurisprudence exigerait le strict respect de précautions techniques précises garantissant la fiabilité d'un constat. Pour avoir force probante, le constat devrait nécessairement être réalisé dans les conditions précises suivantes :

- description précise du matériel utilisé,
- mention de l'adresse IP de la connexion:
- le contrôle de la connexion sans serveur proxy car ce dernier peut permettre l'accès à des pages web qui n'existent pas ou qui n'existent plus sur le site cible à la date des constatations,
- l'effacement des mémoires caches, des fichiers temporaires et formulaires.

Or, en l'espèce aucun des trois constats produits en cours de procédure (9 juillet 2010, 6 janvier 2011 et 11 février 2011) par les demanderessees ne respecterait les conditions exigées par les tribunaux. Les deux premiers constats seraient sans aucune valeur probante pour ne respecter aucune de ces prescriptions techniques. Le constat établi par maître L. le 11 février 2011 souffrirait lui aussi d'un vice rédhibitoire puisque l'huissier écrirait en toute pièce dans son constat : 'L'ordinateur est relié à un serveur Proxy'. Peu importerait qu'il ait ensuite démenti ce fait par une attestation, la preuve de son incompétence en matière de constat informatique étant ainsi rapportée, ce qui obligerait à dénier tout caractère probant à ses constatations subséquentes. Elle-même rapporterait la preuve par un autre constat d'huissier que contrairement aux accusations dont elle est l'objet, il n'existe strictement aucun résultat sur GOOGLE à partir des marques revendiquées par la société AXENCO. En tout état de cause, les accusations de concurrence déloyale seraient sans fondement dans la mesure où les deux sociétés ne s'adresseraient pas à la même clientèle, soit particuliers pour DOMOTELEC et professionnels pour CO INTECH.

La société DOMOTELEC affirme que la société ne vend pas les produits des marques revendiquées, ce qui fait qu'il ne peut pas lui être reproché de manœuvre fautive ni d'avoir causé un quelconque préjudice. En aucune manière, les sociétés appelantes ne pourraient parler de perte de valorisation de marques, d'atteinte à l'image des marques, d'atteinte au réseau commercial ou encore de confusion avec la société DOMOTELEC.

Le chiffre de 624.000 € de préjudice dont elles entendent demander réparation au fond serait purement fantaisiste et par voie de conséquence la demande de condamnation provisionnelle de 50.000 € le serait également.

SUR QUOI LA COUR

Le point essentiel de ce dossier qui vient en référé, donc devant le juge de l'évident et de l'incontestable, touche à la fiabilité, à la valeur probante, des constats d'huissier au nombre de trois censés démontrer une atteinte aux droits des marques de l'appelante. Le premier juge a

parfaitement indiqué la raison pour laquelle le premier constat établi le 9 juillet l'a été dans des conditions de fiabilité hautement fantaisistes, le propre employé de la société AXENCO procédant lui-même aux recherches à la place de l'huissier sur un ordinateur aucunement fiabilisé, toutes les manoeuvres de la part du client intéressé à un résultat positif étant alors possibles. La prétendue vérification à l'étude de l'huissier de la réalité de ces résultats, sans aucune mention des précautions à prendre en pareille matière ni des manipulations effectuées pour parvenir à ces fins, relève de l'amateurisme voire de la désinvolture vis-à-vis du client et de la juridiction censée par la suite appuyer une décision de justice sur ces pseudo constatations.

Pour ce qui touche au second constat du 6 janvier 2011, tout a été exactement dit par le premier juge sur l'inconséquence de cet officier ministériel qui ne craignait pas d'attester qu'elle a été assistée d'un informaticien censé soutenir qu'à la date du 6 janvier 2011, soit six mois après son constat du 9 juillet 2010, son ordinateur n'était pas connecté à un serveur proxy et qu'il n'existait aucun cookie ou autre fichier temporaire pour la journée du 9 juillet 2010, date de son précédent constat, ce qui est proprement absurde.

Quant au constat de maître L. du 11 février 2011, sous les apparences du sérieux quant au respect du protocole effectivement déterminé par une jurisprudence déjà ancienne et jamais remise en cause, force est de constater l'énorme bévue de l'huissier instrumentaire qui mentionnait en toutes lettres dans son constat: 'L 'ordinateur est relié à un serveur Proxy' alors précisément qu'il faut impérativement que l'ordinateur utilisé ne le soit pas dans la mesure où il est établi scientifiquement que le serveur proxy peut permettre l'accès à des pages web qui n'existent pas ou qui n'existent plus sur le site cible à la date des constatations.

Certes, ce même huissier en cours de procédure d'appel le 10 juin 2011 a établi une attestation ainsi rédigée : 'l'ordinateur de l'étude, à partir duquel j'ai procédé aux constatations le 11.02.2011 à la requête de la société CO INTECH, sur le site internet www.domotelec.fr n'était pas relié à un serveur proxy ».

Mais un tel revirement sur un point aussi essentiel quant à la crédibilité de son constat, même de la part d'un officier ministériel et s'il n'entache pas sa bonne foi et son souci de bien faire, est significatif d'une incompétence en matière de constat sur ordinateur.

De plus fort il convient de rejoindre le juge des référés qui disait déjà à juste titre que la mention litigieuse de la présence ou non de ce serveur proxy jetait un doute sérieux sur la valeur probante des constatations effectuées par ailleurs.

Ainsi aucun des trois constats versés ne permet d'affirmer qu'il n'est pas sérieusement contestable que la société DOMOTELEC aurait utilisé des moyens informatiques frauduleux en contravention des droits de la société CO INTECH sur les marques déposées lui appartenant.

L'appelante veut encore prouver la réalité de ce qu'elle avance par la reproduction d'un e-mail du 18 octobre 2010 contenant la copie d'écran de la page d'accueil du moteur de recherche GOOGLE. Mais, outre que l'on ignore les conditions de l'envoi de cet e-mail, force est de rappeler qu'en droit nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ce d'autant que toutes les manipulations sont possibles en matière informatique.

Dans ces conditions, sans même à avoir à examiner les preuves contraires avancées par la société DOMOTELEC quant à cette prétendue utilisation frauduleuse de 'spam indexing', il échet de confirmer la décision déferée aboutissant au débouté des sociétés demandereses en l'absence de la démonstration qui leur incombe quant au caractère au moins vraisemblable des faits dont elles se targuent.

Tenant la motivation explicite du premier juge quant à l'absence de crédibilité des constats fournis et le piètre complément de démonstration fourni par l'appelante en cause d'appel, la procédure peut effectivement être qualifiée d'abusive devant la cour ouvrant droit à des dommages et intérêts de ce chef d'un montant arbitré à 3.000 €, à payer in solidum par les sociétés CO INTECH et AXENCO. Il convient d'y ajouter une autre somme de 3.000 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile à payer par les mêmes sous la même solidarité outre les entiers dépens de première instance et d'appel.

PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement déferé

Y ajoutant,

Condamne in solidum la société CO INTECH et la société AXENCO à payer à la société DOMOTELEC la somme de 3.000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et celle de 3.000 € encore sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Les condamne encore sous la même solidarité aux entiers dépens de première instance et d'appel qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile par ceux des mandataires des parties qui en ont fait la demande.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT