

COUR D'APPEL DE LYON
3^{ème} Chambre civile
31 janvier 2008

APPELANTES :

Société PNEUS-ONLINE SUISSE, anciennement Société ANS et CO SARL
117, rue de Lausanne
12020 GENEVE SUISSE

représentée par la SCP AGUIRAUD-NOUVELLET, avoués à la Cour

assistée de la SCP CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE, avocats au barreau de LYON

Société PNEUS-ONLINE SARL
71, chemin du Moulin Carron
69570 DARDILLY

représentée par la SCP AGUIRAUD-NOUVELLET, avoués à la Cour

assistée de la SCP CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE, avocats au barreau de LYON

INTIMEE :

Société DELTICOM AG
Brühlstr 11
30169 HANNOVER (ALLEMAGNE)
représentée par Me Christian MOREL, avoué à la Cour
assistée de la SCP UGGC & Associés, avocats au barreau de PARIS

Instruction clôturée le 11 Septembre 2007

Audience publique du 10 Décembre 2007
LA TROISIÈME CHAMBRE SECTION B DE LA COUR D'APPEL DE LYON,

COMPOSITION DE LA COUR lors des débats et du délibéré :

Madame Laurence FLISE, Président
Madame Christine DEVALETTE, Conseiller
Monsieur Alain MAUNIER, Conseiller

DEBATS : à l'audience publique du 10 Décembre 2007
sur le rapport de Madame Laurence FLISE, Président

GREFFIER : la Cour était assistée lors des débats de Madame Joëlle POITOUX, Greffier

ARRET : CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement le 31 Janvier 2008, par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

Signé par Madame Laurence FLISE, Président, et par Madame Joëlle POITOUX, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

La société ANS & Co, société de droit suisse constituée au mois d'avril 2001 et ayant pour objet la commercialisation de pneumatiques par le vecteur Internet (site " pneus-online "), s'est plainte de ce que son développement avait été contrarié par des agissements fautifs de son concurrent allemand, la société DELTICOM AG qui s'était rendu coupable de typosquatting en enregistrant et utilisant des noms de domaine très proches du sien et qui avait facturé à la clientèle française la TVA au taux en vigueur en Allemagne (16 % au lieu de 19,6 % en France).

Elle a saisi le tribunal de commerce de Lyon qui, par jugement en date du 16 décembre 2005 assorti de l'exécution provisoire :

-s'est déclaré compétent pour statuer

-a constaté que l'enregistrement et l'usage faits par la société DELTICOM AG des noms de domaine www. pneuonline. com, www. pneuonline. com et www. pneu-online. com étaient fautifs et constituaient des agissements caractéristiques de concurrence déloyale et parasitaire au préjudice de la société ANS & Co,

-interdit sous astreinte à la société DELTICOM AG de faire un usage quelconque desdits noms de domaine en relation directe ou indirecte avec une activité de vente de pneus,

-dit qu'il n'y avait pas lieu de transférer les noms de domaine concernés par l'interdiction,

-constaté que la société DELTICOM AG avait régularisé sa situation en matière fiscale,

-dit qu'il n'y avait pas lieu de publier le jugement,

-débouté la société ANS & Co de sa demande de dommages et intérêts,

-fait application des dispositions de l'article 700 NCPC en faveur de la société ANS & Co.

La société PNEUS-ONLINE SUISSE (anciennement dénommée ANS & Co) et la société PNEUS-ONLINE (qui était intervenue en première instance sous la dénomination de ANS & Co France) ont interjeté appel de cette décision le 14 septembre 2006.

Aux termes de leurs dernières écritures, qui ont été déposées le 6 septembre 2007 et qui sont expressément visées par la Cour, elles concluent à l'infirmité partielle du jugement entrepris et demandent :

-que le montant de l'astreinte prononcée soit porté de 10 000 € à 50 000 € par infraction constatée,

-que la société DELTICOM AG soit condamnée sous astreinte à transférer à la société PNEUS-ONLINE SUISSE les noms de domaine litigieux,

-que la société DELTICOM AG soit condamnée à leur verser une somme de 900 000 € à titre de dommages et intérêts,

-que la publication intégrale sur certains sites de la décision à intervenir soit ordonnée,

-que la publication par extraits de cette décision soit ordonnée dans cinq journaux et revues de leur choix,

-que la société DELTICOM AG soit condamnée à leur verser une somme de 20 000 € sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Elles expliquent :

-que le nom de domaine " pneus-online " a été réservé par M. X... gérant de la société ANS & Co, dès le 18 janvier 2001 et que le site " pneus-online ", destiné à la clientèle francophone, a été mis en ligne au mois de juin 2001,

-que la société DELTICOM AG a réservé le 15 juin 2001 le nom de domaine " pneuonline.com " puis le 24 mai 2002 (alors que les deux sociétés concurrentes étaient entrées en relation dans la perspective d'un partenariat) les noms de domaine " pneuonline.com " et " pneu-online.com ",

-que ces noms ont été donnés à des sites portails actifs rédigés en français, donnant accès au site officiel de la société DELTICOM AG pour la France (" 123pneus.com " créé à la fin de l'année 2002) et mis en service entre le mois de novembre 2002 et le mois de juillet 2003,

-qu'une réclamation amiable au mois de juin 2003 a permis le blocage des trois sites qui ont toutefois été réactivés au cours du dernier trimestre de l'année 2003 avec pour seul changement une première page rédigée en langue allemande mais laissant subsister un accès très aisé au site " 123pneus.com ",

-que pendant toute l'année 2003 la société DELTICOM AG a bénéficié de l'avantage concurrentiel illicite né de la violation de la réglementation fiscale applicable.

Pour conclure au rejet de l'exception d'incompétence soulevée en défense elles invoquent les dispositions de l'article 5 du règlement CE du 22 décembre 2000 et se prévalent du fait que les sites de la société DELTICOM AG étaient accessibles depuis le territoire français.

Pour établir leur qualité et leur intérêt pour agir elles présentent la société PNEUS-ONLINE comme le propriétaire actuel du nom de domaine " pneus-online " et comme l'exploitant depuis l'origine de l'activité de vente de pneumatiques sous le nom commercial de " PNEUS-ONLINE " (qu'elle a acquis par un usage-en France notamment-antérieur à celui de la société DELTICOM AG et qui est protégé sans obligation de dépôt ou d'enregistrement).

Elles soutiennent que la procédure, de nature purement administrative, introduite par elles devant le Centre d'Arbitrage de l'OMPI (pour obtenir le transfert des noms de domaine) est sans influence sur la recevabilité des demandes actuellement présentées.

Elles estiment que le nom " pneus-online " n'est pas simplement générique et elles stigmatisent le risque de confusion créé par la société DELTICOM AG.

Elles chiffrent leur préjudice :

-soit en retenant la période 2002-2005 (la désactivation définitive des sites litigieux n'étant intervenue qu'après le prononcé du jugement entrepris), en additionnant les chiffres d'affaires de chacun des deux concurrents (dont l'évolution aurait du, selon elle être similaire en l'absence de concurrence déloyale) puis en calculant sa perte de chiffre d'affaires (3 939 500 €) et sa perte de marge brute (925 780 € au taux moyen de 23,5 %)

-soit en retenant la seule année 2003 et en évaluant sa perte de marge brute (89 300 € au taux de 23,5 %) en appliquant au chiffre d'affaires manquant de l'année retenue un taux de progression moyen pour les années suivantes.

Aux termes de ses dernières écritures, qui ont été déposées le 8 août 2007 et qui sont expressément visées par la Cour, la société DELTICOM AG conclut à l'infirmité au moins partielle du jugement entrepris et demande successivement à la Cour :

-de se déclarer incompétente au profit des juridictions allemandes et plus particulièrement des tribunaux de Hanovre,

-d'accueillir la fin de non recevoir tirée d'un défaut de qualité pour agir de la société PNEUS-ONLINE SUISSE et de la société PNEUS-ONLINE,

-de débouter la société PNEUS-ONLINE SUISSE et la société PNEUS-ONLINE de leurs prétentions,

-de condamner la société PNEUS-ONLINE SUISSE et la société PNEUS-ONLINE à leur verser une somme de 20 000 € sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

A l'appui de l'exception qu'elle a soulevée elle soutient :

-que la compétence du tribunal de commerce de Lyon ne pouvait être admise sur le seul critère de l'accessibilité aux sites depuis le territoire français,

-qu'il n'est pas démontré un lien suffisant entre les sites litigieux et la France (la langue utilisée étant le plus souvent l'allemand, le mot " pneu " étant utilisé dans d'autres pays que la France, l'utilisation d'un moteur de recherche à partir du mot " pneu " pouvant conduire aussi bien au site " 123pneus.com " qu'aux sites litigieux et aucune commande n'ayant été passée depuis la France à partir des sites litigieux),

-qu'excédent en tout état de cause la compétence du juge français des demandes tendant à la réparation d'un préjudice dont le fait générateur ne pourrait être que l'enregistrement en Allemagne des noms de domaine litigieux puisque l'activité commerciale de la société DELTICOM AG s'exerce à travers le site " 123pneus. com ",

-que l'intervention tardive de la société PNEUS-ONLINE, simple filiale, est artificielle et s'explique seulement par le souci de créer un élément de rattachement du litige à la France.

Elle conteste la qualité pour agir de la société PNEUS-ONLINE SUISSE :

-en se prévalant du fait que cette société n'est devenue propriétaire du domaine " pneus-online. com " qu'au mois de janvier 2005,

-en soutenant que cette société ne justifie pas d'une antériorité d'usage du nom commercial " pneus-online. com ".

Elle conteste la recevabilité de l'appel interjeté par la société PNEUS-ONLINE dont le nom n'a pas été mentionné par les premiers juges ainsi que l'intérêt pour agir de cette société dont elle considère l'intervention comme artificielle.

Elle prétend que la décision de rejet, devenue définitive, prise par le Centre d'Arbitrage de l'OMPI rend irrecevable la demande de transfert des noms de domaines présentée par les appelantes.

Sur le fond elle conteste avoir commis une faute quelconque et tire la preuve de sa bonne foi du fait qu'elle a enregistré le nom de domaine " pneuonline. com " avant même que le site " pneus-online. com " ait été mis en service. Elle soutient qu'au moment où elle a enregistré les deux autres noms de domaine elle ignorait toujours l'existence du site de sa concurrente qui, jusqu'en septembre 2002 ciblait, selon elle, seulement la Suisse.

Elle soutient de surcroît que le nom de domaine " pneus-online. com " est descriptif et ne peut faire l'objet d'une appropriation exclusive.

Elle prétend enfin qu'il n'existait aucun risque de confusion dans la mesure où tous ses sites avaient une présentation et une charte graphique spécifiques et où les sites des appelantes possédaient eux-même des pages d'accueil aisément identifiables par les internautes français qui sont d'ailleurs connus pour leur " débrouillardise ".

Elle conteste la réalité du préjudice allégué par les appelantes, auxquelles elle reproche de se livrer à de pures conjectures. Elle souligne qu'elle exerce l'activité de vente de pneumatiques depuis plus longtemps que sa concurrente et considère comme erronés ou peu probants les chiffres avancés par les appelantes. Elle décrit l'évolution de son propre chiffre d'affaires en France comme constante depuis 2001.

Elle reconnaît avoir commis une erreur sur le taux de TVA applicables aux opérations conclues à partir du site " 123pneus. com " mais fait valoir qu'elle a régularisé sa situation auprès de l'administration fiscale, seule concernée, en procédant au versement de la différence due. Elle estime que la preuve d'un préjudice subi par les appelantes à la suite de cette erreur n'est pas rapportée.

L'ordonnance de clôture est intervenue le 11 septembre 2007.

Par arrêt en date du 25 octobre 2007 la Cour a ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer d'une part sur le point de savoir si le préjudice allégué par les appelantes ne résulterait pas plutôt de la perte de la chance de réaliser un chiffre d'affaires supplémentaire que de la perte effective d'un chiffre d'affaires supplémentaire, d'autre part sur l'évaluation qui pourrait être faite du préjudice résultant de cette perte de chance.

Dans des écritures déposées respectivement le 22 novembre 2007 et le 5 décembre 2007 les appelantes et l'intimée ont fourni leurs explications.

SUR CE :

I-sur la compétence :

Attendu qu'en matière délictuelle le règlement CE du 22 décembre 2000 donne compétence au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ;

Attendu qu'en l'espèce il n'est pas contesté :

-que les sites litigieux étaient accessibles depuis la France ;

-que pendant plusieurs mois au cours des années 2002 et 2003 les pages d'accueil de deux de ces sites ont été rédigées en français et étaient, par conséquent, indubitablement destinées à la clientèle francophone et notamment à la clientèle française.

Que le procès-verbal de constat dressé par un huissier de justice le 13 juillet 2007 confirme que la langue française a également été temporairement utilisée sur le troisième de ces sites ;

Attendu que ces éléments suffisent à établir que l'exploitation par la société DELTICOM AG des sites litigieux, qui constitue le fait dommageable dont se plaignent les appelantes, s'est produit en France et notamment dans le ressort du tribunal de commerce de Lyon ;

Que c'est, par conséquent, à juste titre que les premiers juges ont écarté l'exception d'incompétence soulevée en défense ;

II-sur la recevabilité des demandes de la société PNEUS-ONLINE SUISSE :

Attendu que la décision rendue par le Centre d'Arbitrage de l'OMPI est sans influence sur la recevabilité des demandes actuellement présentées par les appelantes ;

Attendu qu'ainsi que le confirme sa pièce no 36 la société PNEUS-ONLINE SUISSE est devenue courant janvier 2005 propriétaire du nom de domaine " pneus-online " ;

Qu'il ressort par ailleurs des autres pièces des appelantes et notamment des documents commerciaux datés de l'année 2001 que la société PNEUS-ONLINE SUISSE a, depuis

l'enregistrement du nom de domaine " pneus-online ", constamment utilisé le nom commercial " pneus-online " ;

Attendu que les demandes de la société PNEUS-ONLINE SUISSE, qui justifie de sa qualité et de son intérêt pour agir, doivent être déclarées entièrement recevables ;

III-sur la recevabilité de l'intervention et de l'appel de la société PNEUS-ONLINE :

Attendu que les pièces 32 et 34 des appelantes confirment que la société PNEUS-ONLINE, immatriculée depuis le mois de septembre 2003 au registre du commerce et des sociétés de Lyon, a notamment pour activité la distribution et les services de distribution dans le domaine des pneumatiques et effectue des prestations administratives pour la société PNEUS-ONLINE SUISSE ;

Qu'apparaît dès lors recevable l'intervention accessoire qu'elle a effectuée au mois de novembre 2004 devant les premiers juges ;

Attendu que les premiers juges ont omis de relater cette intervention dans leur décision ;

Que cette omission, de nature purement matérielle, n'a pas eu pour effet de priver la société PNEUS-ONLINE de son droit d'appel ;

Que la voie de recours exercée par elle apparaît, par conséquent, tout à fait recevable ;

IV-sur le fond :

Attendu qu'à la lecture des documents versés aux débats, parmi lesquels figurent d'une part la note d'honoraires et de frais " pour services rendus du 1er février au 20 mars 2001 dans le cadre de la mise en place d'un site de vente de pneus " adressée le 26 avril 2001 par un cabinet d'avocats à la société ANS & Co d'autre part un contrat d'hébergement de site Internet conclu entre Medialook et la société ANS & Co le 10 mai 2001, démontrent que la société ANS & Co avait pris et exécuté la décision d'utiliser le nom de domaine " pneus-online " (puis le même nom commercial) avant que la société DELTICOM AG ne réserve les noms de domaine litigieux ;

Attendu que le nom de domaine " pneus-online, qui réunissait deux mots ordinairement utilisés de manière tout à fait séparée, présentait à l'époque de son choix une certaine originalité et n'était pas purement descriptif ;

Attendu que la société DELTICOM AG a fait la preuve de sa mauvaise foi lorsque, dûment avertie de l'existence de ce nom de domaine et de son utilisation par la société PNEUS-ONLINE SUISSE, son concurrent, elle a persévéré (en recourant au stratagème consistant à rédiger les pages d'accueil en langue allemande tout en ménageant à la clientèle française un accès très aisé au site " 123pneus.com ") à exploiter les sites litigieux dont elle ne pouvait ignorer qu'ils créaient ou risquaient de créer, en raison de la proximité des noms utilisés, une grande confusion dans l'esprit des internautes ;

Attendu que, par ailleurs, la société DELTICOM AG a faussé le jeu normal de la concurrence en n'appliquant pas le taux de TVA en vigueur ;

Attendu que le comportement doublement fautif de la société DELTICOM AG a fait perdre à la société PNEUS-ONLINE SUISSE une chance de conquérir une part plus importante du marché, alors émergent, de la vente de pneus en ligne ;

Attendu qu'en tenant compte des chiffres d'affaires réalisés par les parties en 2003 (520 000 € pour la société PNEUS-ONLINE SUISSE et 1 000 000 € pour la société DELTICOM AG), du taux d'accroissement de ces chiffres d'affaires au cours des années suivantes (multipliés par 4 en 2004 et par 2 en 2005) mais également de l'expérience plus importante de la société DELTICOM AG dans le domaine de la vente de pneus en ligne et de la présence d'autres concurrents sur le marché concerné la perte de chance subie par la société DELTICOM AG peut être évaluée à 300 000 €;

Attendu que les premiers juges ont fait une exacte appréciation du montant de l'astreinte assortissant l'interdiction faite à la société DELTICOM AG ;

Qu'ils ont à juste titre rejeté la demande de la société PNEUS-ONLINE SUISSE tendant à un transfert de noms de domaine susceptible d'accroître encore la confusion créée dans l'esprit des internautes par les agissements de la société DELTICOM AG ;

Attendu que le préjudice subi par la société PNEUS-ONLINE SUISSE apparaît suffisamment réparé par l'allocation de dommages et intérêts ;

Qu'il n'y a pas lieu d'ordonner en outre la publication du présent arrêt ;

Attendu que l'équité commande de faire application des dispositions de l'article 700 nouveau code de procédure civile en faveur de la société PNEUS-ONLINE SUISSE.

PAR CES MOTIFS :

La Cour,

Déclare recevables l'intervention accessoire et l'appel de la société PNEUS-ONLINE ;

Infirme le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société PNEUS-ONLINE SUISSE de sa demande de dommages et intérêts ;

Statuant à nouveau dans cette limite ;

Condamne la société DELTICOM AG à payer à la société PNEUS-ONLINE SUISSE une somme de 300 000 € à titre de dommages et intérêts ;

Confirme en toutes ses autres dispositions le jugement entrepris étant précisé que les dépens comprennent les frais de constat exposés par la société PNEUS-ONLINE SUISSE pour les besoins de la présente instance ;

Condamne la société DELTICOM AG à payer à la société PNEUS-ONLINE SUISSE une somme supplémentaire de 4 000 € sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires ;

Condamne la société DELTICOM AG aux dépens d'appel qui seront distraits au profit de la SCP Aguiraud Nouvellet, avoué.