

Grosses délivrées
aux parties le :

25 OCT. 2005

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Extrait des minutes du Secrétariat-Greffe
de la Cour d'Appel de Paris

COUR D'APPEL DE PARIS
4ème Chambre - Section A

ARRET DU 19 OCTOBRE 2005

(n° 298 , 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 04/19319

Décision déferée à la Cour : Jugement du 08 Septembre 2004 - Tribunal de Grande Instance
de PARIS - RG n° 02/08166

APPELANTE

Société NRJ

ayant son siège 22 Rue Boileau
75016 PARIS

agissant poursuites et diligences de son Président du Directoire

représentée par Me François TEYTAUD, avoué à la Cour
assistée de Me Nicolas BOESPFLUG, avocat au barreau de PARIS, toque : E 329

INTIMEE

S.A. VORTEX

37 bis rue Grenata
75002 PARIS

prise en la personne de son Président du Conseil d'Administration

représentée par la SCP BOLLING - DURAND - LALLEMENT, avoués à la Cour
assistée de Me Olivier CHAPPUIS, avocat au barreau de PARIS, toque : P224, plaidant
pour la SCP CHEMOULI DAUZIER et associés

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 786 du nouveau code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 14 septembre 2005, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Monsieur CARRE-PIERRAT, Président, chargé du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Monsieur Alain CARRE-PIERRAT, président
Madame Marie-Gabrielle MAGUEUR, conseiller
Madame Dominique ROSENTHAL-ROLLAND, conseiller
qui en ont délibéré



GREFFIER : lors des débats : Madame Jacqueline VIGNAL

ARRET : - CONTRADICTOIRE

- prononcé publiquement par Monsieur Alain CARRE-PIERRAT, président
- signé par Nous, Alain CARRE-PIERRAT, président et par Nous Jacqueline VIGNAL, greffier présent lors du prononcé.

Vu l'appel interjeté, le 30 septembre 2004, par la société NRJ d'un jugement rendu le 8 septembre 2004 par le tribunal de grande instance de Paris qui l'a déboutée de l'ensemble de ses demandes et a débouté la société VORTEX de ses demandes tendant à se voir reconnaître des dommages-intérêts pour procédure abusive ainsi qu'au titre des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

Vu les dernières conclusions signifiées le 11 mai 2005, aux termes desquelles la société NRJ, poursuivant l'infirmité du jugement déféré, demande à la Cour de :

* juger que la marque *PREMIER SUR LE MATIN* est trompeuse en ce qu'elle désignait les émissions radiophoniques, les supports d'enregistrement, les disques, les bandes audio, les cassettes audio, la publicité radiophonique, le parrainage, les services de communications radiophoniques, la diffusion de programmes musicaux, les services de divertissement, la production au montage de programmes radiophoniques et l'organisation de concours et de jeux radiophoniques,

* annuler l'enregistrement de la marque *PREMIER SUR LE MATIN* n°3124009 en ce qu'elle désigne les produits et services en question,

* juger qu'en faisant usage de la marque *PREMIER SUR LE MATIN*, la société VORTEX s'est rendue coupable de concurrence déloyale à son encontre,

* condamner la société VORTEX à lui payer une indemnité de 100.000 euros à titre de dommages et intérêts,

* ordonner la publication de la décision à intervenir dans trois journaux ou revues de son choix et aux frais de la société VORTEX dans la limite d'une somme globale de 30.000 euros H.T.,

* condamner la société VORTEX à lui payer une indemnité de 10.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens ;

Vu les ultimes conclusions, en date du 26 mai 2005, par lesquelles **la société VORTEX**, poursuivant *en son principe* la confirmation du jugement déféré, demande à la Cour de débouter la société NRJ de l'ensemble de ses demandes et d'y ajouter sa condamnation à lui verser la somme de 12.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens ;

SUR CE, LA COUR,

Considérant que, pour un exposé complet des faits et de la procédure, il est expressément renvoyé au jugement déféré et aux écritures des parties ; qu'il suffit de rappeler que :

* le 3 octobre 2001, la société VORTEX qui exploite la radio musicale **SKYROCK** a déposé à titre de marque **PREMIER SUR LE MATIN**, enregistrée sous le n° 01 3 124 009, pour désigner les produits et services des classes 9,35,38 et 41 et notamment *les émissions radiophoniques*,

* selon, la société NRJ, la société VORTEX aurait utilisé cette marque pour désigner une émission radiophonique diffusée de 6 heures à 9 heures du matin par **SKYROCK**,

* au cours de l'année 2002, cette émission radiophonique ayant fait l'objet de campagnes de publicité, la société NRJ, s'appuyant sur l'audience des radios mesurée par la société **MEDIAMETRIE** qui établirait que l'audience de **SKYROCK** n'étant pas, pour cette tranche horaire, la première, s'estime victime du caractère déceptif de la marque litigieuse dès lors qu'elle serait susceptible d'être perçue comme signifiant que l'émission qu'elle désigne, est la plus écoutée pour la période considérée,

* c'est dans ces conditions que la société NRJ a engagé la présente procédure à l'encontre de la société VORTEX ;

Considérant que, à titre liminaire, il convient de relever que la société NRJ ne conteste pas le caractère distinctif de la marque **PREMIER SUR LE MATIN**, puisque son action est exclusivement fondée sur le caractère déceptif de celle-ci ;

*** sur la demande d'annulation de l'enregistrement de la marque PREMIER SUR LE MATIN pour déceptivité :**

Considérant, en droit, que selon les dispositions de l'article L.711-3 c) du Code de la propriété intellectuelle, *ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ;*

Que c'est le signe en lui-même qui doit être trompeur au regard des produits ou services désignés dans le dépôt, dont l'appréciation du caractère déceptif ou non doit être faite, par rapport à la perception qu'en a le public d'attention moyenne, en considération du risque d'erreur ou de confusion qu'il crée ;

Considérant, en l'espèce, que la marque *PREMIER SUR LE MATIN*, en ce qu'elle désigne *des émissions radiophoniques*, est de nature à faire accroire aux auditeurs que la station SKYROCK, exploitée par la société VORTEX, est la station la plus écoutée sur la tranche horaire du matin, alors qu'il résulte des études de la société MEDIAMETRIE, versées aux débats, que tel n'est pas le cas, circonstance, au demeurant, non contestée par la société intimée ;

Considérant que, pour s'opposer à la demande de la société NRJ, la société VORTEX fait valoir, de manière inopérante, que la marque litigieuse ne serait qu'une déclinaison du slogan emblématique *PREMIER SUR LE RAP* et que l'expression *PREMIER SUR XXX* constituerait l'élément d'habillage moteur et récurrent, le fil rouge de l'émission matinale de SKYROCK ;

Qu'en effet peu importe le contexte factuel dans lequel la marque a été déposée puisque, ainsi qu'il a été précisé, le caractère déceptif d'une marque doit être appréciée en considération de la marque en elle-même indépendamment du contexte et de l'usage qui en est fait ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la marque litigieuse est donc susceptible de tromper le public au regard des seules *émissions radiophoniques* visées au dépôt de la marque *PREMIER SUR LE MATIN* ;

Qu'en effet contrairement aux prétentions de la société appelante la marque litigieuse n'est pas susceptible de créer un risque d'erreur ou de confusion pour un consommateur d'attention moyenne, alors même que certains des produits et services visés au dépôt de la marque litigieuse présenteraient un caractère complémentaire aux émissions radiophoniques, s'agissant *des supports d'enregistrement, disques, bandes audio, cassettes audio, publicité radiophonique, parrainage, services de communications radiophoniques, diffusion de programmes musicaux, services de divertissement, production ou montage de programmes radiophoniques et organisation de concours et jeux radiophoniques*, dès lors que le public ne saurait, au regard de ces produits et services, attribuer à la marque litigieuse une primauté quelconque pour la période matinale ;

Considérant qu'il convient, en conséquence, de prononcer, conformément aux dispositions de l'article L. 714-3 du Code de la propriété intellectuelle, la nullité de l'enregistrement, déposé le 3 octobre 2001, de la marque *PREMIER SUR LE MATIN* n° 01 3 124 009, dont est titulaire la société VORTEX, en ce qu'il vise exclusivement les *émissions radiophoniques* ;

Qu'il s'ensuit que, sur ce point, le jugement déféré sera infirmé ;

*** sur la concurrence déloyale**

Considérant qu'il n'est pas contesté que la société VORTEX a, au cours de l'année 2000, réalisé une campagne publicitaire comportant des encarts, dont celui ci-dessous reproduit



Considérant que, au soutien de son action en concurrence déloyale, la société NRJ fait justement valoir que l'usage d'une marque déceptive par une entreprise est de nature à constituer des actes fautifs de concurrence déloyale à l'encontre de ses concurrents ;

Que, en l'espèce, l'usage de la marque *PREMIER SUR LE MATIN* est d'autant plus trompeur que celle-ci se trouve associée, de manière explicite, à la référence faite à la tranche matinale *6H>9H*, la seule adjonction des signes de ponctuation *?!* n'étant pas, par la combinaison qui en est faite, de nature à altérer l'impression d'ensemble qui se dégage de l'encart publicitaire, ci-dessus reproduit, selon laquelle la station SKYROCK serait la première sur la plage horaire considérée ;

Considérant que si la société VORTEX relève que le Bureau de vérification de la publicité (BVP) n'a strictement émis aucune objection relativement à la campagne publicitaire concernée, elle reconnaît elle même dans ses écritures que les avis émis par celui-ci ne lient pas les juridictions ; qu'en effet, un avis favorable du BVP ne saurait être assimilé à une certification ;

Considérant que, par ailleurs, la société VORTEX impute à la société NRJ de s'être livrée à une *publicité de nature à induire en erreur* les auditeurs ;

Mais considérant que, force est de constater, que la société intimée ne tire de cette circonstance, à supposer qu'elle soit établie, aucune conséquence juridique ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'utilisation de la marque litigieuse, du fait de son caractère déceptif, est, d'une part, de nature à rompre l'égalité des chances dans la compétition économique à laquelle participe les stations radiophoniques en présence et, d'autre part, ne respecte pas les usages loyaux du commerce ;

Qu'il s'ensuit un comportement fautif de la société VORTEX caractérisant des actes de concurrence déloyale, de sorte que, sur ce point également, le jugement déféré sera infirmé ;

*** sur les mesures réparatrices :**

Considérant que le comportement de la société VORTEX a causé un préjudice à la société NRJ dès lors que l'image de cette station n'a pas manqué d'être dégradée tant à l'égard du public que des annonceurs qui, même si ces derniers ont nécessairement une meilleure connaissance des taux d'audience que le public, n'en sont pas moins sensibles à la perception que tout auditeur peut se faire, au travers de campagnes publicitaires, d'une station ;

Qu'il convient en conséquence de condamner la société VORTEX à payer à la société NRJ une indemnité de 50.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de l'ensemble du préjudice qui lui a été causé par le comportement fautif de la société intimée ;

Considérant qu'il convient en outre d'autoriser la société NRJ à faire publier le présent arrêt suivant les modalités prévues au dispositif ;

*** sur les autres demandes :**

Considérant qu'il résulte du sens de l'arrêt que la société VORTEX ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ; que, en revanche l'équité commande de la condamner, sur ce même fondement, à verser à la société NRJ une indemnité de 10.000 euros ;

PAR CES MOTIFS

Infirme le jugement déféré en toutes ses dispositions,



Et, statuant à nouveau,

Prononce la nullité de la marque, déposée le 3 octobre 2001, *PREMIER SUR LE MATIN*, enregistrée sous le n° 01 3 124 009, dont est titulaire la société VORTEX, pour les seules *émissions radiophoniques* visées à l'enregistrement,

Dit que le présent arrêt sera transmis par le greffier à l'Institut national de la propriété industrielle aux fins d'inscription au registre national des marques,

Dit que la société VORTEX a eu un comportement fautif à l'encontre de la société NRJ, constitutif de concurrence déloyale,

Condamne la société VORTEX à payer à la société NRJ une somme de 50.000 euros à titre de dommages et intérêts, en réparation du préjudice subi par cette dernière,

Autorise la société NRJ à faire publier, en entier ou par extraits, le présent arrêt, dans trois journaux ou revues de son choix, et aux frais de la société VORTEX, sans que le coût de chaque insertion ne puisse excéder la somme de 3.500 euros H.T.,

Condamne la société VORTEX à verser à la société NRJ une indemnité de 10.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile,

Rejette toutes autres demandes,

Condamne la société VORTEX aux dépens de première instance et d'appel qui, pour ces derniers, seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699. du nouveau Code de procédure civile.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT



POUR COPIE CERTIFIÉE CONFORME
Le Greffier en Chef

d