

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 2
ARRET DU 24 MAI 2013
(n° 134, 18 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 11/22319.
Décision déferée à la Cour : Jugement du 22 Septembre 2011 - Tribunal de Grande Instance
de PARIS 3ème Chambre 4ème Section - RG n° 11/00673.

APPELANTES

SARL LT SERVICES prise en la personne de ses gérants, Messieurs Thomas NOMAKSTEINSKY et Laouari MEDJEBEUR, ayant son siège social 22-24 rue du Président Wilson 92300 LEVALLOIS PERRET,

SARL LT SERVICES venant aux droits de la société AMOTECK prise en la personne de ses gérants, Messieurs Thomas NOMAKSTEINSKY et Laouari MEDJEBEUR, ayant son siège social 22-24 rue du Président Wilson 92300 LEVALLOIS PERRET, Représentées par Maître Marie-Catherine VIGNES de la SCP GALLAND-VIGNES, avocat au barreau de PARIS, toque : L0010, assistées de Maître Cyril FABRE plaidant pour le Cabinet YDES, avocat au barreau de PARIS, toque : K0037.

INTIMÉE :

SARL COM'ONLINE prise en la personne de son gérant, ayant son siège social 35 boulevard Carnot 93200 SAINT DENIS, représentée par Maître François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125, assistée de Maître Firas MAMOUN substituant Maître Olivier ITEANU du Cabinet ITEANU, avocat au barreau de PARIS, toque : D1380.

INTIMÉE EN APPEL PROVOQUÉ :

SARL PUMPUP INGENIERIE prise en la personne de ses représentants légaux, ayant son siège social 196 C rue du Rocher de Lorzier 38430 MOIRANS, représentée par Maître Nathalie LESENECHAL, avocat au barreau de PARIS, toque : D2090, assistée de Maître Hélène DINICHERT plaidant pour la SELARL GDM & Associés, avocat au barreau de VERSAILLES.

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 4 avril 2013, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Marie-Christine AIMAR, présidente,
Madame Sylvie NEROT, conseillère,
Madame Véronique RENARD, conseillère, qui en ont délibéré.
Greffier lors des débats : Monsieur Truc Lam NGUYEN.

ARRET :

Contradictoire,

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile.

- signé par Madame Marie-Christine AIMAR, présidente, et par Monsieur Truc Lam NGUYEN, greffier présent lors du prononcé.

Vu les articles 455 et 954 du code de procédure civile,

Vu le jugement du 22 septembre 2011 rendu par le tribunal de grande instance de Paris (3ème chambre 4ème section),

Vu les appels interjetés les 14 et 15 décembre 2011 par la S.A.R.L. LT Services et la S.A.R.L. Amoteck,

Vu la jonction des procédures d'appel en date du 28 février 2012,

Vu l'assignation aux fins d'appel provoqué de la S.A.R.L. Com'Online à l'encontre de la S.A.R.L. Pumpup Ingénierie en date du 14 mai 2012,

Vu les dernières conclusions de la société LT Services tant en son nom personnel qu'aux droits de la société Amoteck, appelante en date du 14 septembre 2012,

Vu les dernières conclusions de la S.A.R.L. Com'Online intimée et incidemment appelante en date du 26 février 2013,

Vu les dernières conclusions de la S.A.R.L. Pumpup Ingénierie en date du 16 juillet 2012,

Vu l'ordonnance de clôture en date du 28 mars 2013,

SUR CE, LA COUR,

Il est expressément renvoyé pour un plus ample exposé des faits de la cause et de la procédure à la décision entreprise et aux écritures des parties,

Il sera simplement rappelé que :

- la S.A.R.L. LT Services, créée le 10 février 2008, agissant en son nom et venant aux droits de la société Amoteck, par transmission universelle de son patrimoine, exploite, sous le nom commercial Mektoube, une activité de développement et d'édition de sites Internet et d'applications informatiques, notamment dans le domaine de la rencontre Internet,

- elle exploite un site internet accessible notamment à l'adresse www.mektoube.fr au travers duquel elle propose un service dédié à la rencontre sur Internet à destination notamment de la communauté maghrébine, et se présente comme le leader en ce domaine,

- elle est titulaire des marques françaises suivantes pour désigner les produits et services relevant des classes 16, 35, 38, 41 et 45 :

* la marque verbale Mektoube N°07/3 496 889 enregistrée le 23 avril 2007,

* la marque verbale Mektoub N° 09/3 630 752 enregistrée le 18 février 2009,

- elle est également titulaire d'un nombre important de noms de domaines composés du terme Mektoube dont notamment le nom de domaine 'mektoube.fr' enregistré le 24 avril 2006 par la société Amoteck qui l'a transféré à la société LT Services,

- dès le 1er août 2006, elle a adopté le slogan commercial 'Boostez votre Mektoube',

- la S.A.R.L. Com'Online, créée le 24 janvier 2006, exploite une activité de conseil en système et logiciels informatiques et édite et exploite sur internet, sous le nom commercial et la marque Meetarabic.com, un service dédié à la rencontre sur internet à destination de la

communauté musulmane, accessible à l'adresse URL 'www.meetarabic.com'; elle a confié le 10 décembre 2009 le référencement Adwords de son site à la société Pump Up,
- par jugement du 15 avril 2010 devenu définitif le Tribunal de Grande Instance de Paris, saisi par les sociétés LT Services et Amoteck a rejeté les demandes fondées sur la contrefaçon de la marque Mektoube, l'atteinte au nom commercial et aux noms de domaines de la société LT Services, mais a dit que :

la société Com'Online a commis un acte de contrefaçon en reprenant entre le 2 novembre et le 9 décembre 2009 les caractéristiques essentielles de la page d'accueil du site mektoub.fr telle qu'elle existait le 9 octobre 2009 et des actes de concurrence déloyale en provoquant le référencement du site meetarabic à partir du mot mektoube et en employant des slogans commerciaux semblables ou proches de ceux de la société LT Services et a fait injonction à la société Com'Online de retirer de ses balises meta-tags et de ses pages satellites le mot mektoube sous astreinte de 500 euros par jour de retard passé le délai de quinze jours suivant la signification du jugement et de cesser tout usage des slogans 'Boostez votre mektoube' et 'Donnez un coup de pouce à votre mektoub'sous astreinte de 500 euros de retard passé le délai de quinze jours suivant la signification du jugement en se réservant la liquidation des astreintes.

Reprochant à la société Com'Online d'avoir courant 2010 procédé à la réservation, dans le cadre du programme publicitaire Adwords de Google, de mots-clés reproduisant de manière identique ou similaire les marques verbales françaises MEKTOUBE, MEKTOUB, fait preuve d'actes de suivisme permanent au regard des différentes mesures mises en oeuvre par la Société LT Services pour assurer la promotion de son site Internet, d'avoir persisté à reproduire dans les pages Web de son site Internet www.meetarabic.com les slogans commerciaux « Boostez votre Mektoub » et « donnez un coup de pouce à votre Mektoub » de la Société LT Services et d'avoir usurpé les noms commerciaux MEKTOUBE et MEKTOUB et des noms de domaine « mektoube.fr », « mektoub.fr », « mektoub.net et « mektoub.org » de la société LT Services, les sociétés LT Services et Amoteck ont de nouveau fait assigner la société Com'Online en paiement de dommages et intérêts et en liquidation d'une des astreintes prononcées ; la société Com'Online a fait assigner en garantie la S.A.R.L. Pumpup Ingenierie.

Suivant jugement dont appel, le tribunal a essentiellement :

- déclaré irrecevables l'ensemble des demandes de la société Amoteck fondées sur la concurrence déloyale et parasitaire,
- rejeté la demande de nullité du procès verbal de constat du 6 octobre 2010,
- rejeté la demande de la société Amoteck fondée sur la contrefaçon de la marque MEKTOUBE enregistrée sous le numéro 07 3496 889,
- rejeté les demandes de la société LT Services se rapportant à la réservation des mots clé mektoub ou mektoube sous les qualifications de marque, de concurrence déloyale, de faute civile, de publicité trompeuse et comparative prohibée,
- rejeté les demandes fondées sur l'usurpation du nom commercial et des noms de domaine de la société LT Services,
- liquidé l'astreinte provisoire prononcée par le jugement du 15 avril 2010 relative aux slogans Boostez votre mektoube et Donnez un coup de pouce à votre mektoube, à la somme de 4.000 euros,
- dit n'y avoir lieu au prononcé d'une nouvelle astreinte,
- rejeté la demande fondée sur la concurrence déloyale et parasitaire tenant au maintien desdits slogans,

- rejeté la demande en dommages et intérêts fondée sur les actes de suivisme de la société Com'Online,
- rejeté la demande de publication de la décision judiciaire,
- rejeté la demande en garantie formée contre la société Pum up,
- rejeté les demandes reconventionnelles de la société Com'Online contre la société LT Services,
- condamné la société Com'Online à payer à la société LT Services la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile outre le coût du procès verbal de constat de l'APP des 9 et 10 novembre 2010,
- ordonné l'exécution provisoire.

En cause d'appel

la Société Lt Services tant en son nom personnel que venant aux droits de la société Amoteck, demande essentiellement dans ses dernières écritures du 14 septembre 2012 de :

- confirmer le jugement en ses dispositions ne faisant pas grief à la société LT Services et de le réformer pour le surplus en y ajoutant :
- dire et juger que la société Com'Online a commis des actes de :

- * contrefaçon par reproduction et usage non autorisé et à tout le moins par imitation des deux marques verbales MEKTOUB dont elle est titulaire,
- * des actes de publicité trompeuse au sens de l'article L 121-1 du code de la consommation,
- * des pratiques de publicité comparative prohibée au sens des articles L 121-8 et L 121-9 du code de la consommation,
- * des actes d'usurpation des noms commerciaux Mektoub et Mektoube et des noms de domaine mektoub.fr, mektoub.fr, mektoub.net et mektoub.org,
- * de concurrence déloyale,
- * et des fautes civiles sur le fondement de l'article 1382 du code civil,

- condamner la société Com'online à lui payer les sommes suivantes à titre de dommages et intérêts :

- * 50.000 euros en réparation des actes de contrefaçon des marques,
- * 50.000 euros en réparation des actes de concurrence déloyale et parasitaires (référencement),
- * 50.000 euros en réparation des actes de concurrence déloyale et parasitaire (suivisme),

Subsidiairement,

- dire que la société Com'Online a commis des actes de concurrence déloyale au sens de l'article 1382 du code civil et la condamner à lui payer la somme de 200.000 euros à titre de dommages et intérêts,

Très subsidiairement,

- dire que la société Com'Online a commis des fautes civiles délictuelles sur le fondement de l'article 1382 du code civil et la condamner à lui payer la somme de 200.000 euros à titre de dommages et intérêts,
- rejeter l'ensemble des demandes de la société Com'Online,

- interdire à la société Com'Online sous astreinte la reproduction sous toutes ses formes du signe Mektoub et Mektoube,
- liquider l'astreinte prononcée par le jugement du 15 avril 2010 au titre des slogans à la somme de 127.500 euros en sus de celle de 4.000 euros liquidée par le tribunal,
- ordonner la publication de la décision dans trois journaux et sur le site internet de l'intimée, à ses frais,
- débouter la société Pumpup Ingenierie de l'ensemble de ses demandes formées à son encontre,
- condamner la société Com'Online à lui payer la somme de 25.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La société LT Services expose à cet effet que :

- par procès verbal des 4 et 5 mai 2010 l'Agence pour la Protection des Programmes a constaté suivant la saisie des requêtes de recherches mektoub.fr, mektoubefr, mektoubfr, Mektoub fr et Mektoub sur le moteur de recherche Google accessible à l'adresse www.google.fr l'affichage de liens hypertextes publicitaires Adwords pointant à destination du site Internet www.meetarabic.com de la société Com'Online,
- le 5 octobre 2010 la société Google Ireland a transmis au conseil de la société LT services en exécution d'une ordonnance présidentielle du 21 septembre 2010 des informations relatives aux campagnes publicitaires Adwords mises en oeuvre par la société Com'Online, et le 8 décembre 2010 la société Google adressait au conseil de la société LT Services des informations lui confirmant que les mots clés mektoub et mektoube à l'identique ou associé à l'occurrence fr ou l'expression 'rencontre' figuraient dans la liste des mots-clés réservés par la société Com'Online dans le cadre du programme Adwords,
- par procès verbal de constat du 18 mai 2010 l'Agence pour la Protection des Programmes constatait l'affichage de nouveaux liens hypertextes publicitaires à destination du site Internet www.meetarabic.com suivant la saisie des requêtes 'rencontre mektoube', ' mektoube', 'mektoube fr' et 'mektoub.fr',
- les impressions d'écran réalisées par ses soins par la société Com'Online pour justifier des agissements de concurrence déloyale et de pratique commerciale trompeuse ne sont pas probantes,
- le procès verbal de constat de l'APP du 6 octobre 2010 est valable et probant,
- les marques MEKTOUBE et MEKTOUB dont elle est titulaire sont distinctives au regard des produits et services qu'elles désignent,
- la réservation du mot clé mektoub ou mektoube dans le cadre du programme publicitaire Adwords de Google reproduisant ses marques enregistrées pour déclencher l'affichage, sans son consentement, d'un lien hypertexte publicitaire à destination d'un site internet désignant les produits et/ou des services identiques ou similaires à ceux couverts par la marque est constitutif de contrefaçon,
- il importe peu que les mots clés réservés soient associés à un terme descriptif de l'activité de la société Com'Online (rencontre ou meetarabic ou des extensions fr com),
- il s'agit d'un usage indu dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique qui porte atteinte à la fonction d'identification de ses marques, car l'ensemble des liens hypertextes publicitaires AdWords diffusés par la société Com'Online ne se distinguent en rien dans leur mode de présentation des résultats naturels du moteur de recherche, dans leur présentation, en l'absence d'identification immédiate de la société Com'Online depuis les liens hypertexte publicitaires, et par la banalité et le caractère générique des messages publicitaires générant un risque de confusion,

- la société Com'Online n'avait aucune qualité pour communiquer ni en droit ni en fait sur les marques MEKTOUB et MEKTOUBE, et a trompé l'internaute sur les qualités et droits de la société Com'Online sur ce signe, compte tenu du caractère confusant des liens hypertextes Adwords, et a commis des actes de publicité trompeuse en application de l'article L 121-1 du code de la consommation,
- la société Com'Online a commis des actes de publicité comparatives prohibées au sens de l'article L 121-8 du code de la consommation car compte tenu de l'identification implicite de la société LT Services par la nécessaire comparaison faite par l'internaute d'attention moyenne des campagnes publicitaires de la société Com'Online et les requêtes saisies, l'identité de services proposés et le caractère trompeur des campagnes publicitaires de la société Com'Online ces dernières contreviennent à ces dispositions,
- les campagnes publicitaires Adwords de la société Com'Online contreviennent aux dispositions de l'article l 121-9 du code de la consommation car elles lui permettent de tirer un avantage économique indu,
- les mots clés réservés qui reproduisent ou imitent son nom commercial et les noms de domaine composés du signe mektoub ou mektoube y portent atteinte,
- la société Com'Online a persisté à utiliser ses slogans commerciaux dans le code source des pages web de son site et leur référencement naturel, malgré l'interdiction générale du jugement, justifiant sa demande de liquidation d'astreinte,
- la société Com'Online a commis des actes de suivisme en adoptant systématiquement son même mode opératoire (en créant un profil facebook un mois après elle, créant un blog quelques jours après elle
, en reprenant systématiquement sa communication commerciale comme cela résulte du procès verbal de constat du 9 novembre 2010) s'appropriant ainsi de façon injuste son travail, et commettant des actes de concurrence déloyale et de parasitisme,
- à titre subsidiaire, la société Com'Online a commis des actes de concurrence déloyale et de parasitisme commercial et très subsidiairement a commis une faute civile fondée sur l'article 1382 du code civil en raison de ces mêmes faits (sic),
- les demandes reconventionnelles sont infondées car les statistiques de fréquentation de son site, et les rapports ComScore confirment qu'elle est, comme elle le communique sur son site, N° 1 de la rencontre musulmane et maghrébine
- la société intimée ne démontre pas que la perte de trafic invoqué lui soit directement imputable ou lui aurait bénéficié,
- elle n'a commis aucun acte de dénigrement,
- l'ensemble des faits reprochés à la société intimée lui ont occasionné d'importants préjudices tant économiques que moraux.

La S.A.R.L. Com'Online s'oppose aux prétentions de l'appelante, et pour l'essentiel, demande incidemment dans ses dernières écritures du 26 février 2013 de :

- confirmer le jugement en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il a rejeté la demande de nullité du procès-verbal de constat du 6 octobre 2010, les demandes reconventionnelles de la Société Com'Online et en ce qu'il a condamné la Société Com'Online au paiement des frais irrépétibles au titre de l'article 700 du Code de la Procédure Civile et au paiement de 4.000 euros au titre de la liquidation de l'astreinte,

En conséquence :

- vu le procès-verbal de constat dressé par Huissier de Justice le 25 Janvier 2011 à la requête de la Société Com'Online,

- dire et juger qu'il n'y a pas lieu d'appliquer/liquider l'astreinte ordonnée par le jugement du 15 Avril 2010,
- débouter la Société LT Services de toutes ses demandes, fins et conclusions.

Sur la contrefaçon de marque alléguée,

- prononcer la nullité du constat dressé par l'Agence pour la Protection des Programmes le 6 Octobre 2011,

En tout état de cause,

- dire et juger que l'utilisation des termes « Mektoub » et « Mektoube » à titre de mots clés, dans le cadre du système Google AdWords ne constitue pas une contrefaçon par reproduction ni par imitation des marques françaises « MEKTOUBE » n° 07/3.496889 et MEKTOUB n° 09/3630752,
- dire et juger que l'utilisation des termes « Mektoub » et « Mektoube » dans leur sens courant ne constitue pas une contrefaçon ni par reproduction ni par imitation des marques françaises « MEKTOUBE » n° 07/3.496889 et MEKTOUB n° 09/3630752 ,
- débouter en conséquence la Société LT Services de toutes ses demandes, fins et conclusions, au titre d'une prétendue violation de leurs droits de marques.

Sur la concurrence déloyale alléguée

- dire et juger que l'utilisation des termes « Mektoub » et « Mektoube » à titre de mots clés, dans le cadre du système Google AdWords ne constitue pas un acte de concurrence déloyale,
- dire et juger que la Société Com'Online n'a pas utilisé les slogans de la Société LT Services à savoir « Boostez votre Mektoube » et « Donnez un coup de pouce à votre Mektoube » sur son site internet www.meetarabic.com,
- dire et juger qu'en créant un profil pour le site www.meetarabic.com sur Facebook, et en insérant une rubrique « Blog » dans son site internet, Société Com'online n'a pas commis un acte de suivisme à l'égard de la Société LT, Services,
- dire et juger que l'utilisation des termes « Mektoub » et « Mektoube » à titre de mots clés, dans le cadre du service AdWords du moteur de recherche Google ne constitue pas un acte de concurrence déloyale,
- débouter en conséquence la Société LT SERVICES de toutes ses demandes, fins et conclusions, au titre d'une prétendue concurrence déloyale ou parasitaire, usurpation de nom commerciale ou de noms de domaine,

Sur la responsabilité délictuelle,

- dire et juger que la Société LT Services n'apporte pas la preuve d'une faute qui aurait été commise par la Société Com'Online, d'un dommage ou d'un lien de causalité.
- débouter en conséquence la Société LT Services de toutes ses demandes, fins et conclusions, au titre d'une prétendue violation de leurs droits de marques,
- débouter la Société Pumpup de sa demande à l'encontre de la Société Com'Online au titre de l'article 700 du Code de la Procédure Civile,

A titre subsidiaire,

- dire que la Société Pumpup sera tenue de garantir la Société Com'Online de toutes condamnations prononcées à son encontre au titre de la réservation de mots clefs « meetarabic mektoube » de son seul chef et sans autorisation de la Société Com'Online le 9 Juillet 2010 pendant 13 jours, sur le service de la Société Google, et la condamner par voie de conséquence à toutes condamnations à l'encontre de Com'Online au bénéfice des Sociétés LT Services,

A titre reconventionnel et en tout état de cause :

- dire et juger qu'en utilisant le slogan « Site N°1 de la rencontre Musulmane et Maghrébine » et le message publicitaire « Mektoube, Premier site de Rencontre destiné à la communauté maghrébine et musulmane en France. Boostez votre mektoub, Inscription Gratuite, Venez ! » pour le référencement naturel de son site ainsi que pour ses annonces sur le service AdWords de Google, sans réserve et sans informer les internautes sur la source de l'information avant leur accès au site, la Société LT Services s'est rendu coupable d'une pratique commerciale trompeuse au sens des articles L120-1 et L121-1 du code de la consommation,

- condamner la société LT Services à payer à la société Com'Online la somme de 50.000 euros au titre de dommages intérêts pour pratique commerciale trompeuse,

- dire et juger qu'en utilisant le slogan « Site N°1 de la rencontre Musulmane et Maghrébine » et le message publicitaire « Mektoube, Premier site de Rencontre destiné à la communauté maghrébine et musulmane en France. Boostez votre mektoub, Inscription Gratuite, Venez ! » pour le référencement naturel de son site ainsi que pour ses annonces sur le service AdWords de Google, sans réserve et sans informer les internautes sur la source de l'information avant leur accès à son site, la société LT Services s'est rendu coupable d'un acte de concurrence déloyale,

- condamner la société LT Services à payer à la société Com'Online 50.000 euros au titre de dommages intérêts au titre de la concurrence déloyale,

- dire et juger qu'en publiant un lien sur Twitter vers le jugement du 15 Avril 2010 publié sur www.legalis.net, la société LT Services s'est rendue responsable d'un acte de dénigrement à l'encontre de la société Com'Online au sens de l'article 1382 du Code civil,

- condamner la société LT Services à payer à la société Com'Online 40.000 euros au titre de dommages intérêts pour dénigrement,

- ordonner la diffusion à partir du compte Twitter du gérant de la société LT services, soit le compte « lmedjebeur », d'un message dont le texte est AVERTISSEMENT JUDICIAIRE jugement rendu par le Tribunal de grande Instance de Paris, la date du jugement à intervenir, suivi d'un lien hypertexte renvoyant sur la page de publication de la décision sur le site www.legalis.net, la diffusion de ce message devant intervenir dans un délai de 8 à 15 jours à compter de la signification de la décision à intervenir, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard,

- autoriser la société Com'Online à procéder à la publication des extraits de la décision à intervenir dans 4 revues ou magazines de son choix, aux frais de la société LT Services dans la limite de 15.000 € HT, somme qui devra être consignée entre les mains de Monsieur le

Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris dans les 8 jours suivants la signification du jugement à intervenir,

- ordonner l'affichage de la décision à intervenir sur le site Internet principal de la société LT Services, sur sa page d'accueil en partie haute, sur la première partie de page et au centre, pendant un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir et dire que cette publication devra s'afficher de façon visible en lettre de taille suffisante, aux frais de la société LT Services, en dehors de tout encart publicitaire et sans mention ajoutée, dans un encadré de 468x120 pixels, le texte devant être précédé du titre AVERTISSEMENT JUDICIAIRE en lettre capitales et gros caractères.
- condamner la société LT SERVICES au paiement des frais du procès-verbal de constat réalisé le 25 Janvier 2011,
- condamner la société LT Services à payer à la société Com'Online la somme de 15.000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile.
- ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir (sic).

La société Com'Online expose à cet effet que :

- l'utilisation des mots clés comportant les termes MEKTOUB et MEKTOUBE ne constitue pas un acte de contrefaçon car il n'existe pas de risque de confusion entre les services proposés par les parties,
- le jugement du 15 avril 2010 a déjà jugé en ce sens, et la société LT Services n'en ayant pas interjeté appel, elle ne peut sérieusement invoquer de nouveau la contrefaçon des mêmes marques et le même fondement,
- le terme mektoub est un mot arabe couramment employé qui signifie le mot destin, et le simple fait de modifier l'orthographe d'un terme descriptif ou usuel n'est pas suffisant pour lui conférer un caractère distinctif dès lors qu'ainsi modifié il continue d'être utilisé dans son sens habituel,
- le constat de l'APP du 6 octobre 2010 sur lequel se fonde l'appelante est irrégulier puisque la réponse de Google datée du 12 décembre 2010 établit qu'à la date de réalisation de ce constat tous les mots clés mektoub étaient fermés, supprimés ou suspendus, alors que les cookies n'ont pas été supprimés et le cache vidé à chaque recherche, et on peut relever que les recherches effectuées sur le mot mektoub et mektoube ne donnent comme premier résultat que le site mektoube.fr,
- il n'existe aucun risque de confusion car la présentation de son service est réalisée sans référence, imitation ou évocation même indirecte de la marque, le message publicitaire se situe clairement dans les liens commerciaux et la société Com'Online est identifiée directement à partir du lien hypertexte,
- elle n'a commis aucun acte de concurrence déloyale l'utilisation du terme usuel mektoub a toujours été accompagné d'autres mots tels que rencontre ou meetarabic et a été employé dans son contexte naturel et non sous forme de slogan et ce, alors que le procès verbal de constat des 9 et 10 novembre 2010 n'a pas été correctement établi,
- à la suite du jugement du 15 avril 2010 elle a remplacé dans un premier temps le terme mektoube par mektoub sur son site internet et a retiré le 17 mai 2010 l'intégralité du slogan'

Donnez un coup de pouce à votre mektoub' de son site mais il apparaît qu'à la date du 10 novembre 2010 il restait quelques pages satellites isolées et non mises à jour, mais elle justifie qu'à la date du 25 janvier 2011 le terme mektoub ne figure plus sur aucune de ses pages,

- elle n'a commis aucun acte de suivisme,
- son appel en garantie à l'encontre de la société Pump Up est fondé car elle lui avait demandée le 19 mai 2010 de ne plus utiliser le terme mektoub en tant que mot clé pour le référencement de son site, ce qu'elle reconnaît, mais de son propre chef et sans validation par la société Com'Online elle a ajouté le mot clef 'meetarabic' 'mektoub' le 9 juillet 2010 et l'a supprimé le 22 juillet 2010, et ce référencement n'a généré aucun trafic,
- le fait qu'elle ait un autre compte google n'a aucune incidence puisque dans sa réponse Google confirme que celui-ci ne comportait pas de mots clés proches de mektoub,
- la société LT Services utilise des méthodes déloyales en affichant 'site N° 1 de la rencontre maghrébine' depuis le lancement de son site qui figure dans l'intitulé du lien de référencement naturel sans préciser le critère adopté, ni la source permettant d'assurer ce positionnement, alors qu'elle démontre que cette mention est inexacte en matière de trafic et qu'il s'agit d'une pratique commerciale trompeuse,
- elle a fait indiquer dans un article paru dans le Monde Magazine du 20 novembre 2010 un nombre de membres inscrits '1,5 millions' alors que dans son assignation elle reconnaît 520.000 membres inscrits depuis son lancement, et cette information mensongère engage sa responsabilité civile, en attirant ainsi plus de membres à son détriment,
- elle a commis des actes de dénigrement en dénigrant sa concurrente qui exploite le site www.inchallah.com, en publiant sans autorisation du tribunal sur le site internet www.legalis.net et dans un message sur twitter par le co-fondateur de www.mektoub.com qui se présente comme tel.

La S.A.R.L. PUMPUP INGENIERIE demande dans ses dernières écritures du 16 juillet 2012 de déclarer sans objet l'appel en garantie formé à son encontre et sollicite la condamnation in solidum des sociétés Com'Online et LT Services à lui payer la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Elle indique à cet effet que :

- le 8 février 2010 dans le cadre du contrat de sa prestation de service dont elle n'a jamais été réglée, elle a adressé à la société Com'Online une liste de mots clés de nature à dynamiser son site meetarabic.com qui a été approuvée par cette dernière,
- ces mots clés ne comportaient pas les termes mektoub et mektoubé qui étaient déjà réservés par le gérant, avant la signature de son contrat,
- le 12 septembre 2009 le gérant de la société Com'Online a créé un groupe d'annonces dénommées mektoub,
- pendant toute la durée de la mission le gérant est resté contractuellement le propriétaire de sa campagne et est resté opérateur intervenant, il pouvait à tout moment se connecter à son compte et effectuer les opérations de son choix,
- elle n'avait pas connaissance du litige existant entre les deux sociétés, et a repris le compte AdWords existant.

SUR CE, LA COUR :

Sur la régularité du procès verbal de constat établi le 6 octobre 2010 n° 10-0735 par l'Agence pour la protection des programmes : La société Com'Online soutient pour solliciter la nullité de ce procès verbal que les résultats affichés sur le moteur de recherche Google et constatés sur celui-ci seraient incompatibles avec les informations fournies par la société Google les 5 octobre 2010 et 8 décembre 2010 desquelles il ressortirait qu'au 6 octobre 2010 les mots clés mektoubé et mektoub avaient été suspendus ou supprimés.

Cependant ce procès verbal qui a été établi par un agent assermenté est un moyen de preuve recevable dont la force probante est soumise à l'appréciation de la cour. L'agent scripteur indique que chaque jour, préalablement à ses constatations il a vérifié que l'option proxy est désactivée, a effacé l'historique du navigateur, supprimé les cookies, supprimé les fichiers Internet temporaires du navigateur, supprimé les éléments disponibles hors connexion enregistrés localement et vidé les caches du logiciel Visualroute, de sorte que toutes les mesures permettant un constat sur l'état des pages Internet lors de la consultation, ont été prises telles qu'elles sont directement accessibles à l'internaute

La société Com'Online ne démontre pas que les constatations en résultant sont erronées alors qu'elles sont compatibles avec celles du procès verbal des 4 et 5 mai 2010, et avec les réponses de la société Google dès lors qu'il n'est pas contesté que la société Com'Online dispose de plusieurs comptes Adwords. Aussi, à défaut de démontrer que les informations constatées et retranscrites par cette Agence sont inexactes ou dépourvues de toute neutralité, il n'y a pas lieu à annuler ce constat et il convient de confirmer le jugement de ce chef de disposition.

Sur les actes de contrefaçon des marques MEKTOUB :

Aux termes de l'article L 713-2 du code de la propriété intellectuelle, sont interdits, sauf autorisation du propriétaire la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : formule, façon, système, imitation, genre, méthode, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits et services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement.

Selon l'article L 713-3 du même code, sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public : la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ; l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

La société LT services est titulaire des marques françaises suivantes pour désigner les produits et services relevant des classes 16, 35, 38, 41 et 45 :

- * la marque verbale Mektoube N°07/3 496 889 enregistrée le 23 avril 2007,
- * la marque verbale Mektoub N° 09/3 630 752 enregistrée le 18 février 2009,

Si comme le Tribunal l'a relevé avec pertinence, le terme mektoub est évocateur du rôle du destin dans la rencontre amoureuse, celui-ci présente un caractère suffisamment distinctif, pour identifier l'origine des produits et services des classes 16, 35, 38, 41 et 45 tels qu'énumérés dans l'acte de dépôt. Ce terme ne constitue pas la désignation usuelle ou nécessaire d'une activité de rencontre adressée à une clientèle arabophone, l'internaute devant utiliser un autre terme plus pertinent pour accéder à ce type de site. Il est établi et non contesté que la deux sociétés en litige proposent les mêmes services de rencontre entre maghrébins et, pour la société Com'Online entre musulmans, à partir de leur site respectif. Il est reproché à la société Com'Online par la société LT Services, d'avoir réservé en toute connaissance des mots-clés reproduisant les marques MEKTOUB et MEKTOUBE dans le cadre du service de référencement publicitaire AdWords des sociétés Google et d'avoir organisé l'affichage sur le moteur de recherche google suivant la saisie des requêtes de recherche 'mektoub.fr,

mektoubefr, mektoubfr, mektoub fr et mektoub, rencontre mektoub mektoube, mektoub.fr', de liens hypertextes publicitaires Adwords pointant à destination du site Internet www.meetarabic.com de la société Com'Online pour des rencontres en ligne et d'avoir associé à ces liens hypertextes publicitaires, des messages publicitaires extrêmement proches à ceux utilisés par elle. Le constat effectué les 4 et 5 mai 2010 par l'Agence de Protection des Programmes fait apparaître à partir de la requête mektoub.fr sur le moteur de recherche Google, une page de résultats, avec dans la rubrique 'liens commerciaux' le message : 'rencontres sérieuses. Faites des rencontres sérieuses inscription 100% gratuite ! www.meearabic.com/Maghérébin',

Le 5 mai, l'agent a poursuivi ses opérations à partir des requêtes 'mektoubfr, mektoubefr, mektoub' et s'affiche en 1er résultat dans le cadre du référencement naturel le message 'www.meetarabic.com' venez rencontrer des maghrébins L'inscription est 100% gratuite'. La requête 'mektouf fr' a fait apparaître dans la rubrique des liens commerciaux en 3ème position le message Rencontres sérieuses ci-dessus mentionné. La requête 'mektoube' n'a fait apparaître le site meetarabic ni dans les résultats naturels, ni dans les liens commerciaux. Il ressort du procès verbal de constat établi par la même Agence le 6 octobre 2010 que les requêtes 'rencontre mektoub, mektoube' ont fait apparaître le site meetarabic.com en 1ère position dans les résultats naturels. La requête 'mektoub fr' a fait apparaître dans la rubrique des liens commerciaux en 9ème position le message 'Tchat maghreb inscription 100% gratuite tchatez avec des profils près de chez vous meetarabic.com/tchat maghreb' et la requête 'mektoube fr' aboutit aux mêmes résultats.

Cependant, la simple utilisation d'un mot clé identique aux marques, ne constitue pas en soi une atteinte à celles-ci. En effet, l'exercice du droit exclusif conféré par ces marques doit être réservé aux cas dans lesquels l'usage de ces signes par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de celles-ci et particulièrement à sa fonction distinctive.

En l'espèce, la présentation du service de la société Com'Online est réalisée sans référence ou imitation ou évocation même indirecte des marques Mektoub, les messages publicitaires qui y figurent et ne comportent pas le terme mektoub, sont inscrits dans la rubrique lien commercial séparée de la colonne des résultats naturels de la recherche et ce lien commercial identifie l'annonceur, les neuf messages, de caractère banal (faites des rencontres sérieuses, venez rencontrez des maghrébins, inscription 100% gratuite) étant suivis du nom de domaine www.meetarabic.com, et, en cliquant sur le lien hypertexte, l'internaute est conduit sur la page d'accueil de ce site qui mentionne la propriété du site de la société Com'Online, et les liens premium se trouvent dans un rectangle central spécifique avec un fonds de couleur rose ou jaune à la différence du fond blanc des résultats naturels, et sont accompagnés de la mention Annonces, de sorte qu'il ne peut exister de risque de confusion dans l'esprit de l'internaute moyennement attentif et présentant une maîtrise moyenne des fonctionnalités de recherche sur Internet et qu'il n'existe aucune atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque et c'est donc à bon droit que le tribunal a rejeté la demande formée au titre de la contrefaçon de ses marques par la société LT Services.

Sur la publicité trompeuse :

La société LT Services se fondant sur l'article L 121-1 du code de la consommation selon lequel une pratique commerciale est trompeuse.... lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur : l'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel, pour soutenir que la société

Com'Online a commis des actes de publicité trompeuse en portant atteinte à ses marques et a trompé directement l'internaute qui a pu croire à l'existence d'un lien économique commercial entre les deux sites internet eu égard notamment à l'identité des services qu'elles proposent. Cependant, aucun risque de confusion, comme mentionné ci-dessus n'existe, puisque les annonces sont classées sous la rubrique liens commerciaux, dans une colonne séparée de celles afférentes aux résultats naturels de recherche avec les mots clés qui comportent des messages désignant le produit avec des expressions banales toujours suivies du nom de domaine de la société Com'Online. C'est également à bon droit que le tribunal a rejeté la demande formée à ce titre.

Sur les publicités comparatives prohibées :

La société LT Services se fondant sur l'article L 121-8 du code de la consommation qui définit la publicité trompeuse comme 'toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent', prétend que la société Com'Online a, en procédant à un rattachement entre le signe du concurrent visant des produits et services et ceux de l'annonceur, commis des actes de publicité comparatives illicites et en toute hypothèse que ses campagnes publicitaires qui ont permis à la société Com'Online de tirer un avantage économique indu, contreviennent aux dispositions de l'article L 21-9 du code de la consommation.

Mais la publicité comparative est exclusive de tout risque de confusion puisqu'elle implique que la société concurrente est clairement identifiée alors que la société appelante ne cesse de soutenir qu'il existe un risque de confusion, faute par la société Com'Online de s'identifier sur les liens hypertextes, qui, au surplus, ne comportent aucune comparaison. Il convient de confirmer en conséquence, le jugement à ce titre.

Sur le nom commercial et les noms de domaine de la société LT Services :

La société LT Services prétend que les mots clés réservés dans le cadre du service publicitaire AdWords reproduisant ou imitant son nom commercial Mektoube et les noms de domaine composés du signe mektoube et mektoub associés aux extensions fir ou com constituent un usage illicite de son nom commercial et une usurpation de ses noms de domaine. Mais en l'absence de risque de confusion entre les sociétés et les services, il n'est pas établi l'existence d'une faute imputable à l'intimée et d'un préjudice en résultant. C'est donc également à bon droit que le tribunal a rejeté la demande formée à ce titre.

Sur la concurrence déloyale et parasitaire :

La société appelante évoque au soutien de sa demande, pour partie des faits examinés ci-dessus au titre de la contrefaçon de ses marques, de l'usurpation de son nom commercial, écartés en l'absence de risque démontré de confusion entre les activités des deux sociétés et d'autre part le maintien pour partie de ses slogans, dont elle demande réparation au titre de la liquidation d'astreinte. Cependant il est justifié par les pièces communiquées et il est non contesté que la société Com'Online a adopté systématiquement dans des délais très brefs le même mode opératoire de communication promotionnelle de la société LT Services en créant un profil Facebook un mois après elle, créant un blog quelques jours après elle, en reprenant systématiquement sa communication commerciale comme cela résulte du procès verbal de constat du 9 novembre 2010 : exemples : 10 mai et 12 mai 2010 : Facebook mektoube : la barre des 1000 fans ..pour le 2000ème fan un abonnement gratuit, Facebook meetarabic 16

mai : objectif 1000, un abonnement offert à notre 1000ème fan, Facebook mektoub 14 mai : le 1er qui dit..., Facebook meetarabic 19 mai : le premier qui me donne..., Facebook mektoub 26 mai : Algérie en coupe du monde, Facebook meetarabic 11 juin, ça y est la coupe du monde démarre aujourd'hui, Facebook mektoub 4 juin et Facebook meetarabic 15 juin : questionnement sur l'importance ou non sur l'appartenance à la religion musulman, Facebook mektoub 4 juin et Facebook meetarabic 22 juin : questionnement sur le divorce, Facebook Mektoub 20 juin et Facebook meetarabic, 6 juillet : questionnement sur l'exigence des candidats ... ; s'appropriant ainsi de façon déloyale, sans aucune nécessité, son travail, et commettant des actes de parasitisme et ce, dans le cadre de la mise en oeuvre de sa campagne de promotion importante de son site internet au travers du service Adwords de google à partir de mots clés Mektoub, alors que la société LT services justifie avoir procédé à des investissements publicitaires liés à la promotion de son site, importants.

Il convient en conséquence, infirmant le jugement à ce titre, de condamner la société Com'Online à payer à la société LT Services, en réparation du préjudice subi à ce titre la somme de 20.000 euros.

Sur la liquidation de l'astreinte :

Par jugement du 15 avril 2010 devenu définitif le Tribunal de Grande Instance de Paris a notamment dit que : la société Com'Online a commis un acte de contrefaçon en reprenant entre le 2 novembre et le 9 décembre 2009 les caractéristiques essentielles de la page d'accueil du site mektoub.fr telle qu'elle existait le 9 octobre 2009 et des actes de concurrence déloyale en provoquant le référencement du site meetarabic à partir du mot mektoub et en employant des slogans commerciaux semblables ou proches de ceux de la société LT Services et a fait injonction à la société Com'Online de retirer de ses balises meta-tags et de ses pages satellites le mot mektoub sous astreinte de 500 euros par jour de retard passé le délai de quinze jours suivant la signification du jugement et de cesser tout usage des slogans 'Boostez votre mektoub' et 'Donnez un coup de pouce à votre mektoub' sous astreinte de 500 euros de retard passé le délai de quinze jours suivant la signification du jugement en se réservant la liquidation des astreintes.

Il ressort du procès verbal de constat établi par l'Agence pour la Protection des Programmes en date des 9 et 10 novembre 2010, probant dès lors que l'agent assermenté a clairement mentionné que le vidage de la mémoire cache des ordinateurs utilisés était effectué chaque jour, à plusieurs reprises lors de la même session, que la société Com'Online a repris les slogans commerciaux de la société LT Services pour les apposer, sur des pages de son site Internet et que le slogan commercial de la société LT services a été imité ainsi en page 2 des résultats suite à la requête du slogan 'donnez un coup de pouce à votre mektoub' 'le mektoub.meetarabic.com le site français de rencontre....INSCRIVEZ-VOUS ET DONNER UN COUP DE POUCE A VOTRE MEKTOUB ! Sur meetarabic.com. Sur Meetarabic.com vous pourrez rencontrer tous types de personnes musulmans ou non...www.meetarabic.com/pub/rencontre/mektoub.htm', en pages 3 et 5 des résultats sont apparus des messages comprenant le slogan et renvoyant sur une page du site meetarabic.com.

La requête booster votre mektoub a donné en page 4 le même message comprenant le slogan et en cliquant sur le lien hypertexte est affiché la page <http://www.meetarabic.com/pu/rencontre/mektoub.htm> puis il s'est rendu sur le document source de cette page et il y a relevé la présence de la phrase vous avez maintenant la possibilité de rencontrer des célibatairesqui n'ont ...qu'un seul but : booster leur mektoub...

Le jugement du 15 avril 2010 a été signifié le 30 avril 2010 de sorte que l'astreinte a couru à compter du 15 mai 2010 jusqu'au 25 janvier 2011 fin des agissements litigieux. C'est avec pertinence que le tribunal ayant relevé que les slogans litigieux provoquaient pour l'un le référencement de messages publicitaires contenant ce slogan et pour l'autre que celui-ci n'apparaissait pas dans des messages publicitaires des pages de résultat du moteur de recherche Google mais se trouvait encore présent dans le code source d'une des pages du site ainsi que dans le texte figurant sur la page de ce site, a pu en déduire que la présence de ces deux messages était devenue très accessoire et ne provoquait plus que des référencement peu performants, le site meetarabic étant absent de la 1ère page de résultat et que la perception que pouvait en avoir le consommateur était très limitée, de sorte que c'est à bon droit qu'il a limité le montant de la liquidation de l'astreinte à la somme de 4.000 euros, la société Com'Online ayant par ailleurs justifié de ses diligences pour faire disparaître le terme mektoub et les slogans litigieux en premier accès.

Sur l'appel en garantie :

Il est justifié que c'est le gérant de la société Com'Online qui avait réservé les mots clés mektoub et mektoub et avait créé un groupe d'annonces mektoub avant la conclusion du contrat avec la société Pump Up Ingenierie et que celui-ci est resté opérateur intervenant pendant toute la campagne litigieuse, animant la gestion des mots clefs, sans informer cette dernière du litige existant avec la société Com'Online, de sorte qu'elle est particulièrement mal fondée à rechercher sa responsabilité. Par ailleurs la persistance du mot clef isolé mektoub pendant 13 jours avec un trafic limité, malgré la demande de la société Com'Online, d'y mettre fin, alors que le gérant de la société Com'Online pouvait intervenir à tout moment, n'est également pas de nature à engager sa responsabilité.

Il convient en conséquence, de confirmer le jugement de ce chef de disposition.

Sur les demandes reconventionnelles :

La société Com'Online reproche à la société LT Services des actes de concurrence déloyale et de pratique commerciale trompeuse sur le fondement des articles 1382 du code civil et L 121-1 du code de la consommation caractérisés par des pratiques trompeuses de référencement au motif qu'elle communique sur son site en indiquant qu'elle est site N°1 de la rencontre musulmane et maghrébine en France, mais la société Com'Online ne démontre pas que la perte de trafic invoqué soit directement imputable à la société LT Services ou lui aurait bénéficié alors au surplus que les rapports ComScore en date de mai 2010 et février 2011 font apparaître que le site meektoub est le 1er site destiné aux personnes musulmanes en nombre de visiteurs et d'inscrits et que par des motifs pertinents que la cour fait siens, le tribunal a jugé que la société LT Services n'a commis aucune faute en exploitant ce slogan dans son message de référencement tant au regard des dispositions du code de la consommation que de l'article 1382 du code civil.

La société Com'Online est en outre irrecevable à lui imputer des campagnes de dénigrement à l'encontre d'autres exploitants de sites, nul ne plaidant par procureur.

La société Com'Online reproche à la société LT Services des campagnes de dénigrement dont l'une vise l'un des gérants de la société LT services qui aurait publié sur son blog personnel des propos dénigrants, ce qui ne peut être reproché à la société qui n'en est pas l'auteur, et l'autre, un article du Monde Magazine en date du 20 novembre 2010 dans lequel le journaliste

fait référence et commente le jugement du 15 avril 2010 après avoir interviewé les fondateurs de la société LT Services, mais sans démontrer que la société soit l'auteur des propos incriminés, ni démontrer le caractère dénigrant. Il convient en conséquence de confirmer le jugement et de rejeter l'ensemble des demandes reconventionnelles formées par la société Com'Online tant en paiement qu'au titre de la demande de publication de la décision suivant diverses modalités.

Sur les autres demandes :

L'équité commande de condamner la société LT Services à payer à la société Com'Online la somme de 3.000 euros et la société Com'Online à payer à la société Pumpup Ingenierie la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de rejeter la demande formée à ce titre par la société LT Services.

La demande de condamnation au titre des frais du procès verbal d'huissier du 25 janvier 2011 qui ne peuvent comme sollicité, être compris dans les dépens définis à l'article 695 du code de procédure civile, doit être rejetée. Les dépens d'appel resteront à la charge de la société LT Services qui succombe principalement et seront recouverts par les avocats de la cause dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

Confirme le jugement sauf en ce qui concerne les demandes formées par la société LT Services au titre de la concurrence parasitaire,

En conséquence,

Dit que la société Com'Online a commis des actes de parasitisme au détriment de la société LT Services,

Condamne la société Com'Online à payer à la société LT Services la somme de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts,

Y ajoutant,

Condamne la société LT Services à payer à la société Com'Online la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société Com'Online à payer à la société Pumpup Ingenierie la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejette l'ensemble des demandes de la société LT Services,

Rejette le surplus des demandes reconventionnelles de la société Com'Online et de la société Pumpup Ingenierie,

Condamne la société LT Services aux entiers dépens qui seront recouverts par les avocats de la cause conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT