

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE
2ème Chambre
ARRÊT AU FOND
8 SEPTEMBRE 2010

N° 2010/ 329
Rôle N° 08/04424

APPELANTE

Société DIRECT DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED, prise en la personne de son dirigeant en exercice dont le siège social est sis 2 bis avenue Durante - 06000 NICE représentée par la SCP BLANC-CHERFILS, avoués à la Cour, plaidant par la SCP SALANS & ASSOCIES, avocats au barreau de PARIS

INTIMEE

S.A.R.L. UNIVERS DISCOUNT prise en la personne de son gérant en exercice dont le siège social est sis 11 rue Sophie Germain - 75014 PARIS représentée par la SCP DE SAINT FERREOL-TOUBOUL, avoués à la Cour, plaidant par Me Bertrand BURMAN, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 21 juin 2010 en audience publique devant la Cour composée de :
Monsieur Robert SIMON, Président
Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller
Monsieur André JACQUOT, Conseiller
qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Mireille MASTRANTUONO

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 8 septembre 2010.

ARRÊT, contradictoire, prononcé par mise à disposition au greffe le 8 septembre 2010,
Signé par Monsieur Robert SIMON, Président, et Madame Mireille MASTRANTUONO,
greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCEDURE, DEMANDES

La société DIRECT DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED commercialise des compléments alimentaires au travers de son site internet www.lesproteines.com dont l'exploitation a débuté le 19 mars 2002. De son côté la S.A.R.L. UNIVERS DISCOUNT exerce la même activité au travers de ses sites www.proteinepascher.com et www.proteinepascher.fr enregistrés respectivement en novembre et décembre 2005. Le Tribunal de Commerce de NICE, par jugement du 20 février 2008 retenant que protéine est un terme générique, et que sont usuelles les mises en page, descriptions de produits

traduites, propositions de carte de fidélité ou de lettre d'information, et création d'un espace utilisateurs, a :

* dit que la société UNIVERS DISCOUNT n'a pas commis d'actes de concurrence déloyale ni de contrefaçon envers la société DIRECT DISTRIBUTION;

* dit qu'il n'y a pas lieu de désigner un expert;

* débouté la seconde société de toutes ses demandes;

* débouté la première société de sa demande de dommages et intérêts pour procédure abusive;

* condamné dans ses motifs la société DIRECT DISTRIBUTION à payer à la société UNIVERS DISCOUNT la somme de 5 000,00 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile, mais sans reprendre cette condamnation dans son dispositif.

La société DIRECT DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED a interjeté appel.

Concluant le 25 mars 2010 elle soutient notamment que :

- sa notoriété a très fortement progressé entre 2007 et 2008 ce qui fait d'elle le leader des sites internet visités sur le marché des compléments alimentaires; la société UNIVERS DISCOUNT propose à la vente non seulement des protéines mais aussi ces compléments; seul le site www.proteinepascher.fr est référencé sur le site www.archive.org mais pas le site www.proteinepascher.com; cette société a lancé ses 2 sites alors qu'elle connaissait tant elle-même que le site www.lesproteines.com; sur sa demande l'exploitant du site www.proteinemoinscher.com a retiré celui-ci pour éviter le risque de confusion;

- la société UNIVERS DISCOUNT a commis des actes de concurrence déloyale :

. imitation de son nom de domaine d'où un risque de confusion;

. imitation de son site par similitude des mises en page, descriptions des produits traduites, carte de fidélité, lettre d'information, avis d'utilisateurs;

. utilisation de manière déloyale sur le moteur de recherche GOOGLE des mots de référencement SCIENTEC NUTRITION alors que la société UNIVERS DISCOUNT n'a jamais commercialisé ces produits à l'inverse d'elle-même;

. offre déloyale de produits non disponibles à la vente;

- la société UNIVERS DISCOUNT a commis des actes de contrefaçon en reproduisant les fiches de présentation des produits qui sont propres à elle-même y compris pour leur traduction anglais/français et sur lesquelles elle-même a des droits d'auteur;

- après le jugement sa fiche produit BSN SYNTHIA 6 dont elle est l'auteur a été contrefaite par son adversaire, lequel a rectifié la situation suite à une mise en demeure.

L'appelante demande à la Cour d'infirmier le jugement et de :

- dire et juger qu'en utilisant les noms de domaine www.proteinepascher.fr et www.proteinepascher.com pour nommer un site concurrent de www.lesproteines.com qui constitue une imitation du nom de domaine www.lesproteines.com, en adoptant pour son site www.proteinepascher.fr un graphisme imitant largement celui du site www.lesproteines.com, et en proposant aux internautes sur son site www.proteinepascher.fr des fonctionnalités identiques au site www.lesproteines.com la société UNIVERS DISCOUNT a commis des actes de concurrence déloyale au préjudice d'elle-même;

- dire et juger que le fait pour cette société de réserver sur le moteur de recherche GOOGLE le mot-clé SCIENTEC NUTRITION, alors qu'elle ne vend pas les produits de cette marque, constitue un comportement déloyal supplémentaire au profit d'elle-même qui vend les produits de cette marque;

- condamner la société UNIVERS DISCOUNT à lui payer la somme de 80 000,00 euros à titre de provision sur dommages-intérêts;

- interdire à la même la poursuite de tels agissements, sous astreinte de 1 000,00 euros par infraction constatée et par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt;

- interdire à la société UNIVERS DISCOUNT d'utiliser, outre ses 2 noms de domaine, tout autre nom de domaine proteinepascher quelque soit son extension, sous astreinte de 1 000,00 euros par infraction constatée et par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt;
- constater que le site www.proteinepascher.fr reproduit les traductions originales mises en ligne sur le site www.lesproteines.com sur lesquelles elle-même dispose des droits patrimoniaux;
- dire et juger que ces actes de reproduction constituent des actes de contrefaçon, et à titre subsidiaire de concurrence déloyale;
- condamner la société UNIVERS DISCOUNT à lui payer la somme de 50 000,00 euros à titre de provision sur dommages et intérêts;
- nommer un expert afin de déterminer l'étendue véritable des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale, et de permettre à elle-même de compléter ses demandes;
- ordonner la publication par extraits de l'arrêt dans 10 supports de presse écrite ou en ligne à son choix, et aux frais de la société UNIVERS DISCOUNT sans que le coût global ne puisse dépasser la somme de 100 000,00 euros H.T.;
- ordonner aux frais de cette société la suppression des noms de domaine www.proteinepascher.fr et www.proteinepascher.com auprès de l'AFNIC et de tout autre organisme et/ou prestataire habilité, à la diligence d'elle-même;
- condamner la société UNIVERS DISCOUNT à lui payer la somme de 20 000,00 euros par application de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Par conclusions du 30 novembre 2009 la S.A.R.L. UNIVERS DISCOUNT répond notamment que :

- 17 autres sites internet, tant lors de l'assignation (11) qu'aujourd'hui (6), comprennent le mot protéines;
- il n'y a pas volonté de confusion entre son site et celui de son adversaire;
- elle n'a acheté qu'une seule fois les produits SCIENTEC NUTRITION qui ont généré à leur revente pendant 5 mois et pour 20 produits un chiffre d'affaires de 417,96 euros H.T., et les a retirés de son site à la première demande de la société éponyme.

L'intimée demande à la Cour de confirmer le jugement tout en rectifiant l'erreur matérielle concernant l'article 700 du Code de Procédure Civile, et de :

- débouter la société DIRECT DISTRIBUTION;
- condamner la même à lui payer les sommes de :
 - . 20 000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive;
 - . 15 000,00 euros en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile;
- à titre infiniment subsidiaire lui donner acte qu'elle ne s'oppose pas à une expertise informatique judiciaire aux frais avancés par son adversaire.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 27 mai 2010. Le même jour la société UNIVERS DISCOUNT a communiqué les pièces 26 et 27 et a conclu, ce qui a conduit :

- la société DIRECT DISTRIBUTION a conclu au rejet le 10 juin;
- la société UNIVERS DISCOUNT a conclu au non-rejet le 18 suivant.

MOTIFS

Sur la procédure :

La société UNIVERS DISCOUNT a communiqué 2 pièces et a conclu le jour même de l'ordonnance de clôture, ce qui n'a pas permis à la société DIRECT DISTRIBUTION de disposer, pour examiner ces pièces et conclusions, du <temps utile> requis par l'article 15 du Code de Procédure Civile. C'est donc à juste titre que la seconde société demande le rejet de

ces pièces et conclusions. Par une simple erreur matérielle le Tribunal de Commerce a condamné dans ses motifs la société DIRECT DISTRIBUTION à payer à la société UNIVERS DISCOUNT la somme de 5 000,00 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile mais sans reprendre cette condamnation dans son dispositif; cette erreur sera donc réparée par la Cour.

Sur le fond :

Le mot <protéine/protéines> est un terme biologique purement générique et descriptif désignant une substance permettant d'améliorer la musculature, et qui de ce fait n'est pas susceptible d'appropriation; plusieurs sites internet le reprennent d'ailleurs (par exemple muscle-et-proteine.com, mgproteines.com, lecarrefourdesproteines.com, eggo-protein.com, proteine-nutrition.com, achat-proteines.com); ce mot est ainsi d'usage courant. Par ailleurs il existe une différence entre d'une part www.proteinepascher.com et www.proteinepascher.fr et d'autre part, www.lesproteines.com, lesquels proposent respectivement des protéines pas chères (mais pas anormalement comme le prétend la société DIRECT DISTRIBUTION) et des protéines 'tout court', ce qui exclut tout risque de confusion de la part des consommateurs d'attention moyenne que sont les personnes cherchant à acquérir des protéines sur internet; au surplus les prix de ces protéines sont libres, et aucun des noms des 2 parties (la société DIRECT DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED et la société UNIVERS DISCOUNT) ne contient le mot <protéine-protéines>.

Le fait que Monsieur Fabrice VIGOUROUX et la S.A.R.L. GROUPE NEO dont il est le gérant, tous deux exerçant sous le nom commercial NEOSPORT et exploitant le site www.proteinemoinscher.com, aient reconnu un risque de confusion de celui-ci avec www.lesproteines.com ne suffit pas à caractériser ce même risque vis-à-vis des sites www.proteinepascher.com et www.proteinepascher.fr de la société UNIVERS DISCOUNT.

En ce qui concerne le contenu des sites en litige la Cour constate, au vu notamment du procès-verbal de constat établi en janvier-février 2007 par un Huissier de Justice à la requête de la société DIRECT DISTRIBUTION, que :

- les mises en page se ressemblent pour partie parce qu'elles présentent toutes deux, ce qui est inévitable, des photographies de personnes musclées ainsi que des listes des produits en vente et des marques existantes en privilégiant ceux et celles qui ont du succès; mais pour autant elles ne peuvent être prises l'une pour l'autre; de plus www.lesproteines.com est de couleur dominante orange, tandis que www.proteinepascher.com et www.proteinepascher.fr sont de couleur dominante bleue;
- sont communs et usuels en matière de sites internet les cartes de fidélité, lettres d'information et avis des utilisateurs, d'autant que leurs présentations matérielles respectives de ceux en litige excluent tout risque de confusion même si ces cartes sont sur les pages d'écran au même emplacement;
- sont identiques les descriptions des produits SYNTHA 6 de la marque BSN, ainsi que MASSTECH, NITROTECH et THERMOGAIN de la marque MUSCLETECH, tandis qu'elles sont différentes sur d'autres sites internet tels que www.bodxl.fr et www.planete-fitness.com pour MASSTECH et NITRO-TECH, ou www.fitadium.com et www.labo-sante.com pour THERMOGAIN; cependant la description du produit SYNTHA 6 est identique pour le site www.nutrisports-boutique.com au 12 mars 2008 soit après le jugement même si par la suite cette situation a disparu, et l'exploitant de ce site n'a pas été poursuivi par la société DIRECT DISTRIBUTION; par ailleurs et surtout cette dernière ne démontre pas le

caractère suffisamment original de ses descriptions ni son droit de propriété sur ces dernières, faites en français à partir de l'anglo-américain, et qui sont quels que soient leurs auteurs uniquement des présentations et informations purement techniques ne portant pas l'empreinte de la personnalité de cette société.

Selon les recherches faites au 23 octobre 2007 l'expression SCIENTEC NUTRI-TION tapée sur le moteur de recherches GOOGLE renvoie au site www.proteinepascher.fr alors que ce dernier ne vend pas ce produit à la différence du site www.lesproteines.com; mais la société UNIVERS DISCOUNT justifie avoir commandé une faible quantité de tels produits à plusieurs reprises en septembre-octobre 2007 soit avant le jugement, et la société DIRECT DISTRIBUTION ne démontre pas avoir subi un préjudice du fait de l'absence de vente de ces produits sur le site internet de son adversaire. Enfin au 5 février 2010 le site www.proteinepascher.fr est accessible, toujours par ce moteur de recherches, en tapant les produits 4EVERFIT, GARNELL NUTRITION et SYNTRAX, alors qu'il ne vend pas ces derniers; cependant cette situation est bien postérieure au jugement, et surtout le préjudice qu'en aurait subi la société DIRECT DISTRI-BUTION n'est pas non plus démontré.

Pour l'ensemble des motifs ci-dessus le jugement sera confirmé pour avoir à bon droit écarté les prétendus actes de concurrence déloyale et de contrefaçon de la société UNIVERS DISCOUNT.

Sur les demandes annexes :

Si l'appel de la société DIRECT DISTRIBUTION était injustifié, son caractère abusif n'est pas démontré, non plus que le préjudice spécifique hors frais irrépétibles qu'en aurait subi la société UNIVERS DISCOUNT; par suite la Cour débouterait cette dernière de sa demande de dommages et intérêts. Enfin ni l'équité, ni la situation économique de l'appelante, ne permettent de rejeter en totalité la demande faite par son adversaire au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

D E C I S I O N

La Cour, statuant par arrêt contradictoire,

Déclare irrecevables pour tardiveté les pièces 26 et 27 ainsi que les conclusions de la S.A.R.L. UNIVERS DISCOUNT notifiées le 27 mai 2010.

Rectifie le jugement du 20 février 2008 en ce sens que dans le dispositif sera ajoutée la mention 'Condamne la société DIRECT DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED à payer à la S.A.R.L. UNIVERS DISCOUNT la somme de 5 000,00 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile', et ordonne mention de cette rectification sur les minute et copies de ce jugement.

Confirme en totalité ce jugement.

Condamne en outre la société DIRECT DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED à payer à la S.A.R.L. UNIVERS DISCOUNT une indemnité de 6 000,00 euros au titre des frais irrépétibles d'appel.

Rejette toutes autres demandes.

Condamne la société DIRECT DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED aux dépens d'appel, avec droit pour les Avoués de la cause de recouvrer directement ceux dont ils ont fait l'avance sans avoir reçu provision, en application de l'article 699 du Code de Procédure Civile.

Le GREFFIER

Le PRÉSIDENT.