

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE METZ
1ère Chambre
ARRÊT DU 28 FEVRIER 2012

APPELANTES

Madame Mme Catherine Geneviève B., exerçant sous le nom commercial
ECOGAM, xxx 34400 LUNEL
Représentée par Me Stéphane FARAVERI, avocat à la Cour

SARL ECOGAM, représentée par son gérant,
270, Rue Thomas Edison
34400 LUNEL
Représentée par Me Stéphane FARAVERI, avocat à la Cour

INTIMEE

SARL TOP SERVICE, représentée par son gérant,
4, Rue du Château
55800 COUVONGES
Représentée par Me Patrick VANMANSART, avocat à la Cour

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ

PRÉSIDENT : Madame STAECHÉLE, Président de Chambre
ASSESEURS : Mademoiselle OTT, Conseiller
Madame CUNIN-WEBER, Conseiller
GREFFIER PRÉSENT AUX DÉBATS : Mme PERSIALI
DATE DES DÉBATS : Audience publique du 03 Janvier 2012

L'affaire a été mise en délibéré pour l'arrêt être rendu le 28 Février 2012.

La SARL TOP SERVICE exerce une activité de négoce et distribution de divers produits de quincaillerie. Par acte en date du 24 janvier 2008, elle a assigné selon la procédure d'assignation à jour fixe Mme Geneviève B. exploitant sous le nom commercial ECOGAM, sur le fondement des articles L-713-2 et suivants, L-716-1 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle, 1382 et 1383 du Code Civil, aux fins de :

- dire que le nom de domaine 'sodafrance.fr' réservé par Mme Geneviève B. constitue une contrefaçon de la marque 'Sodafrance' enregistrée à l'INPI sous le numéro 05 3365 601 par la SARL TOP SERVICE,

- dire que le dépôt du nom de domaine 'sodafrance.fr' ainsi que l'exploitation du site par la société ECOGAM constitue un acte de concurrence déloyale et parasitisme, portant atteinte au nom de domaine 'sodafrance.com' déposé par la SARL TOP SERVICE,

- condamner la défenderesse au paiement de la somme de 15 000 € à titre de dommages-et-intérêts,

- interdire à Mme Geneviève B. exerçant sous l'enseigne ECOGAM la poursuite des actes de contrefaçon, concurrence déloyale et parasitisme sous astreinte de 1 000 € par jour de retard à compter de la signification de la décision à intervenir, et notamment ordonner le retrait par l'entreprise ECOGAM et Mme Geneviève B. du nom de domaine 'sodafrance.fr' et ce sous la même astreinte,

- ordonner la publication du jugement à intervenir sur le site 'sodafrance.com' exploité par la SARL TOP SERVICE aux frais de l'entreprise ECOGAM.

La SARL TOP SERVICE exposait qu'elle avait déposé la marque semi-figurative 'Sodafrance' auprès de l'INPI, désignant des : 'conteneurs métalliques contenant du gaz carbonique. Machines pour la préparation domestique des sodas et des boissons gazeuses. Sodas, sirops et produits pour la fabrication de boissons gazeuses', en classes 6,7 et 30 de la classification internationale ; qu'elle est propriétaire du nom de domaine 'sodafrance.com' créé le 28 février 2003, désignant un site internet qu'elle exploite depuis pour commercialiser en ligne des appareils de préparation de boissons gazeuses à usage domestique ;

Qu'elle avait parmi ses fournisseurs depuis 2003 l'entreprise individuelle ECOGAM qui notamment distribue des produits de marque Sodaquick déposée le 30 novembre 2001 par M. Philippe B. de ECOGAM en classes 7,8,21 et 32 pour désigner en particulier des appareils domestiques de gazéification (machine à soda), étant précisé que M. B. sous le nom ECOGAM exploite un site internet sous le nom de domaine 'Sodaquick.com' pour commercialiser les bulles doseur et machines à soda.

Or elle avait constaté que son fournisseur avait déposé pour lui-même le nom de domaine 'Sodafrance.fr' le 25 septembre 2007 et l'exploitait avec le même contenu que Sodaquick pour commercialiser les appareils à fabrication de sodas, utilisant également la dénomination 'sodafrance.fr' dans les adresses email.

Elle avait rappelé ses droits à son fournisseur ECOGAM qui a cependant continué à exploiter le site 'sodafrance.fr' et a, de plus, acheté le 13 novembre 2007 le nom de domaine soda-france.com montrant ainsi sa volonté de lui nuire et d'usurper ses signes distinctifs.

La SARL TOP SERVICE considère qu'il y a ainsi contrefaçon puisque reproduction à l'identique de sa marque 'Sodafrance' pour désigner exactement les mêmes produits dans le cadre d'une activité commerciale, et que ces actes constituent également de la concurrence déloyale et du parasitisme en ce qu'ils portent atteinte au nom de domaine 'sodafrance.com' en usurpant l'identité du site exploité par elle et en générant une confusion complète dans l'esprit de la clientèle au détriment de la SARL TOP SERVICE qui est totalement occultée par le fabricant-fournisseur.

Elle soutient que sa marque 'Sodafrance' est valable, et que les droits revendiqués par ECOGAM pour l'appellation SODA QUICK ne constituent pas des antériorités pertinentes pouvant justifier l'annulation de sa propre marque.

Par acte du 11 février 2008, la SARL TOP SERVICE, ayant appris que l'entreprise individuelle exploitée par Mme Geneviève B. sous l'enseigne ECOGAM avait fait l'objet d'une radiation le 4 janvier 2008 et qu'une nouvelle EURL au nom de ECOGAM avait été créée et enregistrée au registre du commerce et des sociétés le 27 décembre 2007 au même siège social et pour la même activité, a assigné en intervention forcée la société ECOGAM SARL Unipersonnelle ' gérée par M. B. époux de Mme Geneviève B. ' venant selon elle aux droits de l'entreprise individuelle ECOGAM, de sorte qu'elle dirigeait ses demandes à l'encontre de Mme Geneviève B. ainsi que la société EURL ECOGAM.

Les instances ont été jointes le 27 mars 2008.

Les défenderesses ont conclu au débouté, et à titre reconventionnel elles ont demandé au tribunal de :

- dire que la marque 'Soda France' est insuffisamment distinctive et de surcroît trompeuse, et en conséquence annuler la marque 'Soda France',
- condamner la SARL TOP SERVICE à payer la somme de 500 000 € à titre de dommages-et-intérêts pour le préjudice subi par la société ECOGAM pour faits de concurrence déloyale,
- interdire à la SARL TOP SERVICE la poursuite de ses actes de concurrence déloyale et l'utilisation de la marque 'Soda Quick' sur son site 'sodafrance.com',
- notamment ordonner le retrait par la SARL TOP SERVICE du nom de domaine 'sodafrance.com' sous astreinte.

Elles faisaient observer que seule la marque 'Soda France', en 2 mots, avait été déposée par la SARL TOP SERVICE, et soutenaient que :

- cette marque ne peut pas être protégée car elle est de nature à induire en erreur le public en lui laissant entendre que les produits sont originaires de France alors qu'en réalité ils sont d'origine très diverses ;
- que cette marque n'est absolument pas protégée en ce qui concerne les sites internet et la publicité en ligne (classe 35) compte-tenu des classes dans lesquels le dépôt a été réalisé (6,7 et 32).

Au contraire cette marque est nulle par application de l'article L714-3 du code de la propriété intellectuelle, car se présentant en 2 mots séparés elle se compose d'une indication générale sur le produit et d'une indication de provenance, alors que 'soda' est trop générique pour conférer à la marque une quelconque distinctivité et qu'il en est de même pour le terme France que nul ne peut déposer et qui de plus est trompeur.

Elles soulignaient que les sites 'sodafrance.fr' et 'soda- France.com' ne sont plus leurs propriétés, ayant été remis sur le marché et devenus depuis propriété de la SARL TOP SERVICE dont la demande en fermeture du site est donc particulièrement mal fondée. Elles précisaient que le site 'sodaquick.com' avait été enregistré en 2001 par ECOGAM Inc Canada. Elles considéraient que le site 'sodafrance.fr' ne faisait pas concurrence à la SARL TOP SERVICE ' qui se prétend distributeur mais qui en réalité n'exerce qu'un commerce de

détail en quincaillerie ', dans la mesure où il ne s'adresse pas à la clientèle française, ne fait pas de ligne en vente, et ne propose aucun produit ni service, aucun prix ni livraison, où les mails sont dirigés vers sodaquick.com qui constitue juste un outil d'aide aux distributeurs. Elles contestaient ainsi tout acte de concurrence déloyale, ajoutant que la France n'étant pas un lieu de livraison aucune contrefaçon de marque ne saurait être retenue car la marque ne s'adresse pas au public français. Elles affirmaient ne pas être le fournisseur de la SARL TOP SERVICE qui a pu se procurer par un importateur en 2004 ou 2005 un petit lot de quelques appareils 'Soda Quick Europe', manifestement dans l'intention de pouvoir utiliser sur son site les logos et marques 'Soda Quick' afin de vendre ses propres appareils.

Les défenderesses répliquaient que c'est la SARL TOP SERVICE qui se livre à des actes de contrefaçon de marque en portant atteinte à leurs droits de propriétaire de la marque 'Soda Quick' par l'utilisation qui en est faite sur le site 'sodafrance.com' dans des pages, mots clés et meta tags pour promouvoir les propres produits de TOP SERVICE tout en leurrant les visiteurs du site, et qui se livre ainsi également à des actes de concurrence déloyale. Elles estiment que la SARL TOP SERVICE est, par ses agissements frauduleux qui lui ont permis de capter leur clientèle, responsable des mauvais résultats enregistrés par les trois importateurs successifs auxquels elles ont eu recours pour leurs produits 'Soda Quick'.

Par jugement en date du 24 septembre 2009, le Tribunal de Grande Instance de Metz, 1ère chambre civile, a :

- dit que le nom de domaine 'sodafrance.fr' réservé par Mme Geneviève B. exerçant sous l'enseigne ECOGAM et la SARL ECOGAM constitue une contrefaçon de la marque 'sodafrance' enregistrée à l'INPI sous le numéro 05 3 365 601 ;

En conséquence

- condamné solidairement les défenderesses à payer à la SARL TOP SERVICE la somme de 30 000 € à titre de dommages-et-intérêts en réparation du préjudice subi;

- ordonné la publication du jugement sur le site 'sodafrance.com' exploité par la société demanderesse, aux frais de l'entreprise ECOGAM ;

- condamné les défenderesses solidairement à payer à la SARL TOP SERVICE la somme de 4 000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile;

- débouté la SARL TOP SERVICE du surplus de ses demandes ;

- condamné les défenderesses en tous les frais et dépens de l'instance.

Le tribunal a rejeté la demande en annulation de la marque 'sodafrance' déposée par la SARL TOP SERVICE, en considérant que le néologisme doit être distinctif et présenter un caractère suffisamment arbitraire ; que si le terme soda constitue une dénomination générique, en l'espèce il ne désigne pas directement les produits mis en vente, mais la catégorie de boissons à laquelle il renvoie ; que son association avec le nom géographique France lui permet de constituer une marque dans la mesure où il lui confère un signe distinctif et n'évoque aucune provenance, les produits mis en vente ne concernant pas le domaine de l'agro-alimentaire et leur lieu de fabrication n'ayant pas une influence déterminante sur le choix du consommateur, eu égard aux classes de dépôt de la marque.

Le tribunal a retenu des actes de contrefaçon de la part des défenderesses, en considérant que l'appellation qu'elles ont adoptée, en premier 'sodafrance' puis ensuite 'soda-France' à titre de noms de domaine et d'adresse internet pour désigner un site commercialisant une gamme d'appareils domestiques de gazéification, autrement appelés machines à sodas, constitue une reproduction de la marque protégée 'sodafrance', les deux appellations désignant exactement les mêmes produits et étant utilisées dans le même contexte de présentation et de commercialisation sur un site internet ; que d'ailleurs les mentions légales du site incriminé, site de vente en ligne de gazéificateurs sodas, rédigées en langue française à l'adresse d'un public en France, précisent 'des dépositaires à votre service, dans toute la France' ; qu'il y a donc un risque indéniable de confusion. Le tribunal a relevé que d'après les pièces produites la société ECOGAM était en relations d'affaires avec la SARL TOP SERVICE, sa cliente, et ne pouvait donc méconnaître les droits antérieurs détenus par cette dernière sur la marque 'sodafrance'.

Le tribunal en a déduit que le nom de domaine 'sodafrance.fr' réservé par Mme Geneviève B. sous l'enseigne ECOGAM et la SARL ECOGAM constitue une contrefaçon de la marque 'sodafrance' déposée par la SARL TOP SERVICE dont des fournisseurs ou clients ont été abusés avant pour certains d'entre eux de mesurer l'erreur générée par la contrefaçon et d'en avertir la SARL TOP SERVICE. L'image commerciale de la SARL TOP SERVICE en a été d'autant plus altérée qu'en dépit d'une réaction immédiate de sa part par email du 6 novembre 2007, les défenderesses ont persisté dans leurs agissements dommageables et n'ont renoncé au nom de domaine 'sodafrance.fr' qu'en cours de procédure le 1er février 2008.

Le tribunal par contre a débouté la SARL TOP SERVICE de sa demande au titre de la concurrence déloyale et du parasitisme en considérant que la SARL TOP SERVICE ne fait pas état de faits distincts de la contrefaçon alors qu'un même fait ne peut être utilisé comme actes de contrefaçon et de concurrence déloyale, et ne fait pas davantage état de faits distincts de parasitisme.

Le tribunal enfin a débouté les défenderesses de leurs demandes reconventionnelles, en relevant au vu des pièces produites que la société Sodaquick a fabriqué et vendu des produits sous la marque 'Sodaquick' à la SARL TOP SERVICE, de sorte qu'en vertu du principe de l'épuisement du droit de marque, le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour les produits qui ont été mis dans le commerce sous cette marque par le titulaire avec son consentement ; que les défenderesses ne peuvent donc reprocher à la SARL TOP SERVICE l'utilisation de la marque 'Sodaquick' à titre de mots-clés et méta tag, étant précisé en outre que celle-ci n'est pas responsable de l'ordre des sites imposé par les moteurs de recherche.

Par déclaration enregistrée le 9 novembre 2009, Mme Geneviève B. exerçant sous le nom commercial ECOGAM et la SARL unipersonnelle ECOGAM ont régulièrement interjeté appel du dit jugement.

Par leurs dernières écritures du 5 septembre 2011, Mme Geneviève B. ayant exercé sous le nom commercial ECOGAM et la SARL unipersonnelle ECOGAM demandent à la Cour en infirmant le jugement entrepris, au vu des articles L-711-2, L-711-3 et L-714-3 du code de la propriété intellectuelle, des articles L-713-2 et L-716-1 du même code, de :

- débouter la SARL TOP SERVICE de l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions,

- déclarer irrecevable, subsidiairement mal fondée, la demande nouvelle de la SARL TOP SERVICE de faire cesser tout détournement sous astreinte,
- faire droit aux seules demandes reconventionnelles,
- en conséquence dire que la marque 'Soda France' est insuffisamment distinctive et de surcroît trompeuse,
- annuler la marque 'Soda France',
- condamner la SARL TOP SERVICE à payer à la SARL ECOGAM la somme de 50 000 € à titre de dommages-et-intérêts pour le préjudice subi pour faits de contrefaçon, concurrence déloyale et parasitisme,
- interdire à la SARL TOP SERVICE la poursuite de ses actes de concurrence déloyale et l'utilisation de la marque 'Soda Quick' sur son site 'sodafrance.com' sous astreinte de 1 000 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt à intervenir,
- ordonner le retrait par la SARL TOP SERVICE du nom de domaine 'sodafrance.com' sous astreinte de 1 000 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt à intervenir,
- condamner la SARL TOP SERVICE à payer à chacune des appelantes la somme de 5 000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile ainsi qu'en tous les frais et dépens d'instance et d'appel.

Par ses dernières écritures du 8 septembre 2011, la SARL TOP SERVICE conclut à la confirmation du jugement entrepris et demande à la Cour, en y ajoutant, de condamner Mme Geneviève B. et la SARL ECOGAM à cesser tout détournement sur internet de la clientèle de la SARL TOP SERVICE, sur quelque support et par quelque moyen que ce soit, en particulier par l'utilisation et/ou l'achat des mots-clés 'sodafrance' et 'soda france' dans le moteur de recherches GOOGLE et notamment au moyen du système AdWords et ce sous astreinte de 1 000 € par infraction constatée. Elle réclame en outre le paiement d'un montant de 3 000 € au titre des frais irrépétibles.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 26 septembre 2011.

SUR CE :

Vu les dernières écritures des parties auxquelles la Cour se réfère ; vu les pièces ;

Attendu que les parties s'opposant sur la présentation exacte de la marque sodafrance objet du litige, il convient de se référer aux certificats d'enregistrement produits ;

Qu'il en ressort d'une part que la marque 'Soda france' a été déposée le 13 juin 2005 sous le numéro 05 3 365 601 à l'INPI de Paris par la SARL TOP SERVICE concernant des 'conteneurs métalliques contenant du gaz carbonique. Machines pour la préparation domestique des sodas et des boissons gazeuses. Sodas, sirops et produits pour la fabrication de boissons gazeuses' au titre des classes 6,7 et 32 ;

Que contrairement à ce que soutient l'intimée dans ses conclusions pour qui la marque a été enregistrée en un seul mot sans espace avec simplement un effet graphique, il résulte bien de ce certificat qu'elle produit en pièce n°3 que la marque par elle déposée se présente en deux mots distincts Soda france ainsi que le font justement observer les appelants ;

Que le nom de domaine 'sodafrance.com' est inscrit au nom de la SARL TOP SERVICE, et créé le 28 février 2003 ;

Qu'il en ressort d'autre part que la marque 'Soda Quick' a été déposée le 12 octobre 2001 sous le numéro 01 3 128 021 par M. B. concernant des 'appareil domestique de gazéification (machine à soda). Outil à mains entraîné manuellement. Ustensile non électrique et non en métaux précieux pour le ménage ou la cuisine. Sirops et jus de fruit' au titre des classes 7, 8, 21 et 32 ;

Que Mme Geneviève B. est titulaire du nom de domaine 'sodafrance.fr' créé le 25 septembre 2007 (cf pièce n°9 de l'intimée) ; que ce nom de domaine a été remis à disposition en janvier 2008 ainsi que cela ressort des pièces n°36 et 37 de l'intimée ;

Attendu que les appelants critiquent le jugement entrepris, lequel les a condamnés pour contrefaçon de la marque 'Soda france', en faisant valoir que cette marque n'est pas protégée faute d'inscription en classe 35 relative à la publicité en ligne et les sites internet et surtout que cette marque doit être déclarée nulle car étant dépourvue de caractère distinctif dans la mesure où elle allie un terme générique à une provenance géographique et car étant de nature à induire le public en erreur ;

Que l'intimée réplique que sa marque est parfaitement valable ne présentant aucun caractère trompeur ou de nature à induire en erreur les consommateurs sur la provenance des produits commercialisés lesquels sont désignés tous par leur marque de fabricant, et que le dépôt à l'INPI lui confère la meilleure protection possible contre toute usurpation y compris dans le cadre des noms de domaine ;

Mais attendu, ainsi qu'il vient d'être rappelé, que la marque litigieuse 'Soda france' se présente en deux mots, et non sous forme de néologisme comme retenu en première instance ;

Attendu que conformément à l'article L-711-2 du code de la propriété intellectuelle, le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés ; que l'alinéa 2 précise que 'sont dépourvus de caractère distinctif :

- a) les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ;
- b) les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment la provenance géographique ...' ;

Que par ailleurs l'article L-711-3 du code de la propriété intellectuelle dispose que ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe ...c) de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ;

Qu'enfin par application de l'article L-714-3 du même code est déclaré nul l'enregistrement d'une marque qui n'est pas conforme aux dispositions des articles L-711-1 à L-711-4 ;

Or attendu que la marque litigieuse se compose d'un terme générique 'soda' suivi d'une indication de provenance géographique ; qu'il convient de relever que le dépôt a été fait, certes pour des gazéificateurs domestiques de boissons, mais en particulier pour la classe 32 qui correspond précisément aux 'bières, eaux minérales et gazeuses, boissons de fruits et jus de fruits, sirops et autres préparations pour faire des boissons. Limonades, nectars de fruit, sodas, apéritifs sans alcool', de sorte que le caractère générique est ici patent ;

Que la juxtaposition de ce terme générique avec un terme de provenance géographique ne présentant pas en lui-même de caractère distinctif selon l'article L-711-2 susvisé ne suffit pas à conférer à l'ensemble le caractère distinctif requis pour bénéficier d'une protection, quelle que soit la classe visée par le dépôt ;

Que d'ailleurs force est de relever que dans son assignation en première instance, la SARL TOP SERVICE admettait elle-même que nul ne peut revendiquer de droits sur le mot 'soda' et sur le mot 'France' pris séparément, même si elle soutenait que le néologisme en un mot sodafrance était valable;

Que de plus l'association du terme 'france', qui présentait manifestement un intérêt pour la SARL TOP SERVICE sans quoi elle ne l'aurait pas inclus dans sa marque, ne peut que renvoyer à l'indication d'une provenance géographique ou à la qualité des produits commercialisés d'origine française, et par la même est de nature à tromper le public sur la qualité ou la provenance des produits proposés en laissant croire faussement aux consommateurs que les produits sont d'origine française voire fabriqués par la SARL TOP SERVICE qui pourtant n'a qu'une activité de détaillant se réduisant à de la commercialisation sans la moindre fabrication de produits fabriqués dans des pays étrangers;

Attendu qu'en conséquence la nullité de la marque 'Soda france' enregistrée par la SARL TOP SERVICE doit être prononcée sur la demande des appelants par application de l'article L-714-3 du code de la propriété intellectuelle, de sorte que le jugement entrepris qui avait débouté Mme Geneviève B. et la SARL ECOGAM ne pourra qu'être réformé de ce chef;

Attendu, dès lors que la marque 'Soda france' de la SARL TOP SERVICE est atteinte de nullité, que la SARL TOP SERVICE n'est pas fondée dans ses réclamations au titre d'une contrefaçon de marque ; qu'elle n'est pas davantage fondée dans ses autres demandes dès lors que les faits de concurrence déloyale et parasitisme reprochés par elle aux appelants s'articulent précisément sur l'utilisation frauduleuse d'éléments imitant sa marque ;

Qu'il s'ensuit que la SARL TOP SERVICE ne peut qu'être déboutée de l'ensemble de ses demandes, le jugement entrepris étant en conséquence réformé en ce sens, y compris de la demande nouvelle formée en appel visant l'utilisation des mots-clés 'soda france' et 'sodafrance' dans le moteur de recherches Google ;

Attendu que les appelants critiquent le jugement entrepris qui les a déboutés de leurs demandes en réparation des actes de contrefaçon, concurrence déloyale et parasitisme commis à leur égard par la SARL TOP SERVICE en utilisant via son site 'sodafrance.com' différentes marques et en particulier la marque 'Soda Quick' appartenant à ECOGAM afin de

bénéficiaire de l'aura de cette marque pour attirer des clients et les détourner à son profit en leur vantant d'autres produits ; qu'ils contestent les relations commerciales mises en avant par la SARL TOP SERVICE et l'application du principe d'épuisement du droit de marque retenu par le tribunal ;

Que l'intimée oppose que ECOGAM est son fournisseur, qu'elle a acheté régulièrement des produits auprès des distributeurs ECOGAM et les a revendus à des centaines de clients, de sorte qu'il ne peut lui être reproché de vendre les produits en question sous leur marque Soda Quick ;

Attendu, nonobstant ce que prétendent les appelants, que les parties étaient en relations d'affaires, la SARL TOP SERVICE se fournissant en produits Soda Quick (cf facture Soda Quick du 15 mars 2004 à l'adresse de la SARL TOP SERVICE pour la livraison de 72 sets complets comprenant machine, cartouche et bouteille, en pièce n°18 de l'intimée; mail adressé le 24 mai 2006 à contact@sodafrance.com par M. B. pour commenter la présentation sur ce site relevant de TOP SERVICE d'un article Soda Quick qualifié de 'spécial petit budget', en pièce n°19 de l'intimée ; procès-verbal de constat du 2 février 2008 décrivant le stock en réserve de la SARL TOP SERVICE dont des articles Soda Quick, en pièce n°22 de l'intimée) ;

Qu'alors que la SARL TOP SERVICE commercialise ces produits Soda Quick à l'instar d'appareils de marque différente (cf les mails produits par l'intimée provenant de clients s'étant procuré auprès d'elle des produits Soda Quick), les appelants ne peuvent qualifier l'utilisation de la marque Soda Quick ainsi faite par la SARL TOP SERVICE de contrefaçon;

Attendu cependant que la cour de justice de l'union européenne a le 23 mars 2010 dit pour droit que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un mot clé identique à ladite marque que cet annonceur a, sans le consentement dudit titulaire, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur internet, de la publicité pour des produits identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque ladite publicité ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ;

Or attendu qu'il ressort du procès-verbal d'huissier en date du 16 juillet 2008 (pièce n°10 des appelants) relatif à la consultation du site 'sodafrance.com' appartenant à la SARL TOP SERVICE, que l'édition du code source des pages éditées fait apparaître le mot sodaquick, qu'en recherchant par Google à partir de sodaquick à plusieurs reprises le site 'sodafrance.com' est toujours présenté avant le site 'sodaquick.com' détenu par les appelants ; que ce même procès-verbal fait apparaître que sur plusieurs pages un appareil Soda Quick est présenté en promotion, à 55 € au lieu de 69 €, alors que sur l'une des pages il est indiqué que ce produit promotionnel n'est pas disponible ;

Que le procès-verbal d'huissier en date des 16 et 28 mars 2011 (pièce n°12 des appelants), relatif toujours à la consultation du site 'sodafrance.com' montre qu'un article Soda Quick est présenté de façon extrêmement sommaire, alors que les appareils d'une autre marque Wassermass sont présentés de façon très complète, ce qui crée une inégalité de présentation des articles proposés à la vente préjudiciable aux appelants ; que là encore la recherche effectuée via Google fait apparaître en première position 'sodafrance.com' et que l'impression du code source comporte le mot Soda Quick ;

Attendu qu'il est ainsi démontré que par l'utilisation du mot clé Soda Quick, identique à la marque détenue par ECOGAM, le site 'sodafrance.com' de TOP SERVICE configuré à renfort de renvois à Soda Quick profite d'un référencement sur internet et fait de la publicité pour des produits identiques à ceux de la marque 'Soda Quick' tout en rendant difficile pour l'internaute moyen l'identification exacte de celui qui propose les produits en question, d'autant que le site 'sodafrance.com' reproduit en tête de toutes ses pages 'Soda france' par référence à une marque dont il a été jugé qu'elle était nulle ; que de tels agissements de la part de la SARL TOP SERVICE traduisent sa volonté de s'inscrire dans le sillage du titulaire de la marque 'Soda Quick' pour en tirer profit, et sont donc constitutifs de parasitisme ;

Que pour autant les appelants ne rapportent pas la preuve d'un détournement de clientèle permettant de retenir une concurrence déloyale ;

Attendu que le préjudice résultant pour la SARL ECOGAM de ces faits de parasitisme sera réparé à sa juste proportion par une somme de 4 000 € à titre de dommages-et-intérêts, ainsi que par le retrait du nom de domaine 'sodafrance.com' ordonné à la SARL TOP SERVICE sous astreinte de 100 € par jour de retard passé un délai de 8 jours après la signification du présent arrêt ; que les appelants seront déboutés du surplus de leurs demandes ; que le jugement entrepris sera en conséquence réformé ;

Attendu que la SARL TOP SERVICE qui succombe sur l'appel doit être condamnée aux entiers frais et dépens de première instance et d'appel ;

Attendu qu'il est inéquitable de laisser à la charge des appelants la charge des frais exposés à hauteur de Cour et non compris dans les dépens ; qu'il convient de leur allouer la somme de 2 000 € chacun en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile;

PAR CES MOTIFS :

La Cour, statuant publiquement et contradictoirement :

Déclare l'appel régulier en la forme ;

Réforme en toutes ses dispositions le jugement du Tribunal de Grande Instance de Metz, 1ère chambre civile, en date du 24 septembre 2009 ;

Statuant à nouveau :

Dit que la marque 'Soda france' déposée par la SARL TOP SERVICE est insuffisamment distinctive et de nature à tromper le public ;

En conséquence, vu l'article L-714-3 déclare nul l'enregistrement le 13 juin 2005 sous le numéro 05 3 365 601 à l'INPI de Paris par la SARL TOP SERVICE de la marque 'Soda france' pour les classes 6,7 et 32 ;

Dit que le présent arrêt sera notifié par les soins du greffe à l'INPI ;

Déboute la SARL TOP SERVICE de l'intégralité de ses demandes ;

Dit que la SARL TOP SERVICE a commis des faits de parasitisme au préjudice de la SARL

ECOGAM ;

Condamne en conséquence la SARL TOP SERVICE à payer à la SARL ECOGAM la somme de 4 000 € à titre de dommages-et-intérêts, avec les intérêts au taux légal à compter du présent arrêt ;

Ordonne à la SARL TOP SERVICE de retirer le nom de domaine 'sodafrance.com', et ce sous astreinte de 100 € par jour de retard passé un délai de 8 jours à compter de la signification du présent arrêt ;

Déboute Mme Geneviève B. et la SARL ECOGAM de leurs plus amples prétentions ;

Condamne la SARL TOP SERVICE à payer, en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile, à :

- Mme Geneviève B. la somme de 2 000 €,
- la SARL ECOGAM la somme de 2 000 € ;

Condamne la SARL TOP SERVICE aux entiers frais et dépens de première instance et d'appel.

Le présent arrêt a été prononcé le 28 février 2012 par mise à disposition publique au greffe par Mme STAECHÉLE, Président de Chambre, assistée de Mme PERSIALI, Greffier, et signé par elles.

LE PRESIDENT
LE GREFFIER