

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 1
ARRET DU 20 FÉVRIER 2013

Numéro d'inscription au répertoire général : 11/14283

Décision déferée à la Cour : Jugement du 10 Juin 2011 -Tribunal de Grande Instance de PARIS – RG n° 10/14470

APPELANTE

SAS GO ON MEDIA

Prise en la personne de son président

6-8, rue Troyon

92310 SEVRES

Représentée par la SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE (Me Jacques PELLERIN) (avocats au barreau de PARIS, toque : L0018) assistée de Me Laurent LEVY de la SELAS LEXINGTON AVOCATS (avocat au barreau de PARIS, toque : B0485)

INTIMÉES

SA NOVAPRESS

prise en la personne de ses représentants légaux

127, avenue Ledru Rollin

75011 PARIS

Représentée par la SELARL HJYH Avocats à la cour (Me Patricia HARDOUIN) (avocats au barreau de PARIS, toque : L0056) assistée de Me Fabrice DEGROOTE de la SELARL NEOLEX (avocat au barreau de PARIS, toque : A0203)

SARL RADIO NOVA prise en la personne de ses représentants légaux

127, avenue Ledru Rollin

75011 PARIS

Représentée par la SELARL HJYH Avocats à la cour (Me Patricia HARDOUIN) (avocats au barreau de PARIS, toque : L0056) assistée de Me Fabrice DEGROOTE de la SELARL NEOLEX (avocat au barreau de PARIS, toque : A0203)

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 09 janvier 2013, en audience publique, devant la Cour composée de:

Monsieur Benjamin RAJBAUT, Président de chambre

Mme Brigitte CHOKRON, Conseillère

Madame Anne-Marie GABER, Conseillère qui en ont délibéré

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme Marie-Claude HOUDIN

ARRÊT :

- contradictoire
- rendu 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 Monsieur Benjamin RAJBAUT, président, et par Mme Marie-Claude HOUDIN, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Vu le jugement rendu contradictoirement le 10 juin 2011 par le tribunal de grande instance de Paris.

Vu l'appel interjeté le 27 juillet 2011 par la SAS GO ON MEDIA.

Vu les dernières conclusions de la SAS GO ON MEDIA, signifiées le 22 octobre 2012.

Vu les dernières conclusions des sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA, signifiées le 04 décembre 2012.

Vu l'ordonnance de clôture en date du 18 décembre 2012.

MOTIFS DE L'ARRÊT

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

Considérant qu'il suffit de rappeler que la société NOVAPRESS a pour activité l'édition de revues et périodiques, prise d'intérêt et participation dans toutes affaires et entreprises de support de communication écrite, sonore et audiovisuelle ; qu'elle est la société holding du groupe NOVA qui exerce son activité dans le domaine de la production radiophonique et phonographique ;

Que la société RADIO NOVA, immatriculée au registre du commerce et des services depuis le 24 janvier 1988, a pour objet l'exploitation d'un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre en modulation de fréquence, émission radiophoniques, production radio, vidéo, télévision, création service télématique ; qu'elle exploite une radio musicale éponyme qui émet de manière continue depuis le 15 août 1981 ;

Que la société NOVAPRESS est titulaire des marques françaises suivantes :

- marque verbale 'NOVA' déposée le 23 mai 2000 et enregistrée sous le numéro 3 029 684 pour désigner les produits et services des classes 9, 16, 35, 41, 42 et notamment les services de 'diffusion de programmes radiophoniques ' dans la classe 38,
- marque semi-figurative RADIO NOVA déposée le 23 mai 2000 et enregistrée sous le numéro 3029 691 pour désigner les produits et services des classes 9, 41 et notamment les services de 'diffusion de programmes radiophoniques' dans la classe 38,
- marque semi-figurative NOVATUNES déposée le 10 janvier 2008 et enregistrée sous le numéro 00 3 456 468 pour désigner les produits et services des classes 9, 41 et notamment les services de 'diffusion de programmes radiophoniques' dans la classe 38 ;

Que la société GO ON MEDIA, immatriculée au registre du commerce et des services depuis le 13 décembre 2007, a pour activité en France et dans tous pays, la conception, la création et

l'exploitation de radio, télévision et tout autre media, la location de musique, la sonorisation, l'aide et l'assistance technique pour le développement de la musique par tous moyens électroniques, la gestion d'espaces publicitaires, sonores ou visuels, la régie publicitaire, technique sous toutes ses formes par le son et l'image, l'édition musicale ; qu'elle exploite une radio numérique 'GOOM RADIO' accessible à l'adresse URL : <http://www.goomradio.fr> ;

Que cette radio propose aux internautes de créer leurs propres stations de radio à partir des contenus et des moyens techniques qu'elle met à leur disposition ;

Qu'ayant eu connaissance que cette radio diffuse ainsi plusieurs radios intitulées NOVA, les sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA ont demandé les 01 mars et 25 juin 2010 à la société GO ON MEDIA de retirer les radios désignées sous le terme NOVA, seul ou accompagné d'autres termes ;

Que bien que la société GO ON MEDIA ait affirmé avoir supprimé ces radios, les sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA ont fait constater par huissier de justice les 17 mai et 16 juillet 2010 que les radios aux intitulés litigieux étaient toujours en ligne, à la suite de quoi elles ont fait assigner la société GO ON MEDIA en contrefaçon de marques et en concurrence déloyale ;

Considérant que le jugement entrepris a essentiellement :

- déclaré irrecevable la demande de la société GO ON MEDIA en déchéance des marques 'NOVA' n° 3 029 684 et 'RADIO NOVA' n° 3 029 691 pour les revues ou périodiques,
- débouté la société GO ON MEDIA de sa demande en déchéance des dites marques pour les services : ' diffusion de programmes radiophoniques ; divertissements radiophoniques ; montage de programmes radiophoniques ; production d'oeuvres audiovisuelles pour (...) la radio',
- dit qu'en diffusant des radios sous les signes SUPERNOVATUNES, SUPERNOVA, VANSUPERNOVA, NOVAROCK et LA RADIO DE ABDONOVA, la société GO ON MEDIA s'est rendue coupable d'actes de contrefaçon en sa qualité d'éditeur par reproduction de la marque verbale NOVA n° 3 029 684, de la marque semi-figurative RADIONOVA n° 3 029 691 et de la marque semi-figurative NOVATUNES n° 00 3 456 468 dont est titulaire la société NOVAPRESS,
- ordonné en conséquence à la société GO ON MEDIA de mettre en oeuvre les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion des contenus illicites et d'empêcher que de nouveaux contenus illicites et équivalents n'apparaissent,
- condamné la société GO ON MEDIA à payer à la société NOVAPRESS la somme de 10.000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de contrefaçon commis à son encontre,
- condamné la société GO ON MEDIA à payer à la société RADIO NOVA la somme de 5.000 € à titre de dommages et intérêts en réparation des faits d'atteinte à sa dénomination sociale,

- autorisé la publication du dispositif de sa décision dans deux journaux ou revues au choix des sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA et aux frais de la société GO ON MEDIA, sans que le coût de chaque publication n'excède, à la charge de celle-ci, la somme de 5.000 € HT,
- débouté les parties de leurs autres demandes,

I : SUR LA DEMANDE EN DÉCHÉANCE DES MARQUES 'NOVA' ET 'RADIO NOVA' :

Considérant que devant la cour la SAS GO ON MEDIA ne reprend plus ses demandes en déchéance des marques 'NOVA' et 'RADIO NOVA' et ne critique donc pas les chefs du dispositif du jugement entrepris l'ayant déclaré irrecevable en sa demande pour les revues ou périodiques et l'ayant déboutée du surplus de sa demande en déchéance ;

Considérant que les sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA concluent sur ce point à la confirmation du jugement entrepris ;

Considérant en conséquence que dans la mesure où aucune des parties ne critique les chefs du dispositif du jugement entrepris ayant déclaré la SAS GO ON MEDIA irrecevable en sa demande en déchéance des marques 'NOVA' et 'RADIO NOVA' pour les revues ou périodiques, et l'ayant débouté de cette demande pour le surplus, ledit jugement sera confirmé de ce chef par adoption de ses motifs ;

II : SUR LES DEMANDES EN CONTREFAÇON ET EN ATTEINTE À LA DÉNOMINATION SOCIALE :

La nature du service offert par la SAS GO ON MEDIA sur son site <goomradio.fr> :

Considérant que la SAS GO ON MEDIA soutient n'assurer, sur le site Internet <goomradio.fr> qu'une prestation technique lui permettant de bénéficier de la qualité d'hébergeur au sens de l'article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 puisqu'elle offrait la possibilité aux internautes de créer et de gérer intégralement leurs propres radios numériques sans qu'elle n'intervienne dans leur contenu ;

Considérant qu'elle soutient qu'elle n'avait de contrôle ni sur le contenu de ces radios, ni sur leur intitulé, ni même sur leurs lignes éditoriales ;

Considérant que dans le cadre de la responsabilité atténuée des prestataires techniques prévue par la loi susvisée, la SAS GO ON MEDIA soutient qu'elle ne peut pas être présumée avoir eu connaissance des faits litigieux, les lettres adressées par les conseils des sociétés RADIO NOVA et NOVAPRESS ne contenant pas l'ensemble des mentions prévues par l'article 6-I-5 de la loi (description et localisation précise des faits litigieux, variation des motifs pour lesquels les contenus devaient être retirés, absence de correspondances adressées aux auteurs des contenus litigieux) ;

Considérant que les sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA concluent pour leur part à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a qualifié la SAS GO ON MEDIA d'éditeur des contenus diffusés sur <goomradio.fr> dans la mesure où elle ne se contente pas de fournir des prestations de stockage mais leur fournit aussi le contenu diffusé sur les radios personnalisées des internautes, se réservant la possibilité de supprimer ou d'ajouter des titres de musiques à la 'play list' de l'internaute, contrôlant ainsi le contenu des espaces privés ainsi créés ;

Considérant ceci exposé, que l'article 6-I-2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits litigieux, prévoit un régime de responsabilité atténuée pour les hébergeurs de services sur Internet par rapport aux éditeurs, ainsi rédigé :

Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.' ;

Considérant que l'article 6-I-7 dispose également que les hébergeurs ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ;

Considérant qu'un hébergeur de services sur Internet est un prestataire technique offrant aux internautes un service de mise en ligne des documents (texte, images, sons, vidéos) fournis par ceux-ci sous forme numérique sans être personnellement à l'origine de leur diffusion et sans aucun regard sur le contenu du fichier posté ;

Considérant qu'au contraire, l'éditeur est la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'elle a créé ou dont elle a la charge, engageant ainsi sa responsabilité à ce titre, et qui exploite commercialement le site Internet en proposant aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants directement sur les pages personnelles ;

Considérant qu'il ressort des conditions générales d'utilisation du site <goomradio.fr> produites aux débats et des captures d'écran à l'authenticité non contestée, qu'après inscription, l'internaute (appelé le 'goomer') peut créer sur le site sa radio numérique personnelle et la partager par le biais des réseaux sociaux (blog, page Facebook®, compte Myspace®, Twitter®) ;

Considérant qu'après avoir choisi le nom de sa radio ainsi qu'un slogan et un thème graphique qui peut être prédéfini par le site, l'internaute crée sa propre liste (dite 'playlist') de titres musicaux à partir de la base de données fournie par la SAS GO ON MEDIA avec l'obligation de placer exactement 150 titres ; que le site précise qu'en-deçà de ce nombre il sera ajouté automatiquement le nombre de titres manquants et qu'au-delà, les derniers titres unnuméraires seront automatiquement retirés ;

Considérant que l'internaute peut également placer sur sa radio, à l'heure de son choix, diverses chroniques et de shows pré-enregistrés d'une durée allant de dix minutes à une heure pour 'apporter du contenu au programme' ;

Considérant qu'il apparaît donc que l'internaute, ainsi que cela est expressément indiqué sur le site, ne peut pas télécharger ses propres titres musicaux et a l'obligation d'en choisir exactement 150 sur une liste fournie par le site lui-même ; qu'il en est de même des chroniques ou shows qu'il peut ajouter ; que la seule latitude dont dispose l'internaute est de

choisir le style de musique qu'il souhaite voir diffuser par sa radio, d'organiser et de choisir la fréquence de diffusion des titres ainsi fournis par la SAS GO ON MEDIA ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA reconnaît d'ailleurs dans ses conclusions (page 10, 2ème paragraphe) que ce choix d'imposer 150 titres ne répond pas seulement à un souci de rationalisation du service, mais aussi à ' un souci de réalisme, pour que le résultat soit le plus proche possible de ce que proposent les radios professionnelles, (...) que chaque radio personnalisée puisse diffuser une programmation variée et ne propose pas uniquement des chansons d'un seul artiste, ce qui n'est pas la vocation d'une radio ', démontrant par là-même l'intervention active de cette société dans le contenu des radios créées par les internautes ;

Considérant que si par ailleurs l'internaute a le choix du titre de sa radio, l'article 9 des conditions générales d'utilisation stipule que la SAS GO ON MEDIA peut supprimer l'accès à son site au 'goomer' qui y diffuserait 'des messages contraires aux droits d'auteur ou droits voisins, (...) au droit des marques (...) ou qui enfreindraient toute autre disposition législative ou réglementaire en vigueur' ;

Considérant enfin que dans ses interviews accordées aux médias, le fondateur de GOOM RADIO présente celle-ci comme une radio numérique revendiquant l'audience générale cumulée par les radios créées sur son site par les ' goomers' ;

Considérant qu'il en ressort que la SAS GO ON MEDIA, sur son site <goomradio.fr>, n'exerce pas une simple activité de prestataire de service d'hébergement de contenus mis en ligne par les internautes (tels que des sites comme YouTube® ou DailyMotion®) mais bien celle d'éditeur par le contrôle du contenu des radios créées par les internautes, y compris sur les messages qu'ils peuvent diffuser, incluant notamment le titre et le slogan de la radio ;

Considérant que c'est donc à bon droit que les premiers juges ont dit qu'en tant qu'éditeur, la SAS GO ON MEDIA était responsable a priori du contenu diffusé sur son site Internet <goomradio.fr>, y compris pour le choix par les internautes des titres de leurs radios créées sur ce site ;

La responsabilité encourue par la SAS GO ON MEDIA pour contrefaçon de marques et atteinte à la dénomination sociale RADIO NOVA :

Considérant que la SAS GO ON MEDIA indique avoir procédé au retrait des radios dont l'intitulé contenait le terme 'NOVA' et n'avoir commis aucune faute ;

Considérant qu'elle conteste par ailleurs l'existence d'actes de contrefaçon de la marque 'NOVA' faute d'usage personnel de cette marque par la SAS GO ON MEDIA, cet usage étant le fait des internautes pour désigner leur radio personnelle et faute d'exploitation des signes litigieux dans la vie des affaires par les internautes qui nomment ainsi une radio créée pour leur usage particulier sans que la SAS GO ON MEDIA en tire un quelconque avantage économique ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA fait en outre valoir l'absence de caractère notoire attachée aux marques de la société NOVAPRESS au sens de l'article L 713-5 du code de la propriété intellectuelle ainsi que la banalité du signe 'NOVA' et sa faible distinctivité en relation avec les services de télécommunications ;

Considérant qu'elle fait également valoir l'absence d'identité des produits et services désignés par les signes en cause ainsi que leur absence de similitude visuelle, phonétique et conceptuelle et l'absence d'atteinte à la fonction de garantie d'origine, les webradios en cause n'étant accessibles que par l'interface MY GOOM sur le site <goomradio.fr> et que le consommateur savait ainsi parfaitement que le service proposé ne provenait pas des sociétés RADIO NOVA ou NOVAPRESS ni d'une entreprise qui leur serait économiquement liée ;

Considérant que l'appelante conclut qu'il n'existe aucun risque de confusion entre les marques antérieures et les signes prétendument contrefaisants et que de ce fait la contrefaçon de marques n'est pas établie ;

Considérant qu'au surplus l'appelante fait valoir que les intimées n'ont pas rapporté la preuve que les liens affichés dans ses constats d'huissier renvoyaient bien à des radios actives ;

Considérant qu'elle conteste également une quelconque atteinte à la dénomination sociale de la société RADIO NOVA en l'absence de risque de confusion, aucun des signes litigieux ('SUPERNOVATUNES', 'VANSUPERNOVA', 'NOVAROCK', 'LA RADIO DE ABDONOVA') n'étant identique à la dénomination 'RADIO NOVA' et en l'absence de faute personnelle de sa part ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA conclut donc à l'infirmité du jugement entrepris en ce qu'il a retenu à son encontre l'existence d'actes de contrefaçon de marques et d'atteinte à la dénomination sociale et au débouté des sociétés intimées de l'ensemble de leurs demandes ;

Considérant que les sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA répliquent que 'NOVA' est une marque renommée protégée depuis 1987 et que le public pertinent l'associe immédiatement à la radio musicale hertzienne et numérique RADIO NOVA qui émet depuis 1981 et à l'ensemble des activités du groupe de media NOVA dont NOVAPRESS est la société holding;

Considérant qu'elles font valoir que suite à la première lettre de mise en demeure du 01 mars 2010, la SAS GO ON MEDIA reconnaissait, le 11 mars 2010, l'atteinte à leurs droits mais que le constat d'huissier du 17 mai 2010 démontrait que ces atteintes n'avaient pas cessé, entraînant l'envoi, le 25 juin 2010, d'une seconde mise en demeure et le constat, le 16 juillet 2010, que les atteintes à la marque 'NOVA' n'avaient pas cessé, les contenus litigieux n'ayant été retirés que postérieurement à la signification de l'assignation ;

Considérant qu'elles affirment que l'inaction de la SAS GO ON MEDIA démontre sa carence délibérée et fautive relativement aux atteintes portées aux droits des marques 'NOVA' ;

Considérant qu'elles ajoutent qu'en sa qualité d'éditeur la SAS GO ON MEDIA est responsable a priori du contenu de GOOM RADIO et qu'en tout état de cause elle avait une connaissance personnelle du caractère illicite des actes en cause ; qu'en outre l'usage des signes litigieux se situe dans le contexte d'une activité commerciale et a donc bien eu lieu dans la vie des affaires pour distinguer des produits et services comme provenant d'une entreprise déterminée (en l'espèce pour distinguer les services de radio, les uns des autres) ;

Considérant qu'en tout état de cause elles font valoir que la SAS GO ON MEDIA n'a pas agi promptement pour faire cesser les agissements illicites lorsqu'elle en a eu connaissance dès le mois de mars 2010 alors qu'elle a attendu le mois d'octobre 2010 pour justifier avoir supprimé

les dénominations illicites et que dans cette période le nombre de radios illicites est passé de cinq à quatorze ;

Considérant qu'elles précisent que dès la première mise en demeure la SAS GO ON MEDIA disposait d'une connaissance effective des données illicites et qu'elle a à tout le moins engagé sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du code civil ;

Considérant que les sociétés RADIO NOVA et NOVAPRESS concluent donc à la confirmation du jugement entrepris qui a retenu la contrefaçon des marques 'NOVA', faisant valoir l'identité des services par leur nature et leur destination et l'identité ou la similarité des signes, le terme 'NOVA', y compris associé à d'autres termes, utilisé en rapport avec des services de radio générant une association immédiate à RADIO NOVA, conférant ainsi une distinctivité particulière à la marque 'NOVA' ;

Considérant que les sociétés intimées concluent également à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a retenu l'atteinte à la dénomination sociale 'RADIO NOVA' en raison de la parfaite identité d'activité et de la reproduction et déclinaison au sein des signes litigieux du terme 'NOVA' créant un risque de confusion ;

Considérant ceci exposé, qu'il ressort des pièces versées aux débats, en particulier des procès-verbaux de constats d'huissier des 17 mai et 16 juillet 2010 et des captures d'écran qui y sont annexées, que le financement de la radio numérique sur le site <goomradio.fr> est assuré par la publicité ; qu'ainsi en page d'accueil du site se trouvent diverses publicités pour des produits commerciaux (Coca-Cola, Renault), des annonces publicitaires pour des concerts de chanteurs (Diam's, Trey, Christophe) ou pour d'autres radios numériques (<rap2France.com>, Trace radio, Mawazine radio, Radio caravane) ; que le fondateur de cette radio, dans une interview donnée en 2010, indiquait tabler sur une migration de l'audience des radios hertziennes vers les radios numériques sur Internet s'accompagnant d'une migration des budgets publicitaires, espérant ' lever 1 million d'euros de publicité d'ici fin 2010' ;

Considérant que le site <goomradio.fr>, incluant les radios créées par les ' goomers' fait donc bien l'objet d'une exploitation commerciale et que l'usage des signes litigieux servant à dénommer ces radios a bien eu lieu dans la vie des affaires de la part de la SAS GO ON MEDIA (qui en tire un profit commercial) ainsi que l'ont justement retenu les premiers juges ;

Considérant que la marque verbale 'NOVA' déposée le 23 mai 2000 par la société NOVAPRESS et enregistrée sous le numéro 3 029 684, désigne notamment les services de ' diffusion de programmes radiophoniques ' dans la classe 38 ;

Considérant que dans son procès-verbal de constat du 16 juillet 2010, l'huissier instrumentaire indique s'être rendu sur le site Internet <goomradio.fr> et avoir tapé, dans le formulaire de recherche Cherchez une radio' le terme 'Nova', qu'il a ainsi trouvé cinq radios portant le nom 'Nova' ; qu'en cliquant sur le résultat 'Nova', s'affiche une nouvelle page intitulée en partie centrale 'Nova' avec un lecteur intitulé 'Goom radio' permettant d'entendre de la musique sous l'intitulé 'Nova' ;

Considérant qu'il est donc établi la reproduction et l'utilisation à l'identique du signe 'NOVA' pour désigner une radio, ce qui constitue bien une contrefaçon par reproduction de la marque verbale 'NOVA' ;

Considérant que les marques semi-figuratives RADIO NOVA déposée le 23 mai 2000 et enregistrée sous le numéro 3 029 691 et NOVATUNES déposée le 10 janvier 2008 et enregistrée sous le numéro 00 3 456 468, désignent également les services de ' diffusion de programmes radiophoniques' dans la classe 38 ;

Considérant que les signes contestés : SUPERNOVA TUNES, SUPERNOVA, VANSUPERNOVA, NOVAROCK et LA RADIO DE ABDONOVA tels que relevés dans les procès-verbaux de constat d'huissier des 17 mai et 16 juillet 2010, n'étant pas identiques aux marques verbales et semi-figuratives opposées, faute de les reproduire sans modification ni ajout, l'atteinte au droit de marque est subordonnée au constat de l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public conformément aux dispositions de l'article L 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

Considérant que le risque de confusion doit être apprécié globalement en ayant égard à tous les facteurs pertinents du cas d'espèce, par une appréciation concernant la similitude visuelle, phonétique et conceptuelle des signes en cause, fondée sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci, en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants ;

Considérant par ailleurs que, conceptuellement, un faible degré de similitude entre les signes peut être compensée par un degré de similitude élevé entre les produits ou les services désignés (et inversement), dès lors qu'il peut exister un risque de confusion entre les signes ;

Considérant que les signes contestés servent à dénommer des radios et que les services proposés sont donc identiques à ceux couverts par les trois marques revendiquées ;

Considérant que la société NOVAPRESS justifie par les pièces versées aux débats, exploiter depuis le 15 août 1981 par l'intermédiaire de sa filiale, la société RADIO NOVA, la radio hertzienne éponyme, parmi les premières radios libres autorisées en France, qui a, depuis lors, fait l'objet d'une importante couverture médiatique dans la presse non seulement spécialisée (Télérama, Broadcast, CB newsletter, Télé satellite, Les Inrockuptibles) mais également généraliste tant régionale (L'écho républicain) que nationale (Libération, Le Monde, l'Humanité dimanche) ainsi que de campagnes publicitaires répétées ;

Considérant que cette radio a ensuite été diffusée via le site Internet du groupe NOVA, <novaplanet.com> et fait l'objet, depuis janvier 2009, d'une application pour téléphones mobiles ; qu'elle connaît une diffusion internationale, ayant été classée en 2011 deuxième du ' Top Ten' des radios numériques en dehors de la Californie par la revue américaine en ligne ' LA Weekly' ;

Considérant que le trentième anniversaire de cette radio le 11 novembre 2011 a été un événement largement commenté dans la presse et sur Internet (Mediapart, Le Monde radio télévision, L'Humanité dimanche, Elle, La correspondance de la presse, Télérama, Direct Montpellier plus, Ouest France, Stratégies, Satellifax, Le journal de Saône-et-Loire, Politis, France Soir, Africultures, Dernières nouvelles d'Alsace, Les Inrockuptibles, AFP, Doc news, Media +, 20 minutes, Le nouvel Observateur télé Obs, Trois couleurs, Le bien public) ;

Considérant enfin qu'une étude 'médiolocales' pour la période allant de septembre 2009 à juin 2010 en province et pour la période allant d'avril à juin 2010 en Ile-de-France, réalisée par Médiamétrie, récapitulant les notoriétés et audiences de Radio Nova, fait état d'une notoriété touchant près de six millions de personnes en Ile-de-France (soit un taux de pénétration en

notoriété de 61,60 %) et de la moitié de la population des grandes villes de province (Aix-en-Provence, Angers, Brest, Clermont-Ferrand, Laval, Limoges, Montpellier, Nantes, Pau, etc) ;

Considérant qu'il en résulte que la notoriété et la distinctivité du signe 'NOVA' pour désigner des services de radio et de diffusion musicale est établie et génère une association immédiate à RADIO NOVA ;

Considérant que si les signes NOVAROCK, SUPERNOVA, VANSUPERNOVA, SUPERNOVA TUNES et LA RADIO DE ABDONOVA présentent des différences visuelles et phonétiques avec la marque 'NOVA', ils contiennent néanmoins tous la séquence NOVA qui est d'attaque dans NOVAROCK et qui apparaît à chaque fois comme l'élément distinctif et déterminant, les termes ROCK, SUPER, VANSUPER, ABDO ou TUNES apparaissant soit comme banals (ABDO) et descriptifs pour des programmes musicaux (ROCK ou TUNES, mot anglais signifiant mélodie), soit comme simplement superlatifs (SUPER ou VANSUPER) ou encore entretiennent un lien avec la notion même de radio (LA RADIO DE) ; que ces signes laissent ainsi penser qu'ils ne sont que des déclinaisons de la marque 'NOVA' ;

Considérant que le signe SUPERNOVA TUNES reprend à l'identique la marque 'NOVATUNES', les ressemblances phonétiques et visuelles étant d'autant plus importantes que la séquence SUPER n'est que superlative et laisse penser que SUPERNOVA TUNES n'est qu'une déclinaison de la marque 'NOVATUNES' ;

Considérant de même que le signe LA RADIO DE ABDONOVA reprend les deux mots de la marque 'RADIO NOVA' et a la même séquence finale, les ressemblances phonétiques et visuelles étant également d'autant plus importantes que les articles LA et DE et la séquence ABDO sont particulièrement banals, laissant penser que LA RADIO DE ABDONOVA n'est qu'une déclinaison de la marque 'RADIO NOVA' ;

Considérant que la similarité visuelle, phonétique et conceptuelle des éléments distinctifs et dominants des signes contestés avec les marques revendiquées ainsi que l'identité des services désignés et la renommée de la marque 'NOVA' engendrent pour le consommateur d'attention moyenne un risque de confusion l'amenant à attribuer aux services en cause une origine commune ou pouvant provenir d'entreprises économiquement liées ;

Considérant que c'est donc à bon droit que les premiers juges ont dit que les signes litigieux constituaient des contrefaçons par imitation de la marque 'NOVA', que le signe SUPERNOVA TUNES constituait une contrefaçon par imitation de la marque 'NOVATUNES' et que le signe LA RADIO DE ABDONOVA constituait une contrefaçon par imitation de la marque 'RADIO NOVA', dont la SAS GO ON MEDIA est responsable en sa qualité d'éditeur du site <goomradio.fr> ;

Considérant au surplus que la SAS GO ON MEDIA n'a pas procédé immédiatement au retrait des radios litigieuses après les mises en demeure des 01 mars et 25 juin 2010 puisqu'en particulier le procès-verbal de constat d'huissier du 16 juillet 2010 fait état de la présence à cette date sur le site <goomradio.fr> des cinq radios portant les signes contestés qui avaient été nommément désignées dans la mise en demeure du 25 juin 2010 ;

Considérant qu'il ressort de ce deuxième procès-verbal de constat que l'huissier instrumentaire a filtré sa recherche des radios portant l'intitulé 'NOVA' à partir du formulaire de recherche sur la page d'accueil du site <goomradio.fr>, en sélectionnant dans le menu déroulant la rubrique ' Cherchez une radio ' ; que les liens ainsi trouvés renvoyaient donc bien à des radios toujours actives à cette date et non pas, comme l'allègue la SAS GO ON MEDIA, à des archives ou à des articles contenant le nom 'NOVA' pouvant avoir été mis en ligne dans la partie ' news' du site ou dans les 'blogs' d'internautes hébergés sur le site ;

Considérant que ce n'est qu'à partir du 18 octobre 2010 (selon procès-verbal de constat d'huissier du même jour) qu'ont été retirées du site <goomradio.fr> les radios portant le sigle 'NOVA', soit postérieurement à l'introduction de la présente instance ;

Considérant d'autre part que c'est également à bon droit que les premiers juges ont dit que les signes contestés portent atteinte à la dénomination sociale de la société RADIO NOVA en comportant tous dans leur intitulé le terme NOVA et en désignant des services de radio similaires à ceux visés à l'objet social de la société RADIO NOVA, créant un risque de confusion fautif, engageant la responsabilité de la SA GO ON MEDIA sur le fondement des dispositions de l'article 1382 du code civil ;

Considérant que le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a retenu l'existence d'actes de contrefaçon et d'atteinte à dénomination sociale imputables à la SA GO ON MEDIA ;

III : SUR LA CONCURRENCE DÉLOYALE :

Considérant que la SAS GO ON MEDIA conteste l'existence de faits distincts de concurrence déloyale, les arguments invoqués à ce titre par les intimées étant identiques à ceux précédemment développés au titre des actes de contrefaçon de marques ainsi que l'a jugé le tribunal ;

Considérant qu'en tout état de cause elle soutient que les arguments invoqués par les intimées sont inopérants, l'obligation de veiller à l'absence d'utilisation répréhensible de son site n'incombant qu'à l'éditeur et non pas au prestataire technique, l'hébergeur ne pouvant être contraint de mettre en place un système de filtrage général ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a débouté les sociétés intimées de leurs demandes au titre de la concurrence déloyale ;

Considérant que les sociétés RADIO NOVA et NOVAPRESS répliquent qu'au-delà des faits de contrefaçon de marques, la SAS GO ON MEDIA a commis des fautes engageant sa responsabilité délictuelle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil en n'informant pas les internautes désirant ouvrir une 'radio' sur le site de GOOM RADIO qu'ils ne peuvent pas choisir comme dénomination, une marque protégée appartenant à des tiers, en ne prenant pas la peine de mettre en place un système de filtre pour prévenir ou limiter l'atteinte aux droits de tiers et en ne mettant pas en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à sa connaissance des données ;

Considérant ceci exposé, que les conditions générales d'utilisation figurant sur le site <goomradio.fr> définissant les modalités d'accès et d'utilisation du site proposé aux 'goomers' par la SAS GO ON MEDIA, rappellent à l'article 7.2 que 'toute utilisation non autorisée d'une marque ou d'un logo protégé constitue un délit de contrefaçon et peut être poursuivi devant les autorités judiciaires ' et que la société ' se réserve la faculté de supprimer l'accès à son site au Goomer qui : diffuse sur le site (...) des messages contraires aux droits d'auteur ou droits voisins, au droit applicable aux bases de données, au droit des marques, au droit au respect de la vie privée ou qui enfreindraient toute autre disposition législative ou réglementaire en vigueur' ;

Considérant dès lors que les faits fautifs expressément et uniquement visés par les sociétés RADIO NOVA et NOVAPRESS au soutien de leurs demandes en concurrence déloyale ne sont pas établis et que le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté ces sociétés de leurs demandes à ce titre ;

IV : SUR LES MESURES RÉPARATRICES :

Considérant que les sociétés RADIO NOVA et NOVAPRESS font valoir que les agissements fautifs et contrefaisants de la SAS GO ON MEDIA ont concouru à la réalisation de leur entier préjudice et réclament en premier lieu des mesures d'interdiction de poursuivre les agissements illicites sous astreinte de 1.000 € par infraction constatée à compter de la signification de l'arrêt à intervenir ainsi qu'une mesure de publication judiciaire du dispositif de l'arrêt à intervenir dans cinq supports à leur choix et aux frais de la SAS GO ON MEDIA, ainsi que sur la page d'accueil du site internet de GOOM RADIO ;

Considérant que, interjetant appel incident de ce chef, elles réclament la réparation de leurs préjudices par l'allocation de dommages et intérêts en faisant valoir que l'image et la réputation attachées à la marque 'NOVA' et à RADIO NOVA résultent de trente ans d'investissements, que les agissements litigieux banalisent et vulgarisent les dénominations 'NOVA' et 'RADIO NOVA', que GOOM RADIO revendiquait au moment des faits une audience de cinq millions d'auditeurs, visant une migration de l'audience et des budgets publicitaires des radios hertziennes vers les radios numériques ;

Considérant qu'elles demandent la condamnation de la SAS GO ON MEDIA à leur payer à la société NOVAPRESS la somme de 40.000 € au titre des actes de contrefaçon de marques et la somme de 20.000 € au titre des fautes délictuelles commises et à la société RADIO NOVA la somme de 40.000 € au titre de l'atteinte à la dénomination sociale et la somme de 20.000 € au titre des fautes délictuelles commises, ainsi que mentionné au dispositif des conclusions qui seules saisissent la cour du montant des demandes ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA réplique que la société NOVAPRESS n'a subi aucun préjudice puisqu'elle n'exploite pas à titre personnel les marques 'NOVA', 'RADIO NOVA' et 'NOVATUNES', si ce n'est l'équivalent du montant des redevances de renouvellement des marques 'NOVA' et 'RADIO NOVA', soit respectivement 240 € et 360 € ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA fait en outre valoir que l'audience des radios incriminées est proche de zéro ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA invoque également l'absence de préjudice subi par la société RADIO NOVA en l'absence de risque de confusion et qu'en tout état de cause ce préjudice ne saurait être supérieur à la somme de 2.500 € réclamée initialement par les intimées dans leurs premières correspondances ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA conclut donc à l'infirmité du jugement entrepris en ce qu'il a prononcé des mesures d'interdiction, de condamnation à des dommages et intérêts et de publication judiciaire et au débouté des sociétés intimées de l'ensemble de leurs demandes réparatrices ;

Considérant ceci exposé, qu'en vertu des dispositions de l'article L 716-14 du code de la propriété intellectuelle, les dommages et intérêts en cas de contrefaçon de marque sont évalués en considération des conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte ;

Considérant que les actes de contrefaçon ont causé un préjudice aux sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA du fait de l'atteinte à l'image et à la réputation attachées aux marques revendiquées et à la radio NOVA, notamment par la banalisation des dénominations NOVA et RADIO NOVA, ainsi qu'aux investissements réalisés dans la promotion de ces marques dont il est justifié par les pièces versées aux débats ;

Considérant qu'il convient en outre de prendre en compte l'audience effective des seules radios aux dénominations contestées (et non pas celle de l'ensemble des radios diffusées sur Internet par le site <goomradio.fr>), le service 'MY GOOM' ne représentant que 0,80 % de l'audience de ce site, ainsi que la durée pendant laquelle les faits litigieux ont été constatés (sept mois entre mars et octobre 2010) ;

Considérant qu'en fonction de ces éléments il apparaît que les premiers juges ont fait une correcte évaluation des préjudices subis à la somme de 10.000 € au titre des actes de contrefaçon des trois marques dont la société NOVAPRESS est titulaire et à celle de 5.000 € au titre de l'atteinte à la dénomination sociale de la société RADIO NOVA ;

Considérant que c'est à juste titre que les premiers juges ont ordonné à la SAS GO ON MEDIA de mettre en oeuvre les moyens nécessaires afin d'éviter le renouvellement des agissements illicites ;

Considérant que c'est également à bon droit que les premiers juges ont prononcé une mesure de publication judiciaire du dispositif du jugement dans deux journaux ou revues au choix des sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA et aux frais de la SAS GO ON MEDIA dans la limite de la somme de 5.000 € HT pour chaque publication ;

Considérant enfin que c'est à juste titre que les premiers juges n'ont pas fait droit à la demande de publication sur le site Internet de la SAS GO ON MEDIA et à la demande d'interdiction sous astreinte de poursuivre les agissements illicites dans la mesure où il est constant que la diffusion des radios litigieuses a cessé depuis le 19 octobre 2010 ;

Considérant en conséquence que le jugement entrepris sera confirmé en ce qui concerne les mesures réparatrices ordonnées ;

V : SUR LES AUTRES DEMANDES :

Considérant que les sociétés RADIO NOVA et NOVAPRESS soulèvent le caractère abusif du présent appel dont toute l'argumentation repose sur des affirmations fausses, souvent contradictoires et des arguments artificiels, réclamant chacune la somme de 10.000 € à titre de dommages et intérêts ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA ne fait pas valoir de moyens particuliers en réponse à cette demande si ce n'est en concluant, au dispositif de ses conclusions, au débouté des sociétés RADIO NOVA et NOVAPRESS de l'ensemble de leurs demandes ;

Considérant que les sociétés intimées ne justifient pas de ce que la SAS GO ON MEDIA aurait abusé de son droit d'user des voies de recours prévues par la loi ni du préjudice distinct qu'elles pourraient avoir subi de ce fait, qu'elles seront en conséquence déboutées de leur demande en dommages et intérêts pour appel abusif ;

Considérant qu'il est équitable d'allouer aux sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA la somme complémentaire de 4.000 € chacune au titre des frais par elles exposés en cause d'appel et non compris dans les dépens, le jugement entrepris étant par ailleurs confirmé en ce qu'il a statué sur les frais irrépétibles de première instance ;

Considérant que la SAS GO ON MEDIA, partie perdante en son appel, sera déboutée de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Considérant que, pour les mêmes motifs, la SAS GO ON MEDIA sera condamnée au paiement des dépens d'appel, le jugement entrepris étant par ailleurs confirmé en ce qu'il a statué sur la charge des dépens de la procédure de première instance ;

PAR CES MOTIFS :

La Cour, statuant publiquement et contradictoirement,

Confirme en toutes ses dispositions le jugement entrepris.

Y ajoutant :

Déboute les sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA de leur demande en dommages et intérêts pour appel abusif.

Condamne la SAS GO ON MEDIA à payer à chacune des sociétés NOVAPRESS et RADIO NOVA la somme complémentaire de QUATRE MILLE EUROS (4.000 €) au titre des frais exposés en cause d'appel et non compris dans les dépens.

Déboute la SAS GO ON MEDIA de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Condamne la SAS GO ON MEDIA aux dépens de la procédure d'appel, lesquels seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER
LE PRÉSIDENT