

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 1
ARRET DU 08 NOVEMBRE 2016
(n°200/2016, 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 14/05920
Décision déferée à la Cour : Jugement du 31 Janvier 2014 -Tribunal de Commerce de PARIS
- RG n° 12/072267

APPELANTE

Société EPTIMUM
Immatriculée au RCS de NANTERRE sous le numéro 495144750,
Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domicilié [...] adresse [...]
92120 MONTROUGE
Représentée par Mr Olivier BERNABE, avocat au barreau de PARIS, toque : B0753
Assistée de Mr Corinne MIMRAN, avocat au barreau de PARIS, toque : E0948

INTIMÉE

SARL KASPERSKY LAB FRANCE
Immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de NANTERRE sous le numéro 478
315 872
Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés [...] 2, adresse [...]
92500 RUEIL MALMAISON
Représentée et assistée de Mr Henri LEBEN, avocat au barreau de PARIS, toque : K184

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 20 Septembre 2016, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Benjamin RAJBOUT, Président de chambre
Mme Nathalie AUROY, Conseillère
Madame Isabelle DOUILLET, 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 : Madame Karine ABELKALON

ARRÊT :

- contradictoire - 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 Madame Karine ABELKALON, greffier.

EXPOSÉ DU LITIGE

La SARL Kaspersky Lab France (ci-après KLF) édite et commercialise des logiciels antivirus qu'elle vend d'une part dans le commerce physique sous la forme de coffrets comprenant un cédérom avec une clé d'activation et d'autre part à travers des sites Internet de vente par téléchargement gratuit de logiciels auxquels s'ajoute une clé d'activation que le client obtient après l'avoir payée ;

La SAS Eptimum commercialise des logiciels par téléchargement sur ses sites Internet, essentiellement sous la dénomination 'entelechargement.com', se fournissant soit auprès des éditeurs, soit auprès de grossistes ;

La SAS Eptimum n'a pu obtenir l'accord de la SARL KLF pour se fournir directement auprès d'elle et considérant que cette société commercialisait ses produits avec des méthodes qu'elle qualifie de déloyale, la SARL KLF a dans un premier temps engagé une instance en référé devant le tribunal de commerce de Paris afin d'obtenir la cessation de ces pratiques ;

Par arrêt du 21 mars 2013, la cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance du 30 mai 2012 qui avait dit n'y avoir lieu à référé et a fait interdiction sous astreinte à la SAS Eptimum de proposer le téléchargement d'antivirus Kaspersky de la gamme 2012 ou de leurs programmes d'actualisation à partir de clés d'activation 2011 ou de la gamme 2013 ou de leur leurs programmes d'actualisation, à partir de clés d'activation antérieures, ainsi que d'utiliser, reproduire et imiter sous toutes ses formes la dénomination 'Kaspersky' dans son nom de domaine ainsi que sur l'adresse URL de ses sites Internet ;

L'arrêt a également ordonné à la SAS Eptimum d'indiquer sans ambiguïté la version et le prix des logiciels Kaspersky qu'elle propose à la vente sur son site Internet, de modifier pour l'avenir l'ergonomie et les codes couleurs des pages de son site Internet consacrées à la vente de produits Kaspersky afin d'empêcher tout risque de confusion avec la boutique en ligne de la SARL KLF ;

Parallèlement à cette procédure, la SARL KLF a fait assigner au fond la SAS Eptimum le 12 novembre 2012 devant le tribunal de commerce de Paris en concurrence déloyale ;

Par jugement contradictoire du 31 janvier 2014, le tribunal de commerce de Paris a :

- dit qu'en adoptant une URL comportant le terme 'KASPERSKY', la SAS Eptimum a commis un acte de concurrence déloyale,
- condamné la SAS Eptimum à payer à la SARL KLF la somme de 67.317 euros à titre de dommages et intérêts,
- débouté la SARL KLF de sa demande de publication,

- débouté la SAS Eptimum de ses demandes,
- condamné la SAS Eptimum à payer à la SARL KLF la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens,
- ordonné l'exécution provisoire de sa décision ;

La SAS Eptimum a interjeté appel de ce jugement le 14 mars 2014 ;

Par ses dernières conclusions, transmises par RPVA le 03 mai 2016, la SAS Eptimum demande

- de réformer partiellement le jugement entrepris,
- de dire qu'elle n'a commis aucun acte de concurrence déloyale l'encontre de la SARL KLF,
- de débouter la SARL KLF de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,
- de condamner la SARL KLF pour abus de droit dans le cadre de la notification à la société Google d'une atteinte à ses droits, à lui payer les sommes suivantes :
 - 40.000 euros au titre de la perte de marge brute sur la période concernée, - 10.000 euros au titre de la perte de clients, - 21.600 euros au titre de la désorganisation de l'entreprise, - 200.000 euros au titre du préjudice moral et de réputation ;
- de condamner la SARL KLF à lui payer la somme de 25.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens ;

Par ses dernières conclusions, transmises par RPVA le 22 mars 2012, au-delà de demandes de constatations qui ne saisissent pas la cour de prétentions au sens de l'article 6 du code de procédure civile, la SARL KLF demande :

- d'infirmer le jugement entrepris sauf en ce qu'il a reconnu l'existence d'actes de concurrence déloyale résultant de l'adoption par la SAS Eptimum d'une URL comportant le terme 'KASPERSKY',
- de condamner la SAS Eptimum au paiement de la somme de 584.687 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice commercial subi du fait des actes de concurrence déloyale commis grâce au détournement des clés d'activation d'anciennes versions d'antivirus, de la pratique de prix cassés, de l'ambiguïté sur son site portant sur la version et le prix des logiciels Kaspersky qu'elle propose sans jamais indiquer de prix de référence, de la volonté de créer une confusion entre son site Internet et celui de la SARL KLF,
- de condamner la SAS Eptimum au paiement de la somme de 100.000 euros de dommages et intérêts au titre de l'atteinte à sa réputation,
- d'ordonner la publication du 'jugement' (sic) à intervenir sur le site Internet de la SAS Eptimum ainsi que dans cinq revues ou sites Internet à son choix, aux frais de la SAS Eptimum, dans la limite de 5.000 euros HT par insertion,
- de rejeter l'ensemble des demandes reconventionnelles de la SAS Eptimum,
- de condamner la SAS Eptimum à lui payer la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens ;

L'ordonnance de clôture a été rendue le 17 mai 2016 ;

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 déferé et aux écritures des parties ;

I : SUR LE DÉTOURNEMENT ALLÉGUÉ DES CODES D'ACTIVATION :

Considérant qu'il ressort des éléments de la cause que la SARL KLF commercialise ses logiciels d'une part sous une forme 'physique' dans une boîte achetée en magasin et contenant un cédérom d'installation et une clé d'activation, et d'autre part sous une forme dématérialisée sur un site Internet disposant d'une boutique de vente en ligne ;

Que dans ce dernier cas l'achat du logiciel dématérialisé se fait par le téléchargement gratuit d'une version limitée ou d'essai du logiciel correspondant au contenu du cédérom vendu dans les magasins puis de l'activation de ce logiciel via une clé d'activation obtenue au moment du paiement ;

Considérant que la SAS Eptimum commercialise en ligne sur Internet des logiciels destinés aux entreprises et aux particuliers sous leur forme dématérialisée par téléchargement en s'approvisionnant soit directement en concluant des accords avec les éditeurs de logiciels, soit par l'intermédiaire de grossistes de ces marques ;

Qu'ainsi elle distribue les logiciels antivirus de la SARL KLF en s'approvisionnant auprès d'un grossiste, la société ECP qui elle-même se fournit via la société APACABAR, distributeur grossiste partenaire de la SARL KLF ainsi que cela est mentionné sur le site Internet de cette dernière (pièce 2 de la SARL KLF) ;

Qu'en 2011 la SAS Eptimum s'est adressée à la SARL KLF pour s'approvisionner directement en clés d'activation mais que les négociations n'ont pas abouti, la SARL KLF estimant, dans un courriel du 29 février 2012 (pièce 5 de la SAS Eptimum) que 'le volume d'affaires estimé n'est pas assez important' ;

Considérant qu'à la suite de ce refus la SAS Eptimum a procédé à l'acquisition, auprès du grossiste ECP, des boîtes contenant les cédéroms de versions antérieures du logiciel antivirus (en l'espèce en 2012 celle de l'année 2011) pour, après ouverture, en récupérer la clé d'activation qui est seule conservée ;

Que sur son site en ligne la SAS Eptimum ne propose donc pas à la vente l'ancienne version 2011 du logiciel antivirus sous sa forme d'un cédérom 'physique' dans une boîte mais seulement la clé d'activation qui y était jointe, à utiliser après téléchargement de la version d'essai gratuite du logiciel dans sa version à jour (soit en l'espèce 2012) ;

Que s'agissant d'une clé d'activation valable, le client a ainsi la possibilité d'accéder à la mise à jour gratuite de l'antivirus pour bénéficier en l'espèce de la version 2012 du logiciel ;

Que la SAS Eptimum a procédé de même l'année suivante en commercialisant les clés d'activation jointes aux boîtes de la version 'physique' 2012 du logiciel pour les utiliser avec la version 2013 du logiciel sous sa forme dématérialisée après téléchargement de la version d'essai de ce logiciel ;

Que dans la mesure où les boîtes des versions antérieures du logiciel antivirus sont revendues à bas prix par les grossistes, la SAS Eptimum en leur achetant ces boîtes réalise une économie lui permettant de revendre les clés d'activation qui y sont jointes avec une décote de l'ordre de 30 % par rapport au prix du logiciel complet dans sa dernière version ;

Considérant que les premiers juges ont dit que la SAS Eptimum n'avait pas commis de faute en commercialisant ainsi ces clés d'activation ;

Considérant que la SAS Eptimum conclut sur ce point à la confirmation du jugement entrepris en faisant valoir que la SARL KLF a fait le choix de ne pas subordonner techniquement le fonctionnement du code livré avec les cédéroms à la présence effective du cédérom dans l'ordinateur, le service de protection de l'ordinateur en temps réel avec des mises à jour quotidiennes de l'antivirus étant identique quel que soit le mode d'acquisition du produit et que le code d'activation fonctionne donc de façon indépendante par rapport au cédérom d'installation présent dans les boîtes ;

Qu'elle ajoute que la SARL KLF a également fait le choix d'autoriser les utilisateurs possédant la version de l'année précédente de son logiciel, à migrer vers la dernière version dès lors que la licence initiale court encore au moment de la mise sur le marché de la nouvelle version, de telle sorte que le consommateur n'est pas trompé sur les caractéristiques essentielles du service puisqu'il a bien accès ainsi à la dernière version de l'antivirus ; Qu'elle fait encore valoir qu'elle a le droit d'acheter des cédéroms millésimés invendus après de grossistes et de proposer des produits équivalents à ceux marqués d'un millésime postérieur, ne portant aucune atteinte à la réputation de la SARL KLF, les quelques cas de dysfonctionnement relevés faisant partie des aléas inhérents au téléchargement de logiciels en général et ayant été réglés par elle ;

Qu'elle précise ne pas revendre à perte ces clés d'acquisition, les prix pratiqués n'étant pas anormalement bas ;

Considérant que la SARL KLF réplique que la SAS Eptimum entretient une ambiguïté sur la nature des produits vendus annonçant sur son site vendre des 'antivirus 2013' alors qu'il s'agissait de clés d'activation issues de la version 2012, le fait que ces clés donnent accès aux mises à jour ne leur permettant pas de les présenter comme des 'antivirus 2013' ;

Qu'elle affirme que le consommateur est ainsi trompé sur la nature du bien qu'il acquiert, le recours à une clé d'une année antérieure étant en outre susceptible de générer un certain nombre de difficultés ou d'anomalies lors du téléchargement ; qu'il existe en effet des différences entre les antivirus selon leur année d'édition ;

Qu'elle fait valoir qu'en détournant ces clés d'activation du canal de distribution 'physique' vers le canal 'dématérialisé', la SAS Eptimum bénéficie indûment sur le marché dématérialisé des conditions tarifaires attachées à la vente de boîtes, un tel détournement étant manifestement déloyal ;

Qu'elle conclut donc à l'infirmité du jugement entrepris en ce qu'il n'a pas jugé déloyal le détournement des clés d'activation effectué par la SAS Eptimum ;

Considérant ceci exposé, que la vente des logiciels antivirus édités par la SARL KLF suit deux modes de distribution distincts reposant chacun sur un modèle économique et technique différent : une vente sous une forme 'physique' en magasin dans des boîtes, avec un coût

inhérent au pressage des cédéroms et à la mise en place d'une chaîne logistique et une vente sous une forme dématérialisée par téléchargement en ligne sur un site marchand avec des coûts distincts inhérents à la gestion d'un serveur de téléchargement, à la sécurisation des données et au coût du référencement sur les moteurs de recherche ;

Qu'ainsi la clé d'activation contenue dans la boîte, exclusivement prévue pour n'être utilisée qu'avec le cédérom matériel qui s'y trouve contenant la version millésimée du logiciel, n'a pas normalement vocation à être utilisée pour activer une version d'un millésime ultérieur de ce logiciel préalablement téléchargée gratuitement en version d'essai sur Internet ;

Qu'en effet ce n'est pas parce que cette manipulation est techniquement possible qu'elle en est pour autant licite ;

Qu'en outre cette manipulation peut être source de dysfonctionnement ou d'erreurs qui ne sauraient être considérés comme faisant 'partie des aléas inhérents au téléchargement de logiciels en général' comme le soutient la SAS Eptimum ;

Considérant en effet que la procédure d'activation du logiciel n'est pas la même selon que le logiciel a été acheté matériellement sur un cédérom dans une boîte contenant la clé d'activation destinée au déblocage de ce logiciel spécifique ou qu'il a été téléchargé dans sa version d'essai sur Internet en recevant par courriel, après paiement, une clé d'activation générée automatiquement ;

Que le fait de proposer à la vente sur Internet d'une clé d'activation provenant d'une boîte 'physique' suppose que la clé a été correctement copiée et qu'elle n'a été affectée à l'activation du logiciel d'antivirus qu'une seule fois, c'est-à-dire qu'elle a été désindexée des serveurs de la SAS Eptimum après avoir été adressée à un consommateur ;

Qu'il est ainsi apparu que certaines clés avaient déjà été activées, réduisant d'autant la durée d'utilisation de la licence pour l'internaute (pièce 10-1 de la SARL KLF où une clé achetée le 18 février 2012 était déjà activée depuis le 30 novembre 2011), que d'autres avaient été activées un grand nombre de fois, interdisant toute nouvelle activation (pièce 32 de la SARL KLF où une clé achetée le 16 avril 2012 avait été préalablement activée 50 fois depuis le 05 avril 2012), la SARL KLF ayant reçu de nombreux courriels de consommateurs confrontés à de tels problèmes (pièce 57 de la SARL KLF mentionnant des exemples de ces difficultés) ;

Considérant en outre que les versions successives du logiciel antivirus de la SARL KLF ne sont pas identiques d'une année sur l'autre ainsi que cela ressort notamment du procès-verbal de constat d'huissier du 20 décembre 2012 (pièce 35 de la SARL KLF) comparant les versions 2011, 2012 et 2013 du logiciel ;

Qu'ainsi, outre une ergonomie différente en fonction de la date d'édition du logiciel, il apparaît que les fonctions disponibles ne sont pas les mêmes selon les versions : la technologie 'Cloud Protection' étant proposée en 2012 et 2013 mais pas en 2011, le module 'consulter la réputation dans le KSN' pour savoir si la réputation du logiciel est de confiance et sans risque n'existant que depuis 2012, les modules permettant d'activer la protections contre les 'Exploits' et permettant la protection des transactions bancaires n'étant proposés que dans la version 2013 ;

Considérant qu'il ressort des procès-verbaux de constat d'huissier des 09 mars 2012 (pièce 5 de la SARL KLF) et 07 septembre 2012 (pièce 31) que la SAS Eptimum, sur son site '<http://kaspersky.entelechargement.com>' annonce vendre en ligne par téléchargement des antivirus Kaspersky dans leur version 2012 (pour le premier constat) et 2013 (pour le deuxième constat) alors qu'en réalité il ne s'agit que des clés d'activation extraites de boîtiers correspondant aux versions de l'année précédente (soit respectivement 2011 et 2012) ;

Que ce n'est qu'après avoir été condamnée en référé par l'arrêt précité du 21 mars 2013, que la SAS Eptimum a modifié la présentation de ses offres commerciales sur son site en précisant le millésime réel de la clé d'activation du logiciel antivirus qu'elle propose à la vente par téléchargement ;

Qu'il apparaît donc que le fait pour la SAS Eptimum d'acheter à bas prix auprès de la société ECP des boîtes d'une ancienne version du logiciel antivirus édité par la SARL KLF, pour n'en utiliser que les clés d'activation qu'elle revend par téléchargement à bas prix, avec une décote de l'ordre de 30 % aux fins d'activation de la version en cours de ce logiciel, préalablement téléchargé dans sa version d'essai, sans que le consommateur en soit informé est constitutif d'une pratique commerciale trompeuse au sens des articles L 121-2 et suivants du code de la consommation ;

Qu'est également constitutive d'une pratique trompeuse le fait de prétendre vendre la dernière version du logiciel antivirus Kaspersky en faisant croire à une offre promotionnelle par rapport à un tarif de référence qu'elle n'a jamais pratiqué puisqu'elle commercialise en réalité des clés d'activation de l'année antérieure détournées de leur utilisation normalement licite en prenant soin de dissimuler leur année d'édition réelle ;

Considérant que ces pratiques commerciales trompeuses sont constitutives d'actes de concurrence déloyale à l'encontre de la SARL KLF qui subit notamment un détournement de clientèle du fait de l'avantage concurrentiel indu en résultant mais aussi une atteinte à son image, les consommateurs qui ne parviennent pas à faire fonctionner la clé d'activation ainsi reçue se plaignant directement auprès de la SARL KLF ainsi que cela ressort en particulier des pièces 101, 32, 57 susvisées ;

Qu'en conséquence le jugement entrepris sera infirmé en ce qu'il a dit que la SAS Eptimum n'avait pas commis de faute en commercialisant les clés d'activation et en ce qu'il a débouté la SARL KLF de ses demandes à ce titre ;

II : SUR LE RISQUE DE CONFUSION ALLÉGUÉ :

Considérant que les premiers juges ont néanmoins retenu qu'en choisissant de mettre en avant une URL comprenant le terme 'kaspersky' et en créant des adresses de courriels comportant également ce terme, la SAS Eptimum a cherché à tromper le client quant à l'origine du produit vendu sur son site en faisant croire qu'il est une émanation officielle de la SARL KLF ;

Considérant que la SAS Eptimum soutient avoir le droit d'utiliser la dénomination 'kaspersky' dans le cadre de la revente des produits de la SARL KLF en sa qualité de distributeur, y compris dans son nom de domaine et son adresse URL ;

Qu'elle ajoute qu'il n'y a aucun risque de confusion, son site Internet reproduisant toujours de manière évidente son logo et son architecture et ses codes couleurs ayant été au surplus

modifiés après l'ordonnance de référé du 30 mai 2012 alors que cela ne lui avait pas été imposé ;

Qu'elle précise encore que le terme 'kaspersky' n'est utilisé que dans l'adresse URL du site présentant les produits de la SARL KLF, tous les sites Internet procédant de même ;

Qu'en ce qui concerne l'utilisation de ce terme dans le cadre du référencement payant, elle rappelle que selon la jurisprudence européenne, l'usage d'une marque à titre de mot clé ne porte atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque que lorsque la publicité affichée à partir du mot clé ne permet pas (ou difficilement) à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'un tiers ;

Qu'elle fait valoir qu'en l'espèce l'affichage des résultats sur le mot clé 'kaspersky' exclut tout risque de confusion, son adresse URL 'kaspersky.entelechargement.com' ne faisant pas référence à la boutique officielle de la SARL KLF mais uniquement au fait que l'internaute va pouvoir télécharger des logiciels de la marque Kaspersky en cliquant sur ce lien ;

Qu'elle en conclut que le fait que son annonce publicitaire mentionnant cette adresse URL renvoie vers un site clairement identifié comme lui appartenant et parfaitement différencié du site officiel de la SARL KLF, permet d'exclure tout risque de confusion dans l'esprit du consommateur ;

Considérant que la SARL KLF réplique que la SAS Eptimum a mis en place une politique de communication destinée à créer une confusion dans l'esprit des consommateurs par l'insertion du terme 'kaspersky' dans son URL, dans le choix des adresses électroniques utilisées pour communiquer avec les Internautes, dans le choix des bannières publicitaires et des codes couleurs et de l'ergonomie de son site avant les modifications consécutives à l'arrêt du 21 mars 2013 ;

Qu'elle indique que cette politique a été couronnée de succès puisque les courriels de réclamation qu'elle a reçu démontrent que les Internautes concernés ont cru télécharger l'antivirus sur son site et que la création de ce risque de confusion constitue une pratique déloyale ayant permis à la SAS Eptimum de détourner à son profit une partie du trafic Interne qui devait légitimement lui revenir ;

Considérant ceci exposé, qu'il ressort notamment des deux procès-verbaux de constat d'huissier susvisés que la SAS Eptimum a fait l'acquisition du mot clé 'Kaspersky' sur le service AdWords du moteur de recherche Google ce qui lui permet d'apparaître parmi les liens sponsorisés en deuxième position juste après le site officiel de la SARL KLF en réponse à la requête 'Kaspersky', qu'elle apparaît même en première position avec le moteur de recherche Bing édité par Microsoft ; que son lien URL menant vers les pages de son site consacrées aux produits Kaspersky se nomme 'www.kaspersky.entelechargement.com' sans aucune référence à la dénomination sociale 'Eptimum' ;

Qu'il apparaît également que la SAS Eptimum communique avec les internautes par l'intermédiaire d'une adresse électronique reprenant également le terme 'kaspersky' : info@kaspersky.entelechargement.com, à nouveau sans qu'il soit fait référence à sa dénomination sociale ;

Qu'en outre, jusqu'à la procédure en référé engagée en mai 2012, le site de vente en ligne des produits Kaspersky par la SAS Eptimum reprenait le même code couleur (vert) et la même ergonomie que le site de la boutique officielle de la SARL KLF alors que d'autres sites concurrents (Amazon, Cdiscount, Darty ou Clubic) se démarquent nettement du site de la SARL KLF ;

Que l'ensemble de ces éléments sont manifestement de nature à induire en erreur l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif qui, croyant légitimement se trouver sur le site officiel de la SARL KLF, achètera d'autant plus facilement l'antivirus proposé par la SAS Eptimum à un prix inférieur de 30 %, ceci constituant un détournement déloyal de la clientèle;

Que ce risque de confusion est en particulier attesté par les nombreux courriels d'internautes ayant rencontré des difficultés pour télécharger ou activer la clé acquise sur le site de la SAS Eptimum, et qui se sont adressés à la SARL KLF, ayant cru acquérir la licence d'utilisation du logiciel directement sur le site officiel de cette société (ainsi aux pièces 7-1, 7-2, 14-1, 14-2, 15-1 et 15-2 de la SARL KLF) ;

Considérant enfin que cette confusion créée et entretenue par la SAS Eptimum lui a permis de bénéficier sans bourse délier des investissements publicitaires et commerciaux réalisés par la SARL KLF relativement à sa marque Kaspersky ; Considérant que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont dit que la SAS Eptimum avait commis des actes de concurrence déloyale et parasitaire à ce titre, que le jugement entrepris sera confirmé de ce chef ;

III : SUR LES MESURES RÉPARATRICES :

Considérant que les premiers juges ont évalué le préjudice subi par la SARL KLF à la somme de 67.317 euros en une marge brute marginale de 90 % sur le chiffre d'affaires perdu allégué de 373.987 euros et en limitant à 20 % de cette marge brute marginale la conséquence directe du seul usage du terme 'Kaspersky' dans l'URL ;

Considérant que la SARL KLF fait d'abord état d'une diminution des ventes consécutive au détournement du trafic Internet entre octobre 2011 et mars 2013 combinée à la perte d'attractivité de son site du fait des prix pratiqués par la SAS Eptimum aboutissant à une diminution des ventes d'un montant de 373.987 euros qu'elle réclame à cette dernière à ce titre;

Qu'elle ajoute qu'afin de maintenir son annonce en première position, elle a dû multiplier par 4,5 son coût par clic, cette augmentation s'élevant à 110.700 euros qu'elle réclame à ce titre à la SAS Eptimum ;

Qu'elle fait encore valoir que ce détournement du trafic Internet lui a fait perdre l'avantage concurrentiel normalement attaché à la mise en ligne d'un nouveau logiciel, n'ayant pas pu bénéficier des retombées qu'elle pouvait légitimement attendre du lancement de la nouvelle gamme 2013, laquelle a immédiatement été proposée en promotion par la SAS Eptimum, estimant ce chef de préjudice à la somme de 100.000 euros ;

Qu'elle indique enfin que le détournement de ses clés d'activation pratiqué à grande échelle a porté atteinte à sa réputation, le recours à des clés d'activation de l'année antérieure ne fonctionnant pas toujours correctement, ces problèmes techniques nuisant à son image, estimant ce chef de préjudice à la somme de 100.000 euros ;

Considérant que la SAS Eptimum rappelle d'abord qu'elle a déjà été condamnée à régler à la SARL KLF la somme de 40.000 euros au titre de la liquidation de l'astreinte ordonnée dans l'instance en référé et qui devra être prise en compte dans l'évaluation du prétendu préjudice de la SARL KLF ;

Qu'elle soutient que la SARL KLF ne justifie pas de la réalité d'une diminution de ses ventes, les pièces produites étant dépourvues de toute valeur probante en l'absence de documents officiels ou d'attestations d'un commissaire aux comptes ; qu'elle fait valoir au contraire que tous les clients ayant acheté un produit Kaspersky par son intermédiaire viennent s'ajouter au fichier clients de la SARL KLF, laquelle bénéficie donc d'un apport de clientèle grâce à elle ;

Qu'elle indique qu'aucun lien de causalité ne peut être établi entre son comportement et l'augmentation du coût par clic du service de référencement Google AdWords, aucune pièce objective n'étant d'ailleurs produite pour justifier de cette prétendue augmentation ;

Qu'elle ajoute que le préjudice allégué au titre de la désorganisation des ventes est en réalité identique à la diminution des ventes dont fait état la SARL KLF et que la demande à ce titre fait doublon avec celle présentée au titre de la diminution des ventes ;

Qu'en ce qui concerne l'atteinte à la réputation de la SARL KLF, elle fait valoir qu'elle n'est que distributeur et n'est pas à l'origine des dysfonctionnements constatés, qui relèvent de la conception des clés d'activation et qu'en tout état de cause ces dysfonctionnements sont en nombre minime par rapport au nombre de ventes réalisées ;

Considérant ceci exposé que les actes de concurrence déloyale et parasitaire commis par la SAS Eptimum ont, comme il l'a été analysé plus haut, entraîné un détournement du trafic Internet qui aurait dû revenir à la SARL KLF et par voie de conséquence de sa clientèle, amenée à acquérir des produits présentés comme les derniers millésimes à un prix 30 % inférieur ;

Que la SARL KLF produit en pièce 12 un document interne révélant une baisse effective du trafic sur son site Internet à partir du mois d'octobre 2011 (début des prix pratiqués par la SAS Eptimum) jusqu'au mois de mars 2013 (prononcé de l'arrêt en référé) ; qu'à l'évidence ce document, rédigé en anglais, n'a pas été établi pour les besoins de la cause mais bien à l'intention des responsables de la SARL KLF sans que son authenticité soit sérieusement discutée autrement que par principe ;

Qu'elle justifie également pour cette même période d'une baisse de son chiffre d'affaires d'un montant total de 373.987 euros (pièce 52 bis), que toutefois son préjudice doit être calculé en fonction non pas de ce chiffre d'affaires mais de la perte de marge brute résiduelle que les premiers juges ont évaluée à 90 % sans être autrement contredits par les parties ;

Que toutefois le jugement n'a limité qu'à 20 % du montant de cette marge brute le préjudice économique résultant de la seule insertion du mot 'kaspersky' dans l'adresse URL de la SAS Eptimum alors que le présent arrêt, partiellement infirmatif de ce chef, reconnaît également des faits de concurrence déloyale et parasitaire du fait du détournement des clés d'activation ;

Qu'en conséquence il n'y a pas lieu à retenir une limitation du préjudice économique subi à 20 % de la perte de marge brute résiduelle comme l'ont fait les premiers juges mais plus exactement un pourcentage de 75 % afin de tenir compte du fait que cette diminution de

marge brute n'est pas entièrement due aux agissements fautifs de la SAS Eptimum, l'évolution du marché et de la situation économique française devant également être prise en compte ;

Qu'en conséquence le préjudice économique subi par la SARL KLF sera évalué à la somme arrondie de 252.441 euros ($373.987 \times 0,9 \times 0,75$) que la SAS Eptimum sera condamnée à lui payer à ce titre, le jugement entrepris étant partiellement infirmé de ce chef ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu à déduire de cette somme le montant de la condamnation prononcée le 16 janvier 2015 par le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Nanterre qui a liquidé l'astreinte prononcée par l'arrêt précité du 21 mars 2013 à la somme de 40.000 euros dans la mesure où cette condamnation répare un préjudice distinct résultant du non respect par la SAS Eptimum, pour la période du 21 mars 2013 au 30 septembre 2014, de l'interdiction qui lui avait été faite 'd'utiliser, reproduire et imiter sous toutes ses formes la dénomination 'Kaspersky' dans son nom de domaine ainsi que sur l'adresse Url de ses sites internet' ;

Considérant que la somme demandée en réparation de l'augmentation du coût du mot clé de sa marque 'Kaspersky' sur le service de référencement AdWords de Google n'a pas de lien de causalité avec les actes de concurrence déloyale commis par la SAS Eptimum mais relève d'un choix commercial propre à la SARL KLF, que c'est donc à juste titre que les premiers juges n'ont pas retenu l'existence d'un préjudice indemnisable à ce titre ;

Considérant que le préjudice invoqué au titre de la perte de l'avantage concurrentiel normalement attaché à la mise en ligne d'un nouveau logiciel est déjà réparé par l'indemnisation du préjudice économique subi par la SARL KLF, cette demande faisant double emploi ;

Considérant enfin que les agissements fautifs de la SAS Eptimum ont porté atteinte à la réputation de la SARL KLF, notamment par les dysfonctionnements rencontrés par un certain nombre d'internautes qui n'ont pas reçu ou n'ont pas pu activer leur clé acquise auprès de la SAS Eptimum et qui s'en sont plaint auprès de la SARL KLF, croyant avoir fait cette acquisition sur le site officiel de cette société ;

Qu'ainsi qu'il l'a été analysé plus haut, ces dysfonctionnements ne sont pas dus à d'éventuels défauts de ces clés, mais bien au fait que ces clés ont été détournées de leur usage normal, certaines d'entre elles ayant notamment été déjà activées, y compris un grand nombre de fois ;

Que ces agissements, que les internautes ont eu tendance à imputer à la SARL KLF, ont donc porté une atteinte réelle à sa réputation et lui ont donc causé un préjudice moral que la cour évalue, au vu des éléments de la cause, notamment du nombre d'internautes ainsi touchés, à la somme de 25.000 euros

Considérant en conséquence que le jugement entrepris sera infirmé sur le montant des dommages et intérêts alloués à la SARL KLF et que, statuant à nouveau de ce chef, la SAS Eptimum sera condamnée à lui payer la somme de 252.441 euros en réparation de son préjudice économique et celle de 25.000 euros en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à sa réputation ;

IV : SUR LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE DE LA SAS EPTIMUM :

Considérant que la SAS Eptimum reprend devant la cour sa demande en dommages et intérêts, dont elle a été déboutée en première instance, au titre de ce qu'elle qualifie de 'manoeuvres illicites' conduites par la SARL KLF à compter du mois d'avril 2013 ;

Qu'elle reproche à la SARL KLF d'avoir déposé une plainte auprès de Google pour de prétendus actes de contrefaçon de sa marque 'Kaspersky' sur les produits qu'elle distribue régulièrement, à la suite de quoi Google a purement et simplement bloqué son compte qui comprenait des annonces non seulement pour la marque 'Kaspersky' mais également pour d'autres marques ;

Qu'elle affirme que le caractère abusif et infondé de cette plainte ressort de ce que la SARL KLF a évoqué auprès de Google des actes de contrefaçon alors que le litige opposant les parties ne s'est jamais placé sur ce terrain et qu'elle s'était bien conformée à l'arrêt du 21 mars 2013, lequel ne lui a jamais ordonné de modifier le texte de ses annonces publicitaires ;

Qu'elle soutient que la SARL KLF a ainsi détourné l'arrêt de référé du 21 mars 2013 pour l'utiliser abusivement afin de lui nuire en faisant bloquer son compte Google AdWords, ces agissements lui ayant occasionné un arrêt de la quasi-totalité de son activité de vente en ligne pendant plusieurs jours alors qu'elle venait juste d'acquérir des stocks auprès d'un grossiste officiel de la SARL KLF ;

Qu'elle invoque un préjudice financier résultant d'une perte de marge d'un montant de 40.000 euros et une perte de clientèle qu'elle évalue à la somme distincte de 10.000 euros ; qu'elle fait également état d'une désorganisation de l'entreprise ayant mobilisé huit salariés pendant six jours et qu'elle évalue, sur la base de 450 euros par jour et par salarié, à la somme de 21.600 euros ; qu'elle invoque enfin un préjudice moral de réputation car elle a dû contacter ses principaux fournisseurs pour leur exposer la situation litigieuse, évaluant son préjudice à la somme de 200.000 euros ;

Considérant que la SARL KLF réplique que la SAS Eptimum est responsable des termes mentionnés dans son annonce publicitaire et que le 26 avril 2013, constatant le maintien de la dénomination 'kaspersky' dans son adresse URL, elle a adressé une plainte auprès de Google, demandant que les annonces 'kaspersky.entelechargement.com' ne puissent plus être utilisées dans le cadre du service AdWords, le formulaire qu'elle a adressé à Google ne visant pas d'actes de contrefaçon ;

Qu'elle indique ne jamais avoir demandé que le domaine 'www.entelechargement.com' ne soit plus référencé mais que la requête 'Kaspersky' sur le moteur de recherche Google n'ait plus pour effet de déclencher l'apparition d'annonces dont l'URL commence par 'kaspersky.entelechargement.com' ;

Qu'elle ajoute être intervenue auprès de Google moins de vingt-quatre heures après avoir reçu le courrier de la SAS Eptimum pour préciser qu'elle n'avait jamais affirmé que les logiciels vendus sur le site de cette dernière étaient des contrefaçons ;

Qu'elle soutient donc n'avoir commis aucune faute, le fait d'informer Google du dispositif de l'arrêt du 21 mars 2013 n'étant pas fautif et conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté les demandes reconventionnelles de la SAS Eptimum ;

Considérant ceci exposé, qu'il sera rappelé que l'arrêt de référé du 21 mars 2013 a notamment fait interdiction à la SAS Eptimum 'd'utiliser, reproduire et imiter sous toutes ses formes la dénomination 'Kaspersky' dans son nom de domaine ainsi que sur l'adresse Url de ses sites internet' mais que le 25 mars 2013 le conseil de la SAS Eptimum écrivait à celui de la SARL KLF que cette mesure d'interdiction était 'difficile' à respecter pour la SAS Eptimum en créant une 'distorsion de concurrence' vis-à-vis des autres sites distributeurs des produits Kaspersky (pièce 41 de la SARL KLF) ;

Que le conseil de la SARL KLF répondait le 15 avril 2013 qu'il appartenait bien à la SAS Eptimum de se conformer aux dispositions de l'arrêt du 21 mars 2013 (pièce 42) alors qu'il était constaté qu'à cette date le terme 'kaspersky' figurait toujours sur l'adresse URL de son site 'www.kaspersky.entelechargement.com' sur le deuxième lien commercial en réponse à une recherche sur Google avec le terme 'Kaspersky' (pièce 43), étant rappelé que selon les règles d'utilisation du service AdWords de Google c'est bien le titulaire du compte AdWords qui sélectionne l'adresse URL à afficher sur l'annonce publicitaire (pièce 35 de la SAS Eptimum) ;

Considérant que c'est dans ces circonstances que le 26 avril 2013 la SARL KLF a adressé à Google non pas le 'formulaire de réclamation pour contrefaçon' dont un exemplaire vierge a été versé aux débats par la SAS Eptimum en pièce 37 mais le 'formulaire de réclamation relative aux marques' (dont un exemplaire vierge est produit par la SARL KLF en pièce 51), ainsi qu'elle en justifie par la production de la réponse par courriel de Google AdWords Trademark Complaint, accusant réception de ce formulaire (document annexé à la lettre adressée le 07 mai 2013 par l'avocat de la SARL KLF à celui de la SAS Eptimum et versée aux débats en pièce 44) ; Qu'il était bien précisé par la SARL KLF dans ce formulaire que la cour d'appel de Paris avait interdit à la SAS Eptimum d'utiliser, imiter et reproduire sous quelque forme que ce soit la dénomination 'Kaspersky' dans son nom de domaine et dans l'adresse URL de ses sites internet ;

Qu'il apparaît donc à la lecture de ce formulaire, dont la SAS Eptimum a bien reçu une copie annexée au courrier susvisé du 07 mai 2013), qu'à aucun moment la SARL KLF n'a affirmé à Google que les produits mis en vente par la SAS Eptimum sur son site étaient des contrefaçons, ni demandé que le nom de domaine 'www.entelechargement.com' ne soit plus référencé ;

Qu'avertie le 02 mai 2013 par l'avocat de la SAS Eptimum (pièce 38 de cette dernière) que Google aurait bloqué l'intégralité du domaine 'entelechargement.com', la SARL KLF a, dès le lendemain rappelé au service Google AdWords n'avoir jamais affirmé que la SAS Eptimum vendrait des contrefaçons et que le litige ne portait que sur des actes de concurrence déloyale, rappelant la mesure d'interdiction prononcée en référé ; qu'une copie du courriel ainsi adressé à Google a été adressée le même jour par lettre à l'avocat de la SAS Eptimum (pièce 45 de la SARL KLF) ;

Qu'il apparaît donc que la SARL KLF n'a commis aucune faute en adressant à Google un formulaire de réclamation expressément et uniquement fondé sur la décision rendue en référé le 21 mars 2013 par la cour d'appel de Paris dont la communication n'était pas davantage fautive, cet arrêt étant exécutoire, le blocage du compte AdWords correspondant à l'adresse 'www.entelechargement.com' n'ayant jamais été demandé par elle et aucune allusion n'ayant

été faite à de prétendus actes de contrefaçon et qu'avertie de ce fait, la SARL KLF a immédiatement pris les mesures nécessaires auprès du service Google AdWords ;

Qu'en conséquence le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté la SAS Eptimum de l'ensemble de ses demandes reconventionnelles ;

V : SUR LES AUTRES DEMANDES :

Considérant que les préjudices subis par la SARL KLF sont suffisamment réparés par l'octroi de sommes à titre de dommages et intérêts et qu'eu égard à l'ancienneté des faits, il n'y a pas lieu à ordonner, à titre de mesure réparatrice complémentaire, la publication judiciaire du présent arrêt ;

Que par ailleurs le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a également débouté la SARL KLF de sa demande de publication judiciaire du dit jugement ;

Considérant qu'il est équitable d'allouer à la SARL KLF la somme complémentaire de 20.000 euros au titre des frais par elle 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 Eptimum sera pour sa part, déboutée de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Considérant que la SAS Eptimum, partie perdante en son appel et tenue à paiement, 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 le jugement entrepris sauf en ce qu'il a débouté la SARL KLF de ses demandes en concurrence déloyale pour commercialisation des clés d'activation de ses logiciels d'antivirus et en ce qu'il a condamné la SAS Eptimum à payer à la SARL KLF la somme de 67.317 euros à titre de dommages et intérêts, infirmant de ces chefs, statuant à nouveau et y ajoutant :

Dit que la SAS Eptimum a également commis des actes de concurrence déloyale et parasitaire à l'encontre de la SARL KLF par des pratiques commerciales trompeuses en détournant de leur utilisation normalement licite les clés d'activation figurant dans les boîtes avec le cédérom 'physique' des anciennes versions de ses logiciels d'antivirus sans en informer le consommateur ;

Condamne la SAS Eptimum à payer à la SARL KLF les sommes suivantes :

- DEUX CENT CINQUANTE DEUX MILLE QUATRE CENT QUARANTE ET UN EUROS (252.441 euros) en réparation de son préjudice économique,

- VINGT CINQ MILLE EUROS (25.000 euros) en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à sa réputation ;

Dit n'y avoir lieu à déduire de ces sommes le montant de la condamnation prononcée par le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Nanterre le 16 janvier 2015 en liquidation d'astreinte ;

Déboute la SARL KLF de sa demande de publication judiciaire du présent arrêt ;

Condamne la SAS Eptimum à payer à la SARL KLF la somme complémentaire de VINGT MILLE EUROS (20.000 euros) au titre des frais exposés en cause d'appel et non compris dans les dépens ;

Déboute la SAS Eptimum de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

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

LE PRÉSIDENT

LE GREFFIER