

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE RIOM
Chambre Commerciale, 14 AVRIL 2010

APPELANT

SAS FUGAM 1 Rue du Gaz 03800 GANNAT

Représentant : Me Barbara GUTTON-PERRIN (avoué à la Cour) - Représentant : Me Alain BENSOUSSAN (avocat au barreau de PARIS) - Représentant : Me TELLIER-LONIEWSKI (avocat plaçant au barreau de PARIS)

ET :

M. Régis GERARD 5 Chemin du Trainel 10400 SOLIGNY LES ETANGS

Représentant : Me Martine-Marie MOTTET (avoué à la Cour) - Représentant : la SELARL CAPRIOLI et ASSOCIES (avocats aux barreaux de NICE ET PARIS) - Représentant : Me AGOSTI (avocat plaçant au barreau de NICE)

Mme Tajana GERARD 5 Chemin du Trainel 10400 SOLIGNY LES ETANGS

Représentant : Me Martine-Marie MOTTET (avoué à la Cour) - Représentant : la SELARL CAPRIOLI et ASSOCIES (avocat aux barreaux de NICE ET PARIS)
Représentant : Me AGOSTI (avocat plaçant au barreau de NICE)

INTIMES

DEBATS :

A l'audience publique du 3.3.10, la Cour a mis l'affaire en délibéré au 31.3.10 l'arrêt a été prononcé publiquement conformément à l'article 452 du Code de procédure Civile :

COMPOSITION DE LA COUR lors des débats et du délibéré :

Mme Claudine BRESSOULALY, Présidente

M. Yves LE BOURDON, Président de Chambre

Mme Chantal JAVION, Conseillère lors des débats et du prononcé : Mme C. GOZARD, Greffière

Sur APPEL d'une décision rendue le 1.12.2008 par le Tribunal de grande instance de CUSSET

A l'audience publique du 03 Mars 2010 Mme Bressoulaly a fait le rapport oral de l'affaire, avant les plaidoiries, conformément aux dispositions de l'article 785 du CPC

FAITS, PROCÉDURE et DEMANDES DES PARTIES

La société FUGAM a pour activité 'l'exploitation de portails Internet, la vente à distance, le développement d'applications et de services issus des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les domaines d'activités liés à la pêche'. Elle a changé de dénomination sociale en 2004, et était auparavant dénommée 'Pêcheur.com'. Le site exploité par la société FUGAM est accessible à l'adresse : www.pecheurs.com

Madame Tajana GERARD dont l'époux, Régis GERARD, jouit d'une grande réputation dans le domaine de la pêche depuis 1995 en tant que guide de pêche, écrivain, consultant, est immatriculée au RCS de TROYES depuis le 15 mars 2001 pour une activité déclarée d'achat de service et de consulting sur Internet.. En 2001, Madame GERARD a créé le site www.regisgerard.com, autour duquel de nombreux sites relatifs à la pêche ont fait leur apparition, notamment depuis avril 2004 le site www.peche-direct.com qu'elle exploite.

Par acte du 22 décembre 2006, la société FUGAM assignait Monsieur Régis GÉRARD et son épouse Madame Tajana GÉRARD devant le Tribunal de grande instance de CUSSET aux fins de dire et juger qu'ils ont commis des actes de contrefaçon de la marque 'PECHEURS.COM', usurpation de dénomination sociale, du nom commercial, de l'enseigne, du nom de domaine, de contrefaçon du droit d'auteur et des actes de concurrence déloyale et parasitaire.

Par jugement en date du 1er décembre 2008, le Tribunal de Grande Instance de CUSSET a :

- déclaré Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD responsables d'actes d'usurpation de la dénomination sociale, du nom, de l'enseigne 'pêcheurs.com' et du nom de domaine 'pêcheurs.com' de la société FUGAM et d'actes de concurrence déloyale à l'égard de la société FUGAM.

- débouté la société FUGAM de sa demande tendant à voir constater une atteinte à un droit d'auteur,

- condamné in solidum Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD à payer à la société FUGAM la somme de 10.000 € avec intérêts légaux à compter de l'assignation du 22 décembre 2006,

A titre de dommages et intérêts,

- autorisé la publication du jugement sur le site web de la société FUGAM à l'adresse www.pecheurs.com puis à l'adresse qui viendrait à la remplacer pendant une durée totale de six mois à compter de sa première mise en ligne,

- ordonné la publication du jugement sur le site web des époux GÉRARD à l'adresse www.peche-direct.com puis à l'adresse qui viendrait à la remplacer pendant une durée totale de six mois, sous astreinte de 100 € par jour de retard, dans un délai d'un mois après la signification du jugement,

- débouté la société FUGAM pour le surplus de ses demandes,

- condamné in solidum Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD à payer à la société FUGAM la somme de 1.500 € sur le fondement de l'article 700 du CPC,

- condamné in solidum Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD aux dépens.

Le 23 décembre 2008, la SAS FUGAM a interjeté appel du jugement.

Vu les dernières conclusions signifiées le 29 octobre 2009 aux termes desquelles la société FUGAM demande de :

- déclarer l'appel recevable et bien fondé,
- déclarer recevable et bien fondée la société FUGAM en toutes ses demandes, fins, moyens et prétentions et y faire droit,
- débouter les époux GÉRARD de toutes leurs demandes, fins, moyens et prétentions,

En conséquence :

- confirmer le jugement du Tribunal de grande instance de CUSSET du 1er décembre 2008 en ce qu'il a :

- * déclaré Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD responsables d'un acte d'usurpation de la dénomination sociale, du nom, de l'enseigne 'pêcheurs.com' et du nom de domaine 'pêcheurs.com' de la société FUGAM ainsi et surtout d'actes de concurrence déloyale à l'égard de la société FUGAM,

- * autorisé la publication du jugement sur le site web de la société FUGAM à l'adresse www.pecheurs.com puis à l'adresse qui viendrait à la remplacer pendant une durée totale de six mois,

- réformer le jugement du Tribunal de grande instance du 1er décembre 2008 en toutes ses autres dispositions,

- dire que Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD ont commis, à l'encontre de la société FUGAM, des actes de contrefaçon de droit d'auteur au titre de l'article L112-4 du Code de la propriété intellectuelle,

- en conséquence, ordonner à Madame Tajana GÉRARD et à Monsieur Régis GÉRARD, sous astreinte de 3.000 € par infraction constatée à compter de la signification du jugement à intervenir, de cesser d'utiliser toute plaquette publicitaire, photographies, montages photographiques et textes dont les droits appartiennent à la société FUGAM et de manière générale de cesser d'utiliser tout élément du site pêcheur.com ,

- condamner in solidum Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD à payer à la société Fugam une somme totale de 232.130€, sauf à parfaire, à titre de dommages et intérêts, avec intérêts légaux à compter de l'assignation de la société Fugam du 22 décembre 2006

- ordonné la publication du jugement à intervenir sur le site web de Madame Tajana GÉRARD et de Monsieur Régis GÉRARD à l'adresse www.peche-direct.com puis à l'adresse qui viendrait à la remplacer pendant une durée totale de six mois à compter de sa première mise en ligne, sous astreinte de 1.000 € par jour de retard, quarante-huit heures après la signification du jugement à intervenir,

- ordonner la publication du jugement à intervenir dans quatre journaux ou revues au choix de la société Fugam, et ce aux frais in solidum de Madame Tajana GÉRARD et de Monsieur Régis GÉRARD, sans que la valeur globale de ces publications ne puisse être supérieure à une somme de 25.000 € hors taxe, augmentée de la taxe sur la valeur ajoutée au taux en vigueur,

- dire que les astreintes prononcées à l'encontre de Madame Tajana GÉRARD et de Monsieur Régis GÉRARD seront productrices d'intérêts au taux légal à compter du jour de la signification du jugement du 1er décembre 2008, en application de l'article 1153-1 du Code civil, et de se réserver expressément le pouvoir de liquider les astreintes prononcées,

- dire que les intérêts seront capitalisés, conformément aux dispositions de l'article 1154 du Code civil,

- condamner in solidum Madame Tajana GÉRARD et Monsieur Régis GÉRARD au paiement d'une somme de 30.000 €, au titre de l'article 700 du CPC, avec intérêts au taux légal à compter de la signification de la décision à intervenir.

Vu les dernières conclusions signifiées le 12 février 2010 aux termes desquelles les époux GÉRARD demandent de :

A titre principal,

- constater que les époux GERARD n'ont commis aucun acte de contrefaçon de la marque Pêcheur.com,
- constater que les époux GERARD n'ont commis aucun acte de contrefaçon de droit d'auteur au titre de l'article L122-4 du CPI à l'encontre de la société Pêcheur.com,
- constater que les époux GERARD n'ont commis aucun acte de concurrence déloyale et parasitaire à l'encontre de la société Pêcheur.com,
- débouter en conséquence la société Pêcheur.com de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,

A titre subsidiaire,

- constater l'absence de force probante des constats d'huissier produits par la société FUGAM,
- constater que les époux GERARD n'ont commis aucun acte de contrefaçon de droit d'auteur au titre de l'article L122-4 du CPI à l'encontre de la société Pêcheur.com,
- constater que les époux GERARD n'ont commis aucun acte de concurrence déloyale et parasitaire à l'encontre de la société Pêcheur.com,
- débouter en conséquence la société Fugam de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions concernant les actes de contrefaçon de droit d'auteur, de concurrence déloyale et de publication du jugement,
- A titre infiniment subsidiaire,
- constater que le lien de causalité entre la faute prétendue des époux GERARD et le préjudice que subirait la société FUGAM n'existe pas,
- constater que seule l'activité de Madame GERARD est en cause dans le présent litige, et que la responsabilité de Monsieur GERARD ne saurait être engagée,
- dire qu'il n'y a pas lieu de condamner in solidum Madame GÉRARD à Monsieur GERARD,
- dire que le jugement condamnant les époux GERARD ne sera pas publié,
- débouter en conséquence la société Fugam de ses demandes en matière de dommages-intérêts,
- débouter en conséquence la société Fugam de ses demandes en matière de publication de jugement,

En tout état de cause,

- condamner la société Fugam à leur verser la somme de 10.000€ en application de l'article 700 du CPC,

Vu l'ordonnance de clôture de la procédure en date du 1er mars 2010.

MOTIFS ET DÉCISION

1) sur les activités respectives de la société FUGAM, de Monsieur Régis GERARD et de Madame Tajana GERARD

Attendu que la société FUGAM a été créée pour reprendre l'activité de la société Olivier B. et associés et W3 Factorie qui exploitaient le site www.pecheur.com depuis novembre 2000 ; qu'elle souligne que les apports en nature des associés constitués par ce portail internet composés des travaux immobilisés liés à la conception et au suivi du site internet ont été valorisés à un montant de 231.000 € et que de 2004 à 2006 elle a engagé des frais importants au titre des travaux fournis en recherche et développement, ce qui porte à 507.262,93 € la somme totale des investissements effectués pour ce site internet ;

Attendu que Madame GERARD Tajana, un de ses concurrents, exploite le site 'peche-direct.com' dont le constat d'huissier réalisé le 02.02.2010 montre qu'il contient 487 articles tandis que le site de la société FUGAM comporte 62.369 articles mis en vente ; que le chiffre d'affaires de la société FUGAM a été en constante hausse depuis 2004 avec une accélération à partir de 2006, pour atteindre 2.410.000 € au 31.12.2007, 3.755.000 € au 31.12.2008 ;

Attendu que la société FUGAM reproche aux époux GERARD de chercher à s'inscrire dans son sillage pour l'exploitation du site créé en 2004 ; que Madame GERARD conteste ses allégations en indiquant avoir effectué des investissements également importants, notamment en termes de publicité dans des magazines spécialisés et sur des chaînes satellites, pour fidéliser la clientèle grâce à la notoriété du site et à sa visibilité sur internet ; qu'elle expose bénéficier avec son époux de leurs propres réseaux de pêche qu'ils s'efforcent de faire prospérer en fonction d'une dynamique interne dans un domaine porteur sur lequel Madame GERARD se trouve effectivement en concurrence avec la société FUGAM ;

Attendu que les époux GERARD expliquent qu'en 2001 un rapprochement avait eu lieu entre Monsieur BERNASSON, gérant de la société FUGAM et les époux GERARD ; qu'il ne s'était pas concrétisé, la société de Monsieur BERNASSON ayant été recapitalisée sans intervention des époux GERARD avec lesquelles les relations étaient restées bonnes ; que la société FUGAM a repris en février 2004 un espace marchand qui existait déjà depuis avril 2002, date de son immatriculation, et était exploité par Olivier B et associés ;

Attendu qu'aucun élément du dossier ne permet de mettre en cause Monsieur Régis GERARD dans la création et l'exploitation du site 'peche-direct.com' ;

Attendu que le concept attesté par le procès-verbal du 1er mars 2007 (pièce n° 11) exploité par Madame GERARD est le suivant :

*un fournisseur (annonceur) dispose d'une boutique vendeur sur le site peche-direct.com. Le consommateur passe commande à partir du site. L'annonceur mandate le site pour encaisser en ses lieu et place les sommes payées par le consommateur. Le site reverse à l'annonceur les sommes encaissées sous déduction d'une commission. La livraison est effectuée directement par l'annonceur.

*pour des raisons de gestion commerciale et de simplicité technique, les internautes peuvent acheter dans plusieurs boutiques d'annonceurs figurant sur le portail du site en ne passant qu'une seule commande et en ne faisant qu'un seul et unique règlement.

*Les frais de livraison et les montants pour chaque annonceur sont bien distingués sur le récapitulatif de la commande.

Attendu qu'au vu des justificatifs communiqués, il apparaît que Madame GERARD exerce plusieurs rôles:

1-elle peut être considérée comme vendeur pour la vente de produits de marques dont les époux GERARD sont propriétaires.- activité qui n'a pas d'incidence en l'occurrence dès lors qu'aucun des griefs invoqués par la société FUGAM ne concerne ces produits - la constitution de stocks évoqués dans les conclusions FUGAM ne concerne que des produits 'DAIWA France et VIDEOTEL', non visées dans les faits reprochés ;

2-Madame GERARD joue le rôle d'éditeur au niveau de l'exploitation de la structure du site, l'éditeur étant défini par la loi comme étant la personne qui détermine les contenus devant être mis à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge

3-Elle exerce une troisième activité, celle d'hébergeur

Attendu que rien ne permet d'écarter la thèse soutenue par Madame GERARD selon laquelle les faits qui lui sont reprochés s'inscriraient dans son activité d'hébergeur de sites, 'intermédiaire technique, plus précisément de fournisseur d'hébergement, chaque boutique, présente sur le site, fixant elle-même le prix des produits qu'elle commercialise et élaborant leur présentation; que, sans être démentie, Madame GERARD se défend de procéder elle-même à la fixation des prix, intervention qui pourrait emporter la qualification du statut d'éditeur ;

Qu'elle fait justement observer que la jurisprudence a consacré le principe de la distributivité des régimes de responsabilité applicables aux plates-formes commerciales en ligne, et admis la nature composite des sites ; que le fait que son activité soit lucrative, des commissions étant perçues sur les transactions en ligne, ne suffit pas à caractériser une qualité d'éditeur ;

Attendu que les griefs étant relatifs à la mise en vente de produits de marques sur lesquelles elle ne jouit d'aucun droit, les ventes étant faites en direct entre les boutiques et les clients, le stockage et la livraison étant également l'affaire exclusive des boutiques hébergées sur le site, Madame GERARD est un simple intermédiaire, qui ne vend pas mais facilite la vente, en offrant un espace de rencontres virtuelles entre acheteurs et vendeurs ; qu'elle se définit à juste titre comme un simple commissionnaire de paiement en application de l'article L.132-1 al.1 du code de commerce, agissant non pas en qualité de mandataire des marques mais en son nom propre ;

2) Sur les responsabilités encourues

Attendu que la responsabilité de l'hébergeur est régie par l'article 6 1.2 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance de l'économie numérique en ces termes : *'les prestataires d'hébergement ne peuvent voir la responsabilité engagée du fait des activités ou informations stockées s'ils n'avaient pas connaissance du caractère illicite du contenu ou de faits et*

circonstances le faisant apparaître ; que, sauf situations particulières (apologie des crimes contre l'humanité etc..), les personnes effectuant des prestations d'hébergement ne sont pas soumises à l'obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (article 7) ; que l'article 5 de la loi prévoit que la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes effectuant des prestations d'hébergement de sites lorsqu'il leur est notifié les éléments cités par la loi et notamment la description des faits litigieux, leur localisation précise, les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré ,

Attendu qu'en l'occurrence, les faits allégués par la société FUGAM reposent sur les procès-verbaux de constat suivants, établis en 2004 et en 2006, prouvant selon la société FUGAM les fautes invoquées :

Procès-verbal du 25.08.2004 :

- *les reproductions à l'identique de textes, de montages photographiques, prix de vente le plus abs 'flotteurs water queen', paragraphe descriptif de produits, procédé de vente 'vente de mouches par pack' et non à l'unité

- *une mention mensongère d'exclusivité sur la page du site pour certains produits qui étaient vendus sur le site de la société FUGAM

Procès-verbal du 25.10.2004 :

- *la vente à des prix jamais vus de certains produits 7,90 € alors que le site FUGAM vendait le même produit à 7 €

- *une mention mensongère d'exclusivité

Procès-verbal du 29.10.2004 :

- *une concurrence concernant des anneaux et porte-moulinet Shimano

Procès-verbal du 5.11.2004 :

- *la vente avec une prime de 30 % supérieure au maximum de 7 % autorisé par la loi

Procès-verbal du 12.05.2006 :

- *la reproduction à l'identique d'une publicité créée par la société FUGAM relative au moulinet 'stratos frauduleusement soustrait 10000"

- *la mention de la dénomination 'pecheur.com'

- *le slogan 'n'en parlez pas!.. même à votre meilleur ami! (Il n'y en aura pas pour tout le monde)'

- *la reproduction du prix de vente, de la pratique de réservation préalable, des dates de réservation et de livraison

La société FUGAM accusent les époux GERARD d'avoir tenté de dissimuler le pillage en supprimant la mention 'pêcheur.com'

Procès-verbal du 15.05.2006 :

- *la reproduction de publicité créée par la société FUGAM à l'exception de la dénomination

Procès-verbal du 17.10.2006 :

- *l'apposition de mentions mensongères d'exclusivité en prétendant être la seule à vendre divers produits

- *la reprise des prix pratiqués par la société FUGAM pour deux types de produits

Procès-verbal du 18.10.2006 :

* sur le menu déroulant du site peche-direct.com l'indication de cent marques correspondant à des produits qui ne sont pas commercialisés sur le site peche-direct.com alors que ces produits pouvaient être achetés sur le site pecheur.com (voir pièce 22)

Attendu que les époux GERARD contestent la valeur probante de ces procès-verbaux aux motifs que les conditions de fiabilité exigées pour l'élaboration d'un procès-verbal de constat concernant des faits commis sur internet n'ont pas été respectées au regard des exigences de la jurisprudence et notamment de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de PARIS le 17.11.2006 ; que les irrégularités de la procédure suivie par l'huissier de justice ne sont pas contestées mais la société FUGAM soutient qu'elles ne nuisent pas à la valeur probante du contenu des procès-verbaux ;

Attendu qu'en réalité ces irrégularités affectent la fiabilité de la date de présence des pages en question sur Internet ; qu'elles ne suffisent pas à écarter l'ensemble du contenu de la pièce concernée mais imposent une prudence d'analyse ;

Attendu que Madame GERARD fait observer que le 4 septembre 2004, elle a certes mis en ligne le site www.peche-direct.com , mais, dans un premier temps dans une phase d'expérimentation jusqu'au 4 octobre 2004 ; qu'il résulte de l'attestation de la Caisse d'Epargne (pièce n° 10) la preuve que le système de paiement en ligne n'était pas opérationnel avant cette date de telle sorte qu'aucune transaction n'a pu être effectuée ; que cet argument ne suffit cependant pas à exclure l'existence d'éventuels actes susceptibles d'engager la responsabilité de Madame GERARD ;

Attendu que Madame GERARD prétend faire l'objet d'une volonté délibérée de déstabilisation de la part de la société FUGAM dans le but d'éliminer un concurrent trop important dont la procédure actuelle serait une des illustrations. (pièces n° 53 - 18 attestation de Monsieur FOURNIER, responsable de la société BF Distribution de 2002 à 2007) ;

Attendu qu'en tout état de cause, Madame GERARD souligne que la société FUGAM ne lui a jamais signalé l'existence des prétendues contrefaçons, actes de concurrence déloyale et de parasitisme, préférant attendre deux ans et demi pour initier l'action ;

Qu'or elle fait observer que si elle avait été prévenue, elle aurait eu la possibilité de suspendre l'annonceur concerné de l'accès en ligne ; qu'en effet pour offrir ses services sur son site, la boutique doit préalablement s'inscrire par le biais d'un formulaire dans lequel l'annonceur déclare détenir tous les droits et autorisations nécessaires à la publication de l'ensemble des textes et photos présents dans la boutique et repris sur les différentes pages du site ; qu'elle disposait donc de droits à l'encontre de l'annonceur pour faire cesser tout acte illicite signalé, conformément aux prévisions de la loi du 21 juin 2004 ;

2-1- sur l'action en contrefaçon de droits d'auteur

Attendu que cette action a été rejetée par le tribunal de grande instance de CUSSET ; qu'elle est fondée sur les dispositions de l'article L.122-4 du CPI, la société FUGAM prétendant que la communication d'une oeuvre sur un site internet est à la fois une reproduction et une représentation ; que les éléments constitutifs de la contrefaçon seraient :

*la reproduction de la plaquette publicitaire de la société FUGAM

* la reproduction de son slogan- 'n'en parlez pas!... même à votre meilleur ami! (Il n'y en aura pas pour tout le monde')

*la reproduction de ses photographies et de ses montages photographiques

*la reproduction de ses descriptifs publicitaires éléments originaux par nature et résultant d'un réel effort créatif, protégés par les droits d'auteur dont la reproduction est interdite ;

Attendu qu'en réalité la société FUGAM ne justifie nullement de sa qualité d'éditeur des œuvres représentées sur son site ; qu'elle se prévaut d'une présomption selon laquelle celui qui exploite l'oeuvre sous son nom est présumé investi sur elle des droits de la propriété intellectuelle ; que les époux GERARD soutiennent à juste titre que la société FUGAM n'apporte pas la preuve de la titularité des droits dont elle prétend se prévaloir ; qu'or l'existence d'une contrefaçon suppose nécessairement la comparaison d'une oeuvre identifiée avec sa reproduction, sa représentation, sa diffusion, la jurisprudence exigeant une démonstration concrète de la qualité d'auteur qu'ils font observer que les photographies sont issues des catalogues des annonceurs présents sur les deux sites ainsi que de l'emballage de leurs produits, éléments démontrant que très vraisemblablement, elles n'ont pas été faites par FUGAM ; qu'ils ajoutent que les conditions de protection, originalité et manifestation de la personnalité de l'auteur, ne sont pas établies ;

Attendu que s'agissant du slogan 'n'en parlez pas!...même à votre meilleur ami! (Il n'y en aura pas pour tout le monde)' procès-verbaux des 12 et 15 mai 2006, il figure non pas sur le portail du site géré par Madame GERARD mais dans la page de présentation de produit 'FOX STRATOS' ; qu'il est intégré dans la plaquette publicitaire des moulinets STRATOS FS10000 dont il est permis de penser, à l'instar des époux GERARD, qu'il peut s'agir d'une oeuvre commandée par la société FOX en charge de la marque STRATOS aux fins de publicité ; qu'en pareil cas, les droits d'auteurs appartiendraient au producteur des droits d'exploitation de l'oeuvre, en l'occurrence, la société exploitant la marque STRATOS ; que, quand bien même la société FUGAM justifierait de ses droits, cela ne signifierait pas pour autant que la responsabilité de Madame GERARD en qualité d'hébergeur de sites puisse être recherchée pour les motifs tirés des dispositions de la loi du 21 juin 2004 déjà exposés ;

2-2- sur l'usurpation de signes distinctifs de la société FUGAM

Attendu que le tribunal de grande instance de CUSSET a retenu une faute de ce chef ;

Attendu que la société FUGAM reproche à Madame GERARD la reproduction de l'expression 'pecheur.com' qui constituerait une usurpation de sa dénomination sociale ;

Attendu que les époux GERARD opposent que la dénomination sociale de l'entité qui gère le site est 'société FUGAM' ; qu'il n'est invoquée aucun fait caractérisant l'imitation de ces termes ;

Attendu que ce grief paraît concerner plus exactement l'usurpation du nom de domaine ; que la société FUGAM revendique des droits de propriété sur les signes distinctifs 'pêcheur.com' et prétend que le risque de confusion s'est réalisé le 5.10.2006 ; qu'un client aurait fait retour à FUGAM de produits facturés par 'pêche-direct.com'

Attendu que la reproduction du nom de domaine 'pêcheur.com' apparaît dans les constatations effectuées les 12 et 15 mai 2006 sur la page de présentation du moulinet 'FOX STRATOS FS10000" qui mentionnait également le slogan analysé ci-dessus ;

Attendu que les époux GERARD font observer que la société FUGAM n'a pas mis en oeuvre les dispositions de l'article 6-1-5 de la loi de 2004 qui prévoient une procédure de notification des contenus manifestement illicites, destinée à faire cesser rapidement le trouble généré ; qu'ils tiennent à disposition les données d'identification des personnes ayant contribué aux contenus considérés comme étant illicites conformément à l'article 6-II de la loi du 21 juin 2004 et ajoutent que si les actes de contrefaçon s'avéraient établis, seuls les annonceurs qui ont rempli le formulaire d'inscription pourraient en répondre ;

Attendu qu'au vu de ces éléments la société FUGAM ne justifie pas du bien fondé de son action dont elle sera déboutée ;

2-3- sur l'action en concurrence déloyale et le parasitisme

Attendu que le tribunal de grande instance de CUSSET a considéré cette action fondée ; que cela suppose la démonstration d'actes distincts de ceux relevant de l'action en contrefaçon, le recours à l'action en concurrence déloyale ne pouvant pallier l'échec d'une action en contrefaçon ;

Attendu que la société FUGAM se prévaut d'un ensemble de faits que les époux GERARD contestent sur la base d'une argumentation plausible que rien ne permet d'écarter ; que le débat porte sur les points suivants :

1- l'absence de confusion, le même annonceur vendant en réalité ses produits sur deux sites différents, les produits étant les mêmes d'un site à l'autre, l'identité de produits et l'identité d'annonceurs prouvant simplement la situation concurrentielle des deux acteurs, sans que les deux sites eux-mêmes ne prêtent à confusion.

2- l'insuffisance de crédibilité des pièces produites- que les faits allégués par la société FUGAM prêtent à interprétation et représentent en deux ans et demi des griefs en nombre trop restreint pour être significatif de la volonté de Madame GERARD de se placer dans le sillage de la société FUGAM

3- la reprise de pratiques commerciales en réalité très courantes sur les sites, qu'il s'agisse de la vente de mouches par lots, de la pratique de la réservation préalable, de frais de port offerts ou d'offre de chèques cadeaux : cela ne relevant pas d'une spécificité réservée à la société FUGAM.

4- s'agissant du grief tiré de l'attraction et de la captation illicite de clientèle, Madame GERARD confirme faire appel à son mari pour donner des conseils aux internautes sans pour autant que Monsieur GERARD ne soit amené à jouer un rôle actif dans la gestion du site, la mobilité de la clientèle s'expliquant par le libre jeu de la concurrence ; que Monsieur GERARD, qui n'est pas commerçant, apporte une simple aide nullement symptomatique d'une collaboration professionnelle entraînant des conséquences juridiques et commerciales ; que la preuve d'une société de fait entre les époux GERARD n'est pas établie ;

5- sur les prétendues pratiques trompeuses et illicites telles que l'évocation d'exclusivités dénoncées comme mensongères par la société FUGAM, les époux GERARD expliquent que cela concerne des produits en vente sur le site, disponibles exclusivement dans une seule boutique'; qu'en tout état de cause ces faits exceptionnels, tardivement dénoncés, ne traduisent pas une véritable politique de vente constitutive d'actes de concurrence déloyale ;

6- s'agissant de la mention '100 produits non offerts à la vente', elle concernerait les produits en rupture temporaire de stock chez le vendeur ; que l'internaute est ainsi avisé que les produits deviennent indisponibles sur le site ; qu'ils ne sont pas retirés de visu car cela ne veut pas dire qu'ils ne sont plus en vente sur le site ; que cette pratique, loin d'être mensongère, permet selon les époux GERARD, une gestion transparente des stocks par les boutiques ; qu'au demeurant rien n'empêche les clients avertis de se retourner vers des sites concurrents ;

7- sur la prime dite 'illicite' de 30 %, les époux GERARD indiquent que l'opération 'cadeau' a été mise en place par la boutique qui a fait l'offre commerciale, eux-mêmes n'en étant pas responsables ; qu'en définitive, en l'absence d'élément suffisant pour retenir un quelconque comportement fautif de Madame et Monsieur GERARD à l'égard de la société FUGAM, il convient d'infirmier le jugement entrepris et de débouter l'appelante de l'ensemble de ses demandes ;

PAR CES MOTIFS,

La Cour, statuant publiquement, contradictoirement, en dernier ressort et après en avoir délibéré,

Confirme le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société FUGAM de son action en contrefaçon.

Infirmant le jugement entrepris en toutes les condamnations prononcées à l'encontre des époux GERARD et statuant à nouveau,

Déboute la société FUGAM de l'ensemble de ses demandes.

Condamne la société FUGAM à payer et porter globalement à Monsieur et Madame GERARD la somme de 7.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile

Condamne la société FUGAM aux entiers dépens de première instance et d'appel et dit qu'ils seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile

LA GREFFIERE
LE PRESIDENTE
C. Gozard
C. Bressoulaly