

Grosses délivrées
aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

14ème Chambre - Section B

ARRET DU 23 JUIN 2006

(n° , 5 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 05/23294

Décision déférée à la Cour : Ordonnance du 16 Novembre 2005 -Tribunal de Commerce
de PARIS - RG n° 05/000867

APPELANTES

**S.A. FNAC, agissant poursuites et diligences en la personne de ses représentants
légaux**
67 boulevard du Général Leclerc
92110 CLICHY

**S.A. FNAC DIRECT, agissant poursuites et diligences en la personne de ses
représentants légaux**
67 boulevard du Général Leclerc
92110 CLICHY

représentées par la SCP - GRAPPOTTE-BENETREAU, avoués à la Cour
assistées de Me Christian ORENCO, avocat au barreau de PARIS, (KRAMER LEVIN
LLP), J 008

INTIMEE

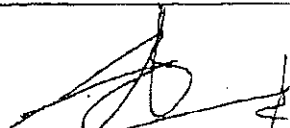
S.A. RUE DU COMMERCE, prise en la personne de son représentant légal
44/50 avenue du Capitaine Glamer
93400 SAINT OUEN

représentée par la SCP TAZE-BERNARD - BROQUET, avoués à la Cour
assistée de Me Cyril CHABERT, avocat au barreau de PARIS, P42 (SCP CHAIN-
LAGGER)

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 18 mai 2006, en audience publique, devant la Cour composée

Cour d'Appel de Paris
Chambre 14, section B



ARRET DU 23 JUIN 2006
RG n° 05/23294- 1ème page

de :

Mme FEYDEAU, président
Mme PROVOST-LOPIN, conseiller
Mme DARBOIS, conseiller,

qui en ont délibéré,

sur le rapport de Mme DARBOIS

Greffier : lors des débats, Mme TURGNÉ.

ARRÊT : CONTRADICTOIRE, prononcé publiquement par Mme FEYDEAU, président, laquelle a signé la minute de l'arrêt avec Mme TURGNÉ, greffier présent lors du prononcé.

*

Vu l'appel formé le 30 novembre 2005 par la S.A. FNAC et la S.A. FNAC DIRECT de l'ordonnance de référé rendue le 16 novembre 2005 par le président du tribunal de commerce de BOBIGNY qui a dit irrecevable la demande de la société FNAC, constaté le défaut de preuve des conditions nécessaires au prononcé de la désignation d'un constatant sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, dit la demande de la société FNAC DIRECT mal fondée et, en conséquence, dit n'y avoir lieu à référé, ordonné aux sociétés FNAC et FNAC DIRECT de payer chacune la somme de 2 500 € à la S.A. RUE DU COMMERCE en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et mis les dépens à la charge de la société FNAC DIRECT ;

Vu les conclusions signifiées le 26 janvier 2006 par lesquelles les appelantes, poursuivant l'infirmité de l'ordonnance, demandent à la cour :

- de désigner, à leurs frais avancés, tel constatant avec mission notamment de recueillir auprès de la société RUE DU COMMERCE ou de tout tiers mandaté par elle tous éléments et documents de nature à permettre de déterminer avec précision la durée, le périmètre géographique, la consistance, l'ampleur et le coût des campagnes de publicité comparative engagées par la société RUE DU COMMERCE ainsi que, s'agissant des produits visés dans les publicités contestées, le nombre de pièces vendues pendant la campagne publicitaire de RUE DU COMMERCE et de rassembler tous éléments matériels permettant de déterminer si la société RUE DU COMMERCE, à l'instant où les publicités litigieuses ont été faites, était réellement en mesure de livrer, dans des délais raisonnables eu égard aux usages du commerce considéré et aux prix par elle annoncés, les matériels visés,
- de condamner la société RUE DU COMMERCE aux entiers dépens ;

Vu les conclusions signifiées le 23 mars 2006 par l'intimée qui demande à la cour de confirmer l'ordonnance en toutes ses dispositions et, y ajoutant, de condamner solidairement les sociétés FNAC et FNAC DIRECT, outre aux dépens, à lui verser la somme de 15 000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et illégitime et de les condamner chacune à lui payer la somme de 8 000 € par application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile ;

SUR CE, LA COUR,

Considérant que la S.A. RUE DU COMMERCE, créée en 1999, a pour activité la vente à distance et par Internet sur son site accessible sous le nom de domaine *rueducommerce.com*, de produits informatiques et électroniques destinés au grand public, de téléphonie, de communication et de haute technologie ;

Qu'à l'occasion de son entrée en bourse à l'automne 2005, elle a entrepris deux campagnes de publicité comparative, l'une, juste avant pendant deux semaines du 1^{er} au 14 septembre sur le "différentiel prix" par voie d'affichage dans le métro et sur les pages de son site Internet, l'autre, juste après pendant trois semaines en octobre sur le "services + prix" par voie d'affichage dans le métro, d'encarts dans les journaux et en ligne sur son site ;

Que les comparaisons ayant porté sur du matériel high tech de marque vendu en ligne sur les sites *fnac.com* et *darty.com*, les sociétés FNAC et FNAC DIRECT, dûment autorisées, ont assigné la société RUE DU COMMERCE en référé d'heure à heure devant le président du tribunal de commerce de BOBIGNY qu'elles ont saisi d'une demande fondée sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile tendant à la désignation d'un constatant avec la mission sus énoncée ;

Que c'est dans ces conditions qu'a été rendue l'ordonnance entreprise ;

Considérant qu'au soutien de leur appel, les sociétés FNAC et FNAC DIRECT, arguant de ce que la référence faite à la *FNAC* participe d'une stratégie d'appropriation et d'utilisation parasitaire du pouvoir attractif d'une marque concurrente, font valoir qu'elles disposent d'indices clairs et concordants permettant de penser que la campagne de publicité engagée par la société RUE DU COMMERCE n'entre pas dans le cadre de la réglementation qui autorise la publicité comparative;

Qu'elles prétendent que les conditions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile sont réunies dès lors que la mesure sollicitée est de toute évidence indispensable à l'établissement des preuves qu'elles recherchent et que la S.A. FNAC, titulaire de l'enseigne, des marques et de la renommée *FNAC* qu'elle incorpore dans son nom commercial, a nécessairement un intérêt à la demande qui concerne sa propre notoriété et à la recherche d'éléments susceptibles de démontrer l'utilisation parasitaire de sa dénomination sociale dont elle pourrait alors demander réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle ;

Considérant qu'aux termes de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées sur requête ou en référé, à la demande de tout intéressé, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige ;

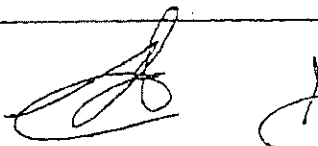
Considérant que les appelantes cherchent, par la désignation d'un constatant, à recueillir les éléments leur permettant de déterminer si les campagnes de publicité litigieuses n'ont pas, en réalité, constitué une tentative de tirer indûment profit de la notoriété attachée à leurs marques ou autres signes distinctifs, en violation des dispositions de l'article L. 121-9 du code de la consommation ;

Considérant, cependant, que la publicité incriminée concerne le seul marché du commerce électronique dès lors que la société RUE DU COMMERCE ne possède aucun magasin physique et n'a pas vocation à agir dans ce dernier type de commerce ;

Que pour se positionner sur le marché de la vente en ligne, lequel est bien distinct de celui de la vente en boutique, a été créée, au sein du groupe PPR, la S.A. FNAC DIRECT, entité juridique indépendante de la S.A. FNAC et titulaire du site *fnac.com* ainsi que cette dernière l'a déjà fait juger par le tribunal de grande instance de PARIS, aux termes d'une décision en date du 20 juin 2003 ;

Qu'ainsi que l'a relevé avec pertinence le premier juge, le groupe PPR, en choisissant d'utiliser son enseigne *FNAC* dans l'adresse du site précité, a, ce faisant, pris le risque d'exploiter sa notoriété dans le commerce électronique ;

Que la publicité ne portant que sur les produits vendus en ligne, particulièrement sur les sites Internet *rueducommerce.com* et *fnac.com*, il s'ensuit que la S.A. FNAC, dont



l'activité n'est pas visée, ne justifie du seul fait de sa dénomination sociale et de la prétendue titularité des marques éponymes - dont elle ne rapporte d'ailleurs pas la preuve - d'aucun intérêt à agir ;

Qu'il y a lieu, en conséquence, de confirmer l'ordonnance en ce qu'elle a déclaré ladite société irrecevable en ses demandes ;

Considérant, en outre, que la mesure sollicitée constitue une véritable immixtion dans les affaires d'un concurrent ; qu'en effet, ainsi que l'a justement relevé le premier juge, la mission sollicitée du constatant s'apparente à un droit de regard dans les axes de communication de la société RUE DU COMMERCE et consiste à se faire reconnaître un droit d'accès à ses sources d'approvisionnement et ainsi à recueillir des informations sur ses marges, ses fournisseurs et son organisation ;

Que la société FNAC DIRECT ne remet pas en cause les produits comparés ni même la véracité des prix relevés ; que par ailleurs, rien ne laisse apparaître, au vu des pièces communiquées, que la publicité litigieuse excède les limites autorisées par les articles L. 121-8 et suivants du code de la consommation dans leur rédaction issue de la loi du 23 août 2001 portant transposition de la directive CE 97/55 ;

Que, contrairement à ce que soutient l'appelante, ni la durée, l'ampleur de la campagne publicitaire et son coût, ni le caractère démesuré - à le supposer établi - de cette campagne eu égard aux ventes à attendre des produits promus, ne sont susceptibles d'être en eux-mêmes révélateurs d'un véritable détournement d'objet de ladite campagne, de sorte qu'ils ne sont pas décisifs pour apprécier l'existence des actes de parasitisme allégués ;

Que la solution du litige qui oppose les parties n'est donc pas conditionnée par l'obtention requise dans le cadre de la mission confiée à un constatant des différents éléments sus énoncés ;

Considérant, dans ces conditions, que la société FNAC DIRECT ne justifie pas du motif légitime exigé par l'article 145 du nouveau code de procédure civile ;

Qu'il y a lieu, par ces motifs se substituant à ceux du premier juge, de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a déclaré la société FNAC DIRECT mal fondée en sa demande de désignation d'un constatant et de débouter cette société de toutes ses demandes ;

Considérant que les circonstances de la cause ne permettent pas de caractériser un exercice fautif du droit d'agir en justice ; que la demande de dommages-intérêts formée par l'intimée sera donc rejetée ;

Que l'équité conduit en revanche à lui allouer une indemnité en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

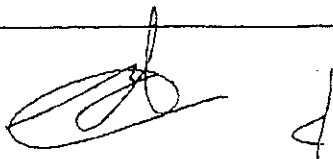
PAR CES MOTIFS,

Confirme l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions ;

Déboute la S.A. FNAC DIRECT de ses demandes ;

Y ajoutant,

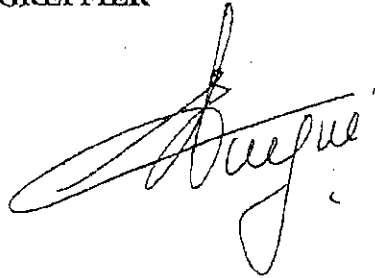
Déboute la S.A. RUE DU COMMERCE de sa demande de dommages-intérêts ;



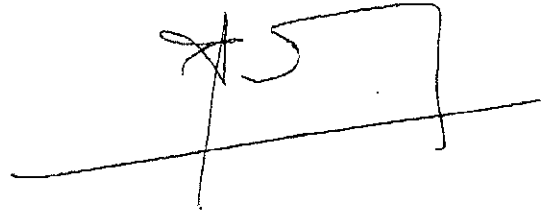
Condamne in solidum la S.A. FNAC et la S.A. FNAC DIRECT à payer à la S.A. RUE DU COMMERCE la somme de TROIS MILLE EUROS (3 000 €) sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

Condamne in solidum la S.A. FNAC et la S.A. FNAC DIRECT aux dépens dont recouvrement dans les conditions prévues par l'article 699 du nouveau Code de procédure civile.

LE GREFFIER

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Bueque', written over a horizontal line.

LE PRÉSIDENT

A handwritten signature consisting of a stylized 'S' or '5' followed by a vertical line and a horizontal line, written over a horizontal line.