

Grosses délivrées **REPUBLIQUE FRANCAISE**

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 4

ARRET DU 07 OCTOBRE 2015

(n° , 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **11/03744**

Décision déferée à la Cour : Jugement du **08 Février 2011** - Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° **10/11257**

APPELANTE :

SARL NETUNEEED

immatriculée au RCS de PARIS sous le n° 499.128.015

ayant son siège 51 rue de l'Echiquier

75010 PARIS

prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

Représentée par : Me Patricia HARDOUIN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0056

ayant pour avocat plaçant : Me Nicolas HERZOG, avocat au barreau de PARIS, toque : J094

INTIME :

Maître Charles RENY

Exercant sous l'enseigne Charles Reny data network Services 'CRDNS'

demeurant 12 Allée des Pins

33160 SAINT MEDARD EN JALLES

Représenté par : Me Marie-Pierre MATHIEU, avocat au barreau de PARIS, toque : B0295

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 02 Septembre 2015, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Françoise COCCHIELLO, Présidente de chambre

Madame Claudette NICOLETIS, Conseillère, rédacteur

Mme Dominique MOUTHON VIDILLES, Conseillère

qui en ont délibéré,

Un rapport a été présenté à l'audience par Madame Claudette NICOLETIS dans les conditions prévues par l'article 785 du Code de procédure civile,

Greffier, lors des débats : Madame Violaine PERRET

ARRET :

- 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 Madame Françoise COCCHIELLO, présidente et par Monsieur Bruno REITZER, greffier auquel la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

Par acte du 13 juillet 2010, la société NETUNEED qui exploite le site internet '*ON VA SORTIR.COM*' depuis le 16 avril 2005, a assigné devant le tribunal de grande instance de Paris, selon la procédure de jour fixe, M. Charles RENY, qui exploite le site '*DAILYFRIENDS*' sous l'enseigne Charles RENY DATA NETWORK SERVICES (CRDNS), en lui reprochant des actes de concurrence déloyale et de parasitisme.

Par jugement du 8 février 2011, le tribunal de grande instance de Paris a :

- annulé le procès-verbal de constat d'huissier du 8 juin 2010

- écarté des débats le procès-verbal de constat en date des 12 et 15 octobre 2010,

- écarté les pièces n°7 et 12 de la société NETUNEED,

- débouté la société NETUNEED de l'ensemble de ses demandes,

- dit n'y avoir lieu d'ordonner l'exécution provisoire du jugement,

- condamné la société NETUNEED à payer à M. RENY la somme de 5 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

- condamne la société NETUNEED aux dépens.

Le 28 février 2011 la société NETUNEED a interjeté appel de ce jugement.

Vu les dernières conclusions de la société NETUNEED, déposées et notifiées le 29 août 2011, par lesquelles elle demande à la cour de :

Au visa de l'article 1382 du code civil,

- infirmer le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris le 8 février 2011,

Et statuant à nouveau,

- dire et juger que les propos publiés sous le pseudonyme '*ADMIN*' sur le site *www.dailyfriends.com* émanent de M. Charles RENY,

- dire et juger que les propos publiés sous des pseudonymes émanent bien de membres du site Dailyfriends et reconnaître leur force probante de nature à démontrer les agissements fautifs de M. Charles RENY,
- déclarer valable le procès-verbal de constat de Maître LEGRAIN du 8 juin 2010, ce dernier n'ayant ni manqué à son obligation d'objectivité, ni utilisé de stratagème,
- dire et juger que la société NETUNEEED rapporte la preuve de la publication sur internet de messages litigieux démontrant que M. Charles RENY s'est livré à une copie du site www.onvasortir.com et à un démarchage illicite de ses membres,
- dire et juger qu'en reproduisant de multiples éléments du site www.onvasortir.com, tant dans la forme que dans le contenu, Monsieur Charles RENY a commis des actes de parasitisme,
- dire et juger qu'en démarchant illicitement des membres du site www.onvasortir.com appartenant à la société NETUNEEED pour les inciter à rejoindre son site www.dailyfriends.com, M. Charles RENY s'est livré à des actes de concurrence déloyale,

En conséquence,

- condamner M. Charles RENY à payer à la société NETUNEEED une somme de 50.000 euros à titre de dommages et intérêts à titre de réparation du préjudice subi du fait de ces actes de concurrence déloyale et de parasitisme économique,
- condamner M. Charles RENY à payer à la société NETUNEEED la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner M. Charles RENY à payer à la société NETUNEEED aux entiers dépens d'instance qui comprendront le coût des constats d'huissier de la SCP BENICHOU LEGRAIN des 8 juin 2010, des 12 et 15 octobre 2010 et 25 juillet 2011, dont le montant sera recouvré par la SCP HARDOUIN, dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile.

Vu les dernières conclusions de M. RENY, déposées et notifiées le 19 juin 2015, par lesquelles il demande à la cour de :

Au visa de l'article 1382 du code civil, l'ordonnance du 2 novembre 1945 et l'article 9 du code de procédure civile,

- confirmer le jugement rendu le 8 février 2001 en ce qu'il a débouté la société NETUNEEED de l'ensemble de ses demandes et l'a condamné à 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Se faisant,

- prononcer la nullité du constat d'huissier du 8 juin 2010 ou à tout le moins, l'écarter des débats pour absence de force probante,
- écarter des débats pour les mêmes raisons les pièces consistant en de simples captures d'écran (pièces adverses n° 1, 2, 5, 7, 9 et 12 à 14),
- juger que la société NETUNEEED sur qui pèse la charge de la preuve des agissements reprochés est défaillante,

Subsidiairement,

- juger que la société NETUNEEED ne démontre pas que son site constituerait une '*valeur économique*' protégeable au titre de la concurrence déloyale ou du parasitisme,
- juger que la société NETUNEEED ne démontre pas l'existence d'actes de concurrence déloyale ou du parasitisme de la part de M. Charles RENY,
- juger que la société NETUNEEED ne prouve pas l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité avec les éventuelles fautes de M. Charles RENY,
- juger qu'en tout état de cause la société NETUNEEED ne peut faire interdire les éléments nécessaires au fonctionnement d'un site de sorties,
- par conséquent, débouter la société NETUNEEED de l'intégralité de ses demandes,
- subsidiairement, juger irrecevables et/ou infondées ses demandes de condamnation,
- condamner la société NETUNEEED à la somme de 10 000 euros au titre des dépens d'appel dont distraction au profit de l'avocat postulant en application de l'article 699 du code de procédure civile.

CELA ÉTANT EXPOSÉ, LA COUR,

Sur le constat d'huissier du 8 juin 2010 :

Considérant que M. RENY expose que le constat d'huissier du 8 juin 2010 dressé à la demande de l'appelante est dépourvu de force probante car il ne respecte pas les règles de loyauté dans l'administration de la preuve et d'objectivité, puisque l'huissier s'est connecté aux deux sites en usant des codes de connexion fournis par la société NETUNEEED et des comptes 'MOIPOLO' créés sur les deux sites par la société NETUNEEED ; que l'huissier a usé d'un subterfuge pour pénétrer dans l'espace privé que constituent les pages accessibles après connexion, en utilisant le compte d'un tiers ; que cette utilisation du code d'un tiers est contraire aux conditions générales d'utilisation du site DAILYFRIENDS ; que l'huissier est allé au-delà des constatations purement matérielles qu'il est autorisé à faire et a procédé à une description et est même sorti de sa neutralité en effectuant un montage pour faire apparaître les deux sites sur une page afin de mieux convaincre des ressemblances ; qu'en ne faisant ressortir, de manière systématique, que les ressemblances, sans s'attacher aux différences, l'huissier n'a pas respecté son obligation d'objectivité ; que l'huissier aurait dû procéder à toutes ces opérations après avoir été préalablement autorisé par décision de justice, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ;

Considérant que la société NETUNEEED expose que le constat d'huissier du 8 juin 2010 respecte les principes de loyauté et de neutralité ; que l'huissier n'a utilisé aucun subterfuge, mais a agi conformément aux contraintes particulières inhérentes aux constatations sur Internet ; que l'huissier qui procède au constat avec les identifiants et mots de passe de son requérant hérite son droit d'accès du titulaire ; que l'huissier n'a pas manqué à son obligation d'objectivité en ne procédant pas à la description de l'ensemble des pages reproduites, différences et ressemblances, car l'huissier s'est borné à constater des similitudes, sans donner son avis ; qu'exiger une autorisation du président du tribunal sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile rendrait totalement inefficace les constatations sur Internet du fait du risque de disparition des preuves dès la signification effectuée ;

Considérant que les preuves rapportées par un constat d'huissier doivent avoir été obtenues loyalement ; que même si le site DAILYFRIENDS est un site public, l'huissier de justice doit utiliser sa propre identité et mentionner sa qualité pour se connecter et naviguer sur ce site ; qu'en utilisant les codes de connexion préalablement créés par la société NETUNEEED, ainsi que le pseudo 'MOIPOLO' également créé par sa cliente, donnant accès à un 'espace perso' sur lequel dialoguent

des membres du site DAILYFRIENDS, l'huissier a procédé à des constatations en dissimulant son identité et sa qualité, en violation du principe de la loyauté de la preuve ; que le constat d'huissier du 8 juin 2010 doit être écarté des débats ;

Sur les copies d'écran produites par la société NETUNEED et le constat d'huissier des 12 et 15 octobre 2010 :

Considérant que M. RENY sollicite que les pièces adverses n° 1,2, 5,7, 9 à 12, 14 soient écartées des débats comme étant dépourvues de force probante, en exposant que de simples impressions d'écran dont on ignore les conditions dans lesquelles elles ont été réalisées sont impropres à établir les contenus litigieux allégués ; que notamment les pièces n° 7 et 12 ne sont pas datées ; que le constat d'huissier réalisé les 12 et 15 octobre 2010 porte sur des pages extraites du site GOOGLEUSERCONTENT qui n'offre aucune garantie ; que M. RENY soutient que les pages d'écran produites par l'appelante n'ont pas force probante ; que le constat d'huissier du 12 et 15 octobre 2010 retranscrit des témoignages anonymes, sous couvert de pseudonymes de fantaisie, dont les éventuelles liens avec 'onvasortir.com' ne sont pas connus ; que ces commentaires de tiers anonymes ne peuvent être retenus pour établir l'existence d'une copie ou de man'uvres déloyales et ne peuvent remplacer une comparaison effective des deux sites ; que M. RENY conteste être l'auteur des propos tenus sous le pseudo 'Admin' ;

Considérant que la société NETUNEED répond que la preuve est libre et que les messages imprimés sur le site DAILYFRIENDS, qui ont été effacés par M. RENY, sont identiques à ceux enregistrés par GOOGLE dans sa mémoire cachée ; que M. RENY a reconnu être l'administrateur de son site Internet et en cette qualité utilise le pseudonyme 'Admin' pour discuter avec les membres de son site sur les forums de discussion ; que les propos publiés sous des pseudonymes sur les forums de discussion du site 'dailyfriends.com' émanent de membres de ce site ;

Mais considérant que, comme l'a rappelé le tribunal, il appartient au juge d'apprécier la force probante des pièces produites devant lui ; que la cour ne voit aucun motif d'écarter les captures d'écran produites par l'appelante, qui sont parfaitement nettes et datées, soit les pièces n° 1, 2, 5, 10 et 11, la pièce 9 n'est pas produite à la cour ; que sur les pièces 7 et 12 s'affichent soit un calendrier, soit des messages indiquant leur date de création ; qu'il n'y a pas lieu d'écarter des débats le constat d'huissier des 12 et 15 octobre 2010, pièce n° 14, qui a été établi dans des conditions techniques qui garantissent sa régularité ; que ce procès-verbal de constat corrobore la véracité des impressions d'écran produites par la société NETUNEED, qui ont été enregistrées dans la mémoire cachée de GOOGLE accessible sur Internet ; que M. RENY doit être débouté de sa demande de voir écarter des débats les pièces adverses n° 1,2, 5,7, 9 à 12, 14 ;

Considérant que la société NETUNEED établit par la production du procès-verbal de constat d'huissier du 25 juillet 2011, qui reproduit le communiqué de presse et le dossier de presse relatif au site 'dailyfriends.com', que M. RENY se présente comme étant le webmaster et qu'en cette qualité il est '*à l'écoute des membres*' et '*réagit de manière positive à leurs requêtes*' ; qu'il est encore précisé que '*parce que le webmaster les écoute attentivement, ils (les membres) communiquent plus facilement avec lui et peuvent être source d'idées parfois à leur insu !*' ; que M. RENY a reconnu être, en sa qualité de webmaster, l'interlocuteur des membres du site 'dailyfriends.com' ; qu'il résulte des impressions d'écran versées aux débats que le webmaster du site 'dailyfriends.com' dialogue sur les forums avec les membres du site sous le pseudonyme 'Admin' ; qu'il est établi que les propos publiés sous le pseudonyme 'Admin' sur le site 'dailyfriends.com' émanent de M. RENY ;

Considérant que le dossier de presse précité, daté du mois de novembre 2010, mis en ligne par M. RENY démontre que les membres du site 'dailyfriends.com' dialoguent sur les forums de discussion en utilisant des pseudonymes ; que, bien que M. RENY mette en doute les propos tenus sous le pseudo 'MISTRALOU' comme étant une personne qui est également membre du site 'onvasortir.com', des propos de 'MISTRALOU' figurent dans le dossier de presse mis en ligne par M.

RENY ; que les captures d'écran produites par l'appelante et les propos publiés sur les forums de discussion par les membres du site 'dailyfriends.com' ont force probante ;

Sur les actes de concurrence déloyale et de parasitisme :

Considérant que la société NETUNEEED reproche à M. RENY de s'être livré au pillage de son travail et de son savoir-faire en reproduisant intégralement sur son site 'dailyfriends.com' le plan, la structure, les fonctionnalités, l'agencement des rubriques et le contenu du site 'onvasortir.com' ; que l'appelante reproche également à l'intimé de s'être livré à des actes de démarchage des membres de son site ;

Considérant que M. RENY expose que la société NETUNEEED échoue à apporter la preuve d'une faute de concurrence déloyale et/ou d'agissements parasitaires ; que l'appelante ne prouve pas sous quelle forme son site existait antérieurement à la création du site 'dailyfriends.com' et ne rapporte pas la preuve d'une reprise à l'identique des caractéristiques revendiquées par le site 'dailyfriends.com' ; que la société NETUNEEED est défailante à établir qu'une même impression d'ensemble se dégage des deux sites ; que leurs pages d'accueil sont différentes, ainsi que les formulaires de connexion et d'inscription, les pages correspondant à la ville de Clermont-Ferrand sont suffisamment distinctes et la liste des villes et villages proches de Clermont-Ferrand ne sont pas identiques ; que des quelques pages examinées par l'appelante il apparaît que les éventuelles ressemblances entre les sites résultent uniquement d'éléments fonctionnels, présents dans de nombreux sites ; que les commentaires anonymes figurant dans le constat d'huissier des 12 et 15 octobre 2010 ne sont pas des attestations en bonne et due forme ;

Considérant que l'intimé soutient qu'en tout état de cause, l'appelante ne prouve pas avoir créé une 'valeur économique' protégeable, ni avoir développé la première les caractéristiques et fonctions qu'elle revendique ; que des différents éléments revendiqués par l'appelante qui représenteraient le 'savoir-faire' et 'le fruit d'intenses efforts' de la société NETUNEEED se retrouvent dans les sites concurrents ; que les termes ou fonctions revendiqués par l'appelante, qui sont banals, sont inhérents au fonctionnement d'un site de sorties ;

Mais considérant que le parasitisme consiste pour un agent économique à s'immiscer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de la notoriété acquise ou des investissements consentis ; que le parasitisme résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité, indépendamment de tout risque de confusion ;

Considérant que le site 'onvasortir.com', exploité depuis le 16 avril 2005, a développé un concept original puisque c'est un site de rencontre sur Internet et un réseau social qui permet aux membres du site de proposer des sorties à réaliser à plusieurs ; que, selon le classement ALEXA de juillet 2010, le site 'onvasortir.com' était le 250ème site français le plus visité, avant celui d'EBAY et d'AMAZONE ; que le succès remporté depuis sa création par ce site est confirmé par les deux articles de presse produits aux débats ; que la notoriété du site 'onvasortir.com' et son antériorité par rapport au site 'dailyfriends.com', créé entre mars et juin 2009, sont démontrées ;

Considérant que si l'appelante ne produit aucun élément de preuve démontrant que M. RENY se soit livré à des actes de démarchage des membres du site 'onvasortir.com', en revanche, il résulte des copies d'écran versées aux débats par les parties que les pages d'accueil des deux sites sont quasiment similaires et que le plan, le contenu, le nom et l'agencement des rubriques sont quasiment identiques sur les deux sites ; qu'ainsi les fonctionnalités 'Mon journal' et ' Marquer la sortie à suivre' ont été reprises sur le site 'dailyfriends.com' par M. RENY, qui ne conteste pas être membre du site de 'onvasortir.com' depuis le 11 janvier 2009 ;

Considérant que si, comme le démontre M. RENY en produisant un procès-verbal de constat d'huissier du 4 octobre 2010, des éléments rappelant le site 'onvasortir.com' se retrouvent sur des

sites concurrents, aucun de ces sites ne reprend quasiment à l'identique la présentation, le plan, les fonctionnalités et le contenu de ce site, comme le fait 'dailyfriends.com' ;

Considérant que la copie quasi à l'identique du site de l'appelante ressort des discussions échangées sur le forum entre les membres du site 'dailyfriends.com', également membres ou anciens membres du site 'onvasortir.com', et a été reconnue par M. RENY qui écrivait, le 29 mai 2010, pour expliquer cette situation '*Pour résumer, pourquoi DF est comme ça :1 - les membres me l'ont demandé de le faire comme ça.*

2- pour que vous preniez très vite vos repères' ;

Considérant que la notoriété et l'imitation du site 'onvasortir.com', ainsi que la volonté de M. RENY de se placer dans le sillage de la société NETUNEEED sont établis ; que, ce faisant, M. RENY a commis des actes de parasitisme ;

Sur le préjudice de la société NETUNEEED :

Considérant que l'appelante indique prendre acte de ce que M. RENY a modifié le contenu du site 'dailyfriends.com' depuis le jugement et limite ses demandes à l'indemnisation de son préjudice ; qu'elle sollicite une somme de 50'000 € à titre de dommages et intérêts en faisant valoir que M. RENY s'est illicitement approprié le fruit de cinq années d'intense travail, que le risque de confusion qui a été créé a nécessairement entraîné une diminution du caractère attractif de son site 'onvasortir.com', qu'enfin l'intimé s'est livré à des actes de démarchage déloyal et à détourné des clients ;

Considérant que M. RENY soutient que les demandes indemnitaires de l'appelante sont injustifiées ; que la société NETUNEEED ne démontre aucune perte de revenus ou d'abonnés, ni aucun lien entre les agissements reprochés et ses prétendues pertes ; qu'au contraire entre le 8 juin et le 4 octobre 2010, le site 'onvasortir.com' a conquis près de 25 % de membres actifs en plus ;

Considérant que le reproche de démarchage déloyal n'est pas établi ; que de même le risque de confusion invoqué n'est pas démontré ; que l'appelante ne produit aucun élément pour justifier le montant du préjudice qu'elle invoque ; que cependant les faits de concurrence déloyale générateurs d'un trouble commercial impliquent l'existence d'un préjudice ; que la cour évalue le trouble commercial subi par l'appelante à la somme de 8 000 € ;

PAR CES MOTIFS

Infirme le jugement sauf en ses dispositions relatives à l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens ;

Et statuant de nouveau dans cette limite,

Écarte des débats le procès-verbal de constat huissier du 8 juin 2010 ;

Dit que M. Charles RENY a commis des actes de parasitisme à l'encontre de la société NETUNEEED en reproduisant de multiples éléments du site 'onvasortir.com' ;

Condamne M. Charles RENY à verser à la société NETUNEEED la somme de 8 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi ;

Condamne M. Charles RENY à verser à la société NETUNEEED la somme de 2 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Déboute les parties de leurs autres demandes ;

Condamne M. Charles RENY dépens d'appel, qui pourront être recouvrés en application de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LA PRÉSIDENTE

B. REITZER F. COCCHIELLO