

COMM.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 22 novembre 2016

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 999 F-D

Pourvoi n° S 15-18.360

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Showroomprive.com, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...] ,

contre l'arrêt rendu le 17 février 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 3), dans le litige l'opposant à la société Vente-Privée.com, société anonyme, dont le siège est [...] ,

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 11 octobre 2016, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Sémériva, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Sémériva, conseiller, les observations de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de la société Showroomprive.com, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de la société Vente-Privée.com, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le second moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 17 février 2015), que la société Vente-privée.com exploite le nom commercial et la marque « Vente-privée.com » ; que la société Showroomprive.com édite et exploite un site internet accessible à l'adresse showroomprive.com ; qu'exposant que la réponse à des requêtes sur internet employant les termes « vente-privée.com » dirigeaient vers le site showroomprive.com, et soutenant que ces agissements étaient de nature à porter atteinte à ses droits et intérêts, la société Vente-privée.com a présenté requête au président du tribunal de grande instance de Bobigny aux fins d'obtenir une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ; que cette demande a été accueillie et l'action tendant à sa rétractation, rejetée ; que cette décision lui ayant été déférée, la cour d'appel de Paris, retenant que la faute civile alléguée par la société Vente-privée.com impliquait l'examen des droits respectifs des parties sur le signe distinctif en cause bénéficiant éventuellement d'une protection au titre du droit des marques, a déclaré le président du tribunal de grande instance de Bobigny incompétent au profit du président du tribunal de grande instance de Paris ; que ce dernier a jugé recevables les demandes de la société Showroomprive.com et prononcé la rétractation de cette ordonnance ;

Attendu que la société Showroomprive.com fait grief à l'arrêt de confirmer cette décision alors, selon le moyen :

1°/ que lorsque la mesure de constat sollicitée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile est liée de façon indissociable à des actes de contrefaçon de marque, le juge compétent pour connaître de l'affaire au fond étant le tribunal de grande instance de Paris, seul le président de ce tribunal est compétent pour ordonner une mesure d'instruction sur ce fondement ; en considérant que la mesure sollicitée ne s'analysait pas en une saisie-contrefaçon déguisée mais en une demande d'informations préalable, sans rechercher si le fait que la société Vente-privée.com dénonce dans sa requête des prétendues « atteintes successives portées par Showroomprivé.com à ses droits de marques », n'établissait pas au contraire qu'elle cherchait avant tout procès à obtenir la preuve de contrefaçons, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 716-7 du code de propriété intellectuelle ;

2°/ que lorsque la mesure de constat sollicitée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile est liée de façon indissociable à des actes de contrefaçon de marque, le juge compétent pour connaître de l'affaire au fond étant le tribunal de grande instance de Paris, seul le président de ce tribunal est compétent pour ordonner une mesure d'instruction sur ce fondement ; seul ce juge est ainsi compétent pour ordonner la description détaillée ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou fournir les services prétendus contrefaisants ; en considérant néanmoins que la mesure sollicitée ne s'analysait pas en une saisie-contrefaçon déguisée mais en une demande d'informations préalable, sans rechercher si le fait de recueillir et prendre copie à l'identique de tout disque dur, ne pouvait pas s'analyser comme la description détaillée ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fournir les services prétendus contrefaisants, qui relèvent du seul référé-contrefaçon, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 716-7 du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé que la société Vente-privée.com n'avait pas fondé sa requête sur la contrefaçon mais sur l'existence probable de faits de nature à engager la responsabilité quasi-délictuelle de la société Showroomprive.com, et qu'elle n'avait pas sollicité une saisie par description ou appréhension d'un échantillon de produits ou de services argués de contrefaçon, la cour d'appel en a exactement déduit, peu important la référence que faisait sa requête aux marques dont cette société était titulaire, que la demande ne tendait pas à une saisie-contrefaçon ;

Et attendu, d'autre part, que le seul fait de demander à recueillir et prendre copie à l'identique de tout disque dur n'étant

pas en lui-même caractéristique d'une telle saisie, la cour d'appel n'était pas tenue de se livrer à une recherche inopérante ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le premier moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Showroomprive.com aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Vente-privée.com la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-deux novembre deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils, pour la société Showroomprive.com

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir rejeté la demande de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête du 22 février 2012 et d'avoir débouté la société SHOWROOMPRIVE.COM de l'ensemble de ses demandes ;

Aux motifs que : « Considérant que l'appelante, la société Vente-privée.com soulève en premier lieu l'incompétence du président du tribunal de grande instance de Paris pour statuer sur la demande de rétractation dès lors que la cour d'appel de Paris, saisie d'un appel et non d'un contredit, était tenue en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, de statuer tant sur la compétence que sur le fond du litige et ne pouvait renvoyer devant le juge de première instance ; qu'en renvoyant devant le président du tribunal de grande instance de Paris, la cour d'appel a commis une erreur de droit ; que l'appelante sollicite en deuxième lieu le renvoi de l'affaire devant le tribunal de grande instance de Bobigny , qui seul peut être le juge de la rétractation ; qu'elle demande en dernier lieu l'annulation pour excès de pouvoir de l'ordonnance entreprise rendue par le président du tribunal de grande instance de Paris le 18 décembre 2013 ;

Considérant que l'intimée, la société Showroomprive.com, sollicite en réponse et, à titre principal, la confirmation de l'ordonnance déférée en toutes ses dispositions, et demande à la cour, statuant à nouveau, d'ordonner la rétraction de l'ordonnance sur requête du 22 février 2012 rendue par le président du tribunal de grande instance de Bobigny et la restitution à Showroomprive.com de l'intégralité des documents appréhendés par maître L... K..., huissier de justice, en application de ladite ordonnance et la destruction par la société Vente-privée.com de tous documents qu'elle détiendrait à ce titre ; qu'à titre subsidiaire, elle fait valoir qu'en infirmant l'ordonnance du 11 mai 2012, la cour d'appel a nécessairement rétracté l'ordonnance du 22 février 2012 et sollicite en conséquence les restitution et destruction sus mentionnées ;

Considérant qu'aux termes de l'article 493 du code de procédure civile, l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ;

Considérant qu'en application de l'article 496, alinéa 2, du même code, s'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance ;

Considérant que le président d'une juridiction est compétent pour ordonner les mesures sollicitées, dès lors que l'une

d'entre elles doit être exécutée dans le ressort de ce tribunal et que cette juridiction serait compétente pour connaître de l'éventuelle instance au fond ;

Qu'il se déduit des dispositions combinées des articles 493 et 496 du code de procédure civile applicables au référé-rétractation que le seul juge compétent pour connaître de la demande de rétractation présentée par la société Showroomprive.com était le président du tribunal de grande instance de Bobigny dès lors que ce juge avait rendu l'ordonnance sur requête du 22 février 2012 laquelle n'a pas été rétractée par l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 30 mai 2013, étant relevé qu'au demeurant celle-ci, saisie de l'appel interjeté par Showroomprive.com et non d'un contredit de compétence, a transmis à tort le dossier à une juridiction de première instance sans statuer sur la demande de rétractation ;

Qu'il convient en conséquence d'infirmier l'ordonnance rendue le 18 décembre 2013 par le président du tribunal de grande instance de Paris ;

Considérant que l'article 79 du code de procédure civile dispose que, lorsque la cour d'appel infirme du chef de la compétence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision attaquée est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente ;

Qu'en application de ces dispositions et en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, il appartient à la présente cour, juridiction d'appel du tribunal de grande instance de Bobigny compétent, de statuer sur les mérites de la requête présentée par la société Vente-privee.com le 22 février 2012 et sur la régularité des mesures ordonnées ;

Considérant qu'en application des dispositions combinées des articles 145 et 812 du code de procédure civile du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées par le président du tribunal de grande instance à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé ;

Qu'il résulte de l'article 145 susvisé que le demandeur à la mesure d'instruction n'a pas à démontrer l'existence des faits qu'il invoque puisque cette mesure "in futurum" est destinée à les établir, mais qu'il doit justifier d'éléments rendant crédibles ses suppositions ;

Qu'en raison de la dérogation exceptionnelle au principe de la contradiction qu'autorise l'article 493 du code de procédure civile, il appartient au demandeur à la mesure de préciser les circonstances qui justifient qu'il y soit procédé de façon non contradictoire ;

Considérant en l'espèce, que la cour relève que la société Vente-privee.com a expliqué de façon circonstanciée dans sa requête la nécessité d'obtenir de façon non contradictoire les informations recherchées en raison de leur risque de suppression par la société Showroomprive.com, comme de tout tiers concerné, ces données étant stockées sur support informatique, par nature évanescent et que si les personnes physiques ou morales concernées, en particulier la société Showroomprive.com avaient connaissance des demandes de la requérante, elles ne manqueraient pas de faire disparaître tout ou partie des preuves recherchées ;

Que la requête, expressément visée par l'ordonnance du 22 février 2012 qui y a fait droit, a ainsi justifié la dérogation au principe de la contradiction ;

Considérant que la société Showroomprive.com soutient à titre subsidiaire, que s'agissant d'une allégation de contrefaçon de marque, les mesures de saisie ou de constatation sollicitées par Vente-privee.com ne pouvaient être ordonnées sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ;

Considérant que l'article L. 716-3 du code de la propriété intellectuelle précise que les actions civiles et les demandes relatives aux marques, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire ;

Qu'en application de l'article L. 716-6 du même code, toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon peut saisir en référé la juridiction civile compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon ;

Considérant en l'espèce, que la cour relève que la société Vente-privee.com n'a pas fondé sa requête sur la contrefaçon mais sur l'existence probable de faits de nature à engager la responsabilité quasi-délictuelle de la société Showroomprive.com ; qu'elle n'a pas sollicité une saisie par description ou appréhension d'un échantillon de produits ou de services argués de contrefaçon mais uniquement requis l'autorisation de faire rechercher de mots-clés à l'origine de l'affichage des liens hypertextes publicitaires Ad-Words litigieux ;

Que la société Vente-privee.com ne rapporte pas la preuve dans sa requête de la réservation par la société Showroomprive.com d'un mot-clé correspondant à une marque et cumulativement l'affichage corrélatif d'un lien hypertexte publicitaire à destination d'un site Internet ayant une activité identique ou similaire de ladite marque ;

Qu'il convient de relever que la société Showroomprive.com, elle-même, a toujours soutenu que les mots-clés à l'origine des liens hyper-textes publicitaires litigieux ne correspondaient pas à la marque de la société Vente-privee.com ;

Qu'il se déduit de l'ensemble de ces constatations que la mesure sollicitée par la société Vente-privee.com sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne s'analyse pas en une saisie-contrefaçon déguisée mais en une demande d'informations préalables avant tout procès ; qu'en conséquence, la société requérante n'a pas détourné les dispositions sus visées des articles L. 716-3 et L. 716-6 du code de la propriété intellectuelle qui n'étaient pas applicables à l'espèce ;

Qu'en ce qui concerne le motif légitime qu'avait la société Vente-privee.com à obtenir une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la cour relève que la requête du 22 février 2012 produisait :

- des lettres de mises en demeure des 15 juin, 21 juillet et 28 juillet 2011 adressées par la société Vente-privee.com à la société Showroomprive.com aux fins d'obtenir la cessation de l'affichage des liens hypertextes litigieux ;

- trois constats des agents de l'Agence pour la Protection des Programmes (APP) des 2, 18 et 13 décembre 2011 établissant la persistance des affichages litigieux, à savoir l'apparition, à la saisie sur le moteur de recherche Google des termes "vente.privee.com" d'un lien hypertexte publicitaire pointant à destination du site Internet www.showroomprive.com ;

Considérant qu'en outre, la société Vente-privee.com indiquait au soutien de sa demande de mesure d'instruction qu'elle n'avait pas la certitude, au seul vu de ces constatations, du fait que la société Showroomprive.com était bien l'auteur direct de ces faits litigieux par l'organisation à cette fin d'un référencement publicitaire de son site à l'aide d'un prestataire de régie publicitaire ou d'un tiers ;

Qu'enfin, la société Vente-privee.com, qui se présente comme un acteur majeur des ventes événementielles sur Internet, justifie dans sa requête du fait que la société Showroomprive.com a la même activité qu'elle et partant, de leur positions de concurrentes ;

Qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments que la requérante justifie du motif légitime, au sens de l'article 145 du code de procédure civile, qu'elle avait à obtenir une mesure "in futurum", aux fins d'obtenir au siège de la société Showroomprive.com des informations relatives au nombre de comptes Ad Words attachés au site Internet www.showroomprive.com ouverts auprès de la société Google directement par la société concurrente ou par un tiers en relation avec les agissements litigieux dénoncés et aux fins d'obtenir l'identité et les coordonnées complètes des personnes physiques ou morales à laquelle chacun de ces comptes avait été attribué et du bénéficiaire des liens publicitaires commandés depuis ces comptes ;

Considérant que l'intimée conteste également la mission ordonnée comme étant une "mesure d'investigation générale" ;

Qu'en l'espèce, la cour relève que les investigations ont été circonscrites par le juge de la requête aux recherches en relation avec les faits litigieux, celui-ci n'autorisant que le constat par l'huissier instrumentaire désigné d'informations en relation avec les agissements mis en cause, de l'identité exacte de la personne physique ou morale à l'origine de l'affichage des liens hypertextes publicitaires pointant à destination du site www.showroomprive.com et des mots-clés réservés à l'origine des requêtes de recherche en question ;

Qu'en conséquence, la mission, qui se rapporte strictement aux actes litigieux précisément circonscrits dans la requête et l'ordonnance, satisfait aux exigences de délimitation de la mesure de constat ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces constatations et énonciations qu'en raison de la proportionnalité de la mesure d'instruction ordonnée sur requête au regard des intérêts et droits respectifs des parties, il convient, statuant à nouveau, vu l'effet dévolutif de l'appel, de rejeter la demande de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête du 22 février 2012 et de débouter la société Showroomprive.com de l'ensemble de ses demandes en cause d'appel » ;

Alors, d'une part, qu'en considérant que le Tribunal de grande instance de Bobigny était bien compétent pour prononcer les mesures sur requête sollicitées en l'espèce, quand elle avait, par son précédent arrêt du 30 mai 2013, définitivement jugé que le Tribunal de grande instance de Bobigny était incompétent au profit du Tribunal de grande instance de Paris pour connaître du litige, la Cour d'appel a violé les articles 1351 du Code civil et 480 du Code de procédure civile ;

Alors, d'une part, que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en relevant d'office le moyen tiré de la compétence du Tribunal de grande instance de Bobigny pour prononcer les mesures sur requête sollicitées en l'espèce, sans inviter les parties à présenter préalablement leurs observations sur ce moyen, la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile ;

Alors, en outre, que les actions civiles et les demandes relatives aux marques, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant le Tribunal de grande instance de Paris ; qu'en admettant néanmoins la compétence du Tribunal de grande instance de Bobigny pour prononcer les mesures sur requête sollicitées en l'espèce, après avoir estimé que le litige portait sur des faits de concurrence déloyale mais sans rechercher si, comme elle l'avait jugé dans son arrêt du 30 mai 2013, la requête introduite par la société VENTE-PRIVEE.COM n'était pas par ailleurs relative à des marques, ce qui établissait la compétence du Tribunal de grande instance de Paris, la Cour d'appel a violé les articles L716-3 et D716-12 du Code de la propriété intellectuelle ;

Alors, enfin et subsidiairement, que seul le président du Tribunal de commerce peut ordonner une mesure d'instruction avant tout procès lorsque le fond du litige ne peut relever que de la compétence de la juridiction consulaire ; qu'en ne relevant pas, au besoin d'office, l'incompétence du Tribunal de grande instance de Bobigny pour prononcer des mesures sur requête en l'espèce, après avoir pourtant estimé que le fond du présent litige relevait d'une action en responsabilité civile entre deux sociétés commerciales pour des prétendus faits de concurrence déloyale dont seule la juridiction consulaire peut connaître au fond, la Cour d'appel a violé les articles 493 et 875 du Code de procédure civile et L. 721-3 du Code de commerce.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir rejeté la demande de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête du 22 février 2012 et d'avoir débouté la société SHOWROOMPRIVE.COM de l'ensemble de ses demandes ;

Aux motifs que : « Considérant que l'appelante, la société Vente-privee.com soulève en premier lieu l'incompétence du président du tribunal de grande instance de Paris pour statuer sur la demande de rétractation dès lors que la cour d'appel de Paris, saisie d'un appel et non d'un contredit, était tenue en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, de statuer tant sur la compétence que sur le fond du litige et ne pouvait renvoyer devant le juge de première instance ; qu'en renvoyant devant le président du tribunal de grande instance de Paris, la cour d'appel a commis une erreur de droit ; que l'appelante sollicite en deuxième lieu le renvoi de l'affaire devant le tribunal de grande instance de Bobigny, qui seul peut être le juge de la rétractation ; qu'elle demande en dernier lieu l'annulation pour excès de pouvoir de l'ordonnance entreprise rendue par le président du tribunal de grande instance de Paris le 18 décembre 2013 ;

Considérant que l'intimée, la société Showroomprive.com, sollicite en réponse et, à titre principal, la confirmation de l'ordonnance déférée en toutes ses dispositions, et demande à la cour, statuant à nouveau, d'ordonner la rétraction de l'ordonnance sur requête du 22 février 2012 rendue par le président du tribunal de grande instance de Bobigny et la restitution à Showroomprive.com de l'intégralité des documents appréhendés par maître L... K..., huissier de justice, en application de ladite ordonnance et la destruction par la société Vente-privee.com de tous documents qu'elle détiendrait à ce titre ; qu'à titre subsidiaire, elle fait valoir qu'en infirmant l'ordonnance du 11 mai 2012, la cour d'appel a nécessairement rétracté l'ordonnance du 22 février 2012 et sollicite en conséquence les restitution et destruction sus mentionnées ;

Considérant qu'aux termes de l'article 493 du code de procédure civile, l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ;

Considérant qu'en application de l'article 496, alinéa 2, du même code, s'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance ;

Considérant que le président d'une juridiction est compétent pour ordonner les mesures sollicitées, dès lors que l'une d'entre elles doit être exécutée dans le ressort de ce tribunal et que cette juridiction serait compétente pour connaître de l'éventuelle instance au fond ;

Qu'il se déduit des dispositions combinées des articles 493 et 496 du code de procédure civile applicables au référé-rétractation que le seul juge compétent pour connaître de la demande de rétractation présentée par la société Showroomprive.com était le président du tribunal de grande instance de Bobigny dès lors que ce juge avait rendu l'ordonnance sur requête du 22 février 2012 laquelle n'a pas été rétractée par l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 30 mai 2013, étant relevé qu'au demeurant celle-ci, saisie de l'appel interjeté par Showroomprive.com et non d'un contredit de compétence, a transmis à tort le dossier à une juridiction de première instance sans statuer sur la demande de rétractation ;

Qu'il convient en conséquence d'infirmier l'ordonnance rendue le 18 décembre 2013 par le président du tribunal de grande instance de Paris ;

Considérant que l'article 79 du code de procédure civile dispose que, lorsque la cour d'appel infirme du chef de la compétence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision attaquée est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente ;

Qu'en application de ces dispositions et en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, il appartient à la présente cour, juridiction d'appel du tribunal de grande instance de Bobigny compétent, de statuer sur les mérites de la requête présentée par la société Vente-privee.com le 22 février 2012 et sur la régularité des mesures ordonnées ;

Considérant qu'en application des dispositions combinées des articles 145 et 812 du code de procédure civile du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées par le président du tribunal de grande instance à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé ;

Qu'il résulte de l'article 145 sus visé que le demandeur à la mesure d'instruction n'a pas à démontrer l'existence des faits qu'il invoque puisque cette mesure "in futurum" est destinée à les établir, mais qu'il doit justifier d'éléments rendant crédibles ses suppositions ;

Qu'en raison de la dérogation exceptionnelle au principe de la contradiction qu'autorise l'article 493 du code de procédure civile, il appartient au demandeur à la mesure de préciser les circonstances qui justifient qu'il y soit procédé de façon non contradictoire ;

Considérant en l'espèce, que la cour relève que la société Vente-privee.com a expliqué de façon circonstanciée dans sa requête la nécessité d'obtenir de façon non contradictoire les informations recherchées en raison de leur risque de

suppression par la société Showroomprive.com, comme de tout tiers concerné, ces données étant stockées sur support informatique, par nature évanescent et que si les personnes physiques ou morales concernées, en particulier la société Showroomprive.com avaient connaissance des demandes de la requérante, elles ne manqueraient pas de faite disparaître tout ou partie des preuves recherchées ;

Que la requête, expressément visée par l'ordonnance du 22 février 2012 qui y a fait droit, a ainsi justifié la dérogation au principe de la contradiction ;

Considérant que la société Showroomprive.com soutient à titre subsidiaire, que s'agissant d'une allégation de contrefaçon de marque, les mesures de saisie ou de constatation sollicitées par Vente-privee.com ne pouvaient être ordonnées sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ;

Considérant que l'article L. 716-3 du code de la propriété intellectuelle précise que les actions civiles et les demandes relatives aux marques, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire ;

Qu'en application de l'article L. 716-6 du même code, toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon peut saisir en référé la juridiction civile compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon ;

Considérant en l'espèce, que la cour relève que la société Vente-privee.com n'a pas fondé sa requête sur la contrefaçon mais sur l'existence probable de faits de nature à engager la responsabilité quasi-délictuelle de la société Showroomprive.com ; qu'elle n'a pas sollicité une saisie par description ou appréhension d'un échantillon de produits ou de services argués de contrefaçon mais uniquement requis l'autorisation de faire rechercher de mots-clés à l'origine de l'affichage des liens hypertextes publicitaires Ad-Words litigieux ;

Que la société Vente-privee.com ne rapporte pas la preuve dans sa requête de la réservation par la société Showroomprive.com d'un mot-clé correspondant à une marque et cumulativement l'affichage corrélatif d'un lien hypertexte publicitaire à destination d'un site Internet ayant une activité identique ou similaire de ladite marque ;

Qu'il convient de relever que la société Showroomprive.com, elle-même, a toujours soutenu que les mots-clés à l'origine des liens hyper-textes publicitaires litigieux ne correspondaient pas à la marque de la société Vente-privee.com ;

Qu'il se déduit de l'ensemble de ces constatations que la mesure sollicitée par la société Vente-privee.com sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne s'analyse pas en une saisie-contrefaçon déguisée mais en une demande d'informations préalables avant tout procès ; qu'en conséquence, la société requérante n'a pas détourné les dispositions sus visées des articles L. 716-3 et L. 716-6 du code de la propriété intellectuelle qui n'étaient pas applicables à l'espèce ;

Qu'en ce qui concerne le motif légitime qu'avait la société Vente-privee.com à obtenir une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la cour relève que la requête du 22 février 2012 produisait :

- des lettres de mises en demeure des 15 juin, 21 juillet et 28 juillet 2011 adressées par la société Vente-privee.com à la société Showroomprive.com aux fins d'obtenir la cessation de l'affichage des liens hypertextes litigieux ;
- trois constats des agents de l'Agence pour la Protection des Programmes (APP) des 2, 18 et 13 décembre 2011 établissant la persistance des affichages litigieux, à savoir l'apparition, à la saisie sur le moteur de recherche Google des termes "vente.privee.com" d'un lien hypertexte publicitaire pointant à destination du site Internet www.showroomprive.com ;

Considérant qu'en outre, la société Vente-privee.com indiquait au soutien de sa demande de mesure d'instruction qu'elle n'avait pas la certitude, au seul vu de ces constatations, du fait que la société Showroomprive.com était bien l'auteur

direct de ces faits litigieux par l'organisation à cette fin d'un référencement publicitaire de son site à l'aide d'un prestataire de régie publicitaire ou d'un tiers ;

Qu'enfin, la société Vente-privee.com, qui se présente comme un acteur majeur des ventes événementielles sur Internet, justifie dans sa requête du fait que la société Showroomprive.com a la même activité qu'elle et partant, de leur positions de concurrentes ;

Qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments que la requérante justifie du motif légitime, au sens de l'article 145 du code de procédure civile, qu'elle avait à obtenir une mesure 'in futurum', aux fins d'obtenir au siège de la société Showroomprive.com des informations relatives au nombre de comptes Ad Words attachés au site Internet www.showroomprive.com ouverts auprès de la société Google directement par la société concurrente ou par un tiers en relation avec les agissements litigieux dénoncés et aux fins d'obtenir l'identité et les coordonnées complètes des personnes physiques ou morales à laquelle chacun de ces comptes avait été attribué et du bénéficiaire des liens publicitaires commandés depuis ces comptes ;

Considérant que l'intimée conteste également la mission ordonnée comme étant une "mesure d'investigation générale" ;

Qu'en l'espèce, la cour relève que les investigations ont été circonscrites par le juge de la requête aux recherches en relation avec les faits litigieux, celui-ci n'autorisant que le constat par l'huissier instrumentaire désigné d'informations en relation avec les agissements mis en cause, de l'identité exacte de la personne physique ou morale à l'origine de l'affichage des liens hypertextes publicitaires pointant à destination du site www.showroomprive.com et des mots-clés réservés à l'origine des requêtes de recherche en question ;

Qu'en conséquence, la mission, qui se rapporte strictement aux actes litigieux précisément circonscrits dans la requête et l'ordonnance, satisfait aux exigences de délimitation de la mesure de constat ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces constatations et énonciations qu'en raison de la proportionnalité de la mesure d'instruction ordonnée sur requête au regard des intérêts et droits respectifs des parties, il convient, statuant à nouveau, vu l'effet dévolutif de l'appel, de rejeter la demande de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête du 22 février 2012 et de débouter la société Showroomprive.com de l'ensemble de ses demandes en cause d'appel » ;

Alors, d'une part, que lorsque la mesure de constat sollicitée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile est liée de façon indissociable à des actes de contrefaçon de marque, le juge compétent pour connaître de l'affaire au fond étant le Tribunal de grande instance de Paris, seul le président de ce Tribunal est compétent pour ordonner une mesure d'instruction sur ce fondement ; qu'en considérant que la mesure sollicitée ne s'analysait pas en une saisie-contrefaçon déguisée mais en une demande d'informations préalable, sans rechercher si le fait que la société VENTEPRIVEE.COM dénonce dans sa requête des prétendues « atteintes successives portées par SHOWROOMPRIVE.COM à ses droits de marques », n'établissait pas au contraire qu'elle cherchait avant tout procès à obtenir la preuve de contrefaçons, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L716-7 du Code de propriété intellectuelle ;

Alors, d'autre part, que lorsque la mesure de constat sollicitée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile est liée de façon indissociable à des actes de contrefaçon de marque, le juge compétent pour connaître de l'affaire au fond étant le Tribunal de grande instance de Paris, seul le président de ce Tribunal est compétent pour ordonner une mesure d'instruction sur ce fondement ; que seul ce juge est ainsi compétent pour ordonner la description détaillée ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fabriquer ou distribuer les produits ou fournir les services prétendus contrefaisants ; qu'en considérant néanmoins que la mesure sollicitée ne s'analysait pas en une saisie-contrefaçon déguisée mais en une demande d'informations préalable, sans rechercher si le fait de recueillir et prendre copie à l'identique de tout disque dur, ne pouvait pas s'analyser comme la description détaillée ou la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour fournir les services prétendus contrefaisants, qui relèvent du seul référé-contrefaçon, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L716-7 du Code de la propriété intellectuelle.