Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
4C.377/2002 /ech

Arrêt du 19 mai 2003
Ire Cour civile

Composition
MM. et Mme les Juges Corboz, Président, Klett et Favre.
Greffier: M. Ramelet.

Parties
Télésonique SA, rte de Pré-Bois 20, case postale 1830, 1215 Genève 15 Aéroport,
défenderesse et recourante principale,

contre

Deutsche Telekom AG, Friedrich-Allee 140,
DE-53113 Bonn,
demanderesse, intimée et recourante par voie de jonction, représentée par Me Christophe Maillefer, avocat, rue Beauregard 9, 1204 Genève.

Objet
protection des noms de domaine internet,

recours en réforme contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 11 octobre 2002.

Faits:
A.
Deutsche Telekom AG (ci-après: Deutsche Telekom) est notamment titulaire des trois marques internationales "T-Online" n°463826, n°650171 et n°653891, déposées en 1995 et couvrant entre autres pays la Suisse pour les produits et services des classes internationales 9, 16, 36, 37, 38, 41 et 42. Elle utilise la marque "T-Online" pour fournir au public divers services par le biais d'internet (téléphonie fixe et mobile, email, banking, SMS, etc.). L'usager d'internet a accès à ces services en tapant les noms de domaine qui ont été enregistrés par Deutsche Telekom, à savoir "t-online.com", "tonline.com", "t-online.org" et "t-online.ch", le site internet rattaché à cette dernière adresse étant plus spécialement destiné aux consommateurs suisses.

Télésonique SA (ci-après: Télésonique) est titulaire des noms de domaine "telesonique.ch" et, depuis le 7 janvier 2000, "tonline.ch", qui conduisent l'utilisateur sur un site Internet où elle se présente comme un opérateur international en télécommunications basé à Genève, offrant les prestations les plus modernes aux particuliers, aux entreprises et aux autres opérateurs.
B.
En janvier 2002, Deutsche Telekom a demandé en vain à Télésonique de lui transférer le nom de domaine "tonline.ch". Le 15 février 2002, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève, statuant en instance unique sur une requête de mesures provisoires urgentes déposée par Deutsche Telekom, a interdit à Télésonique d'utiliser le nom de domaine "tonline.ch" et de le transférer à un tiers. Télésonique n'a toutefois cessé d'utiliser le nom de domaine litigieux que le 1er mars 2002

La Cour de justice a rendu le 24 mai 2002 une ordonnance de mesures provisoires confirmant l'ordonnance préprovisionnelle, cela jusqu'à droit jugé ou accord entre les parties sur la demande introduite par Deutsche

Telekom le 25 mars 2002. Cette action au fond tend à ce qu'il soit interdit à Télésonique d'utiliser le nom de domaine "tonline.ch" et d'enregistrer tout autre nom de domaine similaire, et à ce qu'il soit ordonné à la défenderesse de transférer ce nom à la demanderesse ou à tout tiers désigné par elle.
Télésonique n'a pas procédé sur cette demande.
Par arrêt du 11 octobre 2002, la Cour de justice a fait interdiction à Télésonique d'utiliser le nom de domaine "tonline.ch", sous menace des peines prévues par l'art. 292 CP, et l'a condamnée au paiement d'une indemnité de 15'000 fr. en faveur de la demanderesse. L'autorité cantonale a retenu en substance qu'il existait un risque de confusion entre les marques de la demanderesse (T-Online) et le nom de domaine litigieux "tonline.ch", dès lors que ce dernier est presque identique aux marques enregistrées antérieurement, et que les produits et services offerts sont les mêmes. Elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'interdire à la défenderesse d'enregistrer tout autre nom de domaine similaire, car aucun élément ne permettait d'admettre l'imminence de nouveaux enregistrements contrevenant au droit à la marque de la demanderesse. Elle a rejeté la conclusion de Deutsche Telekom tendant au transfert en sa faveur du nom de domaine en cause, au motif qu'elle ne reposait sur aucune base légale. La cour cantonale a encore jugé que le risque de confusion retenu constituait un acte de concurrence déloyale dommageable pour la demanderesse, à laquelle il convenait d'octroyer 15'000 fr. à titre de dommages-intérêts, compte tenu que
l'atteinte avait duré plus de deux ans.
C.
C.a La défenderesse recourt en réforme au Tribunal fédéral et conclut à ce que la demanderesse soit déboutée de toutes ses conclusions. A l'appui de son recours, elle fait valoir que, le 15 juin 2002, les parties s'étaient mises d'accord pour une suspension de la procédure devant la Cour de justice, si bien qu'elle n'a pas répondu à la demande. Elle reproche à l'autorité cantonale de n'avoir pas mentionné cet élément dans la décision attaquée. A suivre la défenderesse, la demanderesse aurait violé la bonne foi en affaires protégée par l'art. 2 CC en faisant croire à sa partie adverse qu'un accord allait être trouvé, au point de dissuader cette dernière de prendre des conclusions en instance cantonale.

Sur le fond, la défenderesse allègue que les services offerts par les deux sociétés étaient différents; si la demanderesse propose sur ses sites des informations générales, Télésonique permet à ses clients d'accomplir des actes de gestion dans le cadre strict des relations contractuelles qui la lie à ceux-ci. En outre, en matière de noms de domaine, une simple différence de signe dans l'adresse - même s'il ne s'agit que d'un détail comme un trait d'union - permet d'orienter l'utilisateur sur un autre site et d'éviter ainsi la confusion. A l'en croire, aucune violation du droit des marques ne saurait donc entrer en ligne de compte. La défenderesse, qui a des relations d'affaires avec la demanderesse, prétend encore n'avoir pas eu l'intention de créer une confusion et nie avoir agi de manière déloyale. Enfin, poursuit-elle, la demanderesse n'a pas prouvé l'existence du dommage allégué.
C.b Deutsche Telekom propose le rejet du recours et la confirmation de l'arrêt attaqué. Elle forme également un recours joint, concluant principalement à ce que le Tribunal fédéral ordonne à la défenderesse de transférer le nom de domaine "tonline.ch" à la demanderesse ou à tout tiers désigné par elle et de remplir et signer tout document nécessaire à cet égard; subsidiairement, la recourante par voie de jonction requiert que soit ordonnée la radiation du nom de domaine précité.

La défenderesse conclut au rejet du recours joint.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Interjeté par la partie qui a succombé et dirigé contre un jugement final, rendu en instance cantonale unique (art. 58 al. 3 de la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992 (LPM; RS 232.11) et art. 1 de la loi genevoise (I 1 10) sur la concurrence déloyale, les liquidations et opérations analogues et sur les jeux-concours publicitaires du 3 mai 1991) par l'autorité judiciaire suprême du canton de Genève, portant sur une contestation civile au sens de l'art. 45 let. a OJ, le recours en réforme est en principe recevable; en outre, il a été formé en temps utile (art. 54 al. 1 OJ) et dans les formes requises (art. 55 OJ).
1.1 Le recours en réforme est ouvert pour violation du droit fédéral (art. 43 al. 1 OJ). En revanche, il ne permet pas d'invoquer la violation directe d'un droit de rang constitutionnel (art. 43 al. 1, 2e phrase, OJ) ou la violation du droit cantonal (ATF 127 III 248 consid. 2c).

Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il faille rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ).
1.2 Dans la mesure où la partie recourante présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte. Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recours en réforme n'est donc pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent.

La défenderesse n'est pas recevable à invoquer la duplicité de sa partie adverse, laquelle aurait prolongé des pourparlers pour dissuader Télésonique de se défendre devant la Cour de justice, ce qui aurait entraîné l'application - préjudiciable pour la recourante principale - en instance cantonale de l'art. 126 al. 2 et 3 LPC gen. Ce moyen concerne pour l'essentiel le droit de procédure cantonal, dont la censure échappe, on vient de le voir, à la juridiction fédérale de réforme (art. 55 al. 1 let. c in fine OJ). Il s'ensuit que le grief de violation de l'art. 2 CC, fondé exclusivement sur ce fait de procédure, est irrecevable.
2.
2.1 Dans son examen du recours, le Tribunal fédéral ne saurait aller au-delà des conclusions des parties, lesquelles ne peuvent en prendre de nouvelles (art. 55 al. 1 let. b OJ); en revanche, il n'est lié ni par les motifs que les parties invoquent (art. 63 al. 1 OJ), ni par l'argumentation juridique de la cour cantonale (art. 63 al. 3 OJ). Il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par la partie recourante et rejeter un recours en adoptant une autre argumentation juridique que celle retenue par la cour cantonale (ATF 127 III 248 consid. 2c et les références citées).

Comme les conclusions du recours joint sont, à l'instar de celles du recours principal, soumises aux exigences de l'art. 55 al. 1 let. b OJ (art. 59 al. 3 OJ), la demanderesse ne peut pas en prendre de nouvelles par rapport à celles soumises à la dernière instance cantonale, pas davantage qu'elle n'a le pouvoir de les modifier (Poudret, COJ II, n. 1.4.3. ad art. 55 OJ p. 425 et n. 2.4.2. ad art. 59 et 61 OJ p. 480/481). La recourante par voie de jonction n'est ainsi pas recevable à requérir la radiation du nom de domaine "tonline.ch", qui est une conclusion nouvelle par rapport à sa demande de transfert. Même si la radiation sollicitée poursuit le même but de protection de la marque que le transfert du nom de domaine, elle a une nature et des conséquences différentes de celui-ci. Il s'ensuit que le recours joint est irrecevable en ce que la demanderesse conclut subsidiairement à la radiation du nom de domaine "tonline.ch".
2.2 D'un point de vue technique, le nom de domaine n'est qu'un instrument qui a pour fonction d'identifier un ordinateur connecté au réseau. Toutefois, pour l'usager d'Internet, il désigne un site Web comme tel et permet de rechercher la personne qui l'exploite, la chose ou les prestations qui s'y rattachent. Dans cette mesure, suivant les cas particuliers, le nom de domaine est comparable à un signe distinctif, comme un nom, une raison sociale ou une marque. La fonction d'identification des noms de domaine a pour conséquence qu'ils doivent se distinguer suffisamment des signes distinctifs appartenant à des tierces personnes et protégés par un droit absolu, cela afin d'empêcher des confusions. Partant, si le signe utilisé comme nom de domaine est protégé par le droit au nom, le droit des raisons de commerce ou le droit des marques, le titulaire des droits exclusifs y afférents peut en principe interdire au tiers non autorisé l'utilisation de ce signe comme nom de domaine. En cas de collision entre divers droits, il convient de peser les intérêts respectifs afin de parvenir à la solution la plus équitable possible (ATF 128 III 353 consid. 3 p. 357/358 et les références; Philippe Gilliéron, Les noms de domaine: Possibilités de
protection et de résolution des conflits, in: sic ! 2000, p. 73 et 75; Andreas Ruff, DomainLaw, Der Rechtsschutz von Domain-Namen im Internet, Berlin 2002, p. 62 in initio).

Pour apprécier si un nom de domaine peut être confondu avec un droit exclusif tel une marque enregistrée, il faut se fonder non pas sur le contenu du site que cette adresse électronique permet d'atteindre, mais bien sur le libellé de l'adresse internet. C'est en effet uniquement celle-ci qui éveille l'intérêt du public et lui donne

l'espoir d'obtenir des informations conformes à l'association d'idées évoquée par le nom de domaine. Partant, et contrairement à ce que soutient la défenderesse, il n'importe que les services offerts dans le site soient de nature différente de ceux proposés par le titulaire de la marque (cf. ATF 128 III 353 consid. 4.2.2.1 et la doctrine citée, p. 363). Pour évaluer le risque de confusion, qui est une notion identique pour tout le domaine des signes distinctifs (ATF 128 III 353 consid. 4 p. 359; 126 III 239 consid. 3a), il convient d'examiner l'impression d'ensemble qui se dégage en Suisse du signe distinctif litigieux (ATF 128 III 353 consid. 4 in fine et les références, p. 359), même si, comme le relève la défenderesse, en matière de noms de domaine, chaque détail pourrait avoir une fonction distinctive propre à éviter le danger de confusion (cf. Joachim Bornkamm, Domain-Namen - Kennzeichen- und
lauterkeitsrechtliche Probleme, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht, Fünftes St. Galler internationales Immaterialgüterrechtsforum 2001, p. 116, auteur qui laisse la question ouverte).
2.3 Dans le cas présent, la cour cantonale était fondée à relever que la marque antérieure "T-Online" et le nom de domaine "tonline.ch" présentent un très haut degré de similarité, indépendamment du contenu des sites web, de sorte qu'elle n'a pas violé le droit fédéral, singulièrement le droit des marques (art. 13 al. 1 LPM), en frappant d'interdiction l'usage du nom de domaine "tonline.ch" par la défenderesse, lequel créait indubitablement un risque de confusion avec la marque de la demanderesse et les services de télécommunications que celle-ci offre, à l'instar de son adverse partie, à sa clientèle. Le moyen de la défenderesse pris d'une mauvaise application de la LPM est sans fondement.

En revanche, la Cour de justice a méconnu que le transfert du nom de domaine au titulaire de la marque lésée pouvait se fonder sur l'art. 43 al. 1 CO, norme qui n'exclut pas la réparation en nature (ATF 107 II 134 consid. 4 et les arrêts cités, p. 139/140), de sorte que l'injonction faite à l'usurpateur de fournir toutes les déclarations nécessaires au rétablissement d'une situation conforme au droit, soit en l'espèce le transfert ultérieur du nom de domaine litigieux au titulaire de la marque, est possible, même si l'art. 53 LPM ne le prévoit pas expressément (ATF 128 III 401 consid. 8, publié in: sic ! 2002 p. 865). Le recours joint sera en conséquence admis sur ce point, en ce sens que le Tribunal fédéral ordonnera à la défenderesse de fournir tous les éléments et déclarations nécessaires au transfert du nom de domaine "tonline.ch" à la demanderesse ou à tout tiers désigné par elle.
3.
La cour cantonale a retenu à juste titre que le risque de confusion, sanctionné en vertu de l'art. 13 al. 1 LPM, tombait également sous le coup des art. 2 et 3 let. d de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD; RS 241). Cette dernière disposition prévoit qu'agit de façon déloyale celui qui prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les oeuvres, les prestations ou les affaires d'autrui, étant rappelé qu'il n'est pas nécessaire que des confusions se soient produites, mais qu'il suffit que les acheteurs, voire même les cercles spécialisés, puissent croire à l'existence de liens entre deux entreprises utilisant des désignations prêtant à confusion (ATF 114 II 106 consid. 3b in fine, p. 111 et l'arrêt cité; Kamen Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, p. 342). Ainsi, la protection contre le risque de confusion est assurée aussi bien par le droit des marques que par l'art. 3 let. d LCD, norme qualifiée de "petite clause générale" de la loi contre la concurrence déloyale en ce qu'elle précise l'art. 2 LCD tout en offrant au lésé une garantie plus efficace (cf. François Dessemontet, La propriété intellectuelle, publication CEDIDAC 42, p. 357). De
manière générale, l'action fondée sur l'art. 3 let. d LCD suit le sort de celle basée sur le droit des marques, lorsque la LPM et la LCD s'appliquent ensemble, en concours idéal (Philippe Gilliéron, op. cit., p. 80).

En l'occurrence, en ayant enregistré le 7 janvier 2000 le nom de domaine "tonline.ch", dont la similarité orthographique et euphonique avec la marque antérieure "T-Online" de la demanderesse est patente, la défenderesse a adopté un comportement contraire à la bonne foi qui tombe sous le coup de l'art. 3 let. d LCD, de sorte que le moyen de la recourante principale qui repose sur l'application erronée de cette loi fédérale est dénué de tout fondement.
4.
La défenderesse reproche enfin à la Cour de justice d'avoir alloué 15'000 fr. de dommages-intérêts à la demanderesse, alors que cette dernière n'aurait pas établi avoir subi un préjudice. La recourante principale y voit une violation des règles sur le fardeau de la preuve.

4.1 La fixation du dommage ressortit en principe au juge du fait. Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral n'intervient que si l'autorité cantonale a méconnu la notion juridique du dommage ou si elle a violé des principes juridiques relatifs au calcul du préjudice. L'estimation du dommage d'après l'art. 42 al. 2 CO repose sur le pouvoir d'apprécier les faits; elle relève donc de la constatation des faits, laquelle ne peut être revue en instance de réforme. Ressortit par contre au droit le point de savoir quel degré de vraisemblance la survenance du dommage doit atteindre pour justifier l'application de l'art. 42 al. 2 CO et si les faits allégués permettent de statuer sur la prétention en dommages-intérêts déduite en justice. Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où l'autorité cantonale, sur la base d'une appréciation des preuves et des circonstances concrètes, a admis ou nié que la vraisemblance de la survenance du préjudice confinait à la certitude, elle a posé une constatation de fait qui est, sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, soustraite au contrôle de la juridiction fédérale de réforme (ATF 126 III 388 consid. 8a et les arrêts cités).
En l'espèce, le grief de violation des règles sur la répartition du fardeau de la preuve est devenu sans objet (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa et les arrêts cités, p. 277), dans la mesure où, dans son appréciation des preuves et des faits, la cour cantonale a été convaincue de l'existence d'un dommage, dont la quotité ne pouvait être fixée avec exactitude, raison pour laquelle elle a fait usage de l'art. 42 al. 2 CO. En effet, l'art. 8 CC ne permet pas de corriger l'appréciation des preuves à laquelle a procédé la juridiction cantonale (ATF 128 III 22 consid. 2d et les arrêts cités, p. 25/26).
4.2 Les art. 55 al. 2 LPM et 9 al. 3 LCD réservent les actions intentées en vertu du code des obligations, et notamment l'action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 41 CO, dont les conditions doivent être réalisées (Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, tome II, 2e éd., p. 1030; Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. I/2, 2e éd., p. 113; Mario M. Pedrazzini/Federico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2e éd., p. 236 ss).

La défenderesse ne critique pas l'arrêt attaqué sous l'angle des conditions d'application de l'art. 41 CO relatives à l'acte illicite, à la faute et au rapport de causalité adéquate, mais s'attache uniquement à contester l'existence d'un dommage. Dans la mesure où ce moyen est recevable - ce qui est douteux -, il apparaît que la cour cantonale a tenu compte notamment de la durée de l'atteinte, qui s'est étendue sur plus de deux ans, ainsi que du comportement de la défenderesse, laquelle n'a pas obtempéré immédiatement à l'ordonnance de mesures provisionnelles urgentes lui interdisant l'utilisation du nom de domaine litigieux et n'a pas répondu à la demande au fond. Sur la base de ces éléments, la Cour de justice a pu faire usage du pouvoir d'appréciation que lui confère l'art. 42 al. 2 CO, disposition qui ne se rapporte pas seulement à la quotité du dommage, mais déjà à la constatation de son existence même (von Büren/David, op. cit., p. 116). On ne discerne in casu aucune violation du droit fédéral.
5.
En résumé, le recours principal est rejeté dans la mesure où il est recevable. Le recours joint est partiellement admis dans la mesure où il est recevable. Il s'ensuit qu'un émolument global de 4'000 fr. (3'000 fr. + 1'000 fr.) doit être mis à la charge de la défenderesse qui succombe entièrement. De même, un émolument de 1'000 fr. sera mis à la charge de la demanderesse, dont le recours joint est en partie irrecevable. Dans ces conditions, la demanderesse, dont les conclusions ont été en grande partie accueillies, a droit à une indemnité réduite à titre de dépens que lui versera la recourante principale.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours principal est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Le recours joint est partiellement admis dans la mesure où il est recevable.
3.
Il est ordonné à la défenderesse de fournir les éléments et déclarations nécessaires au transfert du nom de domaine "tonline.ch" à la demanderesse ou à tout tiers désigné par elle.
4.
Un émolument judiciaire de 4000 fr. est mis à la charge de la défenderesse.
5.
Un émolument judiciaire de 1000 fr. est mis à la charge de la demanderesse.

6.
La défenderesse versera à la demanderesse une indemnité de 4000 fr. à titre de dépens réduits.
7.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.
Lausanne, le 19 mai 2003
Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: