

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE NANCY
première chambre civile

ARRÊT N° 1785 /2014 DU 09 SEPTEMBRE 2014

Numéro d'inscription au répertoire général : 08/00613

Décision déferée à la Cour : Déclaration d'appel en date du 29 Février 2008 d'un jugement du Tribunal de Grande Instance de NANCY, R.G.n° 05/06305, en date du 14 janvier 2008,

APPELANTE :

ASSOCIATION KOKOPELLI

dont le siège est 131 Impasse des Palmiers - - Oasis - Bâtiment C - 30100 ALES, prise en la personne de son Président pour ce, domicilié audit siège,
Représentée par la SELARL LEINSTER WISNIEWSKI MOUTON GERARD, avocat au barreau de NANCY, précédemment constituée es qualités d'avoués et constituée aux lieu et place de la SCP MILLOT LOGIER FONTAINE, précédemment constituée es qualités d'avoués , plaidant par Maître Blanche MAGARINOS-REY, avocat au barreau de PARIS,

INTIMÉE :

SAS GRAINES BAUMAUX, RCS NANCY B 331 221 200, dont le siège est 23 allée des Grands Paquis Parc d'activité Est - Parc d'Activités Est - 54180 Heillecourt, prise en la perosnne de ses représentants légaux pour ce y domiciliés,
Représentée par Maître Hervé MERLINGE, avocat au barreau de NANCY constitué aux lieu et place de la SCP MERLINGE BACH WASSERMANN FAUCHEUR SCHIOCHET, précédemment constituée es qualités d'avoués, plaidant par Maître Didier GRANDHAYÉ, avocat au barreau de NANCY,

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 17 Juin 2014, en audience publique devant la Cour composée de :

Monsieur Guy HITTINGER, Président de Chambre, entendu en son rapport,
Madame Marie Héléne DELTORT, Conseiller,
Monsieur Claude CRETON, Conseiller,
qui en ont délibéré ;

Greffier, lors des débats : Madame DEANA ;

A l'issue des débats, le Président a annoncé que l'arrêt serait rendu par mise à disposition au greffe le 09 Septembre 2014 , en application de l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

ARRÊT : contradictoire, rendu par mise à disposition publique au greffe le 09 Septembre 2014 , par Madame DEANA, Greffier, conformément à l'article 450 alinéa 2 du Code de Procédure Civile ;
signé par Monsieur Claude CRETON Conseiller, et par Madame DEANA , greffier ;

Copie exécutoire délivrée le
Copie délivrée le

à
à

FAITS ET PROCÉDURE :

La société par actions simplifiée GRAINES BAUMAUX exerce une activité de vente par correspondance de graines, plants, matériels phytosanitaires et outils divers pour le jardin.

KOKOPELLI est une association à but non lucratif qui vend par correspondance des semences de variétés potagères et florales anciennes issues de l'agriculture biologique et qui met à la disposition de ses adhérents des variétés potagères peu cultivées en France.

Par acte d'huissier de justice signifié le 9 décembre 2005, la société GRAINES BAUMAUX a introduit une action en concurrence déloyale contre l'association KOKOPELLI devant le tribunal de grande instance de Nancy en reprochant à cette dernière de proposer à la vente des plants et semences interdits à la commercialisation car non inscrits sur le catalogue commun des variétés des espèces de légumes prévu par la législation en vigueur.

La société GRAINES BAUMAUX a considéré qu'en proposant à la vente des produits qu'elle-même, respectueuse de la législation, ne peut commercialiser, l'association KOKOPELLI commet des actes de concurrence déloyale et lui cause un préjudice commercial devant être compensé par l'allocation de 50 000 € de dommages intérêts et par le retrait sous astreinte des produits interdits à la vente de ses publicités et catalogues par l'association défenderesse.

La société GRAINES BAUMAUX a en outre sollicité une indemnisation en réparation du préjudice subi en raison de la campagne de presse en vue de la dénigrer et de la boycotter orchestrée selon elle par la partie adverse suite à l'action en justice qu'elle a introduite contre cette dernière.

L'association KOKOPELLI a contesté être en concurrence avec la société demanderesse du fait qu'elle ne poursuit pas un but commercial mais que ses objectifs sont de partager avec ses adhérents un idéal de préservation de la biodiversité parallèlement à l'engagement d'actions collectives et directes en faveur de l'indépendance économique de l'agriculture et de l'auto suffisance alimentaire des pays du tiers-monde. Elle a souligné également que la société GRAINES BAUMAUX n'intervenait

qu'à titre résiduel sur le marché de la semences potagères alors qu'elle-même orientait ses interventions exclusivement vers la diffusion des seules semences potagères en outre biologiques.

L'association défenderesse a en outre estimé que la réglementation française invoquée au soutien de l'action en concurrence déloyale n'était pas conforme à la directive 98/95/CEE du Conseil du 14 décembre 1998.

Elle s'est plainte d'une action de dénigrement menée contre elle par la société GRAINES BAUMAUX et a demandé réparation de son préjudice à ce titre.

Par jugement en date du 14 janvier 2008, le tribunal de grande instance de Nancy a :

-condamné l'association KOKOPELLI à payer à la société GRAINES BAUMAUX la somme de 10 000 € de dommages et intérêts pour concurrence déloyale ;

-débouté la sociétéGRAINES BAUMAUX de sa demande de condamnation de l'association KOKOPELLI sous astreinte à retirer « toute publicité ou catalogue sur support papier ou sur Internet, pour des produits dont la vente n'est pas autorisée par la législation française et européenne » ;

-débouté les parties de leurs demandes réciproques de condamnation pour dénigrement ;

-rejeté la demande d'exécution provisoire ;

-condamné l'association KOKOPELLI à payer à la sociétéGRAINES BAUMAUX la somme de 2000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Pour fonder sa décision le tribunal a considéré que les parties intervenaient toutes deux sur le segment de marché que constituent les graines anciennes et ou de collection et s'adressait à la même clientèle de jardiniers amateurs de sorte qu'elles se trouvaient en état de concurrence.

Les premiers juges ont retenu à l'encontre de l'association KOKOPELLI l'existence d'une faute de concurrence par la mise sur le

marché de produits non autorisés à la vente par les législations et réglementations en vigueur, agissements constituant une infraction pénale, en l'espèce une contravention de troisième classe prévue et réprimée par les dispositions de l'article L 214 -2 du code de la consommation.

Ils ont estimé que ces actes de concurrence déloyale tendaient à la désorganisation du marché des graines de semences potagères anciennes et ou de collection.

Le tribunal a en outre retenu que la réglementation française était conforme aux dispositions européennes.

Il a rejeté le moyen pris par l'association KOKOPELLI de ce que la société demanderesse commercialisait elle-même des semences non inscrites sur le catalogue commun des variétés des espèces de légumes prévu par la législation en vigueur en indiquant que l'exception d'indignité ne peut être reçue qu'à titre subsidiaire et uniquement en matière contractuelle et que la faute commise par la victime ayant concouru à la réalisation du dommage est susceptible d'entraîner seulement un partage de responsabilité.

L'association a formé appel du jugement par déclaration au greffe de la cour d'appel du 29 février 2008.

Sur demande de l'association KOKOPELLI, le conseiller de la mise en état a, par ordonnance du 4 février 2011, saisi la Cour de justice de l'Union Européenne d'une question préjudicielle sur la validité des directives 98/95/CE, 2002/53/CE, 2002/55/CE du Conseil et 2009/145 de la Commission.

Par arrêt du 12 juillet 2012, la Cour de justice de l'Union Européenne a dit pour droit que : l'examen de la question posée n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité des directives 2002/55/CE du Conseil, du 13 juin 2002, concernant la commercialisation des semences de légumes, et 2009/145 de la Commission, du 26 novembre 2009, introduisant certaines dérogations pour l'admission des races primitives et variétés de légumes traditionnellement cultivées dans des localités et régions spécifiques et menacées d'érosion génétique, et des variétés de légumes sans valeur intrinsèque pour la production commerciale mais créées en vue de répondre à des conditions de culture particulière, ainsi que pour la commercialisation de semences de ces races primitives et variétés.

Dans ses dernières conclusions déposées le 18 avril 2014, l'association KOKOPELLI demande à la cour à titre principal et au visa des articles 31, 32 et 32-1 du code de procédure civile de :

- juger irrecevables pour défaut d'intérêt légitime à agir toutes demandes formulées par la société Graines Baumaux ;
- condamner la société Graines Baumaux au paiement d'une amende civile de 3000 euros ;
- condamner la société Graines Baumaux à payer à l'association Kokopelli une somme de 50.000 euros à titre de dommages-intérêts ;

Elle sollicite à titre subsidiaire que la cour :

- réforme le jugement du tribunal de grande instance de Nancy en date du 14 janvier 2008 en ce qu'il l'a condamnée à payer à la société Graines Baumaux la somme de 10.000 euros à titre de dommages intérêts pour concurrence déloyale ;
- juge que le statut et l'activité de l'association Kokopelli ne sont pas constitutifs d'une faute de concurrence déloyale ;
- juge que le préjudice allégué par la société Graines Baumaux est illégitime, d'une part, et inexistant, d'autre part ;
- partant, déboute la société Graines Baumaux de toutes demandes tendant à la condamnation de l'association Kokopelli sur le fondement de la concurrence déloyale ;
- confirme le jugement du tribunal de grande instance de Nancy en date du 14 janvier 2008 en ce qu'il a débouté la société Graines Baumaux de ses demandes fondées sur de prétendus dénigrement et appels au boycott ;

en tout état de cause, et à titre de demandes reconventionnelles :

- juge que la société GRAINES BAUMAUX, par l'acquisition de nombreux « Adwords » comportant la dénomination sociale « Kokopelli » auprès des moteurs de recherche GOOGLE, VOILA et ORANGE, s'est

rendue coupable de concurrence déloyale et d'agissements parasitaires au sens des dispositions de l'article 1382 du code civil et a engagé, par voie de conséquence, sa responsabilité civile à l'égard de l'association KOKOPELLI ;

- condamne, en conséquence, la société GRAINES BAUMAUX à payer à l'association KOKOPELLI la somme de 50.000 euros à titre de dommages intérêts en réparation des préjudices découlant pour elle de ces agissements parasitaires ;

- ordonne à la société GRAINES BAUMAUX l'abandon de tous les « Adwords » comportant la dénomination sociale « Kokopelli » auprès de tous moteurs de recherche sur Internet et la suppression subséquente de tous liens commerciaux parasitaires sur Internet, dans un délai maximum de 7 jours à compter de la signification de la décision à intervenir, et ce sous une astreinte de 500 euros par infraction constatée passé ce délai ;

- interdit, pour l'avenir, à la société GRAINES BAUMAUX l'acquisition de tous « Adwords » comportant la dénomination sociale « Kokopelli » auprès de quelque opérateur Internet que ce soit, et ce sous une astreinte de 500 euros par infraction constatée ;

- ordonne la publication de la décision à intervenir dans quatre journaux ou revues français, sur papier et sur Internet, au choix de l'association KOKOPELLI, aux frais de la société GRAINES BAUMAUX, dans la limite de 4.000 euros H.T. par insertion ;

- juge que la société GRAINES BAUMAUX, par la publication d'écrits dénigrants sur son site Internet et l'envoi par la voie postale de pamphlets et lettres dénigrants à l'égard de l'association KOKOPELLI s'est rendue coupable de concurrence déloyale au sens des dispositions de l'article 1382 du code civil et a engagé, par voie de conséquence, sa responsabilité civile à l'égard de l'association KOKOPELLI ;

- condamne, en conséquence, la société GRAINES BAUMAUX à payer à l'association KOKOPELLI la somme de 50.000 euros à titre de dommages intérêts en réparation des préjudices découlant pour elle de ce dénigrement systématique ;

- condamne la société GRAINES BAUMAUX à payer à l'association KOKOPELLI la somme de 8.000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamne la société GRAINES BAUMAUX aux entiers dépens de l'instance et autoriser La S.C.P. LEINSTER WISNIEWSKI & MOUTON à en poursuivre directement le recouvrement par application des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Dans ses écritures déposées le 19 mars 2014 la société GRAINES BAUMAUX sollicite le rejet de l'appel et demande à la cour d'infirmar la décision entreprise et de :

- dire et juger que l'association KOKOPELLI s'est rendue coupable d'actes de concurrence déloyale.

- condamner l'association KOKOPELLI au paiement d'une somme de 50 000 € au titre du préjudice commercial dans le cadre de la concurrence déloyale.

- condamner l'association KOKOPELLI sous astreinte de 100 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, à retirer toute publicité ou catalogue sur support papier ou sur internet, pour des produits dont la vente n'est pas autorisée par la législation française et européenne.

- ordonner aux frais de l'association KOKOPELLI, la publication du jugement à intervenir dans quatre journaux, au choix de la concluante,

- dire et juger que l'association KOKOPELLI s'est rendue coupable d'acte de dénigrement et d'appel au boycott.

- condamner l'association KOKOPELLI, à ce nouveau titre, au paiement d'une nouvelle somme de 50 000 € au titre du préjudice économique et à l'atteinte à l'image de marque de la société GRAINES BAUMAUX.

- débouter l'association KOKOPELLI de l'ensemble de ses demandes,

- déclarer irrecevables les demandes KOKOPELLI,

- condamner l'association KOKOPELLI au paiement d'une somme de 15.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner l'association KOKOPELLI aux entiers frais et dépens lesquels seront recouverts par la SCP MERLINGE BACH-WASSERMANN FAUCHEUR-SCHIOCHET conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile pour ceux antérieurs au 01/01/2012 et par Me MERLINGE pour ceux postérieurs.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

Sur la fin de non recevoir

L'association KOKOPELLI ne peut valablement dénier à la société intimée un intérêt à agir dès lors que la société GRAINES BAUMAUX exerce un commerce de vente de plants et graines, activité licite qui lui confère un intérêt à agir pour maintenir sa position commerciale face à un concurrent à qui elle impute des fautes lui causant des préjudices, peu important que des irrégularités affectent certaines ventes de ladite société portant sur des produits non admis à la commercialisation comme le soutient l'association appelante. A supposer établie la réalité de cette dernière allégation, il n'en demeure pas moins que les ventes illicites ne concernent qu'une partie de l'activité de la société GRAINES BAUMAUX laquelle est légitime et recevable à demander la réparation d'un trouble commercial qu'elle subit dans son activité portant sur des produits admis à la vente du fait des actes de concurrence déloyale imputés à la partie adverse.

Sur l'action en concurrence déloyale de la société GRAINES BAUMAUX

La concurrence déloyale se définit, comme l'a rappelé le tribunal, par l'utilisation de procédés contraires aux usages et aux habitudes professionnelles qui ont pour effet de détourner la clientèle d'un concurrent. Elle s'inscrit dans le cadre de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle prévue aux articles 1382 et 1383 du code civil et suppose la démonstration d'une faute dont est résulté un dommage.

La société GRAINES BAUMAUX reproche à l'association KOKOPELLI d'avoir commis les fautes suivantes qu'il convient d'examiner successivement pour en vérifier la réalité :

- la vente de produits non référencés en contravention à la réglementation en vigueur,
- la vente de produits importés illégalement,
- un étiquetage des produits non conforme,
- l'inadéquation entre l'activité commerciale de l'association KOKOPELLI et son objet social,
- un dénigrement.

Le préalable à une éventuelle responsabilité pour concurrence fautive est l'existence d'un rapport concurrentiel entre les parties au litige.

En l'occurrence les parties proposent toutes deux à la vente par correspondance des semences et des plants potagers à la même clientèle de jardiniers amateurs. Le fait souligné par l'association KOKOPELLI qu'elle ne commercialise que des produits issus de l'agriculture biologique alors que l'intimée ne vend qu'un très faible nombre de variétés ayant cette origine, ne compartimente pas en deux activités indépendantes exemptes de tout rapport de concurrence la vente de produits potagers par les deux acteurs de ce marché. La stricte exigence d'une spécialité commune n'est en effet pas nécessaire pour instaurer un rapport de concurrence, les activités en cause étant suffisamment semblables pour drainer la même clientèle.

La vente illicite de produits

La société GRAINES BAUMAUX fait reproche à l'association KOKOPELLI de vendre des variétés potagères qui ne sont pas inscrites dans un catalogue officiel, inscription qui est le préalable nécessaire à toute mise sur le marché des variétés des espèces réglementées de la nature de celles offertes à la vente par cette dernière.

L'association KOKOPELLI ne conteste pas qu'une importante partie des variétés de semences qu'elle propose à la vente sur son site internet, ne sont pas répertoriées sur les catalogues officiels ouverts par les Etats et par l'Union européenne en application de la directive 2002/55/CE du Conseil, du 13 juin 2002, concernant la commercialisation des semences de légumes et en application du décret n° 81-605 du 18 mai 1981 qui transpose la directive en droit interne, ces textes rendant cette inscription obligatoire.

Elle soutient que la directive n'est pas applicable aux ventes de semences destinées à des jardiniers amateurs qui ne seraient pas, selon elle, soumises par les textes communautaires et par la réglementation française à un régime d'enregistrement préalable obligatoire des produits sur un catalogue tenu par un Etat membre de l'Union européenne.

Elle fait valoir que l'analyse textuelle de l'article 2 de la directive précitée qui définit les opérations de commercialisations auxquelles s'applique ce texte, révèle que la vente aux jardiniers amateurs n'entre pas dans les prévisions de la directive.

L'article 2 de la directive 2002/55/CE du Conseil est ainsi libellé : “ aux fins de la présente directive, on entend par : a) commercialisation : on entend la vente, la détention en vue de la vente, l'offre de vente et toute cession, toute fourniture ou tout transfert, en vue d'une exploitation commerciale, de semences à des tiers, que ce soit contre rémunération ou non.”

L'association appelante soutient que les jardiniers amateurs auxquels s'adressent ses produits n'ont pas pour objectif de faire une exploitation commerciale des semences qu'elle leur vend de sorte que la directive 2002/55/CE n'est pas applicable à son activité.

Cette interprétation du texte précité est erronée. En effet l'apposition de la mention “ en vue d'une exploitation commerciale” immédiatement après une énumération de différentes formes sous lesquelles la cession de semences peut être réalisée, se rapporte aux membres de phrase qui précèdent et non à ceux qui le suivent. D'un point de vue grammatical, une apposition détachée ne peut que suivre le nom support, être placé en tête de la phrase ou après le verbe.

La formulation de l'article 2 de la directive permet de retenir que sont soumises à ses prescriptions la vente ou l'offre de vente de semences ainsi que les autres formes de cession réalisées dans le cadre d'une exploitation commerciale, ce qui exclut les cessions de semences à des tiers dans un but autre, comme de réaliser des expérimentations et permet d'écarter du champ d'application du texte les échanges de graines entre particuliers amateurs de jardinage qui ne font pas commerce de leurs semences potagères. L'interprétation erronée proposée par l'appelante aboutirait à réserver l'application du texte à la vente de graines à des commerçants . Elle

conduirait à placer hors du champ d'application de la directive la vente de semences en vue d'une exploitation agricole, contrairement à la finalité de ce texte qui est de favoriser une meilleure productivité des cultures de légumes de l'Union.

La même analyse prévaut pour l'interprétation des dispositions du texte de transposition de la directive qu'est le décret n° 81-605 du 18 mai 1981 pris pour l'application de la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes. En effet l'article 1^{er} du décret en question reprend la formulation de la directive pour définir la notion de "commercialisation de semences" .

Enfin il ne peut être valablement soutenu par l'association appelante que l'inscription sur un catalogue officiel d'une variété de semences potagères commercialisée est facultative au motif que l'arrêté du 26 décembre 1997 ouvrant un registre des « variétés anciennes pour jardiniers amateurs » annexé au catalogue des espèces et variétés de plantes cultivées en France, ainsi l'arrêté du 20 décembre 2010 ouvrant une liste de « variétés de conservation » et une autre liste de « variétés dont la récolte est principalement destinée à l'autoconsommation », utilisent le verbe «pouvoir» et non le verbe « devoir » pour définir les obligations des marchands de graines relativement à l'inscription sur ces listes . Le verbe «pouvoir » exprime en l'occurrence la faculté d'inscription sur les listes ouvertes suite à ces arrêtés, inscription alternative ou complémentaire à celle d'une inscription sur une des autres listes officielles. Il ne fonde pas la possibilité d'exercer un choix entre l'inscription et la non inscription. En tout état de cause, le choix de ne pas inscrire une variété de graine potagère ne s'offre pas à ceux qui commercialisent des graines potagères dès lors que les dispositions du décret du 18 mai 1981 et de la directive 2002/55/CE du Conseil leur imposent une inscription des variétés commercialisées sur l'un des catalogues officiels à leur initiative ou à celle d'un autre marchand de graines .

Par ailleurs l'association KOKOPELLI ne peut valablement arguer que la vente de semences non répertoriées dans les catalogues officiels est de pratique courante chez les marchands de semences pour prétendre ne s'être conformée qu'aux usages et habitudes de la profession en vendant des produits illicites. En effet l'auteur d'une infraction ne peut s'abriter derrière les usages pour la justifier, une pratique illicite étant tout à fait insusceptible d'être élevée au rang d'un usage admis pour une profession.

Dès lors il y a lieu d'examiner si la vente de semences potagères de variétés n'apparaissant pas sur les catalogues officiels par l'association KOKOPELLI constitue un acte de concurrence déloyale.

Il convient en premier lieu d'indiquer qu'un manquement aux dispositions qui encadrent le commerce des graines potagères, dont l'objet est de favoriser une plus grande productivité des cultures de légumes et qui sont assorties de sanctions pénales prévues par l'article L 214-2 du code de la consommation, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale.

Le non respect par l'association KOKOPELLI des prescriptions du décret du 18 mai 1981 et de la directive 2002/55/CE du Conseil ne peut constituer un acte de concurrence déloyale par désorganisation du marché que s'il est établi que ce manquement est à l'origine d'un transfert ou d'une captation de clientèle.

La société GRAINES BAUMAUX soutient qu'en commercialisant des semences qui ne sont pas inscrites sur les catalogues officiels, s'affranchissant ainsi de la législation en vigueur, l'association KOKOPELLI se trouve en mesure de proposer aux amateurs des produits plus nombreux qu'elle-même ne peut le faire en respectant la législation applicable au commerce des graines. Elle fait valoir que sa concurrente se trouve donc dans une situation anormalement favorable par rapport à elle.

Force est cependant de constater que la société GRAINES BAUMAUX ne se trouve aucunement empêchée de proposer à la vente les mêmes produits que l'association KOKOPELLI et donc d'offrir la même gamme élargie de semences à sa clientèle de jardiniers amateurs à la seule condition d'inscrire les variétés qu'elle entend commercialiser sur liste officielle de « variétés dont la récolte est principalement destinée à l'autoconsommation » sur laquelle l'inscription est libre et d'un coût modique par rapport à l'enjeu commercial, soit un montant de 125 euros par variété comme elle l'indique elle-même. Il lui est également loisible d'étoffer son catalogue en commercialisant davantage de variétés de graines sélectionnées parmi les 14 500 variétés que compte selon elle le catalogue officiel européen. Il n'existe donc en l'espèce aucune distorsion de concurrence qui serait introduite par le fait que l'association KOKOPELLI se refuse pour des motifs propres à faire inscrire sur cette liste les produits qu'elle vend qui ne bénéficient pas déjà d'une inscription faite à la demande

d'autres semenciers. La société GRAINES BAUMAUX n'est pas fondée à voir une faute civile génératrice d'une responsabilité pour concurrence déloyale dans les agissements de la partie adverse qui n'ont pas pour effet de fausser le jeu de la concurrence ni de priver la société intimée de la possibilité de commercialiser davantage de variétés de graines pour offrir un catalogue de produits plus étoffé à ses clients.

Au surplus la société GRAINES BAUMAUX n'invoque, ni a fortiori ne démontre, avoir subi une perte de clientèle du fait que l'association vendait des produits qui n'étaient pas répertoriés sur les catalogues officiels.

La cour retiendra donc l'absence de responsabilité de l'association KOKOPELLI envers la société intimée du chef de grief qui vient d'être examiné.

La vente de produits importés illégalement

La société GRAINES BAUMAUX reproche à la partie adverse d'importer des graines en provenance des États-Unis d'Amérique sans justifier qu'elle a rempli ses obligations administratives .

Il incombe à la société intimée de démontrer la réalité de ce grief . Or elle n'apporte aucun élément de preuve à l'appui de ses allégations et elle ne saurait être admise à inverser la charge de la preuve en exigeant de l'association KOKOPELLI qu'elle justifie des habilitations nécessaires pour ses importations.

Un étiquetage des produits non conforme

La société GRAINES BAUMAUX fait état des constatations effectuées le 28 juillet 2004 par les agents de la répression des fraudes qui ont relevé que l'association KOKOPELLI commercialisait des semences dans des sachets ne respectant pas les conditions d'étiquetage prévues par l'article 7-b de l'arrêté du 15 septembre 1982 édictant les dispositions relatives à la commercialisation des semences de légumes .

Elle n'allègue pas qu'un défaut d'étiquetage conforme à la réglementation représente un avantage concurrentiel pour l'association qui serait fautive.

Au demeurant le président de l'association KOKOPELLI qui a été poursuivi pour non respect des conditions d'étiquetage au titre de l'infraction prévue et à l'article 2-1-1° du décret du 8 mai 1981, a été relaxé de ce chef par la cour d'appel de Nîmes par arrêt du 22 décembre 2006.

Aucune faute civile ne peut donc être recherchée dans les faits d'étiquetage dénoncés par la société GRAINES BAUMAUX qui n'offre pas de démontrer la réalité de ce grief autrement que par référence à la procédure pénale qui a abouti à une décision de relaxe.

L'inadéquation de l'activité commerciale de l'association KOKOPELLI à son objet social

La société intimée fait encore valoir que l'association KOKOPELLI ne s'est pas conformée à son obligation de mentionner dans ses statuts l'exercice habituel d'activités de nature commerciale. Elle soutient donc que ces activités sont contraires à l'objet statutaire de l'association.

L'objet statutaire d'une association à but non lucratif ne peut être d'effectuer des actes de commerce mais elle demeure toutefois en droit d'exercer des activités de nature commerciale pour se procurer les ressources nécessaires à la réalisation de ses buts ainsi que l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 84-176 du 25 juillet 1984.

En l'espèce l'association KOKOPELLI s'est donnée pour finalités, selon l'article 2 de ses statuts, d'oeuvrer à la protection des ressources génétiques, plus particulièrement dans le domaine des plantes alimentaires, et à la promotion des pratiques de jardinage et d'agriculture durables. L'article 8 de ses statuts mentionne les ventes de semences parmi les sources de financement de l'association.

Il en résulte qu'aucune irrégularité n'affecte le fonctionnement de l'association du fait qu'elle pratique la vente de semences et qu'aucune faute ne peut lui être reprochée à cet égard.

La société GRAINES BAUMAUX évoque en outre que l'association n'est pas soumise aux règles fiscales et comptables des sociétés commerciales, ce qui fausserait la concurrence. Cependant un acte de concurrence déloyale ne saurait être recherché dans le choix du statut ou du

régime fiscal sous lequel l'opérateur économique entend exercer une activité commerciale.

Le dénigrement

La société GRAINES BAUMAUX indique que près de 14 000 courriels insultants lui ont été adressés à son adresse électronique suite à l'action en concurrence déloyale qu'elle a engagée contre l'association KOKOPELLI . Elle soutient que cette dernière a orchestré une véritable campagne de presse et a suscité des émissions radiophoniques et télévisées pour lui nuire.

Elle ne cite aucun propos dénigrant qui soit imputable à un responsable de l'association KOKOPELLI rapporté dans les articles de presse ou tenus lors d'émissions radiophoniques et télévisées. La lecture des articles de presse produits aux débats qui exposent les données du procès qui oppose les parties et en analysent les enjeux ne révèle aucune attaque portée par un responsable ou membre de l'association contre la société GRAINES BAUMAUX.

Concernant l'envoi de courriels insultants, la société GRAINES BAUMAUX produit deux documents qui accréditent que l'association KOKOPELLI est à l'origine de ces démarches (pièces 52 et 53).

Ainsi un article daté du 19 janvier 2006 diffusé dans le cadre d'une "newsletter" qui a pour sujet le procès intenté par la société GRAINES BAUMAUX, précise sous l'intitulé " que faire " : "il est inadmissible de poursuivre Kokopelli tant que les lois ne permettent pas de faire le travail d'utilité publique qu'elle réalise dans des conditions juridiques adaptées.C'est l'industrie semencière qui s'est rendue coupable de concurrence déloyale et de tromperie du consommateur en prétendant que seules ses variétés seraient bonnes à cultiver..." L'article poursuit de la manière suivante : " De très nombreux clients de Baumaux, qui sont souvent les mêmes que ceux de Kokopelli d'ailleurs, ont réagi très vivement, et avec raison, en écrivant à la société et en demandant la suppression de leurs données du fichier client de Baumaux. Contact@graines-baumaux.fr . Vous pouvez faire de même (au moins exprimer votre opinion) avec copie à dominique@kokopelli.asso.fr et aussi signer la pétition " libérons les semences de Kokopelli" et la pétition pour sauver les semences paysannes."

Cet écrit contient une incitation à boycotter les produits de la société GRAINES BAUMAUX accusée de tromperie envers les consommateurs et de concurrence déloyale. Leur auteur est nécessairement un responsable de l'association KOKOPELLI ou un sympathisant actif agissant avec l'aval de l'association comme le révèle le contenu de l'article et l'invite faite aux destinataires à adresser une copie des messages de protestations à un responsable de l'association.

Un message électronique diffusé le 19 janvier 2006 sur internet émanant d'un partisan ou responsable de l'association KOKOPELLI qui se félicite des messages de soutien obtenus par cette dernière après l'ouverture du procès intenté par la société GRAINES BAUMAUX appelle ses destinataires à proposer leurs idées : “ pétitions, lettres de protestations, informations autour de vous et dans les réseaux sur les agissements de la SAS Baumaux, mise en place de la stratégie, etc...” en ajoutant “ Pour les lettres de protestations, envoyez-nous, SVP, les doubles. Les avocats sont contents...” . L'auteur de ce texte qui s'identifie en indiquant son nom à la fin du message y mentionne qu'il s'est mis à la disposition de Kokopelli pour fédérer une dynamique autour du dossier et exprime l'idée que la mobilisation de ses correspondants va “ donner à ce dossier la dimension qu'il mérite”.

Il ressort clairement de ces deux documents que l'association KOKOPELLI a incité ses adhérents et clients à envoyer des messages de protestations à la société GRAINES BAUMAUX et à lui retirer leur clientèle au motif qu'elle a engagé une action judiciaire à son encontre.

L'association KOKOPELLI a ainsi commis une faute au sens de l'article 1382 du code civil, constitutive d'une concurrence déloyale ayant pour objet ou effet de retirer à la société GRAINES BAUMAUX sa clientèle et de submerger sa messagerie électronique de messages malveillants en la dénigrant publiquement pour l'avoir assignée en procès (pièce 4) . Les conséquences de cette attitude visant à dénigrer une entreprise concurrente sont que des clients de la société GRAINES BAUMAUX lui ont retiré leur clientèle au motif qu'elle avait intenté un procès à l'association KOKOPELLI ainsi que l'illustre d'ailleurs une pièce versée aux débats par cette dernière (pièce 62).

Le préjudice résultant de ces faits de concurrence déloyale par dénigrement sera entièrement compensé par l'allocation d'une somme de 5000 euros à titre de dommages-intérêts.

Il n'y a pas lieu d'ordonner la publication de cette décision concernant des faits fautifs anciens, l'allocation de dommages-intérêts étant de nature à réparer intégralement le dommage subi par la société intimée.

Sur les demandes reconventionnelles de l'association KOKOPELLI

L'appelante reproche en premier lieu à la société GRAINES BAUMAUX d'avoir commis des actes de concurrence déloyale en faisant l'acquisition auprès des gestionnaires de moteurs de recherches d' "AdWords", c'est-à-dire de mots clefs reprenant le nom KOKOPELLI, système qui a pour effet de faire apparaître un lien vers le site internet de la société GRAINES BAUMAUX sur la page des résultats des recherches effectuées sur un moteur de recherches par un internaute à partir du nom KOKOPELLI. Elle réclame réparation pour l'usage de ce lien promotionnel par la société adverse, procédé qui, selon l'association appelante, constituerait un acte de parasitisme.

Cette demande formulée pour la première fois en appel est recevable, conformément aux articles 70 et 567 du code de procédure civile, car elle se rattache aux prétentions originaires de la société GRAINES BAUMAUX par un lien suffisant, les deux actions ayant pour objet la demande de réparation pour concurrence déloyale et prenant leur source dans le même rapport concurrentiel qui lie les deux parties.

Il appartient cependant à l'association KOKOPELLI de démontrer que la société concurrente a entretenu une confusion en achetant son nom comme mot-clé dans le système " Adwords". Or l'internaute moyen n'a aucun motif de penser que l'annonce commerciale de la société GRAINES BAUMAUX affichée sur la page des résultats de recherches visant l'association KOKOPELLI provient d'une entreprise liée à cette dernière. Il n'y a donc aucun risque de confusion dans l'esprit du consommateur qui se trouve en présence de deux annonces concurrentes concernant des opérateurs économique dont la dénomination est distincte. Au demeurant le constat d'huissier de justice du 19 mars 2010 fait apparaître que d'autres liens commerciaux vers les sites de la société Wilemse ou d'une société de vente en ligne de graines potagères (a propos du jardin-direct), autres que celui

dirigeant l'internaute vers le site internet de la société GRAINES BAUMAUX, s'affichent sur l'écran de résultats de recherche lorsque le client potentiel tape les mots "graine kokopelli" ou "semence kokopelli" sur le moteur de recherche. (pièce 55) L'amateur de semences potagères ne peut donc guère faire de confusion entre les divers agents économiques offrant à la vente ces produits, chacun se présentant sous son véritable nom sur la page de recherche, aucune référence à KOKOPELLI n'étant faite sur le lien commercial s'affichant au nom de "graines Baumaux".

L'argumentation de l'association appelante qui se plaint que la société GRAINES BAUMAUX a déposé la marque "tomate KOKOPELLI" à l'INPI, inscription contestée dans le cadre d'une procédure contentieuse distincte, n'est pas pertinente en l'occurrence puisqu'il n'est pas soutenu que ladite société aurait fait usage de cette appellation dans l'annonce publicitaire créée avec le système " Adwords" ou encore sur le site internet auquel menait ce lien.

En définitive, il convient de retenir que l'association KOKOPELLI ne relève aucune circonstance caractérisant un risque de confusion entre les sites internet des deux parties en litige alors que le démarchage de la clientèle d'autrui, en l'occurrence par l'usage du système " Adwords", est licite s'il n'est pas accompagné d'un acte déloyal. Les demandes de dommages-intérêts, de mesures d'interdiction quant à l'utilisation de liens commerciaux sur les sites internet par la société GRAINES BAUMAUX et de publications, suite à de prétendus agissements parasitaires de la société intimée, ne pourront donc qu'être rejetées.

L'association KOKOPELLI fait par ailleurs valoir que la société concurrente l'a dénigrée dans divers articles de presse, des courriels et des lettres adressés à des clients.

Il ressort des pièces versées au soutien de ces allégations les éléments suivants.

Dans un article paru dans la revue "agriculture et environnement" en janvier 2007, l'auteur rapporte les propos de M. Philippe BAUMAUX, dirigeant de la société GRAINES BAUMAUX, accusant notamment le dirigeant de l'association KOKOPELLI de tenter "en fait de dissimuler son activité commerciale sous divers prétextes écologiques ou caritatifs".

Dans des courriers types adressés par la société GRAINES BAUMAUX à ses clients en réponse à leurs courriers concernant l'association KOKOPELLI (pièces 58,61 et 76), il est notamment précisé : “alors la collection planétaire de Kokopelli nous fait doucement sourire. D'ailleurs bon nombre de tomates comme GREEN ZEBRA, GREEN GRAPE etc, sont des obtentions récentes et d'amateurs américains. (...) Si nous prenons la liste des variétés proposées de tomates par Kokopelli, environ la moitié sont des variétés américaines les plus courantes en ce pays, pas du tout menacées d'extinction ou d'abandon, l'autre moitié des variétés russes peu ou pas connues. (...) Nous avons remarqué quelques variétés proposées sur le site Kokopelli ne correspondant pas à grand-chose : (...) Adoptez une semence : c'est une grande idée mais totalement utopiste pour qui connaît un tout petit peu les problèmes de maintenance d'une variété. (...) De plus vos prix sont très élevés, plus ou moins de 10 fois ceux du marché. (...) Toutes nos remarques nous font très ouvertement penser que vous n'êtes pas des gens de métier, ni professionnel de la multiplication de graines, ni grainetiers, et que la biodiversité n'est pour vous qu'une opportunité dont vous êtes fait le champion pour obtenir des subventions de la part d'organismes éblouis par quelques variétés de piments ou de tomates et peu au fait du monde de la graine.”

Dans une réponse à un courrier d'un client du 5 janvier 2010, l'expéditeur de la lettre type de réponse de la société GRAINES BAUMAUX a ajouté une mention manuscrite contenant les termes suivants : « n'étant pas de métier et ne connaissant pas grand-chose au monde des graines potagères, vous tombez dans le piège d'escrocs intellectuels qui vous font croire qu'ils vont sauver les variétés. » (pièce 62)

Dans un article intitulé “ biodiversité et législation sur le commerce des graines potagères” figurant sur le site Internet de la société GRAINES BAUMAUX en mars 2010 , M. Philippe BAUMAUX écrit : « bien évidemment, tous les professionnels sérieux et responsables se soumettent à ces différentes législations aux contrôles pour assurer une qualité parfaite à leur clientèle. Ce qui est loin d'être le cas des soi-disant sauveur de bio diversité et collectionneur d'utopie intellectuelle ». (pièce numéro 55) Cette critique vise évidemment l'association KOKOPELLI avec laquelle la société GRAINES BAUMAUX est à l'époque en litige.

Enfin, dans un document intitulé « pour que jardiner reste le plus beau des loisirs... » diffusé par la société GRAINES BAUMAUX avec son catalogue, figure les termes suivants visant l'association concurrente : « il existe certaines associations totalement étrangères à la tradition et au métier des semences qui osent proposer à la clientèle amateur et totalement en contradiction avec les lois en vigueur dans l'Europe Communautaire de nombreuses variétés de légumes aux noms exotiques, non inscrites sur les listes officielles et seulement connues d'une poignée d'élites ayant fait un stage dans un pays andin.

Ces Don Quichotte français du patrimoine végétal se sentent investis d'une importante mission qu'ils pensent être les seuls à pouvoir accomplir : la sauvegarde du patrimoine végétal ou biodiversité. Multiplier ou commercialiser, sous des noms fantaisistes, un maximum de variétés hétérogènes et bien évidemment de façon biologique. (...) Dans ce cas, l'acharnement tourne à l'obscurantisme ou au sectarisme. (...) » (pièce n°57).

Les faits décrits s'analysent en des actions visant à dénigrer l'association KOKOPELLI, ses produits, son dirigeant. Ces faits qui s'inscrivent dans un rapport de concurrence et visent à conquérir la même clientèle que l'association KOKOPELLI, sont constitutifs de concurrence déloyale.

La société GRAINES BAUMAUX soutient sans toutefois chercher à en apporter la démonstration autrement que sur la question de l'inscription de certaines variétés sur les catalogues officiels, que ses critiques envers l'association concurrente sont justifiées. Le seraient-elles, les actes de concurrence déloyale n'en sont pas moins constituées. En effet en critiquant publiquement sur un ton résolument polémique l'association qui commercialise ses semences sur le même marché de la vente de graines potagères aux jardiniers amateurs que lui dispute la société GRAINES BAUMAUX, cette dernière n'officialie pas dans l'intérêt des consommateurs qu'elle n'a pas pour mission de représenter ou de protéger, elle n'oeuvre pas pour le respect de la réglementation à laquelle elle n'est pas chargée de veiller, mais elle agit exclusivement dans le sens de ses intérêts commerciaux en tentant de discréditer son concurrent auprès de la clientèle commune de façon à la drainer vers ses produits et tarir l'activité de vente de l'association KOKOPELLI.

La société GRAINES BAUMAUX s'est donc rendu responsable, au sens de l'article 1382 du code civil, d'actes de concurrence déloyale par des faits de dénigrement de l'association KOKOPELLI.

Le préjudice de cette dernière sera entièrement compensé par l'allocation de dommages-intérêts d'un montant de 5000 euros.

La publication de l'arrêt n'est pas une mesure qui s'impose compte tenu de l'ancienneté des faits reprochés à la société GRAINES BAUMAUX.

Compte tenu des solutions apportées au litige, les dépens seront partagés et les demandes formulées au titre de l'article 700 du code de procédure civile seront rejetées.

PAR CES MOTIFS :

LA COUR, statuant par arrêt contradictoire prononcé par mise à disposition au greffe,

Rejette la fin de non recevoir pour défaut d'intérêt à agir soulevée par l'association KOKOPELLI ;

Rejette la fin de non recevoir pour demande nouvelle soulevée par la société GRAINES BAUMAUX ;

Infirme le jugement déféré ;

Dit que l'association KOKOPELLI a commis des actes de concurrence déloyale par dénigrement de la société GRAINES BAUMAUX ;

Condamne l'association KOKOPELLI à payer à la société GRAINES BAUMAUX la somme de CINQ MILLE EUROS (5.000 €) à titre de dommages-intérêts ;

Dit que la société GRAINES BAUMAUX a commis des actes de concurrence déloyale par dénigrement de l'association KOKOPELLI ;

Condamne la société GRAINES BAUMAUX à payer à l'association KOKOPELLI la somme de CINQ MILLE EUROS (5.000 €) à titre de dommages-intérêts ;

Rejette les autres demandes des parties ;

Fait masse des dépens de première instance et d'appel et condamne chacune des parties à en supporter la moitié ;

Autorise la S.C.P. d'avocats Leinster, Wisniewski, Mouton, Gérard, la S.C.P. d'avocats Merlinge, Bach-Wassermann, Faucheur-Schiochet, ainsi que Me Merlinge, ce dernier pour les frais exposés postérieurement au 1^{er} janvier 2012, à recouvrer directement les dépens conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

Le présent arrêt a été signé par Monsieur CRETON, conseiller à la première chambre civile de la cour d'appel de NANCY, et par Madame DEANA, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Signé : C. DEANA.-

Signé : C. CRETON.-

Minute en vingt deux pages.