

11 Un an de droit de la concurrence déloyale



Jacques LARRIEU,
professeur émérite, université Toulouse Capitole – CDA

Dans un contentieux de concurrence déloyale et parasitaire toujours aussi abondant, c'est le parasitisme qui a tenu le haut de l'affiche au cours des derniers mois. L'instrument juridique se banalise et sert de fondement à de très nombreuses actions en justice. Le moment était sans doute venu pour la chambre commerciale de la Cour de cassation de fixer clairement les conditions et les limites de cette action parasitaire. Elle l'a fait par deux arrêts de référence du même jour. En outre, on constate, chez les juges du fond, une réception progressivement plus large de la méthode de calcul des indemnités dues à la victime des agissements parasitaires, prenant en considération les bénéfices et les économies réalisés par le parasite.

1. - Domaine de la concurrence déloyale
 - A. - Domaine quant aux personnes concernées
 - B. - Concurrence déloyale et propriété intellectuelle
2. - Faute
 - A. - Création d'un risque de confusion
 - B. - Désorganisation d'un concurrent
 - C. - Dénigrement
 - D. - Non-respect d'une réglementation
3. - Faute : parasitisme
4. - Préjudice
5. - Procédure

1. Domaine de la concurrence déloyale

A. - Domaine quant aux personnes concernées

1. - **Domaine du parasitisme quant aux personnes.** – Le parasitisme « économique », ainsi que le désigne la chambre commerciale (Cass. com., 26 juin 2024, n° 22-17.647 et 22-21.497, *Sté Intersport et Sté Phoenix c/ Sté Decathlon SE* : *JurisData* n° 2024-009892 ; *Propr. industr.* 2024, comm. 64, J. Larrieu ; *JCP G* 2024, act. 926), est-il réservé aux seuls acteurs économiques, c'est-à-dire aux entreprises, commerçants, professionnels ou groupements ayant une activité économique ? Cette conception est adoptée par certains juges du fond qui, après avoir rappelé que « le parasitisme se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre », excluent l'application de la théorie du parasitisme dans un litige opposant des enseignants-chercheurs à propos d'un plagiat, au motif qu'« aucun élément du dossier ne permet d'établir que les cinq parties à l'instance ont concouru en tant qu'agents économiques ». Et ils concluent : « C'est sous le seul angle de la responsabilité civile quasi délictuelle de droit commun qu'il convient d'examiner la demande » (*TJ Rennes, 2^e ch. civ., 6 mai 2024, n° 21/03382* : *JurisData* n° 2024-008062). Dans la même veine, la cour de Bordeaux a jugé que le parasitisme économique suppose que l'auteur du détournement de la valeur économique d'autrui ait agi dans un but lucratif « afin d'en tirer profit » (*CA Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 21 janv. 2020, n° 18/03650, Sarl Item Voyage c/ AFP* : *JurisData* n° 2020-001514 ; *Propr. industr.* 2020, chron. 9, § 17, J. Larrieu ; *JCP E* 2021, 1067), formulation qui sous-entend que l'activité des protagonistes du procès est de nature économique.

Parfois, la question est contournée à la manière de Frère Gorenflot qui, selon Alexandre Dumas, baptisait carpe une grasse

poularde du Mans, afin de concilier habilement les exigences de jeûne du carême chrétien et celles de son estomac affamé réclamant une nourriture consistante (*A. Dumas, La Dame de Monseigneur, 1846*). Ainsi, à un homme politique, accusé d'avoir plagié le format d'une émission dans sa communication électorale, qui plaidait « qu'aucune situation de parasitisme n'est caractérisée dès lors qu'il ne peut être qualifié d'opérateur économique », la cour de Paris répondit : « Il a été dit que la vidéo litigieuse a été faite dans l'intérêt de la campagne électorale de M. Y dans le cadre des élections municipales de 2020. La diffusion d'une telle vidéo lui confère donc la qualité d'opérateur économique susceptible d'engager sa responsabilité sur le terrain du parasitisme » (*CA Paris, pôle 5, ch. 2, 10 nov. 2023, n° 21/13168, M. W c/ SAS Konbini* : *Comm. électr.* 2024, chron. 8, B. Montels). Le candidat à la mairie se trouve baptisé entrepreneur. Le mélange des genres entre politique et affaires économiques relève pourtant de liaisons dangereuses fortement déconseillées...

Beaucoup plus franche est la position prise par la chambre commerciale de la Cour de cassation quand elle pose en principe que « l'action en parasitisme, fondée sur l'article 1382, devenu 1240, du Code civil, qui implique l'existence d'une faute commise par une personne au préjudice d'une autre, peut être mise en œuvre quels que soient le statut juridique ou l'activité des parties » (Cass. com., 16 févr. 2022, n° 20-13.542, *Assoc. LMPT c/ Assoc. SPA* : *JurisData* n° 2022-002163 ; *Propr. industr.* 2022, comm. 33, J. Larrieu. – Ph. Le Tourneau, *JCI. Concurrence – Consommation*, fasc. 570, n° 14. – Pour une troupe de théâtre : *CA Lyon, 15 déc. 2022, n° 18/04807* : *Propr. industr.* 2023, chron. 9, § 3, J. Larrieu). Une association dont les objectifs sont purement politiques peut être condamnée pour ses agissements parasitaires au détriment d'une association de défense des animaux. Semblablement, il a été

jugé qu'un organisme public de recherche, le Centre national de la recherche scientifique (CNRS), peut obtenir réparation du parasitisme dont il a été victime de la part de laboratoires pharmaceutiques (**CA Paris, pôle 5, ch. 11, 29 mars 2024, n° 23/10181, CNRS c/ SA Home Shopping Service et a.** : *Prop. industr.* 2024, *comm.* 47, J. Larrieu). Dans la même veine, la cour de Paris a condamné pour parasitisme le plagiat d'un livre scientifique par un universitaire (**CA Paris, pôle 5, ch. 2, 18 juin 2010, n° 09/00617, Leloup** : *JurisData* n° 2010-026416. – *Rappr.* : **CA Limoges, ch. civ.**, 27 oct. 2022, n° 21/00766, *WK, Institut d'études occitanes c/ Ab* : *JurisData* n° 2022-019831 ; *Prop. industr.* 2023, *comm.* 6, J. Larrieu). Le pillage du mémoire de master d'un étudiant par une banque a lui aussi été sanctionné sur le terrain du parasitisme (*Cass. com.*, 31 mars 2015, n° 14-12.391, *X c/ Sté Générale* : *JurisData* n° 2015-007287 ; *Prop. industr.* 2015, *comm.* 45, J. Larrieu ; *D.* 2015, p. 2535, *obs.* Y. Picod ; *RLDI* 2016, n° 3893, *note R. Kiminou*). Pour mettre fin à toute confusion, peut-être faudrait-il parler de « parasitisme » et de « valeur identifiée et individualisée » en évitant chaque fois l'adjectif « économique ».

B. - Concurrence déloyale et propriété intellectuelle

2. - **Oublier ses droits de propriété intellectuelle.** – Nul n'est tenu d'invoquer ses droits de propriété intellectuelle dans le litige qui l'oppose à un imitateur. L'action peut être exclusivement fondée sur la responsabilité civile de droit commun et la démonstration d'une faute. Toutefois la situation frise le paradoxe quand le demandeur reproche principalement à son adversaire d'avoir reproduit le signe qui est sa marque. La faute dénoncée consistant à faire usage sans autorisation de ladite dénomination pour sa propre communication commerciale. Un fait non distinct de l'atteinte à la marque. N'aurait-il pas fallu exiger de l'auteur de l'action qu'il agisse sur le terrain du droit des marques ? Aux défenseurs qui soutenaient cette idée, la cour de Paris répond que « depuis l'origine du litige, le droit du CNRS sur sa marque n'est pas contesté et il ne résulte pas du code de la propriété intellectuelle de disposition spéciale qui interdit l'alternative pour le titulaire d'une marque de dénoncer l'emploi de celle-ci à des fins de concurrence déloyale et parasitaire ainsi que de tromperie sur le seul fondement de la responsabilité civile de l'article 1382, devenu article 1240 du code civil, ou celui des articles L. 121-1, L. 121-2 du code de la consommation » (**CA Paris, pôle 5, ch. 11, 29 mars 2024, n° 23/10181, CNRS c/ SA Home Shopping Service et a.** : *Prop. industr.* 2024, *comm.* 47, J. Larrieu). Dont acte. Exit le droit des marques. Dans ces conditions, l'action étant placée sur le terrain exclusif de l'article 1240 du Code civil, la cour n'aurait pas dû consentir à examiner les arguments de la défense tirés de l'article L. 713-6 du Code de la propriété intellectuelle relatif aux usages autorisés de la marque, en particulier la référence nécessaire (J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle* : LexisNexis, 2^e éd., n° 514).

3. - **Fait non distinct.** – Il est désormais acquis que le demandeur à l'action qui a échoué à faire reconnaître ses droits privatifs sur l'objet copié est autorisé à invoquer les mêmes faits pour asseoir son action en concurrence déloyale (*Cass. com.*, 12 juin 2007, n° 05-17.349, *Sté Bollé Protection* : *JurisData* n° 2007-039494 ; *Prop. industr.* 2023, *chron.* 9, § 4, *nos obs.* – C. Vallaud, *Les tensions entre les droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale*, thèse Strasbourg (dir.) S. Carre, 2021, p. 469 et s.). La Cour de cassation (*Cass. com.*, 24 avr. 2024, n° 22-22.999, *Sony* : *JurisData* n° 2024-005839 ; *Prop. industr.* 2024, *comm.* 39, J. Raynard) le rappelle à propos d'une affaire dans laquelle le cessionnaire de brevets avait omis de procéder à la publication de la cession par inscription au registre national des brevets (CPI, art. L. 613-9. – H. Gaumont-Prat, *Droit de la propriété industrielle* : LexisNexis, coll. *Objectif droit*, 4^e éd., n° 293). L'inopposabilité aux tiers de la cession qui résultait de cette omission privait le cessionnaire du droit d'agir en contrefaçon des brevets

concernés. Elle ne le privait pas d'agir en concurrence déloyale pour sanctionner les mêmes faits de reproduction des inventions : « l'action en concurrence déloyale peut se fonder sur des faits matériellement identiques à ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution d'un droit privatif ou pour inopposabilité du droit privatif aux tiers. » On retiendra que si l'incapacité à agir en contrefaçon fut corrigée rétroactivement par une publicité de la cession réalisée en cours d'instance, la recevabilité de l'action en concurrence déloyale ne dépendait pas de cette correction puisque la chambre commerciale précise que l'action de l'article 1240 du Code civil est à la disposition de celui dont le droit de propriété est inopposable aux tiers pour défaut de publicité.

Pour que l'action en concurrence déloyale de substitution triomphe le demandeur devra néanmoins faire la démonstration du comportement fautif du défendeur. Or, toute copie n'est pas fautive a jugé la cour de Paris (**CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 déc. 2023, n° 22/01602, SAS Tolix Steel Design** : *JCP E* 2024, 1065, § 44 et s. ; *PIBD* n° 1222, III, p. 5) : « La cour rappelle que si, en l'absence de droits privatifs, une action en concurrence déloyale peut s'appuyer sur des faits matériellement identiques à ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon qui n'a pas prospéré, la seule reproduction de mobilier dont la protection par le droit d'auteur a expiré et dont la protection par une marque figurative a été invalidée, n'est pas en elle-même fautive, sauf à recréer un monopole illimité au bénéfice du titulaire des droits arrivés à échéance, en l'absence de tout autre comportement fautif démontré. » Il est sain que soit rappelée de temps à autre l'existence d'un domaine public.

4. - **Fait distinct.** – Classiquement, il est exigé du titulaire de droits de propriété intellectuelle qui a obtenu gain de cause sur le terrain de l'action en contrefaçon, de fonder son action complémentaire en concurrence déloyale sur des faits distincts (**CA Lyon, 1^{re} ch. civ., sect. A, 28 mars 2024, n° 21/00436, SAS Van Rookhuijzen c/ SA Stamp** : *JurisData* n° 2024-006980). Ainsi, le titulaire de la marque renommée « La Centrale » dans le domaine de la vente de véhicules d'occasion, qui a fait condamner le gérant du « Garage de la Centrale » pour atteinte à sa marque, voit son action complémentaire en concurrence déloyale fondée sur les faits distincts d'imitation de ses noms de domaine, nom commercial et enseigne, couronnée de succès (**CA Paris, pôle 5, ch. 1, 19 juin 2024, n° 22/16329, Sarl Le Garage de Baleone** : *JurisData* n° 2024-010584).

2. Faute

A. - Création d'un risque de confusion

5. - **Le kebab démasqué.** – La société Au Paul B, gérée par monsieur B., a cédé un « fonds de commerce de restauration rapide et traditionnelle » dénommé « Au Paul B » situé à Lyon. L'acquéreur, la société Le Bosphore, y exploite un restaurant oriental, un kebab. Elle a conservé l'enseigne d'origine. Dans l'acte de cession, une clause de non-concurrence interdit au cédant « de s'intéresser directement ou indirectement, même à titre de simple commanditaire ou dans le cadre d'un contrat de travail, à tout fonds de restaurant traditionnel » pouvant concurrencer le fonds vendu dans un rayon de 5 km à vol d'oiseau et pendant un délai de 5 ans. Une année ne s'est pas encore écoulée que la société créée par les fils de B. installe un nouveau restaurant à moins de 10 km à vol d'oiseau du précédent, le « Au Paul Grill ». La société Le Bosphore ne tarde pas à demander leur condamnation pour concurrence déloyale.

Les défendeurs soutiennent que les deux restaurants ne partagent ni une clientèle commune, ni une zone de chalandise commune et que la clause de non-concurrence a été respectée. En effet, les deux restaurateurs en conflit travaillent dans des quartiers relativement éloignés l'un de l'autre ce qui exclut a priori toute captation

de clientèle (Y. Picod et N. Dorandeu, *Concurrence déloyale : Rép. Dalloz, Droit commercial*, § 214). De plus, si l'on se fie à son enseigne, le restaurant « Au Paul Grill » paraît être plutôt spécialisé dans le barbecue et les grillades, comme semblait l'être son prédécesseur « Au Paul B » qui opérait officiellement dans la « restauration rapide et traditionnelle ». Apparemment pas dans le kebab turc.

Mais c'était sans compter sur les avis des consommateurs enthousiastes qui avaient été postés sur Internet et qui qualifiaient, avant sa vente, le « Au Paul B » de « meilleur kebab » de la localité. Les masques tombent. Une telle notoriété gastronomique attachée aux déclinaisons de l'enseigne « Au Paul... », se moque des kilomètres. « Les deux restaurants sont situés de part et d'autre d'une importante zone d'activités commerciales et industrielles, dans des communes très proches..., de sorte qu'il est vain d'affirmer comme le fait l'appelante qu'ils ont des clientèles distinctes, alors que les clients se déplacent aisément en voiture sur cette zone et aux alentours », estime la cour (CA Lyon, 1^{re} ch. civ., sect. A, 28 mars 2024, n° 19/01738, Sté Le Bosphore : *JurisData* n° 2024-006957). Reprendre une activité identique, sous une dénomination très proche de l'ancienne qui était réputée, est de nature à créer une confusion dans l'esprit des consommateurs (que les 12 km à parcourir ne rebutent pas quand il s'agit de bien manger), concluent les magistrats (comp. : CA Rouen, ch. civ. et com., 13 juin 2024, n° 23/01292, Sarl Orne Services à la personne c/ SAS Atout Presta Services).

6. - Enregistrement d'une dénomination sociale. – Il est désormais acquis en jurisprudence que le simple dépôt d'une demande d'enregistrement de marque ne peut constituer une contrefaçon d'une marque antérieure. En effet, la contrefaçon suppose un usage du signe dans la vie des affaires pour désigner des produits ou des services. En l'absence de tout début de commercialisation, il n'y a pas usage du signe (Cass. com., 13 oct. 2021, n° 19-20.504 : *JurisData* n° 2021-016485 ; *Comm. com. électr.* 2022, comm. 2, note P. Kamina ; *LEPI* déc. 2021, n° 20012, obs. J.-P. Clavier. – Ch. Le Stanc, *Le simple dépôt d'une marque n'est pas un acte de contrefaçon : Propr. industr.* 2022, repère 1). Cette solution s'impose-t-elle dans l'hypothèse du simple enregistrement d'une dénomination sociale reproduisant une marque antérieure ? Au soutien de leur action en contrefaçon de marque les sociétés Fiducial, titulaires des marques correspondantes, produisaient pour seules pièces l'extrait Kbis d'une société LN Fiducial ainsi qu'une copie de ses statuts. L'action en contrefaçon est rejetée par le tribunal (TJ Paris, 3^e ch., 3^e sect., 27 mars 2024, n° 23/13534, SC Fiducial et a. : *JurisData* n° 2024-007037) qui explique que « le seul fait d'immatriculer une société sous une certaine dénomination n'est pas, en soi, un usage de cette dénomination dans le but de distinguer des produits ou services, et il n'est donc pas à lui seul susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque : il s'agit d'un acte dont l'effet est strictement juridique, qui ne caractérise pas en soi l'existence d'une activité, et il ne peut être présumé que, du seul fait qu'une société existe sous cette dénomination, elle est exploitée sous cette même dénomination ». Alors, pourquoi le tribunal a-t-il jugé que le simple enregistrement de la dénomination sociale était constitutif de concurrence déloyale (sur les conséquences de l'enregistrement d'une dénomination sociale similaire dans un système juridique accueillant l'action de passing off : N. Ekandzi : *Propr. industr.* 2024, chron. 6, § 11) ?

Les juges justifient cette condamnation en ces termes : « le seul fait pour la société LN Fiducial d'utiliser dans sa dénomination sociale le signe " Fiducial ", qui ne peut que renvoyer au groupe Fiducial et à ses activités compte tenu, d'une part, du caractère arbitraire et, de ce fait, distinctif des dénominations sociales des sociétés qui lui sont affiliées et des marques qu'elle exploite, d'autre part, des activités déclarées par la défenderesse dans son objet social, similaires voire identiques, à celles des sociétés du groupe Fiducial, est de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit

du consommateur moyen de services de conseil et gestion des affaires ou formation continue. » Mais, objectera-t-on, comment le consommateur pourrait-il être victime d'un risque de confusion alors qu'aucun début d'activité de l'entreprise sous ce nom n'est démontré ? Comment le public pourrait-il se méprendre sur l'origine commerciale de services tant qu'aucun service n'est rendu sous ce nom par la partie mise en cause ? La concurrence déloyale ne peut se concevoir sans un début d'activité économique, sans une intervention effective sur le marché (rapp. Y. Picod et N. Dorandeu, *Concurrence déloyale : Rép. Dalloz, Droit commercial*, § 80). Le risque de confusion est certes une potentialité inscrite dans l'enregistrement, mais il n'est pas devenu encore réalité. Du reste le tribunal admet que le demandeur n'a subi aucun préjudice économique.

7. - Absence de risque de confusion. – Une société néerlandaise spécialisée dans le stockage et l'archivage reproche à sa concurrente française d'utiliser, dans sa communication commerciale, le terme « compactus » qui correspond à sa marque. La cour remarque malicieusement que le latinisme « compactus » sera compris par le public professionnel concerné, « au-delà des seuls latinistes... ou lecteurs d'Astérix », comme signifiant « compact » et comme une référence à l'optimisation de l'espace de stockage caractéristique de la profession concernée. Le caractère descriptif de la marque justifie donc son annulation. Quant à l'action en concurrence déloyale subsidiaire, elle est rejetée car le terme « compactus », dépourvu de caractère distinctif du fait de sa banalité pour ce type de service, ne saurait constituer « un élément d'identification dont la reproduction pourrait engendrer un risque de confusion pour la clientèle » (CA Colmar, ch. 1, sect. A, 3 avr. 2024, n° 21/05018, Sté Bruynzeel Storage Systems B.V.).

En outre, il est jugé que l'inscription de la dénomination du concurrent dans le code source du site de la partie défenderesse n'est pas de nature à créer à elle seule un risque de confusion pour le public. Cette technique consistant à tromper le moteur de recherche sur la pertinence du site au regard de la requête de l'internaute et visant à améliorer le référencement naturel dudit site est susceptible d'être sanctionnée en raison du risque de confusion qu'elle peut engendrer, sauf s'il s'avère que « l'internaute moyen était éclairé sur la provenance du site » (Cass. com., 18 oct. 2023, n° 20-20.055, Aquarelle.com : *JurisData* n° 2023-017608 ; *Propr. industr.* 2024, comm. 10, N. Binctin ; *Propr. industr.* 2024, chron. 7 ; *Contrats, conc. consom.* 2024, comm. 25, M. Malaurie-Vignal) et était capable de comprendre que le service était proposé par un autre que le titulaire de la marque annulée.

8. - Faits justificatifs. – Visé par une action en concurrence déloyale fondée sur une imitation source de confusion, l'imitateur, écrit Marie Malaurie-Vignal (*Droit de la concurrence interne et européen : Sirey*, 8^e éd., n° 413), « peut invoquer trois faits justificatifs, l'un tiré de la nature du produit imité, de sa banalité et enfin de nécessités techniques ou d'une compatibilité entre les produits ». Nous trouvons une illustration des deuxième et troisième excuses de la liste dans la jurisprudence ci-après.

Devant le tribunal judiciaire de Lille (TJ Lille, 22 mars 2024, n° 20/00927, SASU Tape à l'œil c/ SASU Verbaudet : *JurisData* n° 2024-015140), la société Tape à l'œil, spécialiste des vêtements pour enfants, accusait Verbaudet, sa concurrente, de commercialiser des imitations de sa gamme de vêtements. « Le bonnet " bébé jacquard " reprend le modèle Tape à l'œil bonnet Hood ; le pull garçon motif drapeau gris chiné reprend le modèle Tape à l'œil TS Tape ; le t-shirt motif bande de champion reprend le modèle Tape à l'œil CDimanche ; (...) », soutenait-elle en égrenant ainsi une liste de 21 modèles prétendument copiés par sa rivale en mode enfantine. Elle étayait ses accusations par une comparaison des produits. S'agissant du bonnet, elle expliquait : « Le bonnet Hood a été commercialisé par Tape à l'œil lors de l'hiver 2016 et le bonnet " bébé jacquard " de Verbaudet a été commercialisé en janvier 2020. Ce dernier reprend le style jacquard nordique sur un bonnet

à pompon et avec un revers. Il ne reprend pas les dessins composant le motif style jacquard nordique ni les couleurs. » Elle poursuivait ses comparaisons pour chaque produit, revendiquant chaque fois la paternité d'un motif, comme l'image d'un ours, le drapeau américain, l'arc-en-ciel, une étoile argentée... reprochant chaque fois à sa concurrente la reprise de l'élément de décor. Elle ne parvient pas malgré tout à convaincre le tribunal du caractère fautif de ces reprises. Les juges constatent que « *Tape à l'œil (...) se borne à décrire les ressemblances entre les vêtements (et) n'explique pas en quoi les motifs retenus sont particulièrement distinctifs malgré une thématique banale* ». Ils concluent : « *Il ne peut être sérieusement allégué qu'il existe un risque de confusion entre des produits reprenant une thématique banale de la mode vestimentaire à destination des enfants*. » Ces motifs banals appartiennent à un fonds commun dans lequel chacun est libre de puiser. Le public ne les considère pas comme un élément d'identification d'une entreprise particulière. Le risque de confusion est donc absent.

Devant le tribunal de Paris, c'est un fabricant de chaussures qui assignait en contrefaçon de droit d'auteur et concurrence déloyale et parasitaire un concurrent accusé de copier ses modèles de baskets (**TJ Paris, ch. 3, sect. 3, 22 mars 2024, n° 21/08049, Sarl Veja Fair Trade c/ Sté Calzados Nuevos Milenio SL**). N'ayant pu démontrer l'originalité de ses créations il fut débouté de son action en contrefaçon de droit d'auteur. Il dénonçait par ailleurs la reprise de certaines caractéristiques de ses baskets qui créait selon lui un risque de confusion et constituait un comportement parasitaire. Mais, remarque le tribunal, « *il n'est pas discuté que l'aspect général des modèles est largement dicté par les tendances du moment et par leur fonction* », or, souligne-t-il, « *ainsi que l'indique la société Veja elle-même dans ses conclusions, le modèle V-10 reprend "les lignes courbes sportives des années 1980" et un effet qu'elle qualifie de "vintage/rétro" et il a été constaté, d'une part, qu'elle n'a pas renouvelé le genre et, d'autre part, que cette tendance concernait également d'autres concurrents* ». Aucune entreprise n'a l'exclusivité des éléments qui constituent la mode du moment. Ils peuvent être librement repris par les différents acteurs économiques sans être sous la menace d'une condamnation pour concurrence déloyale ou parasitaire.

Les moules à gaufres peuvent être aussi source de discorde. Le titulaire d'un modèle français de gaufrier rotatif poursuivait un fabricant concurrent qui commercialisait un appareil ressemblant fort à son modèle. Il invoquait une contrefaçon de son modèle déposé et une faute de concurrence déloyale par création d'un risque de confusion (**CA Paris, pôle 5, ch. 2, 13 oct. 2023, n° 21/19897, SAS Adeva c/ SAS E.ZICOM** : *JurisData* n° 2023-024004 ; *Prop. industr. 2024, comm. 4, N. Kapyrina*). La cour d'appel le déboute de son action en contrefaçon parce que ne peut être protégée « *l'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit* » (CPI, art. L. 511-8, 1). Seules des considérations fonctionnelles, à l'exclusion de toute recherche esthétique, ont commandé l'apparence du gaufrier, jusqu'à sa couleur noire qui est celle du téflon qui le recouvre. La nullité du modèle est prononcée. Pas de contrefaçon donc. Mais qu'en est-il sur le terrain de la concurrence déloyale ? Tous les gaufriers remplissent les mêmes fonctions. Les éléments qui permettent l'exécution de ces fonctions leur sont communs. Ils ne sont pas distinctifs de tel gaufrier. La cour le rappelle : « *les caractéristiques revendiquées par la société Adeva comme caractérisant le gaufrier qu'elle commercialise sont banales et communes à la plupart des gaufriers rotatifs existant sur le marché*. » Elle conclut : « *la reprise d'éléments purement fonctionnels d'un produit non protégé ne permet pas à elle seule de caractériser un acte de concurrence déloyale* » car elle n'engendre pas de risque de confusion.

B. - Désorganisation d'un concurrent

9. - **Concurrence de démissionnaires.** – Quelques collègues de travail quittent leur employeur et créent une entreprise concur-

rente. Le cas n'est pas rare (Y. Picod et N. Dorandeu : *Rép. Dalloz, Droit comm., Concurrence déloyale*, n° 179 et s.). Leur ancien employeur les accuse de concurrence déloyale et les assigne devant le tribunal. C'est habituel. Sont-ils condamnés pour concurrence déloyale ? Cela dépend des circonstances. La liberté d'entreprendre ne saurait excuser la multiplication des actes déloyaux.

Quand deux salariés d'une société intervenant à Tahiti dans le domaine de la sécurité incendie, alors qu'ils sont toujours tenus par les liens d'un contrat de travail, créent une société de même spécialité, utilisent le courriel professionnel de leur employeur pour prospecter la clientèle, signent des conventions avec des clients de celui-ci pour le compte de la nouvelle société, la cour de Papeete juge qu'ils « *ont fait preuve de mauvaise foi dans l'exécution de leur contrat de travail, caractéristique de l'exécution déloyale du contrat de travail* ». Ce comportement fautif du point de vue de la relation de travail est le prélude à l'utilisation de méthodes peu orthodoxes pour conquérir la clientèle : usage de centaines de fichiers concernant la formation subtilisés à leur ex-employeur, exploitation d'un tableau de prix de leur ancien employeur pour proposer des prix plus compétitifs aux clients, détournement de supports de formation de cours ce qui a obligé leur ancien employeur à les refaire... En voilà qui n'ont pas lésiné sur la déloyauté ! Ils sont évidemment condamnés pour concurrence déloyale (**CA Papeete, ch. soc., 14 mars 2024, n° 21/00070, Sa Argos Polynésie**).

10. - **Débauchage massif et génération Z.** – Huit salariés sur les quarante que compte une entreprise du BTP, la quittent pour rejoindre l'entreprise concurrente créée par un ancien salarié. Son action en concurrence déloyale, motivée selon elle par un débauchage massif, est rejetée par les juges. Il s'avère en effet que le débauchage ne revêt pas un caractère massif puisque les départs se sont échelonnés sur 16 mois et qu'ils ne représentent qu'une part mineure du personnel. Ces démissions n'ont pas entraîné une désorganisation de l'entreprise de l'ancien employeur puisque tous les postes ont été aisément pourvus par de nouveaux personnels en dépit des difficultés de recrutement dues à la conjoncture. Difficultés que les salariés utilisent légitimement dans leur intérêt personnel, estiment les magistrats : « *Ce contexte de pénurie leur permettant, comme l'a d'ailleurs rappelé le premier juge, de faire justement jouer la concurrence à leur profit et donc quitter un poste, même après de nombreuses années de présence, pour un poste mieux rémunéré, ou, par ailleurs, leur offrant des conditions de travail plus favorables à leurs attentes*. » Ces départs ne sont donc pas dus à des manœuvres déloyales du nouvel employeur mais aux attentes individuelles des salariés de la génération Z (**CA Colmar, ch. 1, sect. A, 3 avr. 2024, n° 22/01026, SAS SAERT c/ M. X et SAS ROCA**).

Lorsqu'après avoir absorbé une société d'informatique, la société Prodxaxis a vu la plupart des salariés de l'entreprise absorbée la quitter pour rejoindre un concurrent, elle a pensé que ces départs étaient orchestrés par le concurrent. Un tel débauchage massif devait être sanctionné pour concurrence déloyale a-t-elle soutenu devant les juges. Mais, après avoir rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le recrutement, même massif et dans un temps rapproché, d'anciens salariés d'une entreprise concurrente, ne caractérise pas à lui seul un comportement déloyal, particulièrement s'il s'agit de départs volontaires et non provoqués (*Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-17.660 : Prop. industr. 2018, chron. 10, J. Larrieu ; JCP E 2018, 1474, A. Ballot-Léna*), la cour de Colmar, ayant examiné précisément chaque situation individuelle, conclut que ce sont les salariés qui sont à l'initiative de leur départ en raison du mauvais fonctionnement de l'entreprise dans laquelle ils travaillaient, l'entreprise d'accueil ne leur ayant offert aucun avantage particulier afin de les attirer (**CA Colmar, ch. 1, sect. A, 10 avr. 2024, n° 22/02689, SAS Prodxaxis c/ Sarl ADW Concept et gestion**).

11. - **Débauchage d'une « perle ».** – Un seul salarié vous quitte, mais sans lui tout (l'horizon du commerce) vous semble dépeuplé.

C'est sans doute ce sentiment douloureux qu'a éprouvé le propriétaire du bar à vin « *Posto Publico* » qui a vu son ancien commis, promu responsable d'établissement, le délaissier et rejoindre le bar à vin « *Vintage* », son concurrent et voisin immédiat. Il a saisi le juge des référés pour qu'il interdise au concurrent d'embaucher ce salarié en prétextant une fuite de savoir-faire, l'appropriation d'informations confidentielles et un détournement de sa notoriété. La cour d'appel d'Aix-en-Provence (**CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 20 juin 2024, n° 23/10827, SAS Five Invest c/ Sas Twist** : *JurisData* n° 2024-010142) rappelle qu'il appartient au juge des référés d'apprécier si les actes qui sont dénoncés, revêtent un caractère manifestement illicite. Or, constate-t-elle, l'appelante « échoue à démontrer le caractère manifestement illicite des agissements reprochés, alors qu'aucune clause de non-concurrence ne liait M. R, responsable d'établissement, à la société appelante, que le débauchage fautif des salariés et la désorganisation de l'établissement en résultant ne ressort manifestement pas des pièces versées, tout comme la démonstration d'un savoir-faire particulier, et le détournement de clientèle, en l'absence de tout fichier de clientèle existant, ou dont l'existence est démontrée ». La cour aixoise conclut donc n'y avoir lieu à référé et rejette les demandes d'interdiction réclamées, non sans avoir souligné que ces dernières « présentent un caractère disproportionné au regard du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ». La société appelante n'avait-elle pas demandé outre l'interdiction d'embaucher son salarié, que sa concurrente soit empêchée « d'organiser des soirées ou des évènements open bar »...

C. - Dénigrement

12. - **Dénigrement et dénonciation de contrefaçon.** – L'imbroglio concernant la question de savoir si les contrats de licence de marque consentis en mars et avril 2015 par la société Newman – alors *in bonis* – aux Établissements G se sont poursuivis jusqu'à leur terme ou sont devenus caducs dès le 8 décembre 2016, date de l'adoption du plan de cession de la société Newman en liquidation judiciaire, avait donné lieu à deux décisions de la Cour de cassation et à maints jugements, ordonnances et arrêts des juges du fond. La cour de Paris dans un arrêt du 26 avril 2024 (**CA Paris, pôle 5, ch. 2, 26 avr. 2024, n° 22/12176, SAS Belle Etoile c/ SAS Établissements G et a.** : *JurisData* n° 2024-009753 ; *Comm. com. électr.* 2024, alerte 215) juge que les Établissements G se sont rendus coupables de contrefaçon pour avoir poursuivi l'exploitation de la marque Newman au-delà du 8 décembre 2016, tout en condamnant parallèlement les cessionnaires des actifs de la société Newman pour dénigrement à l'égard des Établissements G. En effet, par courriers des 9 janvier et 30 mai 2017, les cessionnaires avaient informé la société Venteprivée.com, partenaire commercial des Établissements G, et l'hébergeur du site de cette dernière, que les produits commercialisés par les Établissements G étaient des contrefaçons. Or, aucune décision de justice n'avait statué en 2017 sur la contrefaçon. La cour de Paris juge donc que ces dénégations étaient constitutives de dénigrement : « La divulgation à l'hébergeur d'un site internet d'une action en contrefaçon n'ayant pas donné lieu à une décision de justice et l'affirmation sans précaution ni mesure que les produits commercialisés par un concurrent sur ce site constituent une contrefaçon, sont également de nature à jeter le discrédit sur les produits commercialisés par la société Établissements G et constituent un acte de dénigrement fautif ce quand bien même les faits se sont trouvés par la suite avérés... » Une solution classique (par ex. : *Cass. com.*, 12 mai 2004, n° 02-16.623, *Sté LVP Partners* : *JurisData* n° 2004-023737. – *Cass. 1^{re} civ.*, 19 juin 2013, n° 12-18.623, *Sté Réseaux Fleuri* : *Prop. industr.* 2014, comm. 9, J. Larrieu. – *Cass. com.*, 9 janv. 2019, n° 17-18.350, *Sté Shaf* : *JurisData* n° 2019-000136 ; *Prop. industr.* 2019, comm. 21, J. Larrieu ; *Comm. com. électr.* 2019, comm. 15, C. Caron. – C. Le Stanc : *Prop. industr.* 2023, repère 6). La confirmation postérieure de la contrefaçon n'efface pas rétroactivement

le caractère fautif d'une dénonciation publique anticipant hasardeusement ce résultat.

Dans une affaire opposant deux fabricants de baskets, l'un accusant l'autre de contrefaçon de droit d'auteur et de concurrence déloyale, il est apparu que l'accusateur avait adressé des messages aux distributeurs de son rival en dénonçant une atteinte à son « droit d'auteur privatif et absolu » et en invoquant un risque judiciaire pour les destinataires s'ils continuaient à commercialiser ces produits. « À cette date pourtant, remarque le tribunal, aucune procédure judiciaire n'avait été engagée, pas même de mesure de saisie-contrefaçon, de sorte que c'est sur une base factuelle non seulement insuffisante mais également fautive (il fut débouté par la suite de ses actions en contrefaçon et en concurrence déloyale) que la société Veja avait cherché et réussi à détourner » les distributeurs de l'achat de chaussures du concurrent. Le dénonciateur fut condamné pour dénigrement (**TJ Paris, 3^e ch., 2^e sect., 22 mars 2024, n° 21/08049, Sarl Veja Fair Trade c/ Sté Calzados Nuevo Milenio SL, préc.**).

13. - **Publicité du dénigrement.** – La cour d'appel avait jugé que le dénigrement n'est susceptible de sanction que s'il rencontre un public suffisant. En l'espèce, il s'agissait d'un message de dénonciation adressé à un seul client et les juges du second degré avaient estimé que « les appelants ne caractérisent notamment pas en quoi le message incriminé aurait reçu une publicité suffisante pour constituer un dénigrement ». Leur arrêt est cassé sur ce point. La chambre commerciale pose en principe que : « La divulgation, fût-ce auprès d'un seul client, d'une information de nature à jeter le discrédit sur les produits d'un concurrent constitue un dénigrement engageant la responsabilité civile de son auteur » (*Cass. com.*, 26 juin 2024, n° 23-11.020, *Sté MGT* : *JurisData* n° 2024-009890 ; *JCP E* 2024, act. 623).

Quel trouble est causé par un dénigrement ? Une atteinte à l'image des produits ou services du concurrent visé pour lui faire perdre des parts de marché. Cet objectif est atteint dès lors que le destinataire de la confidence, même s'il est unique, est un protagoniste clé (client ou fournisseur essentiel) ou un diffuseur diligent de l'information (site web par ex.). N'a-t-il pas suffi au perfide Iago de confier au seul Othello des médisances sur l'innocente Desdémone pour déclencher une série de dramatiques conséquences (*W. Shakespeare, Othello ou le Maure de Venise*) ?

14. - **Humour dénigrant.** – « Merci syndic pour votre musique d'attente, maintenant je connais Vivaldi par cœur ! » Une plaisanterie que tous ceux qui ont déjà goûté aux délices de la copropriété, comprendront aisément. Difficile parfois de joindre son syndic de copropriété... Le lieu commun du syndic professionnel injoignable, peu diligent ou inactif et coûteux est très populaire. Une start-up a donc cherché à exploiter les frustrations de ces nombreux copropriétaires qui adressent toutes sortes de reproches à leur syndic professionnel. Elle a lancé une campagne de publicité pour promouvoir le nouveau service qu'elle proposait sur une plateforme en ligne, un service d'assistance aux copropriétés ayant adopté le mode du syndicat coopératif. Il s'agit de permettre aux copropriétaires de gérer eux-mêmes leur immeuble sans devoir recourir aux services d'un syndic professionnel. Les messages diffusés au cours de cette importante campagne de communication par voie d'affichage et sur Internet à partir du site www.mercisyndic.fr et à l'aide du hashtag #MerciSyndic, étaient ironiques et provocateurs : « Merci syndic pour les fuites d'eau, c'est tous les jours piscine », « Merci syndic pour l'ascenseur en panne, j'ai les cuisses en béton », « Merci syndic pour la boîte aux lettres cassée, je ne reçois plus aucune facture », etc. Ces interpellations sur un ton narquois ont sans doute provoqué les sourires de ceux qui les découvraient. Les syndics professionnels n'ont pas goûté la plaisanterie. Quelques grands représentants de la profession ont donc assigné la start-up pour dénigrement. L'humour pouvait-il sauver l'auteur des slogans impertinents (*rapp. : C. Le Stanc, Comme dit le proverbe... : Prop. industr.* 2024, repère 6) ?

L'ironie des messages, parfaitement perceptible par le public, aurait pu atténuer la virulence de la critique. Après tout, la campagne publicitaire ne faisait que reprendre des clichés concernant les syndicats, largement répandus dans le public, afin de provoquer le rire et la sympathie pour l'auteur du message. Une méthode de marketing parmi d'autres (Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-22.710, UGDPO et a. c/ SC Galec : Propr. industr. 2016, comm. 64, J. Larrieu). Mais l'accumulation des messages tournant en dérision l'activité des syndicats professionnels a convaincu la cour que l'auteur avait franchi certaines bornes, en tout cas qu'il avait dépassé la limite entre la critique humoristique admissible et le dénigrement. « *Le recours à l'humour, en l'occurrence à l'ironie, couramment utilisé en matière de publicité commerciale, ne constitue pas, en l'espèce, une circonstance atténuante. Le contenu des messages diffusés notamment via les affiches publicitaires est en effet à l'évidence péjoratif et dévalorisant pour la profession considérée, la communication de la société Z, au travers d'une série d'affiches et de slogans dénonçant une multitude de manquements imputés aux syndicats professionnels étant agressive et excédant le droit de libre critique conforme aux usages du commerce* » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 mars 2024, n° 22/03594, M. D, SAS Matera c/ SAS Emeria Europe et a.). Le clin d'œil humoristique était un peu trop appuyé pour ne pas devenir blessant (rapp. : Cass. com., 16 févr. 2022, n° 20-13.542, LMPT c/ SPA : JurisData n° 2022-002163 ; Propr. industr. 2022, comm. 33, J. Larrieu). La condamnation pour concurrence déloyale par dénigrement est prononcée.

15. - **Deux tweets dénigrants.** – En deux tweets virulents, Koena jetait le discrédit sur la solution d'accessibilité numérique proposée par Facil'iti, sa concurrente : « *arrêtons les messages mensongers* », « *cette solution ne répond pas aux besoins des internautes* », « *Non, la solution ne permet pas de rendre accessible son site aux internautes en situation de handicap* », « *Facil'iti n'assure pas la conformité au RGAA !* », « *Ce n'est pas une solution miracle d'accessibilité numérique* » ! À la suite de la diffusion de ces posts inamicaux et de quelques échanges postérieurs, le tribunal de commerce fut saisi par Facil'iti d'une action en concurrence déloyale pour dénigrement (T. com. Paris, 15^e ch., 27 nov. 2023, n° 2021030725, Facil'iti c/ Koena : Comm. com. électr. 2024, alerte 18).

Les juges consulaires remarquent que les besoins de navigation sur internet des personnes en situation de handicap constituent sans doute une question d'intérêt général. Une question dont les pouvoirs publics ont pris conscience. Ainsi, rendre les services de communication au public en ligne accessibles aux personnes handicapées est l'objectif fixé par l'article 47 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, complétée par un décret n° 2019-768 du 24 juillet 2019, qui a conduit à l'édition de versions successives d'un Référentiel général d'amélioration de l'accessibilité (RGAA) par la direction interministérielle du numérique. Pour autant, il ne suffit pas qu'une critique s'inscrive dans un débat d'intérêt général pour être exempté de tout reproche. Elle doit être exprimée en termes mesurés et reposer sur une base factuelle suffisante (Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350, Sté Shaf c/ Sté Plicosa : JurisData n° 2019-000136 ; Propr. industr. 2019, comm. 21, J. Larrieu ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 43, M. Malaurie-Vignal ; Comm. com. électr. 2019, comm. 15, C. Caron. – Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2018, n° 17-21.457, Sté Laboratoires Crinex : JurisData n° 2018-012333 ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 191, M. Malaurie-Vignal ; JCP G 2018, act. 1042, J. Raynaud). Or, relèvent les juges consulaires, l'emploi du terme « *mensonger* » est violent et les propos relayés par les tweets sont sans nuance. Comme, d'une part, la notion d'accessibilité ne fait pas l'objet d'une définition officielle et que, d'autre part, les normes édictées par le RGAA ne s'imposent qu'aux collectivités publiques et grandes entités privées, la solution logicielle proposée par Facil'iti pourrait constituer, remarquent-ils, une solution d'accessibilité

numérique pour les sites web des petites entreprises contrairement aux affirmations de Koena. Le tribunal en conclut que les propos de Koena manquent de base factuelle notamment quand elle affirme péremptoirement : « *Non, la solution ne permet pas de rendre accessible son site aux internautes en situation de handicap*. » L'auteur des tweets acrimonieux est condamné pour dénigrement.

D. - Non-respect d'une réglementation

16. - **Vapoter dans les règles.** – On suppose que vapoter est moins nocif que fumer, mais ce n'est peut-être pas complètement sans danger, redoute-t-on. Aussi la mise sur le marché des e-liquides et des cigarettes électroniques est-elle soumise à une réglementation stricte et à la surveillance des autorités sanitaires. Un fabricant qui se soustrairait à cette réglementation, en flattant le goût des vapoteurs pour des produits plus puissants, se procurerait ainsi un avantage sur ses concurrents (rapp. : Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-69.272, Sté Decathlon : JurisData n° 2010-017130 ; Contrats, conc. consom. 2010, comm. 275, M. Malaurie-Vignal. – Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-27.778, Speed Rabbit Pizza : JurisData n° 2020-000407 ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 40, M. Malaurie-Vignal. – T. com. Paris, réf., 21 nov. 2017, Lafuma Mobilier c/ Alibaba et a. : Propr. industr. 2018, chron. 10, § 17, J. Larrieu). L'inobservation d'une réglementation par un acteur du marché rompt l'égalité dans la concurrence, plaide la société VFP France qui dénonçait la commercialisation par la société Akiva de cartouches d'e-liquides pré-remplies « WPod » et de dispositifs électroniques de vapotage jetables « WPuff », alors que ces produits n'avaient pas fait l'objet de la notification préalable à l'ANSES (Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail) exigée par l'article L. 3513-10 du Code de la santé publique (« *Six mois avant la mise sur le marché de produits de vapotage contenant de la nicotine, les fabricants et importateurs soumettent à l'établissement public désigné par arrêté, un dossier de notification par marque et par type de produit* »). VP France démontre que les produits WPod et WPuff ont été mis en vente chez les distributeurs de son concurrent avant l'expiration du délai de 6 mois imposé par cet article. De plus, il s'avère que la capacité du réservoir des dispositifs WPuff excède le volume maximal autorisé par les textes (CSP, art. L. 3513-15). L'objectif est sans doute d'offrir au consommateur la possibilité de tirer plus de « puffs » ou bouffées de sa cigarette électronique, un argument de vente non négligeable. « *Ce faisant, la société Akiva s'est octroyé un avantage concurrentiel indu vis-à-vis de la société VFP France* », conclut la cour (CA Paris, pôle 5, ch. 11, 14 juin 2024, n° 22/03363, Sarl Akiva c/ SASU VFP France). Le non-respect desdites règles est constitutif de concurrence déloyale (Y. Picod et N. Dorandeu : Rép. Dalloz, Droit comm., Concurrence déloyale, n° 193 et s. – Rapp. : W. Chaiehloudj, Uber condamné pour concurrence déloyale : la cour de Paris indemnise les chauffeurs de taxi : D. 2023, p. 2036. – CA Paris, pôle 5, ch. 4, 4 oct. 2023, n° 21/22383 : JurisData n° 2023-017063 ; Contrats, conc. consom. 2024, comm. 5, H. Aubry), car « *s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, induit un avantage concurrentiel indu* ».

3. Faute : parasitisme

17. - **Distinction de la concurrence déloyale et du parasitisme.** – La concurrence déloyale, qui peut être invoquée entre non-concurrents, recouvre le parasitisme et la concurrence déloyale résultant d'une imitation (de l'entreprise, de ses produits, de ses signes ; V. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 29 mai 2024, n° 22/01642, SAS Orfèverie Christoffe c/ Sté Mari Luca F Peterich). Toutefois, la mise en œuvre de chacune de ces deux branches de la concurrence déloyale obéit à des règles spécifiques, comme le souligne la cour de Paris (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 3 avr. 2024,

n° 22/04723, SAS Promodentaire c/ SNC Mega Dental) : « La cour rappelle que la concurrence déloyale et le parasitisme sont pareillement fondés sur l'article 1240 du code civil mais sont caractérisés par application de critères distincts, la concurrence déloyale l'étant au regard du risque de confusion, considération étrangère au parasitisme qui requiert la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique copie intentionnellement une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements » (V. aussi : **TJ Lille, ch. 1, 22 mars 2024, n° 20/00927, SASU Tape à l'œil c/ SASU Verbaudet, préc.**).

18. - Caractérisation de la faute de concurrence déloyale et parasitaire. – « Au voleur ! au voleur ! à l'assassin ! au meurtrier ! Justice, juste ciel ! Je suis perdu, je suis assassiné, on m'a coupé la gorge (...) ». Il ne suffit pas de hurler son désespoir comme Harpagon dans *L'Avaro* de Molière et d'accuser à tout va ses concurrents d'avoir détourné ses richesses et imité ses produits et services. Encore faut-il démontrer qu'ils n'avaient pas le droit de le faire. C'est une évidence que les magistrats riomois ont tenu à souligner dans un récent arrêt (**CA Riom, 3^e ch. civ et com., 20 mars 2024, n° 23/00165, SAS BEABA c/ SAS Babymoov Group** : *JurisData* n° 2024-004231 ; *Prop. industr.* 2024, comm. 52, J. Larrieu) : « En matière de concurrence déloyale, ni l'imitation, ni la reproduction servile ne suffisent à engager la responsabilité civile de son auteur ; il faut encore qu'elles soient fautives, puisqu'il n'existe pas de droit exclusif et donc point d'interdiction de copie. Il faut examiner, au regard de l'existence d'un risque de confusion ou d'une captation parasitaire, l'ensemble des facteurs soumis au débat, tels que l'ancienneté d'usage de l'objet copié, la réalité du public concerné, l'intensité de la reconnaissance acquise auprès de ce public, le caractère plus ou moins arbitraire, original, distinctif ou fonctionnel de cet objet, le caractère systématique ou répétitif de la copie, bref de façon générale, évaluer tout ce qui peut être utile à conclure, ou à exclure, que cette imitation soit fautive ou dommageable. » La faute est au cœur de la matière de la concurrence déloyale et parasitaire. Parfois, copier n'est pas fautif.

Ainsi, n'a pas été jugée fautive la reprise par un fournisseur de matériel de bureau de certaines parties du site Internet de son concurrent qui étaient principalement constituées par des photographies fournies par les fabricants des divers matériels (**CA Lyon, 3^e ch., sect. A, 21 mars 2024, n° 20/05262, Sarl Burolive c/ Sarl BSE** : *JurisData* n° 2024-005029). Il est normal que les distributeurs de ces produits puissent reproduire les images mises à leur disposition par leurs fournisseurs. Aucun n'en a l'exclusivité. Les similitudes entre les sites qui en résultent ne caractérisent pas un comportement parasitaire du suiveur. En revanche, la cour de Lyon a jugé fautive la reproduction servile de textes conçus par le rival et figurant sur le site du suiveur et a prononcé une condamnation pour agissement parasitaire à ce titre.

19. - Le parasitisme disséqué. – La chambre commerciale a souhaité préciser la notion de parasitisme et les conditions d'application de cette théorie afin de clarifier « la question... de savoir quelle protection accorder sur le fondement du parasitisme à ces biens qui ne font pas, ou plus, l'objet d'un droit de propriété intellectuelle » (*Bull. ch. com. n° 13, juill. 2024, p. 16*). Elle l'a fait par deux importants arrêts du 26 juin 2024 (**Cass. com., 26 juin 2024, n° 22-17.647 et 22-21.497, Stés Decathlon c/ Sté Phoenix Group GmbH et Sté Intersport France** : *JurisData* n° 2024-009892. – **Et Cass. com., 26 juin 2024, n° 23-13.535, Sté Maisons du monde France c/ Stés Auchan et a.** : *JurisData* n° 2024-009901 ; *Prop. industr.* 2024, comm. 64, J. Larrieu). La première affaire opposait la société Decathlon aux sociétés Phoenix et Intersport à propos de la prétendue imitation par les secondes du masque intégral de plongée « Easybreath » conçu et commercialisé par la première. Dans l'autre affaire, Maisons du Monde reprochait au groupe Auchan d'avoir repris sur une gamme de bols et tasses une combi-

naison d'images vintage similaire à celle figurant sur le tableau créé par sa styliste.

L'usage de l'arme du parasitisme est soumis à des conditions précises, souligne la Cour : « Il appartient à celui qui se prétend victime d'actes de parasitisme d'identifier la valeur économique individualisée qu'il invoque, ainsi que la volonté d'un tiers de se placer dans son sillage. »

Démontrer d'abord la réalité d'une « valeur économique identifiée et individualisée » – la Cour emploie désormais les deux adjectifs. La Haute Juridiction nous explique qu'un concept en tant que tel, par exemple l'idée de masque subaquatique intégral, ne saurait suffire à constituer cette valeur économique, pas plus du reste que la longévité commerciale et le succès d'un produit auprès du public. En revanche, le travail de conception, les investissements consentis pour le développement du produit, son caractère innovant, révèlent « le savoir-faire et les efforts humains et financiers propres à caractériser une valeur économique identifiée et individualisée ». La notoriété du produit, fondée notamment sur d'importants investissements publicitaires, vient conforter la réalité d'une valeur construite par un agent économique qui lui procure un avantage concurrentiel sur le marché et qui est convoitée par ses rivaux commerciaux.

La société Maisons du Monde, qui ne pouvait invoquer qu'une combinaison banale d'images préexistantes récoltées sur Internet, ne démontrait pas avoir bâti une valeur économique identifiée. En revanche, on pouvait déduire de la grande popularité du produit vedette de Decathlon, de l'innovation qu'il représentait, de son succès commercial, que le masque de plongée intégral constituait une valeur économique identifiée, une richesse qui méritait protection.

Démontrer ensuite le suivisme du parasite. Le lancement d'un masque intégral de plongée par Phoenix et Intersport « fortement inspiré de l'apparence » du masque disruptif de Decathlon alors que celui-ci constituait encore un produit phare de ce distributeur d'équipements sportifs, largement connu du public grâce à un soutien publicitaire renouvelé, « caractérise la volonté délibérée de ces dernières de se placer dans le sillage des sociétés Decathlon pour bénéficier du succès rencontré auprès de la clientèle par leur masque subaquatique ».

Par ces deux arrêts, la chambre commerciale fixe le cadre de la théorie du parasitisme.

20. - Valeur économique identifiée et individualisée. – Une illustration idéale de ce que peut être une valeur économique identifiée et individualisée, objet de la convoitise du parasite, dont il convient de démontrer la réalité pour assurer le succès de l'action parasitaire (**Cass. com., 26 juin 2024, n° 22-17.647, Sté Decathlon, préc.** – **Et Cass. com., 26 juin 2024, n° 23-13.535, Sté Maisons du monde, préc.**), est fournie par l'affaire Christofle contre Mafalda (**CA Paris, pôle 5, ch. 1, 29 mai 2024, n° 22/01642, Christofle c/ Mafalda**). La célèbre maison Christofle a conçu et mis en vente en 2015 une ménagère en métal argenté moderne présentée dans un écrin ovoïde en métal argenté, qui a été déclinée en différentes versions et matières par la suite. Elle dénonce le lancement par une société italienne du produit Mafalda « présenté comme un écrin à couverts de forme ovoïde ». Bien sûr, la société défenderesse prétend qu'il existait des objets et coffrets en forme d'œuf antérieurement au lancement de la ménagère Christofle et que ses sources d'inspiration sont ailleurs.

Cependant, la réalisation que revendique Christofle n'est pas n'importe quelle forme d'œuf ou n'importe quel objet ovoïde. Sa revendication porte précisément sur un porte-couverts, une ménagère de forme ovoïde qui, par sa spécificité, lui procure un avantage compétitif sur le marché. Voilà la valeur économique identifiée.

Ce coffret de ménagère représente une valeur parce que, en dépit de tous les objets déclinant la forme de l'œuf qui l'ont précédé, il « constituait au moment de son lancement en 2015, un produit

inédit ». Il ne s'agit pas d'un produit banal qui se fondrait dans la masse des objets proposés aux consommateurs, il s'agit d'un produit luxueux, exclusif, qui rompt avec les formes usuelles des porte-couverts. C'est une création.

Cette création représente une richesse, une valeur de caractère économique, qui est attestée par le succès commercial de la collection. À elle seule, cette collection a produit un chiffre d'affaires mondial de près de 28 M€ en 4 ans.

Cette valeur est individualisée, reconnue par le public, présentée comme le produit phare de la maison Christofle, exposée dans les vitrines des boutiques Christofle et soutenue par des campagnes de communication massives qui la ciblent spécifiquement. Cette image de « *produit iconique de la marque* » a été créée grâce à des investissements très lourds dans le marketing et la communication atteignant 3,3 M€.

« *Il est ainsi démontré à suffisance que la collection " MOOD by CHRISTOFLE " constitue une valeur économique individualisée, fruit d'un savoir-faire, d'un travail de création et d'investissements* », conclut la cour qui condamne la société transalpine pour ses agissements parasitaires. Gageons que Mafalda, le personnage des bandes dessinées, petite fille au caractère bien trempé et à l'esprit très indépendant, à laquelle l'entreprise condamnée a emprunté le titre de sa collection, n'a sans doute pas apprécié de voir son nom associé à la médiocrité d'un suivisme impudique.

21. - Marque renommée et parasitisme. – Quand il s'agit d'étendre la protection d'une marque jouissant d'une renommée à l'usage par un tiers d'un signe identique ou similaire pour des produits non similaires, il convient de démontrer que le public établit un lien entre les signes pour lesdits produits (CJCE, 23 oct. 2003, aff. C-408/01, Addidas-Salomon et Addidas Benelux, pt 29 : *Prop. industr.* 2004, comm. 5, A. Folliard-Monguiral). Dans plusieurs arrêts récents, la Cour de cassation a précisé la portée de cette exigence (Cass. com., 31 janv. 2024, n° 22-17.562, Sté Turlen Holding SA : *JurisData* n° 2024-000974 ; JCP G 2024, doctr. 613 ; LEPI avr. 2014, n° DPI202f9, A. Favreau. – Cass. com., 31 janv. 2024, n° 22-20.293, Apple Corps Ltd : *JurisData* n° 2024-000971 ; LEPI avr. 2024, n° DPI202g0, A.-E. Kahn ; *Prop. industr.* 2024, comm. 24, N. Binctin). Lorsque le tiers utilise le signe pour désigner des produits ou services très différents de ceux qui sont couverts par la marque renommée, il se peut que l'établissement d'un lien dans l'esprit du public ne puisse être démontré. Dans ce cas, la protection exceptionnelle offerte par l'article L. 711-3, 2° du Code de la propriété intellectuelle (comme l'article L. 711-5 avant lui) et l'article 5, § 3, a de la directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015 ne jouent pas.

Pourrait-on cependant atteindre ces utilisations hors du périmètre de protection de la marque renommée par le moyen d'une action en concurrence parasitaire complémentaire ? Autrement dit, le domaine couvert par le parasitisme de droit commun est-il plus étendu que celui de la marque renommée ? Il ne semble pas. Du moins dans l'hypothèse d'un parasitisme de la renommée de la victime. En effet, l'action parasitaire de l'article 1240 du Code civil suppose la captation d'une valeur économique identifiée et individualisée, c'est-à-dire le déplacement d'une richesse du patrimoine du parasite vers le patrimoine du parasité. Or, si le public concerné n'est pas conduit à faire un rapprochement entre le signe renommé et le signe utilisé par le tiers pour des produits très différents, aucun détournement de valeur sous forme de captation de notoriété ne pourra être constaté. « *À défaut d'un tel lien dans l'esprit du public, l'usage de la marque postérieure n'est pas susceptible de tirer indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque antérieure...* » : le constat fait par la CJUE (CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-252/07, Intel, pt 31 : *Prop. industr.* 2009, comm. 3, A. Folliard-Monguiral ; JCP G 2009, 30, C. Caron ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 14, C. Caron ; *Europe* 2009, comm. 36, L. Idot) à propos du régime de la marque renommée est transposable en matière de parasitisme. Le parasitisme de réputa-

tion suppose que le public fasse le lien entre les identifiants concernés (rapp. : Cass. com., 26 juin 2024, n° 22-17.647, Sté Intersport France, Sté Phoenix Group GmbH c/ Sté Decathlon France et a., § 23, *préc.*).

22. - Effet boomerang. – Les titulaires des droits sur la montre Radiomir considèrent que la montre distribuée par la société TISM est une vulgaire copie de leur célèbre et coûteux modèle. Ils ont tenté de faire condamner TISM pour contrefaçon de leur marque figurative et pour parasitisme. La marque a été annulée par le premier juge. La cour d'appel de Paris est appelée à se prononcer sur l'existence d'un parasitisme (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 5 juin 2024, n° 22/06786, Officine Panerai AG et Cartier SAS : *JurisData* n° 2024-009297 ; PIBD 2024, n° 1230, III, p. 2). Compte tenu du fait que la montre Radiomir « *a acquis une notoriété certaine chez les amateurs et connaisseurs de montres de luxe* », qu'elle est qualifiée de montre « *iconique, mythique ou emblématique* » par la presse spécialisée et les experts en horlogerie, et que cette notoriété, entretenue par des campagnes publicitaires mondiales, est associée à un savoir-faire ancien, la cour conclut qu'« *il convient en conséquence de considérer que la montre Radiomir constitue une valeur économique individualisée, fruit d'un savoir-faire et d'investissements* ». Mais, après avoir comparé les deux montres, la cour estime que les caractéristiques qui ont été reprises font « *désormais partie du fonds commun de l'horlogerie* » et, soulignant que les deux produits s'adressent à des publics très différents, elle décide que la valeur économique individualisée bâtie autour de la montre Radiomir n'est nullement détournée par la société TISM. L'action en parasitisme est rejetée.

Mais les maisons de luxe produisant la célèbre montre étaient tellement sûres de leur fait qu'elles avaient anticipé une condamnation du prétendu imitateur et, usant de leur notoriété, elles avaient fait fermer le compte Instagram et supprimer des pages Facebook de celui-ci. Il réclamait réparation du préjudice subi du fait de ces fermetures le privant de la possibilité de commercialiser ses produits sur internet en pleine période de confinement. Il obtient gain de cause. La cour décide que « *anticipant une décision de justice à leurs risques et périls et ayant été déboutées de l'ensemble de leurs demandes sur le fondement de la contrefaçon et de la concurrence déloyale et parasitaire, ces agissements étaient fautifs et ont causé un préjudice à cette dernière (la société TISM) tenant à une moindre visibilité sur internet* ». L'arrosee arrosée...

23. - Parasitisme : allégation abusive de parrainage scientifique. – Une place de marché en ligne présentait les produits cosmétiques de trois entreprises en les associant au sigle du CNRS. Malgré les études conduites en commun entre ces laboratoires privés et le CNRS, l'établissement public de recherche n'avait pas donné formellement son autorisation pour l'utilisation de son logo. Il assigne la place de marché en invoquant une concurrence déloyale et parasitaire et des pratiques commerciales trompeuses. La cour d'appel va lui donner raison en estimant que les collaborations passées entre les protagonistes ne légitiment pas les références à l'identifiant du centre de recherche puisque celui-ci n'a pas donné un acquiescement non équivoque à cette mention. Selon elle, ces références n'avaient d'autre objectif que de détourner la réputation d'excellence du CNRS pour mieux tromper le public sur les qualités de leurs produits (CA Paris, pôle 5, ch. 11, 29 mars 2024, n° 23/10181, Centre national de la recherche scientifique c/ SA Home Shopping Service et a. : *Prop. industr.* 2024, comm. 47, J. Larrieu) et les auréoler du prestige de l'organisme scientifique. Solution sévère si l'on considère les programmes de recherche qui ont réuni les intéressés dans un passé récent et les contributions financières des partenaires privés à des études directement liées au développement des cosmétiques concernés.

24. - Rupture des pourparlers. – La période de négociation précontractuelle, au cours de laquelle sont discutés les termes du

contrat en vue, conduit souvent un des protagonistes à soumettre une étude préalable du projet à son futur partenaire. Si les intérêts s'obligent à négocier de bonne foi, les pourparlers n'en sont pas moins régis par un principe de liberté (C. civ., art. 1112). Aussi chacun est-il libre de mettre fin aux négociations (N. Picod, *JCl. Civil Code*, Art. 1112 à 1112-2 : *Contrat. – Formation du contrat. – Négociations*, § 13). En cas de rupture des pourparlers, l'auteur de l'étude préalable ne peut espérer aucune rémunération pour son travail préliminaire. Qui plus est, il arrive qu'un interlocuteur indélicat utilise postérieurement son étude pour réaliser le projet sans faire appel à ses services. C'est la mésaventure qu'a subie la société 79 Agency, une agence spécialisée dans la conception de stands d'exposition. Elle avait été sollicitée par la société My-serious-game qui souhaitait disposer d'un nouveau stand pour sa participation à différents salons. Au cours de leurs échanges, 79 Agency lui avait présenté plusieurs propositions de design et devis. Ces offres avaient finalement été refusées et, à l'occasion d'un nouveau salon professionnel, la société My-serious-game faisait appel à une autre entreprise, la société Ex-Nihilo, pour réaliser le montage de son stand.

Selon 79 Agency, ce modèle de stand n'était qu'un plagiat du design qu'elle avait conçu. Elle mettait alors en demeure My-serious-game et Ex-Nihilo de cesser d'utiliser son étude, puis les assignait en contrefaçon de droit d'auteur et concurrence déloyale. Le droit d'auteur ayant été écarté, restait la question de la concurrence déloyale et parasitaire.

La cour d'appel constate qu'en dépit de certaines différences de détail, les éléments du plan et du design du comptoir contesté reproduisent de manière quasi-servile la proposition de 79 Agency (*CA Paris, pôle 5, ch. 1, 21 févr. 2024, n° 21/02781, SAS My Serious Game c/ Sarl 79 Agency* : *JurisData* n° 2024-003157). Elle juge fautive « l'appropriation par la société My-serious-game du travail, de l'investissement intellectuel et du savoir-faire de la société 79 Agency, la société My-serious-game ayant réutilisé de façon déloyale la conception et le design du stand qui lui avaient été fournis en vue de futures relations contractuelles, pour les communiquer à ses équipes en interne et à un autre fournisseur auquel elle a finalement confié le projet ». Nonobstant le nom du nouveau prestataire qu'elle s'était choisi, le design du stand de My-serious-game n'avait pas été conçu ex-nihilo.

25. - Format d'émission. – « Qui se sait profond tend vers la clarté ; qui veut le paraître vers l'obscurité ; car la foule tient pour profond tout ce dont elle ne peut voir le fond » (Friedrich Nietzsche). Ne voulant sans doute pas passer fausement pour profond, un media en ligne, Konbini, diffusé sur les réseaux sociaux, avait développé un concept d'émission, intitulée « *Fast & Curious* », consistant à demander à une personnalité de répondre à une série de questions en 2 minutes et 30 secondes maximum en choisissant entre deux propositions simples. Simplicité, légèreté, rapidité : pas de temps pour les approfondissements. Des esprits malicieux ne s'étonneront sans doute pas qu'un homme politique ait choisi de reprendre ce concept pour sa campagne électorale – en omettant de demander l'autorisation de l'agence de communication. Un clip intitulé « *Fast & (Localité 4)* » diffusé sur la page Facebook officielle de la campagne électorale de ce candidat aux élections municipales reprenait, selon Konbini, « un concept identique », « une construction identique à celle du format d'interview », « le format de cette émission tant dans sa durée que dans ses caractéristiques distinctives sur le plan visuel et sonore », « une partie de l'intitulé de l'émission et du logo ». Ce comportement devait être qualifié de parasitaire selon elle et sanctionné.

Curieusement, la cour d'appel commence par expliquer que « les développements de la société Konbini consacrés à la reprise des caractéristiques du concept, ou de "l'esprit" de l'émission "Fast & Curious" sont indifférents à la solution du litige » (*CA Paris, pôle 5, ch. 2, 10 nov. 2023, n° 21/13168, M. W c/ SAS Konbini* : *Comm. com. électr. 2024, chron. 8, § 2, B. Montels*). Constatant

ensuite que la preuve de « la notoriété de l'émission » n'a pas été apportée et que les comptes présentés par Konbini ne permettent pas de démontrer l'importance des investissements financiers consacrés au format d'émission, elle conclut que « ces éléments ne sont pas suffisants à établir une valeur propre de l'émission en cause » et refuse de prononcer une condamnation pour parasitisme.

On observera toutefois que l'originalité du concept d'émission, reposant sur des caractéristiques telles que la construction, la durée, la présentation visuelle et sonore, le titre, est ce qui en fait la valeur, le caractère unique et de nature à séduire les internautes (C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins* : *LexisNexis*, 6^e éd., n° 72). Le détournement déloyal de ces caractéristiques non banales est symptomatique d'un comportement parasitaire. D'autre part, ce ne sont pas seulement les investissements financiers qui doivent être pris en considération. Des investissements humains et des efforts intellectuels peuvent déboucher sur un résultat qui a une « valeur économique identifiée et individualisée » éligible à une protection par l'action en parasitisme (Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2009, n° 08-19.499, *Le Midi Libre* : *JurisData* n° 2009-049963 ; *Prop. industr. 2010, comm. 11, J. Larrieu*. – Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12.391, *M. X c/ Sté Générale* : *JurisData* n° 2015-007287 ; *Prop. industr. 2015, comm. 45, J. Larrieu*. – P. Deprez, V. Fauchoux, F. Dumont et J.-M. Bruguière, *Le parasitisme économique*, préf. Ph. Le Tourneau : *LexisNexis* 2023, n° 105). Enfin, la notoriété du parasite ou de ses produits et services n'est pas une condition de la concurrence parasitaire (Ph. Le Tourneau, *JCl. Concurrence – Consommation*, fasc. 570, § 41 et s.) et le défaut de notoriété ne fait pas obstacle à la démonstration que le parasite a tiré indûment profit des efforts et du savoir-faire de sa victime.

26. - Made in France et parasitisme. – La « chaise A » et le « tabouret H » sont devenus iconiques du design français et du « made in France ». Ces austères sièges métalliques, tendance mobilier industriel, qui sont distribués par la société Tolix ont été dessinés dans les années trente par le designer Xavier Pauchard. Des copies fabriquées en Chine sont commercialisées à bas prix par la société Gifi au cours de l'année 2018. Décidée à mettre un terme aux activités de ce concurrent, Tolix fait flèche de tout bois devant les juges.

Premièrement elle accuse ce concurrent de contrefaçon de ses marques tridimensionnelles. En effet, la forme des deux sièges a fait l'objet d'un enregistrement de marque. Mais la cour d'appel (*CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 déc. 2023, n° 22/01602, SAS Tolix Steel Design* : *JCP E* 2024, 1065, § 44 et s. ; *PIBD* n° 1222, III, p. 5), comme les premiers juges avant elle, annule ces marques pour défaut de caractère distinctif, notamment parce que la forme de ces sièges leur confère leur valeur substantielle.

Deuxièmement, Tolix invoque ses droits d'auteur sur les deux meubles et soutient que Gifi s'est rendue coupable de contrefaçon de droit d'auteur. La cour d'appel reconnaît que la chaise A et le tabouret H présentent des combinaisons de caractéristiques singulières résultant de choix esthétiques arbitraires faits par leur créateur et admet que les deux pièces sont éligibles à une protection par le droit d'auteur. Mais le délai de protection du droit d'auteur ayant expiré le 31 décembre 2018, soit 70 ans après la mort de l'auteur, l'action en contrefaçon ne peut atteindre qu'une courte période « de commande, importation et détention en vue de la vente » desdits sièges par Gifi. Par ailleurs, la cour estime que seule la chaise A a été contrefaite par Gifi.

Troisièmement, Tolix introduit une demande complémentaire en concurrence déloyale et parasitaire. Il s'avère en effet que 7 000 sièges ont été vendus par Gifi. Des sièges qu'elle a importés de Chine au prix de 13,09 et 11,43 € et revendus 39 et 49 €, quand les prix de vente des originaux pratiqués par Tolix se situent entre 200 et 300 €. Alors que Tolix a consacré des sommes importantes à des campagnes de promotion de ces sièges et à « des inves-

tissements directs dans sa chaîne de production en France », en distribuant des copies médiocres, à très bas prix, Gifi a détourné et terni le prestige attaché à une production de qualité en France. « Ces agissements ont porté atteinte à l'image de la société Tolix et contribué à la dévalorisation des investissements qu'elle consacre à la promotion de ses produits "made in France" s'agissant de copies de moindre qualité, importées de Chine et sans garantie quant à leurs conditions de fabrication », conclut la cour (rapp. : Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 : JurisData n° 2020-001762 ; Propr. industr. 2020, comm. 33, J. Larrieu ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 62, M. Malaurie-Vignal). Produire sur le territoire national coûte cher, on le sait. Les industriels qui s'y contraignent consentent des investissements importants dont la contrepartie se mesure en termes d'image. L'image positive d'un « fabriqué en France » qui constitue un avantage aux yeux du public, une valeur économique identifiée et individualisée (*Made in France et valorisation de la qualité et du savoir-faire, dossier (dir.) M. Malaurie-Vignal : Dalloz IP/IT 2022, p. 478 et s., et 2023, p. 8 et s.*). Ainsi, la copie de modèles tombés dans le domaine public, mais fabriqués en France, est sanctionnée parce qu'elle sape déloyalement les investissements réalisés par ceux qui s'astreignent à produire sur le territoire national. Le parasitisme vient au secours du « made in France » (rapp. : C. consom., art. L. 121-2, 2°, b).

27. - Parasitisme : revente de cosmétiques d'occasion. – Le marché de l'occasion de cosmétiques est-il libre et peut-on revendre sans risque des échantillons gratuits, des flacons entamés ou des produits de seconde main à l'état neuf ? La cour d'appel de Rennes saisie par la Maison Chanel avait dû répondre à ces questions. En effet, une consommatrice, acheteuse régulière de produits Chanel auprès d'un distributeur agréé, avait revendu ces cosmétiques à une entreprise qui, à l'enseigne Easy Cash, offrait à la vente toutes sortes d'objets, neufs ou d'occasion. Chanel dénonçait une atteinte à sa marque et un comportement parasitaire du revendeur et avait obtenu gain de cause sur ces deux points devant la cour d'appel. L'arrêt fit l'objet d'un pourvoi en cassation (Cass. com., 6 déc. 2023, n° 20-18.653, *Sarl Ouest SCS et a. c/ Sté Chanel* : JurisData n° 2023-021839 ; JCP G 2024, doctr. 613 ; Contrats, conc. consom. 2024, comm. 39, M. Malaurie-Vignal).

Le revendeur contestait sa condamnation pour contrefaçon de marque en invoquant la théorie de l'épuisement des droits (CPI, art. L. 713-4). Le titulaire de la marque, dont les produits portant la marque ont été mis dans le commerce sur le territoire de l'Union européenne avec son accord, ne peut s'opposer à la circulation ultérieure de ces produits. Mais la chambre commerciale approuve la cour d'appel qui a refusé d'admettre le jeu de la théorie de l'épuisement des droits en rappelant que la remise d'échantillons gratuits ne constitue pas une mise dans le commerce (CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal*, pt 73 : JurisData n° 2011-021879 ; Europe 2011, comm. 320, L. Idot ; Propr. industr. 2011, comm. 71, A. Folliard-Monguiral ; Comm. com. électr. 2011, comm. 99, C. Caron) et qu'en tout état de cause le titulaire de la marque demeure libre de s'opposer à la revente de produits altérés ou dont l'emballage a été retiré ou dégradé (CPI, art. L. 713-4, al. 2). L'atteinte au droit de marque était donc confirmée.

S'agissant du parasitisme, la cour d'appel avait jugé que, si la revente de cosmétiques d'occasion ne pouvait être interdite, le revendeur ne devait pas concurrencer la vente de produits neufs dont le réseau de distribution sélective a l'exclusivité et qu'il avait commis une faute en mentionnant sur ses étiquettes tant son propre prix de revente que celui du produit neuf. Une comparaison ayant pour but de s'approprier la clientèle des produits neufs Chanel cherchant la « bonne affaire » par des méthodes parasites, selon les juges. Raisonement peu convaincant car le propre du marché de l'occasion n'est-il pas de proposer une réduction de prix par rapport au produit neuf d'origine ? Informer le consommateur de cette différence de prix ne saurait constituer une faute (rapp. : M. Malaurie-Vignal : Contrats, conc. consom. 2024, comm. 39).

C'est sans doute pourquoi la chambre commerciale préfère retenir un autre argument pour justifier la condamnation du revendeur pour parasitisme. En effet, le revendeur ne se contentait pas de proposer des produits Chanel d'occasion à ses clients, il avait l'audace de les envoyer tester préalablement ces cosmétiques dans la boutique d'un revendeur officiel de la marque Chanel installé dans la même galerie marchande. Profiter sans vergogne de la réputation et des investissements de la prestigieuse Maison Chanel et de ses points de vente officiels, une caricature de parasitisme !

28. - Dégoulinages et parasites. – Un style artistique, pas plus qu'une technique de peinture, ne peut être couvert par un droit d'auteur. Il en va ainsi de la technique de la coulure ou « dripping » qui consiste à faire apparaître des traînées dégoulinantes de peinture sur la toile. Cette démarche picturale n'est pas nouvelle. Janet Sobel et Jackson Pollock ont donné ses lettres de noblesse au « laisser goutter » dans les années quarante. Cependant, l'artiste Zevs a créé en 2010 une œuvre particulière intitulée « Liquidated Google » représentant le logo multicolore Google avec des coulures colorées, de formes et de longueurs diverses, se répandant verticalement à partir de chaque lettre, dont certaines dégoulinent de la partie supérieure de chaque lettre dans la même couleur vive de la lettre. Le bénéfice d'une protection par le droit d'auteur est reconnu par le tribunal de Paris à cette œuvre originale « suffisamment identifiée », alors que l'artiste ne réclame pas une exclusivité sur un courant pictural en général (*TJ Paris, 3^e ch., 3^e sect., 27 mars 2024, n° 21/04132, X c/ SA Givenchy* : JurisData n° 2024-008506). Néanmoins, le T-shirt commercialisé par la société Givenchy qui est orné du nom de cette marque, chaque lettre de couleur différente étant prolongée par des coulures de fils brodés de la même teinte, ne reproduit pas « la combinaison des caractéristiques originales de l'œuvre Liquidated Google », décident les juges. En l'absence de reproduction des caractéristiques originales de l'œuvre revendiquée, la contrefaçon n'est pas établie.

En revanche, Givenchy est condamné sur les terrains du parasitisme et de la concurrence déloyale. Le seul fait de reprendre le concept mis en œuvre par un concurrent ne constitue pas un agissement parasitaire, se défend Givenchy. Condamner la reprise de l'idée de peinture dégoulinante reviendrait à interdire la technique du « dripping » et limiter la liberté de création des tiers de façon abusive (C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 6^e éd., n° 69 et s.). Mais Givenchy est allé au-delà de la simple reproduction de la technique de la coulure. D'abord, contrairement à ses usages, elle a représenté les lettres de sa dénomination dans des couleurs différentes, à l'imitation du logo Google, lui-même imité dans le tableau « Liquidated Google ». Comme dans le tableau, chaque coulure brodée est de la même couleur que la lettre d'où elle ruisselle afin de « donner l'illusion d'une liquéfaction du logo d'une marque de luxe » empruntant ainsi la caractéristique principale et inédite du travail de l'artiste peintre. La volonté de s'inscrire dans le sillage de l'œuvre « Liquidated Google » apparaît alors évidente. L'objectif étant de profiter sans bourse délier de la notoriété acquise par le travail de Zevs dont témoigne la forte progression de la cote de l'artiste. Le parasitisme est avéré. La notoriété de l'œuvre peut, en outre, amener le public à penser que l'artiste peintre a été associé à la conception des t-shirts commercialisés par Givenchy. D'où la condamnation supplémentaire pour concurrence déloyale par création d'un risque de confusion.

29. - Identité visuelle colorée. – Le droit n'est pas indifférent aux couleurs. Tantôt il les utilise comme un langage, tantôt il les réglemente ou les interdit, tantôt il leur attache un statut particulier ou un régime juridique spécifique, tantôt il permet leur appropriation (J. Larrieu, *Couleur et droit* : LexisNexis, 2022). Il arrive ainsi qu'un agent économique revendique l'exclusivité d'une combinaison de couleurs au nom de la protection de son identité visuelle. Le droit de la concurrence déloyale et parasitaire, espère-t-il, doit lui

permettre de défendre son pré carré de couleurs contre les concurrents qui osent utiliser la même palette de coloris. C'est ce qu'avait plaidé avec succès la société Mega Dental devant les premiers juges qui avaient condamné sa concurrente dans la vente de matériel dentaire, la société Promodentaire, pour avoir copié ses codes couleur dans son matériel publicitaire. L'affaire vint devant la cour d'appel de Paris (**CA Paris, pôle 5, ch. 1, 3 avr. 2024, n° 22/04723, SAS Promodentaire c/ SNC Mega Dental**). Mega Dental reprochait à sa rivale d'avoir imité les codes couleur de ses supports de communication et d'avoir utilisé certaines expressions dont elle revendiquait la paternité comme le slogan « *moins cher la preuve* » ou le terme « *Mega* ». Mais la cour relève que les couleurs apposées par Mega Dental « *sur ses flyers publicitaires ont varié régulièrement sur la période 2017-2018, alternant le rouge, le noir, l'orange, le jaune, le bleu ou le vert* ». De plus, si ces documents sont recouverts de couleurs vives, « *cet usage est largement répandu en matière publicitaire* ». « *Cette communication publicitaire ne présente aucune spécificité ou originalité particulière s'agissant de la combinaison usuelle de couleurs vives avec des slogans accrocheurs* », constatent les magistrats parisiens. Bref, l'intéressée « *ne justifie nullement d'une identité visuelle propre en matière de code-couleur* ». Elle ne peut prétendre interdire aux autres opérateurs économiques l'usage des mêmes associations de couleurs. En effet, une combinaison de couleurs ne constitue une identité visuelle protégeable qu'à la condition de démontrer qu'elle se démarque des habitudes du secteur et qu'elle bénéficie d'un usage constant et durable ou d'une certaine notoriété (*dans le même sens : CA Riom, 3^e ch. civ et com., 20 mars 2024, n° 23/00165, SAS Béaba c/ SAS Babymoov Group : JurisData n° 2024-004231 ; Propr. industr. 2024, comm. 52, J. Larrieu ; de telle sorte que le code visuel est devenu distinctif de l'entreprise : M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen : Sirey, 8^e éd., p. 200*). Les codes de communication de Mega Dental ne satisfaisaient aucune de ces exigences. Ne sont caractérisés ni les actes de concurrence déloyale, ni le parasitisme.

30. - **La couleur de la clôture.** – « *Des barbelés sur la prairie* », on s'en souvient, ont donné du fil à retordre au célèbre cow-boy Lucky Luke et à Joly Jumper, sa monture. Le fil de clôture a souvent engendré des conflits entre sédentaires et nomades, entre cultivateurs et éleveurs. L'affaire examinée par la cour de Rennes (**CA Rennes, 3^e ch. com., 11 juin 2024, n° 22/06824, Lacme SAS c/ Sté Gallagher Europe BV, Sarl Gallagher France : JurisData n° 2024-014864**) est un peu différente ; elle oppose deux fabricants de clôture électrique.

Pourquoi diantre la société Gallagher, sa rivale néerlandaise sur le marché de la clôture électrique pour bétail, s'est-elle lancée dans la commercialisation de fil conducteur de couleur uniformément bleue en abandonnant la couleur orange, couleur emblématique de son pays d'origine, sinon pour imiter la dominance bleue de ses fils qui est le signe caractéristique des produits de la société Lacme depuis plusieurs années ? Le comportement de sa concurrente batave conduit la société Lacme à intenter une action en concurrence déloyale et parasitaire pour faire condamner l'usage par sa rivale de « *conducteurs de clôture électrique de couleur bleue qui n'incluent pas d'élément différenciant orange* ».

Mais la couleur bleue ne serait-elle pas imposée par la fonction technique du produit, ce qui justifierait son adoption par tous les fabricants de clôtures électriques et exclurait toute faute dans son usage ? « *La couleur bleue serait mieux vue du bétail et des animaux* », est-il prétendu. Mais la cour de Rennes écarte avec dédain cette thèse fantaisiste : « *Les pièces produites devant la cour ne permettent pas de se prononcer clairement sur le fait qu'un animal perçoive ou non mieux la couleur bleue qu'une autre couleur, tout particulièrement de nuit et donc sensiblement la moitié du temps d'une journée*. » La nuit, tous les chats sont gris, et il en va de même des clôtures... La couleur bleue des fils de clôture est donc davantage destinée au regard de l'acheteur poten-

tiel qu'à celui du bovin au pacage, et la société Lacme l'a longtemps employée dans sa communication commerciale vis-à-vis de la clientèle. Mais la cour juge que « *l'utilisation d'une couleur bleue, non protégée, ne permet pas l'identification particulière du produit comme ayant une origine donnée* ». Cette teinte bleue n'est pas perçue par l'acheteur comme un signe distinctif du produit, mais simplement comme la couleur du produit.

Dans ces conditions, la commercialisation par la société concurrente de fils bleus, couleur qui n'est pas porteuse d'un sens particulier, notamment d'une indication d'origine, n'est pas de nature à créer un risque de confusion entre les produits. Il n'y a pas concurrence déloyale. Il n'y a pas parasitisme non plus, car la couleur bleue des fils ne représente pas une valeur économique identifiée et individualisée dont Lacme aurait l'exclusivité. Les investissements, notamment publicitaires, qui auraient pu faire de la couleur bleue un signe emblématique reconnu dans le secteur de la clôture électrique, ne sont pas démontrés. De plus, les faits ne révèlent pas l'intention de la société Gallagher de se placer dans le sillage de sa rivale, puisque la compagnie néerlandaise a continué à commercialiser des fils de différentes couleurs et principalement des fils à dominance orange, les emballages étant clairement identifiés comme provenant de cette société.

31. - « **Parasitisme d'atmosphère** » – Celine, la maison de mode française emblématique, accuse Mango et Punto Fa, entreprises de prêt-à-porter de milieu de gamme, d'avoir adopté une attitude de suivisme systématique et d'avoir copié de nombreux articles de ses collections 2017 et 2018 essentiellement. Après avoir soigneusement comparé un à un les articles de maroquinerie, les bijoux et les divers accessoires de mode concernés, la cour d'appel de Paris conclut que « *ces reprises, prises individuellement, ne sont pas en soi fautives* » (**CA Paris, pôle 5, ch. 2, 10 nov. 2023, n° 21/19126 : Propr. industr. 2024, chron. 8, M. Faessel et F. Glaize**), tout en ajoutant que « *les modèles Mango sont toutefois très inspirés des modèles commercialisés par la société Céline et sont pour la plupart commercialisés peu après leur présentation lors d'un défilé* ». Elle va alors condamner au titre du parasitisme un comportement global de suivisme. Elle explique que « *ces reprises répétées par les sociétés Punto Fa et Mango France de produits à succès de la société Céline ne peuvent être considérées comme fortuites, celles-ci tendent à générer une évocation des produits de la société Céline dans l'esprit de leur clientèle, et ainsi à profiter sans bourse délier des investissements et de la notoriété des articles de la société Céline pour vendre leurs propres produits, les circonstances que les produits portent la marque Mango ou n'aient pas rencontré une réussite commerciale étant indifférents à écarter les actes fautifs* ». Un parasitisme par évocation ou un « *parasitisme d'atmosphère* », selon l'heureuse formule du professeur Le Stanc (*Propr. industr. 2024, repère 2. – Comp. : CA Paris, pôle 5, ch. 1, 5 juin 2024, n° 22/06786, Officine Panerai AG et Cartier SAS : JurisData n° 2024-009297 ; PIBD 2024, n° 1230, III, p. 2 ; V. n° 22*).

Le lien entre les produits de la victime et ceux du parasite qui révèle la volonté du second de s'inscrire dans le sillage de la notoriété du premier peut-il être réduit à une simple « *évocation* » ? Au risque de gonfler exagérément le domaine de la théorie du parasitisme. D'autant que le monde de la mode est particulier, avec la nécessité pour tous les acteurs du secteur de s'ancrer dans les tendances du moment. « *Les entreprises sont en tension permanente entre la nécessité d'un renouvellement, d'une innovation et la nécessité d'être dans la tendance du moment et donc de ne pas trop se distinguer des autres. La copie est consubstantielle à ce secteur* », explique Marie Malaurie-Vignal (*La copie d'un article de mode peut-elle devenir licite ? : Propr. industr. 2017, étude 19, § 1*). La tendance du moment relève de l'inspiration collective, qui implique le partage. Des éléments communs qui font partie de l'air du temps se retrouvent forcément dans les collections des maisons de couture concurrentes. Les imprimés, les modèles, les rayures,

les matières de l'une évoquent ceux de l'autre. Est-ce suffisant pour fonder une action en parasitisme ?

Mais ce n'est pas la même chose de s'inscrire dans une tendance générale et d'essayer de capter indûment l'univers particulier qu'a créé une prestigieuse maison de couture autour d'une collection nouvelle. Zara a été condamnée pour s'être trop inspirée de l'univers singulier d'une collection de mode créée par Dior (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} févr. 2022, n° 20/03318, Sarl Zara France, SA Inditex c/ SA Christian Dior Couture : JurisData n° 2022-007156 ; Propr. industr. 2022, comm. 25, J. Larrieu). L'identité visuelle d'une maison de mode est une valeur économique individualisée qui mérite protection. Elle ne saurait reposer uniquement sur le caractère luxueux de ses produits et la renommée mondiale de son directeur artistique, fût-il Hedi Slimane ; la prétendue victime du parasitisme doit démontrer la spécificité de l'univers qu'elle a créé.

La cour condamne sévèrement la société Mango à une indemnité de 2 M€ pour un chiffre d'affaires réalisé par la vente des imitations de seulement 279 000 €. Or, selon toute vraisemblance, le suivi de celle-ci n'a pas fait perdre une seule vente à Celine, les deux maisons s'adressant à des clientèles très différentes. Dans ces conditions, n'eût-il pas été plus équitable, pour évaluer l'indemnité due à la victime des agissements parasitaires, de prendre en considération précisément les bénéfices et les économies réalisées par le parasite, plutôt que d'évoquer artificiellement « les conséquences dommageables causées en raison de la présentation des articles sur le site shop.mango.com » (comp., CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} févr. 2022, n° 20/03318, Sarl Zara France, préc. – CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 déc. 2023, n° 22/01602, SAS Tolix Steel Design : JCP E 2024, 1065, § 44 et s. ; PIBD n° 1222, III, p. 5 ; V. n° 33) ?

32. - **Plagiat.** – « Le plagiat n'est jamais qu'une citation déguisée ou abusive. Une citation qui ne dit pas son nom », diront ceux qui souhaitent minimiser le problème (J.-L. Hennig, *Apologie du plagiat* : Gallimard, coll. L'infini, 1997, p. 48). Un simple oubli de guillemets en quelque sorte. Pas de quoi en faire toute une histoire ! Certes, mais l'auteur qui se trouve ainsi dépossédé de ses pensées et de ses recherches par un suiveur paresseux goûte peu ce « vampirisme intellectuel ». Un sentiment d'injustice ressenti d'autant plus douloureusement quand la victime est un obscur jeune chercheur pillé par un personnage en place, quasiment intouchable (H. Maurel-Indart, *Plagiats, les coulisses de l'écriture* : éd. de la Différence, coll. Les Essais, p. 79 et s.). L'Université n'est pas à l'abri de ces dérives qui mettent à mal l'intégrité scientifique (H. Maurel-Indart, *Plagiats, les coulisses de l'écriture* : éd. de la Différence, coll. Les Essais, p. 61 et s. – M. Bergadaà, *Une brève histoire de la lutte contre le plagiat dans le monde académique* : Questions de communication 2015/1, n° 27. – J. Larrieu, *Le plagiat universitaire sanctionné* : Rev. Juridique de l'Ouest, 2011/1, 115, p. 171 et s.). Une affaire jugée par le tribunal judiciaire de Rennes le 6 mai 2024 en fournit un exemple supplémentaire (TJ Rennes, 2^e ch. civ., 6 mai 2024, n° 21/03382 : JurisData n° 2024-008062). En l'occurrence, il s'agit plutôt de jeunes chercheurs qui sont accusés d'avoir copié sans le signaler les travaux d'une professeure. Celle-ci soutient que l'article qu'elle a co-écrit en 2016 avec Y., maître de conférences, qui était intitulé « *Imagerie multimodale, apport de la multi fonctionnalité en nano médecine* », a été plagié par une publication scientifique de 2019 co-signée par Y. et une étudiante.

Mais quelles armes offre le droit pour lutter contre le plagiat ? On pense évidemment au droit d'auteur et au droit de la concurrence déloyale et parasitaire.

Le droit d'auteur ? Les juges se montrent parfois sévères dans l'appréciation de l'originalité des écrits scientifiques, la rigueur nécessaire de l'exposé des éléments rapportés laissant peu de place à l'expression de la fantaisie de l'auteur (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 30 nov. 2018, n° 17/08267 : JurisData n° 2018-021465 ; LEPI févr. 2019, n° 112b9, obs. A. Lebois. – CA Bordeaux, 11 mai 2021,

n° 18/02506 : JurisData n° 2021-007299 ; LEPI déc. 2021, n° 20013, obs. A. Zollinger. – CA Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 2 mai 2023, n° 20/02868 : JurisData n° 2023-010801 ; LEPI juill. 2023, n° DPI201r1, obs. A. Zollinger ; Comm. com. électr. 2024, chron. 5, § 2, obs. E. Emile-Zola-Place. – C. Bernault et A. Lebois, *JCl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1135 : *Objet du droit d'auteur. – Œuvres protégées. Règles générales*, § 47). En l'espèce, la demanderesse invoquait l'originalité du plan et du contenu de l'article qu'elle avait co-écrit en 2016. Selon elle, le plan suivi reflétait une démarche intellectuelle obéissant à « une construction mentale spécifique » consistant à « présenter les autres systèmes avant d'asseoir la spécificité des siens ». La partie adverse soutenait que ledit article n'était qu'un passage en revue de l'état de l'art antérieur. Quant au tribunal, il juge que le plan relève d'une méthode comparative classique et ne procède pas d'une « démarche intellectuelle inédite » de la part de ses auteurs : « Ce type de plan aurait pu être suivi par tout autre chercheur. » Exit le droit d'auteur à la suite de cette remarque assassine.

Heureusement, il restait le parasitisme. Toutefois le tribunal, estimant que le parasitisme ne peut se concevoir qu'entre « agents économiques », ce que ne sont pas les universitaires, écarte cette doctrine et décide d'examiner les faits au seul regard de la responsabilité civile de droit commun (déjà dans ce sens : CA Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 21 janv. 2020, n° 18/03650, Sarl Item Voyage c/ AFP : JurisData n° 2020-001514 ; Propr. industr. 2020, chron. 9, § 17, J. Larrieu). C'est oublier la jurisprudence qui étend l'action parasitaire au-delà des seuls secteurs économiques (Cass. com., 16 févr. 2022, n° 20-13.542 : JurisData n° 2022-002163 ; Propr. industr. 2022, comm. 33, J. Larrieu).

Le tribunal rennais souligne alors qu'au mépris du Code de déontologie des métiers de la recherche et de la Charte européenne du chercheur, « les auteurs de l'article de 2019 ont pris le parti délégué de minimiser, pour ne pas dire taire, l'incontestable contribution scientifique de madame J dans le domaine traité », en évitant soigneusement de citer ses publications. Ils ont eu un « comportement indélicat contraire à la déontologie et aux bons usages universitaires », constitutif d'une faute au sens de l'article 1240 du Code civil. Ils doivent indemniser la victime. Celle-ci ne peut invoquer qu'un préjudice moral résultant de l'atteinte portée à sa renommée scientifique, son collègue Y. étant « ainsi apparu de façon fallacieuse aux yeux des universitaires nantais » comme le seul auteur des résultats de leurs travaux de recherche. Apparemment, les juges ne font pas grand cas de la réputation scientifique puisqu'ils accordent seulement 1 000 € au titre du préjudice moral de la victime et 1 500 € au titre de l'article 700 du CPC. À peine de quoi couvrir ses frais. La professeure plagiée se consolera en se disant qu'il n'y a rien de plus élogieux que d'être pillée : « J'aimerais quelqu'un qui me sache déplumer » écrivait Montaigne (cité par J.-L. Hennig, *Apologie du plagiat* : Gallimard, coll. L'infini, 1997, p. 114).

4. Préjudice

33. - **Évaluation de l'indemnisation du préjudice.** – « La cour rappelle que lorsque les effets préjudiciables, en termes de trouble économique, d'actes de concurrence déloyale (au sens large, en ce compris les actes de parasitisme) sont particulièrement difficiles à quantifier, ce qui est le cas de ceux consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent – tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent pour celui-ci un avantage concurrentiel –, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 29 mai 2024, n° 22/01642, SAS Orfèverie Christoffe c/ Sté Mari Luca F Pete-

rich, *préc.*). L'évaluation des réparations à accorder à la victime d'un parasitisme peut être fondée sur les bénéfices ou sur les économies réalisées par l'auteur des agissements parasitaires (*méthode que le législateur avait réservée à l'indemnisation de la contrefaçon*, V. par ex. : CPI, art. L. 331-1-3. – Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2018, n° 16-26.531, *Sté 3DSoft : Propr. industr. 2018, chron. 10*, J. Larrieu ; *Contrats, conc. consom. 2018, comm. 130*, M. Malaurie-Vignal). La cour d'appel de Paris l'affirme nettement, sans s'embarrasser de circonlocutions. La solution est logique et doit être approuvée car, dans de nombreuses circonstances, le parasitisme ne cause aucune perte (*damnum emergens* ou *lucrum cessans*) au parasité, par exemple aucune fuite de clientèle quand ce sont des produits de luxe onéreux qui sont parasités par des produits de gamme très ordinaire. Cette affirmation de principe – principe que la cour parisienne « rappelle » – montre que la jurisprudence initiée par la chambre commerciale dans l'arrêt *Cristallerie de Montbronn* (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 : *JurisData* n° 2020-001762 ; *Propr. industr. 2020, comm. 33*, J. Larrieu) est en train de prendre racine. Parmi les décisions récentes qui ont adopté cette méthode d'évaluation, citons un arrêt de la même chambre de la cour de Paris (**CA Paris, pôle 5, ch. 1, 20 déc. 2023, n° 22/01602, SAS Tolix Steel Design** : *JCP E* 2024, 1065, § 44 et s. ; *PIBD* 2024, n° 1222, III, p. 5) et, moins nettement, un jugement du tribunal judiciaire de Marseille qui calcule la réparation du parasitisme en fonction des économies réalisées par le parasite (**TJ Marseille, 1^{re} ch. civ., 13 juin 2024, n° 22/00858**), outre les décisions antérieures de juridictions du fond (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 1^{er} févr. 2022, n° 20/03318 : *JurisData* n° 2022-007156 ; *Propr. industr. 2022, comm. 25*, J. Larrieu. – V. *jurispr. citée ss* : *Propr. industr. 2020, chron. 9*, § 22 ; *Propr. industr. 2022, chron. 10*, § 32, et nos obs.). Ces entorses à l'impératif compensatoire de l'action en responsabilité civile sont justifiées par la spécificité d'un dispositif inspiré par la nécessité de sanctionner un enrichissement injustifié (Ph. Le Tourneau, *Le parasitisme* : Litec, 1998, n° 246. – L. Cadiet, note ss CA Paris, 18 mai 1989 : D. 1990, p. 340. – P. Deprez, V. Fauchoux, F. Dumont et J.-M. Bruguière, *Le parasitisme économique* : LexisNexis, 2023, n° 52 et s.).

Il convient de noter que le recours à cette méthode d'évaluation des indemnités à allouer à la victime du parasitisme est cantonné par la cour parisienne aux hypothèses de difficulté de la preuve du préjudice. Hypothèse fréquente si l'on en croit une autre chambre de la même cour : « *Les pratiques déloyales (...) induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles* » (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 10 nov. 2023, n° 21/19126, *Sarl Mango, Sté Punto FA SL c/ SA Celine, préc.*, qui n'applique cependant pas la méthode de calcul).

Il est important de noter aussi que la cour de Paris étend le champ d'application de ce mode de calcul à l'ensemble de la concurrence déloyale, alors qu'il était limité jusqu'ici à la seule concurrence parasitaire.

Enfin, il convient de souligner que la prise en compte des bénéfices et des économies réalisés par l'auteur du parasitisme est une possibilité pour le juge et non une obligation tandis que, au contraire, les articles du Code de la propriété intellectuelle enjoignent au juge de prendre ces éléments en considération dans l'évaluation de la réparation de la contrefaçon (C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 6^e éd., n° 580).

5. Procédure

34. - Prescription de l'action. – « *Une action en concurrence déloyale de nature délictuelle est soumise au régime de la prescription de l'article 2224 du Code civil* » : le principe a été posé par la Cour de cassation (Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-19.153 :

Propr. industr. 2020, chron. 9, § 23, J. Larrieu ; *Contrats, conc. consom. 2020, comm. 82*, M. Malaurie-Vignal ; *RTD com. 2020*, p. 845, J. Passa). Le délai quinquennal de prescription doit partir, selon l'article 2224, du jour où le demandeur à l'action « *a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* », peu important que les agissements déloyaux se soient inscrits dans la durée. Certes, mais lorsque votre voisin épicier attire déloyalement la clientèle depuis plusieurs années en vendant des produits de la ferme qui ne proviennent pas en réalité d'une ferme, la concurrence déloyale que vous subissez vous apparaît comme un comportement renouvelé chaque jour, un processus continu et non pas un événement particulier qui a eu lieu il y a plusieurs années, au moment où vous avez commencé à vous rendre compte de la supercherie. D'autant que cette pratique n'a pas cessé, les ventes succédant aux ventes, chacune constituant un acte déloyal à l'égard de la victime du comportement déloyal. Il pourrait paraître logique de fixer le point de départ de la prescription quinquennale à la dernière manifestation de l'atteinte à la déontologie commerciale. Comme pour un quasi-délit continu (V. *les explications lumineuses* de H. Aubry : *Contrats, conc. consom. 2024, comm. 6*. – *Rapp.* : C. Masson, *Prescription et action en contrefaçon de droit d'auteur : plaider pour un dualisme tempéré* : *Comm. com. électr. 2024, étude 6*). C'est dans ce sens favorable à la victime du comportement déloyal que s'était prononcée la cour d'appel de Douai. Mais la chambre commerciale casse l'arrêt en rappelant sa jurisprudence (Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-19.153, *préc.*) : « *En statuant ainsi, alors qu'une action en concurrence déloyale, de nature délictuelle, est soumise au régime de la prescription de l'article 2224 du code civil, la cour d'appel, qui n'a pas fait partir le délai quinquennal du jour où la société Chez [P] a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, peu important que les agissements déloyaux se soient inscrits dans la durée, a violé le texte susvisé* » (Cass. com., 15 nov. 2023, n° 22-21.878, **Sté Aubers'so des légumes** : *JurisData* n° 2023-020431 ; *Contrats, conc. consom. 2024, comm. 6*, H. Aubry).

35. - Référé probatoire. – Le demandeur à un référé probatoire doit justifier d'un « *motif légitime* » (CPC, art. 145). La mesure sollicitée du juge des référés doit être nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et ne pas être disproportionnée aux intérêts antinomiques en présence (Cass. 2^e civ., 25 mars 2021, n° 20-14.309, *Sté Sud Radio c/ Sté Médiamétrie* : *JurisData* n° 2021-004009 ; *JCP G* 2021, act. 708, X. Vuitton). La société Gras Savoye a demandé au juge des référés une mesure d'instruction afin d'établir que la société Label Garanti, créée par un ancien salarié, utilise des données lui appartenant. Il s'agissait notamment de vérifier si le calculateur tarifaire de Label Garanti était similaire au sien, ce qui aurait révélé une captation de données et de codes sources. La cour d'appel avait infirmé l'ordonnance de référé au motif que, si l'huissier a constaté l'utilisation d'un outil de tarification par Label Garanti, la société Gras Savoye ne justifie pas de l'outil qu'elle utilise elle-même, « *et par là même que celui utilisé par la société Label garanti est similaire au sien* ». Sans doute les juges du second degré y ont-ils vu un renversement injustifié de la charge de la preuve. L'arrêt est cassé au motif qu'en statuant ainsi, « *la cour d'appel a fait peser sur la requérante la charge de la preuve d'un fait que la mesure demandée avait précisément pour objet de rapporter* » (Cass. 2^e civ., 13 juin 2024, n° 22-10.321, **Sté Willis Towers Watson NSA** : *JurisData* n° 2024-009311. – *Comp.* : Cass. 2^e civ., 4 juill. 2024, n° 22-16.292, *Sté Arcole Industries et a.*). Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation statue dans ce sens (Cass. 2^e civ., 17 févr. 2011, n° 10-30.638, *Sté Macif* : *JurisData* n° 2011-001961 ; *Procédures* 2011, comm. 130, R. Perrot. – Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15.900, *Sté Comater* : *JurisData* n° 2017-020719. – X. Vuitton, *JCl. Procédures civiles, fasc. 1300-15 : Référé spéciaux*, § 15).