

UN AN DE DROIT DE LA CONCURRENCE DELOYALE

INTRO

La jurisprudence en matière de concurrence déloyale et parasitaire est toujours abondante. Le tableau qu'offre cette jurisprudence n'est pas uniforme et ne ressemble en rien à une toile monochrome de Malevitch ou de Klein. Il rappelle davantage les innombrables variations chromatiques et lumineuses des œuvres de l'impressionnisme ou même du fauvisme. On peut s'étonner de cette généreuse variété car ce contentieux repose sur un support textuel unique, l'article 1240 du code civil et la caractérisation d'une faute. Mais il faut croire que l'âpreté de la rivalité commerciale stimule l'imagination fertile des compétiteurs sur le marché pour capter la clientèle par des moyens que la déontologie commerciale réprouve, quand les méthodes loyales ont échoué. Dans les affaires présentées ci-dessous on trouvera d'utiles éclairages sur la notion de préjudice indemnisable et la méthode de calcul de l'indemnisation, sur la responsabilité des actes de concurrence déloyale commis par les fondateurs d'une personne morale, sur l'extension du domaine de la concurrence déloyale hors des cercles commerciaux, sur la frontière séparant le dénigrement de la diffamation, et sur bien d'autres questions.

1. Domaine de la concurrence déloyale

A. – Définition

1. Diverses formes de concurrence déloyale. Revenons aux fondamentaux. Le tribunal judiciaire de Paris nous y invite en nous proposant une définition claire et un panorama récapitulatif des différents cas de concurrence déloyale : « La concurrence déloyale, fondée sur le principe général de responsabilité édicté par l'article 1240 du code civil, consiste dans des agissements s'écartant des règles générales de loyauté et de probité professionnelle applicables dans les activités économiques et régissant la vie des affaires tels que ceux créant un risque de confusion avec les produits ou services offerts par un autre opérateur, ceux parasitaires visant à s'approprier de façon injustifiée et sans contrepartie une valeur économique résultant d'un savoir-faire, de travaux ou d'investissements ou encore, ceux constitutifs d'actes de dénigrement ou de désorganisation d'une entreprise » (*TJ Paris, c h. 3, sect. 2, 25 nov. 2022, CLECIM c/ Deepgray Vision : legalis.net*). Il faut toutefois ajouter à ce tableau presque complet l'hypothèse dans laquelle un acteur économique se dispense de l'observation de quelque réglementation et crée à son profit une rupture d'égalité dans la compétition commerciale avec ses concurrents (*Y. Picod et N. Dorandeu, Concurrence déloyale : Rép. Com. Dalloz, 36 ; J. Passa, Domaine de l'action en concurrence déloyale : JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 240, n° 12 ; Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414 : JurisData n° 2021-003856*). Ainsi, l'entreprise qui se permet de ne pas respecter les prescriptions claires et inconditionnelles d'un règlement européen dont la mise en oeuvre en France n'est subordonnée à aucune mesure nationale d'application, commet une faute et un acte de concurrence déloyale à l'égard de ses rivaux commerciaux (*Cass. com., 28 juin 2023, n° 22-13317, Sté Richardson c/ Sté Ets Bellucci*).

B. – Domaine quant aux personnes concernées

2. Concurrence déloyale d'un fondateur. Un ingénieur sentant son licenciement prochain transféra, depuis sa boîte professionnelle vers une boîte personnelle, plusieurs documents commerciaux importants appartenant à son employeur, la société d'ingénierie industrielle Eras. Ces dossiers contenaient notamment des informations concernant les projets de 34 grandes entreprises clients potentiels et des tableaux « listant une multitude d'entreprises susceptibles d'être intéressées par les services d'une société d'ingénierie et visant la stratégie de Eras dans l'Ouest de la France ». Le licenciement intervint dix jours après. Avec un autre ex-salarié de la même entreprise, il constitua une société d'ingénierie de même spécialité, la société AIGP, un mois et demi environ après son licenciement. Quelques temps après, la société Eras introduisit une action en concurrence déloyale contre la nouvelle société en invoquant le détournement d'informations confidentielles relatives à sa stratégie commerciale. Elle obtenait gain de cause devant la cour d'appel de Lyon alors que l'usage effectif par la société AIGP des données transférées par son co-fondateur n'avait pas été établi, les magistrats estimant que la faute résulte de « l'effectivité des détournements et non de l'usage des données qui pourraient en résulter ». Se fondant notamment sur l'article L. 210-6 du code de commerce, la cour d'appel avait retenu la responsabilité

de la nouvelle société au motif que « l'acte reproché à une personne morale s'analyse au travers de ceux qui sont commis par une personne physique qui lui est attachée par exemple son dirigeant ». Or, à la date des détournements reprochés, leur auteur était encore salarié de Eras et la société AIGP n'avait aucune existence légale. L'arrêt est cassé sur tous ces points (**Cass.Com., 17 mai 2023, n° 22-16.031, Sté AIGP Ingénierie : Contrats Conc. consomm. 2023, comm. 131, M. Malaurie-Vignal**). Premièrement parce que l'action en concurrence déloyale dirigée contre la société ne peut triompher si, alors que les informations ont été détournées par l'ingénieur au temps où il était encore salarié de Eras, n'a pas été constatée « l'appropriation ou la détention par la société AIGP des informations confidentielles relatives à l'activité de la société Eras » (*comp. : Cass. com., 7 sept. 2022, n° 21-13.505 : JurisData n° 2022-014566*). Ce n'est pas parce que l'ex-salarié est « fondateur » de la société concurrente que les informations sont automatiquement appropriées par celle-ci. Il convient de démontrer qu'il les a effectivement transférées à la nouvelle personne morale et que celle-ci les « détient » ce qui constituerait une faute distincte de celle commise par l'associé fondateur (*Cass. com., 7 déc. 2022, n° 21-19.860, sté Foncia GIEP : Contrats, conc. consomm. 2023, comm. 79, H. Aubry ; JCP S 2023, 1009, comm. V. Armillei. Rapp. : CA Versailles, ch. 12, 5 janv. 2023, RG 19/05328, SA Alten c/ SA Astek ; CA Versailles, ch. 12, 2 mars 2023, RG 18/01209, Sarl ADM 21 c/ Mme O et SAS Arc Informatique*). Deuxièmement parce que « à la date des faits litigieux, la société AIGP n'était ni constituée ni immatriculée, de sorte que les agissements fautifs de M. T, qui n'en était pas encore dirigeant, ne pouvaient engager sa responsabilité » (*rapp. : Cass. com., 28 juin 2023, n° 22-10.184*). Selon l'article L.210-6 précité, « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société. ». Or, l'utilisation par la société nouvelle des informations détournées n'ayant pas été démontrée, et le détournement ayant eu lieu avant son immatriculation, elle ne pouvait être déclarée responsable des agissements déloyaux. Du reste, seuls des actes juridiques peuvent être repris, non des faits constitutifs de concurrence déloyale (*R. Besnard Goudet, Constitution des sociétés, JCl Sociétés, Fasc. 27-10, n° 82 ; Legeais, Société en formation, JCl Sociétés Traité, Fasc. 27-15, n° 18 ; CA Paris, 24 févr. 1977 : D 1978, Jur. , p. 32, note J.-Cl. Bousquet ; JCP G 1978, II, 18957, note Y. Chartier ; Cass. com., 3 déc. 2002, n° 999-21.758 : JurisData n° 2002-016949*).

3. Art dramatique et concurrence déloyale. Imaginerait-on Molière assignant Corneille en concurrence déloyale au prétexte que sa participation à la cabale contre L'Ecole des Femmes aurait désorganisé la troupe de ses comédiens ? La vie théâtrale paraît étrangère aux vicissitudes de la rivalité commerciale. Et pourtant, c'est de concurrence déloyale qu'une troupe lyonnaise de théâtre accusait une autre compagnie donnant des spectacles dans la même ville. Toutes les deux étaient spécialisées dans le théâtre d'improvisation. La première, l'association Et Compagnie, se produisait chaque semaine dans une salle exploitée par l'association des Amis de l'Espace A. Depuis 2010 elle donnait une fois par an, en février, un spectacle intitulé « Le Mondial de l'impro » en coproduction avec les Amis de l'Espace A. A partir de 2015 le spectacle, dont l'organisation était assurée par les Amis de l'Espace A, se tint dans une grande salle, la Bourse du Travail. L'Espace A accueillait les spectacles hebdomadaires d'une autre compagnie de théâtre d'improvisation, Kamélyon Impro, fondée notamment par un ancien de Et Compagnie. Coup de théâtre au cours de l'année 2016, les Amis de l'Espace A s'associaient à Kamélyon Impro pour organiser un « Mondial d'Impro » à la Bourse du Travail en février 2017. C'est alors que l'association Et Compagnie décida d'assigner en concurrence déloyale et parasitaire l'association les Amis de l'Espace A et divers autres protagonistes de l'affaire auxquels ils reprochaient des faits de dénigrement, désorganisation, confusion et parasitisme. En face on rétorquait que « la recevabilité de l'action entre associations à but non lucratif n'ayant qu'une activité économique accessoire n'est pas certaine » et que M. (Aa) « intermittent du spectacle ne peut être actionné pour concurrence déloyale ». Sur cette question, la mise au point de la cour lyonnaise mérite d'être citée entièrement : « La concurrence déloyale et le parasitisme ne sont pas cantonnés aux opérations commerciales mais concernent tous les opérateurs économiques ; pour financer leur action et les manifestations qu'elles organisent, les associations à but non lucratif ont besoin de fonds qu'elles trouvent auprès de leurs membres et du public. Quand bien même elles ne peuvent se prévaloir d'un droit privatif, elles acquièrent un savoir-faire et une notoriété qu'elles doivent pouvoir protéger d'une imitation susceptible de créer une confusion dans l'esprit du public par des actions judiciaires appropriées, à charge pour elles de rapporter la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité » (**CA Lyon, 15 déc. 2022, n° 18/04807**). Le domaine de la concurrence déloyale et parasitaire s'est élargi depuis quelques années à des activités non-commerciales (*Y. Picod et N. Dorandeu : Concurrence déloyale Rép. Com Dalloz, n° 102-104 ; J. Passa, Domaine de la concurrence déloyale :*

JCI Concurrence-Consommation, Fasc. 240, n° 5). Les activités théâtrales ne sont pas détachées des réalités économiques, selon la cour de Lyon, puisqu'elles ont besoin de financements (subventions, cotisations, vente de billets). Elles sont des acteurs du marché en compétition pour combler ces besoins. Elles ont élaboré un savoir-faire et construit une notoriété qui constituent une valeur économique individualisée qu'il convient de protéger contre les captations illégitimes. « L'action en concurrence déloyale.... peut être mise en œuvre quel que soit le statut juridique de l'auteur de la faute » : la Cour de cassation a posé le principe il y a plus de vingt ans (*Cass. com. 30 mai 2000, n° 98-15.549, D. 2001, Somm. 2587, Y. Serra ; Cass. com., 12 mai 2021, 19-17.942 ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 30 mars 2018, CNSPA c/SPA : Propr. industr. 2018, comm. 54, P. Tréfigny ; pour le parasitisme voir : Cass. Com., 16 févr. 2022, n° 20-13.542, La Manif pour Tous/SPA : JurisData n° 2022-002163 ; Propr. industr. 2022, comm. 33, J.L. ; également : Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-12391, Propr. ind. 2015, comm. 49, J.L.*). Dans notre affaire les magistrats lyonnais jugent que les intimées ont créé un risque de confusion en utilisant des affiches quasiment identiques à celles qu'utilisait Et Compagnie pour annoncer « Le Mondial de l'Impro », en reproduisant la référence à un évènement mondial dans le titre du spectacle « dans la même activité, organisé au même endroit et au même moment de l'année que les deux précédentes éditions de l'association Et Cie », en reprenant le même thème pour les spectacles d'improvisation organisés dans la même salle. De plus, il est jugé « qu'en adoptant les codes, les dates et les lieux précédemment utilisés par l'association Et Compagnie », les intimées se sont placées dans son sillage « prenant sa place en profitant de ses efforts, de son savoir-faire, de son travail, de sa notoriété et de ses investissements » et se sont rendues coupables de parasitisme.

C. – Concurrence déloyale et propriété intellectuelle

4. Fait non distinct. « L'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif ». La Cour de cassation a posé le principe dans l'arrêt *Bollé* du 12 juin 2007 (*Cass. com., 12 juin 2007, Sté Bollé Protection, n° 05-17349 : D. 2007, p. 1723, note E. Chevrier*). Le demandeur à l'action en concurrence déloyale subsidiaire à l'action en contrefaçon, quand cette dernière a échoué, peut démontrer que les mêmes faits matériels caractérisent un comportement fautif contraire aux usages loyaux du commerce (*C. Vallaud, Les tensions entre les droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale, Thèse Strasbourg, dir. S. Carre, 2021, P. 469s. ; Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-26.950, Sté Zuccolo Rochet : JurisData n° 2016-011394*). Cette jurisprudence est rappelée par la cour de Versailles dans les termes suivants : « L'action en contrefaçon de la société Killarney n'étant pas accueillie, son action en concurrence déloyale et parasitaire peut reposer sur l'allégation de faits distincts ou non de ceux ayant fondé son action en contrefaçon. » (**CA Versailles, 12^e ch., 2 févr. 2023, RG n° 21/03099, Sarl Killarney : Propr. industr. 2023, comm. 41, J.L.**). Reprochant à son adversaire d'avoir reproduit les éléments caractéristiques d'un vêtement de type layette qu'elle avait conçu, Killarney avait assigné celui-ci cumulativement en contrefaçon de droit d'auteur et en concurrence déloyale et parasitaire. « Les éléments qui constituent cette composition sont banals » et leur protection par le droit d'auteur est exclue avait jugé la cour, mais leur imitation servile dans les produits mis en vente par l'autre partie quelques mois après avoir déclaré qu'elle n'était pas intéressée par la proposition commerciale de Killarney, constitue un « comportement caractéristique de la déloyauté et du parasitisme » (*rappr. : CA Versailles, ch. 1, sect. 1, 22 mars 2022, n° 20/03988, SASA c/SA Elixir Group : JurisData n° 2022-004478 ; Propr. industr. 2022, ch. 10, n°5, J. L.*).

A l'inverse, quand une entreprise qui commercialise des chaussures imitant les fameuses baskets en toile de la société Palladium a été condamnée en appel pour la contrefaçon du modèle et de la marque et pour les agissements parasitaires constitués par l'imitation de ce produit à « forte visibilité », son pourvoi en cassation est bien accueilli par la Chambre commerciale. Son moyen selon lequel, « la concurrence déloyale et le parasitisme ne peuvent pas être retenus sur le fondement d'actes déjà sanctionnés au titre de la contrefaçon », n'est pas nouveau et peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation puisque ce « vice ne pouvait être décelé avant que l'arrêt ne soit rendu » (**Cass. com., 28 juin 2023, n° 22-10.759, Sté Sissi Perla, Sté Auberstar c/sté KSGB**). La cour d'appel a eu tort de prononcer cette double condamnation au titre de la contrefaçon et de la concurrence déloyale « sans caractériser d'actes distincts de ceux qu'elle retenait par ailleurs au titre de la contrefaçon du modèle déposé et de la marque Palladium ».

2.Faute

A. Création d'un risque de confusion

5.Pieds striés. Il faut peser les mots de sa communication commerciale, ils peuvent avoir un effet boomerang. La société Lalique l'a appris à ses dépens. Dans la campagne de promotion de sa nouvelle collection de verres « 100 Points », la célèbre cristallerie soulignait que le « verre se distingue par sa jambe striée à côtes dépolies » conférant un raffinement et un « style unique » à cette collection. Or, quelques temps après, elle reprochait à Habitat d'avoir reproduit dans sa gamme de verres « Glitz », la jambe des modèles de la gamme 100 Points. Devant les juges, Lalique exposa que le pied en question se caractérisait par la combinaison de trois figures : une figure haute polie transparente, une figure basse polie transparente plus grande, ces deux parties polies formant deux points lumineux, et entre les deux une jambe satinée comportant un renflement. Habitat aurait repris ces caractéristiques dans ses propres verres et se serait ainsi rendu coupable de contrefaçon de droit d'auteur et de de modèle déposé, ainsi que de concurrence déloyale. Dans son arrêt rendu sur renvoi de cassation (*Cass.com.*, 23 juin 2021, n° 19-18111), la cour parisienne (**CA Paris, 5-1, 15 févr. 2023, n° 21/14049, SA Lalique c/ SASU Habitat France**) retient que la forme de la tige revendiquée se rattache au style baroque et que, comme Habitat l'a démontré, ce type de jambe renflée, comportant deux éléments transparents en haut et en bas, était déjà très répandu dès le 17^{ème} siècle. Si « la notion d'antériorité est indifférente en droit d'auteur », ajoute-t-elle, Lalique ne démontre pas en quoi la jambe disputée porte la marque d'un effort créatif, expression de la personnalité de son auteur, qui la dégage suffisamment des modèles connus. En effet, relève la cour, dans ce procès Lalique « a choisi de passer sous silence la présence de stries verticales sur la jambe du verre », « manifestement afin de faire correspondre les caractéristiques revendiquées avec celles du produit litigieux de la société Habitat ». Elle s'est ainsi privée du seul élément qui pouvait caractériser l'originalité de son modèle. Son action en contrefaçon de droit d'auteur est rejetée.

L'action en contrefaçon de modèle ne connaît pas plus de succès, d'abord parce que le modèle déposé est un verre entier et non une jambe isolée, ensuite parce que pour l'utilisateur averti les « modèles de verre Lalique, en raison de stries sur la tige, affichant une qualité et une sophistication, très supérieures à celles des verres Habitat », l'impression visuelle d'ensemble sera différente.

Quant à l'action en concurrence déloyale, la cour écarte tout risque de confusion, « du fait de l'absence sur les produits litigieux des stries verticales qui font la singularité revendiquée des verres Lalique », différence qui ne pourra passer inaperçue aux yeux d'un consommateur moyen. De plus les deux entreprises opérant sur des marchés très distincts, des verres en cristal très haut de gamme pour Lalique, des verres de la vie quotidienne pour Habitat, aucun détournement de clientèle ne saurait être à craindre.

Comment faire oublier les stries que l'on avait tant vantées ?

6.Antériorité en matière de noms de domaine. Un spécialiste de la vente à distance de matériel pour artistes, la SARL R Art, a enregistré en 2004 le nom de domaine « beauxarts.fr ». Il devrait donc se trouver en position de force dans le procès qui l'oppose à son concurrent, la SARL Gerstaecker France Le Géant des Beaux-Arts, qui exploite depuis 2005 le site internet « geant-beaux-arts.fr » et lui reproche d'imiter son nom de domaine. N'a-t-il pas acquis un droit antérieur sur la dénomination ? Mais il s'avère que c'est seulement à partir d'avril 2012 que la société R Art a commencé à exploiter un site à l'adresse « beauxarts.fr ». Saisie sur renvoi après cassation, la cour de Metz (**CA Metz, ch. 6, 16 mars 2023, n° 21/02591, SARL Gerstaecker France Le Géant des Beaux Arts c/ SARL R Art**) commence par observer que « l'acquisition d'un nom de domaine ne résulte pas de sa réservation ou de son enregistrement mais de son exploitation effective ». Le nom de domaine n'étant protégé qu'à partir du moment où il en a été fait un usage public, l'intimée ne pouvait opposer cet enregistrement ancien resté ignoré du public (*J.-P. Clavier et A. Mendoza-Caminade, Droit du commerce électronique, Bruylant, coll. Paradigme, 2^e éd., n° 144*). Elle ne pouvait même pas exciper de sa bonne foi, « la mauvaise foi ou l'élément intentionnel n'étant pas nécessaire pour retenir un acte de concurrence déloyale ». En revanche, son adversaire peut se fonder sur une exploitation de plusieurs années et sur une certaine réputation auprès des consommateurs, pour démontrer que la grande similitude des deux noms de domaine est de nature à créer un risque de confusion auprès de la clientèle. La cour lui donne raison après avoir constaté qu'à diverses reprises le public avait confondu les deux sites. L'exploitant du site « geant-beaux-arts » est en droit d'interdire l'imitation de son nom de domaine, quelle que soit la banalité de cette dénomination pour un distributeur d'objets relatifs aux beaux-arts, les magistrats lorrains rappelant à la suite de la Cour de cassation (*Cass. com.*, 13 oct. 2021, n°19-23.597 ; *rappr.* : *Cass.com.*, 12 juin 2007, n° 05-17.349, *sté Bollé protection et a.*) « que le caractère original ou distinctif du nom de domaine repris n'est pas une condition du

bien-fondé de l'action mais (qu'il) peut seulement constituer un facteur pertinent pour l'examen du risque de confusion » (*J.-P. Clavier et A. Mendoza-Caminade, op. cit., n° 143*).

7. Embrouillamini et risque de confusion. Après quelques mois d'arrêt maladie, la salariée d'une agence de communication héraultaise spécialisée dans les services aux collectivités locales est licenciée le 11 décembre 2015. Dès le début du mois de janvier suivant, elle reçoit des commandes de la part de plusieurs communes de la région pour la nouvelle société B@B qu'elle vient de créer le 5 janvier. Elle a installé sa nouvelle agence de communication dans les locaux qu'avaient quittés quelques mois auparavant ses anciens employeurs, l'Agence A et la société Rouge Vif, utilise le même numéro de téléphone qui lui servait pour ses fonctions antérieures, et emploie les mêmes fichiers de création graphique que ses anciens employeurs. Ceux-ci ont demandé à la justice de la condamner pour concurrence déloyale par création d'un risque de confusion. Le juge de première instance leur a donné raison. Logiquement semble-t-il. Pourtant l'examen plus attentif des faits auquel se livre la cour d'appel de Montpellier la conduit à la solution opposée (**CA Montpellier 3 janv. 2023, n° 21/00556, Mme (Aa) (N), SAS B@B c/ Sarl Rouge Vif Junium et SAS Rouge Vif : Lexbase**). On apprend ainsi que Mme (N) ou (Ab) ou (Aa) (N) – l'arrêt emploie tantôt une dénomination, tantôt l'autre, ce qui ne facilite certainement pas la compréhension des faits – a été cofondatrice de la société Rouge Vif puis de l'Agence A dans lesquelles elle détenait 49% des parts. Tout en étant associée, elle a été embauchée en tant qu'employée administrative, puis directrice d'agence, tout en exerçant les fonctions de dirigeante de fait. On apprend aussi que le local commercial utilisé successivement par les deux sociétés rivales est situé au rez-de-chaussée de l'immeuble dans lequel Mme (N) habite et dont plusieurs pièces lui appartenant ont été utilisées auparavant par Rouge Vif. De plus, le numéro de téléphone litigieux est celui du téléphone mobile personnel de l'intéressée qui a servi pendant quinze ans comme adresse téléphonique de Rouge Vif et de l'Agence A... Bref, si risque de confusion il y a, les anciens employeurs ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes pour avoir pratiqué le mélange des genres. La conservation de la même adresse et du même numéro de téléphone personnel ne sont en rien des signes de la volonté de l'intéressée d'entretenir la confusion avec son ancien employeur. Il s'avère que Mme N était l'interlocuteur habituel des mairies du département et que celles-ci, informées de la création de sa nouvelle agence, ont continué à lui témoigner leur confiance. L'action en concurrence déloyale est rejetée, d'autant qu'il est démontré que les éléments des chartes graphiques de chaque commune, revendiqués à tort par l'Agence A et Rouge Vif, sont en réalité la propriété des municipalités. Bref, on peut penser que les dirigeants des deux sociétés éprouvent des regrets et même quelques remords d'avoir licencié leur concurrente « pour inaptitude médicalement constatée et impossibilité de reclassement ».

B. Désorganisation d'un concurrent

8. Débauchage massif. A l'issue d'un véritable marathon judiciaire, l'affaire opposant deux sociétés d'ingénierie spécialisées dans le domaine aéronautique est portée devant la cour de Versailles (**CA Versailles, ch. 12, 5 janv. 2023, RG 19/05328, SA Alten c/ SA Astek**). Seize salariés, notamment des managers commerciaux, ont quitté Alten pour rejoindre Astek entre 2013 et 2016. Ce débauchage massif ne peut s'expliquer que par les agissements déloyaux de sa concurrente, selon Alten, d'autant que l'on a retrouvé des documents lui appartenant dans les ordinateurs professionnels de certains des salariés infidèles. Astek, de son côté, invoque la liberté de la concurrence et la liberté du travail et rappelle que dans le domaine des SSII et de l'informatique le turn-over des ingénieurs est particulièrement élevé. Le débauchage n'est pas en lui-même fautif, répond classiquement la cour, « il devient déloyal si une faute peut être caractérisée à l'égard du nouvel employeur, consistant notamment en des manœuvres pour détourner le salarié vers soi, dans un but déterminé tel que l'utilisation des connaissances acquises par le salarié, le détournement d'une clientèle ou la connaissance du savoir-faire de l'entreprise et ayant pour objet ou pour effet de désorganiser l'entreprise victime ». Or, constatent les magistrats versaillais, si le départ de nombreux salariés est avéré, Alten s'est montrée particulièrement conciliante pour faciliter ces démissions, dispensant les intéressés de préavis et renonçant à appliquer les clauses de non-concurrence concernant certains. Qui pourrait croire qu'elle est victime d'une désorganisation orchestrée par sa concurrente ? Par ailleurs aucune manœuvre frauduleuse de la part d'Astek n'a été démontrée et si des informations confidentielles ont été détournées par certains salariés démissionnaires, il n'a pas été établi « que les sociétés Astek se sont appropriées les documents litigieux » (*Rapp. : Cass. com., 7 déc. 2022, n° 21-19.860, sté Foncia GIEP : Contrats, conc. consomm. 2023, comm. 79, H. Aubry ; ; CA Versailles, ch. 12, 2 mars 2023, RG 18/01209, Sarl ADM 21 c/ Mme O et SAS Arc Informatique ;*

Cass. Com., 17 mai 2023, n° 22-16.031, *Sté AIGP Ingénierie : Contrats Conc. consomm. 2023, comm. 131, M. Malaurie-Vignal et ci-dessus n°2*). La liberté d'entreprise et la liberté du travail justifient que les acteurs économiques se livrent une compétition pour attirer les meilleurs collaborateurs. (*Propr. industr. 2018, ch. 10, n° 10, J.L.*).

9. Débauchage ciblé. Quand le débauchage concerne seulement deux salariés, l'action en concurrence déloyale de leur ex-employeur paraît a priori vouée à l'échec. Comment démontrera-t-il que le déplacement d'un aussi faible effectif a pu causer une véritable déstabilisation de son entreprise et non pas simplement une perturbation passagère (*Cass. com.*, 9 juin 2015, n° 14-15.781 : *JurisData* n° 2015-014131) ? Tout est affaire de circonstances. Le domaine d'activité des protagonistes de l'affaire doit être notamment pris en considération. Dans l'affaire soumise à la cour de Grenoble (**CA Grenoble, ch. com.**, 11 mai 2023, **RG 16/05700, SAS AD/ SAS Matières**), l'ancien employeur, la société Matières, était spécialisée dans la production et commercialisation de produits de revêtements décoratifs très spécifiques. Son ancien responsable commercial l'avait quittée pour créer une entreprise dans le même domaine, la société AD. Il réussit à attirer deux salariés qui occupaient les postes d'ingénieur chimiste et de coloriste chez Matières. Travaillant dans le laboratoire de production ces deux-là avaient accès au savoir-faire spécifique développé par l'entreprise Matières dans le domaine du béton ciré et de la maîtrise des mélanges de pigments. La cour relève qu'ils ont été embauchés à la suite d'offres d'emploi déposées par AD auprès de Pôle emploi correspondant très précisément à leurs profils personnels alors que l'ex-responsable commercial les connaissait personnellement. Or, ajoute-t-elle, « compte tenu de leurs compétences techniques et de la nature de leurs fonctions au sein de la société Matières, ces deux salariés occupaient des fonctions essentielles dans la fabrication des produits de cette dernière, dont ils connaissaient et maîtrisaient nécessairement le savoir-faire ». Ces débauchages parfaitement ciblés avaient à l'évidence pour objectif de s'emparer du savoir-faire spécifique de l'entreprise Matières et de la priver de son potentiel technique (*Rapp. : Cass. com.*, 14 avr. 2015, n° 13-27.093, *Sté Geolia : Propr. industr. 2015, ch. 9, n° 16, J.L.*). La concurrence déloyale est caractérisée.

10. Valorisation de la compétence acquise. Une entreprise high-tech a mis au point un système d'inspection de surface dans le domaine de la métallurgie, le système SIAS, combinant différents équipements et un logiciel XLine. Elle reproche à la société Deepgray Vision, créée par deux de ses anciens salariés qui ont travaillé sur le système SIAS et le logiciel XLine, des actes de contrefaçon de son logiciel et de ses marques, et des actes de concurrence déloyale et parasitaire. Elle est déboutée de ses actions en contrefaçon. Sur le terrain de la concurrence déloyale et du parasitisme, elle soutient que Deepgray Vision s'est appropriée sa notoriété et le succès de produits qu'elle commercialise et a détourné la clientèle qui lui était traditionnellement attachée. Dans sa réponse, le tribunal judiciaire commence par rappeler que la démission des salariés concernés était motivée par la fermeture de l'établissement dans lequel ils étaient employés et non par un projet personnel de création d'entreprise (**TJ Paris, ch. 3, sect. 2, 25 nov. 2022, Sté VAI Clecim c/ SAS Deepgray Vision : [legalis.net](https://www.legalis.net), préc.**). De plus, notent les juges, la saisie-contrefaçon a montré qu'aucune information confidentielle n'a été exploitée et que le système Deepgray est fondé sur une technologie différente du système SIAS. Enfin expliquent les juges : « Il est certain que les fondateurs de la société Deepgray Vision ont valorisé, notamment, leur expérience acquise alors qu'ils étaient les salariés de la société Clecim et qu'ils ont approché ou été approchés par ses anciens clients. Pour autant cette valorisation d'expérience est parfaitement légitime et ne saurait être reprochée ni être qualifiée d'agissement s'écartant des règles générales de loyauté et de probité professionnelle. Quant au démarchage d'anciens clients, corollaire du principe de liberté du commerce, il n'est pas plus contraire à lui seul aux usages de la vie des affaires ». La liberté du commerce et la libre disposition du savoir-faire personnel acquis au cours de ses expériences professionnelles constituent d'opportunes limites à la concurrence déloyale (**CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 juin 2021, n° 18/26591, SAS Des Petits Hauts : Propr. industr. 2021, ch. 8, n° 9**).

C. Dénigrement

11. Xénophobie. La concurrence est vive entre deux exploitants de sites de vente de matériel pour artistes. L'un exerce son activité à l'adresse « beauxarts.fr », l'autre sous le nom de domaine « geant-beaux-arts.fr ». Les adresses sont très semblables et les clients ont tendance à prendre l'un pour l'autre. A un client qui se plaignait sur la page Facebook « beauxarts.fr » du coût des frais de livraison pratiqués par le Géant des Beaux Arts, le titulaire de la page répondait : « *Je ne suis pas le Géant des Beaux Arts !! Nous sommes une boîte française*

installée dans le nord de la France. Je t'en supplie ne confond pas !!... nos colis partent de France». La cour de Metz a estimé que cette page Facebook étant publique, la réponse de l'intéressé qui évoquait par ailleurs les différences des coûts de livraison pratiqués par les deux entreprises rivales, constituait une publicité comparative. Une publicité comparative illicite puisqu'elle entraînait le discrédit ou le dénigrement du concurrent visé en suggérant faussement qu'il ne s'agissait pas d'une entreprise française (*Code de la consommation, art. L. 122-1, 1° et L. 122-2, 2°*). « Il y a lieu de considérer que le caractère trompeur de cette publicité, auprès des consommateurs susceptibles de vouloir privilégier dans leurs achats une société française et pour lesquels cet élément est déterminant, est un acte de dénigrement qui constitue un acte de concurrence déloyale » juge la cour de Metz (**CA Metz, ch. 6, 16 mars 2023, n° 21/02591, Sarl Gerstaecker France Le Géant des Beaux Arts c/ Sarl R Art**, préc. n° 6). Vanter l'origine française de ses produits et services alors que le « Made in France » est de plus en plus populaire auprès des consommateurs nationaux est parfaitement légitime (*Dossier « Made in France et valorisation de la qualité et du savoir-faire », dir. M. Malaurie-Vignal, Dalloz IP/IT, 2022, 478s.*). Tout autre est la pratique sournoise consistant à tenter de discréditer son concurrent en dénonçant faussement l'origine étrangère de ses produits et services.

12. Commentaires sur la plateforme. Sa compétence ayant été confirmée par la cour d'appel (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 janv. 2021, n°20/08857*), le tribunal de commerce de Paris a tranché le différend qui opposait la société Viaticum, exploitante du site « Bourse des Vols », à la société TripAdvisor (**T. Com. Paris, 13^e ch. suppl., 21 Nov. 2022, Viaticum c/ TripAdvisor LLC : *legalis.net***). Un jugement à la motivation peu rigoureuse, comme on va le voir.

Viaticum reprochait à TripAdvisor de ne pas avoir mis un terme au fil de discussion intitulé « Bourse des Vols – Forum de voyage du transport aérien – TripAdvisor » figurant sur le site TripAdvisor et exposant de nombreuses opinions très critiques à l'égard de Bourse des Vols (BDV). L'expression « grosse arnaque » était récurrente dans ces commentaires de soi-disant clients de BDV apparus principalement en 2016-2017 (« *C'est de l'arnaque pure et dure n'allez surtout jamais réserver un vol chez eux* » ; *rappr. : T.Com. Paris, ch. 3, 25 mai 2023, Socateb et Cie, Galerie de l'Echaudé/GoWork : *legalis.net**). Viaticum avait réclamé à deux reprises à la défenderesse de supprimer ces propos dénigrants à l'égard de son service de vente de billets d'avion. L'absence de réaction de son adversaire l'avait conduite à introduire une action en concurrence déloyale pour parasitisme et dénigrement devant le tribunal de commerce.

Si le recours au parasitisme peut étonner dans cette affaire, car on ne voit pas quelle « valeur économique individualisée » aurait été injustement captée par les propos litigieux, la réponse des juges consulaires étonne tout autant. Pour rejeter cette demande le tribunal explique que les deux entreprises ne sont pas concurrentes puisqu'elles n'offrent pas un service similaire, Viaticum vendant des billets d'avion alors que TripAdvisor vend de l'espace publicitaire aux vendeurs de billets d'avion. Il en tire la conclusion que « faute d'être concurrents, le parasitisme allégué ne peut être avéré sans concurrence », puisque le parasitisme se rattache à la concurrence déloyale... C'est oublier que la théorie des agissements parasitaires a été initialement développée pour régir les rapports entre non-concurrents (*Ph. Le Tourneau, Le parasitisme, Litec, 1998, n°92 ; J. Passa, Domaine de la concurrence déloyale : JCI Concurrence-Consommation, Fasc. 240, n° 6*) et que depuis quelques années déjà il est admis qu'une situation de concurrence entre les intéressés n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale (*Y. Picod et N. Dorandeu, Concurrence déloyale : Rép. Com. Dalloz n°99s.*).

A la demande fondée sur le dénigrement, la société TripAdvisor opposait son statut d'hébergeur et le régime de responsabilité atténuée qui y est attaché puisque, soutenait-elle, les messages que lui avait adressés Viaticum ne constituaient pas des notifications en bonne et due forme conformes à l'article 6-I-5 de la loi du 21 juin 2004 (LCEN). Le tribunal semble lui donner raison dans un premier temps, admettant que les notifications ne comportaient pas l'ensemble des mentions requises et constatant que « la société Viaticum n'établit pas que la société TripAdvisor LLC est intervenue dans la création ou la sélection des contenus diffusés ». Néanmoins, invoquant le caractère « d'ordre public et de stricte application » de la LCEN, le tribunal décide – en se contredisant – que « la société TripAdvisor LLC qui est intervenue dans le fil de discussion du forum ne peut revendiquer le statut d'hébergeur et sa responsabilité peut donc être engagée ». Le dénigrement est donc retenu et la société TripAdvisor condamnée à indemniser le préjudice moral qu'elle a causé pour n'avoir « entrepris aucune action, pour modérer ou tenter de modérer, les 9 messages dénigrants litigieux qui causent un préjudice, au moins d'image, à la société Viaticum ». A l'heure où on s'interroge sur la menace que pourrait faire peser l'intelligence artificielle sur les fonctions juridiques, on peut se demander si ChatGPT aurait pu tenir un raisonnement plus obscur.

13. Dénigrement et débat d'idées. Le tribunal de commerce est-il le mieux placé pour trancher un différend entre deux organes de presse quand l'un blâme publiquement les fausses informations diffusées par l'autre qui

invoque en retour la liberté d'information et dénonce un dénigrement ? « Le tribunal de commerce n'a pas à arbitrer les débats entre médias » affirmait Le Monde qui était poursuivi devant la juridiction consulaire au motif que le signalement par son service de *fact checking* « Decodex » des « fausses informations » diffusées par le site francesoir.fr constituerait un acte de dénigrement. La juridiction consulaire justifie sa compétence en soulignant que les deux organes de presse sont en concurrence pour la diffusion d'information, « service offert aux lecteurs relevant à ce titre non de la liberté d'expression entre média mais de la concurrence entre deux opérateurs économiques du même secteur » (**T. Com. Paris, 15^e ch., 19 juin 2023, Shopper Union France c/ Société éditrice du Monde**). Soit. Mais on se souvient qu'en droit de la presse les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réprimés sur les fondements classiques de la responsabilité civile délictuelle (*Cass. Ass. Plén., 12 juill. 2000, n° 98-10.160 ; Cass. com., 28 juin 2023, n° 21-15.862, Sté Winkhaus ; JCI Communication, Fasc. 114, Diffamation, n° 15, par E. Raschel*). Or, la frontière entre dénigrement et diffamation est parfois ténue, surtout lorsque le discrédit porte sur la véracité des informations diffusées par un journal. Le reproche est-il adressé à la personne morale ? au journaliste qui a signé l'article ? ou bien aux services offerts par l'organe de presse ?

Le Monde avait répertorié le site francesoir.fr dans son outil Decodex en signalant à ses lecteurs qu'il s'agirait d'un « blog complotiste » diffusant de « fausses informations », semble-t-il en relation avec la pandémie de Covid. Le propos était certes peu complaisant, sans doute parce que les journalistes du Monde considéraient que le site en question n'est pas un véritable organe de presse depuis la disparition de l'édition papier du quotidien France Soir. « La liberté d'expression du Monde est celle de mettre en garde le public car ce type de sites diffuse une information qui peut être un formidable outil de désinformation », plaidait la partie défenderesse. Le tribunal préfère retenir que les propos litigieux « excèdent manifestement la mesure » et qu'ils reposent sur une base factuelle insuffisante. Il considère que les informations propagées par francesoir.fr relèvent des avis, qu'elles ont du reste été reprises par certains scientifiques (marseillais ?), et qu'elles ne sauraient être qualifiées de fausses même si elles sont démenties par la majorité de la communauté scientifique. On espère que lesdites informations ne concernent pas la réalité de l'existence du Covid... Ces informations, ajoute le tribunal soudain spirituel, ne sauraient être assimilées à des informations manifestement fausses comme « la terre est plate ».

On aurait pu penser que l'échange entre les deux organes de presse se rapportait à un sujet d'intérêt général (la pandémie ? la vaccination ?) et relevait du débat d'idées et de la liberté de la presse (*Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-22.710, UGDPO : Propr. industr. 2016, comm.64, J.L. ; Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350 ; CA Colmar, 7 mai 2008, SA SC Galec : Propr. industr. 2008, comm. 72, J. Schmidt-Szalewski*). Quant aux propos du Monde, « fausses informations », « blog complotiste », il s'agit d'expressions fréquentes dans le débat sur les « fake news » qui n'émeuvent plus grand monde (le site francesoir.fr ne se prive pas de dénoncer les « messages véhiculés par la grande presse établie »). Dépassement-elles vraiment la mesure des échanges sur internet ?

On relèvera la pudeur finale du tribunal qui en réponse à la demande de francesoir.fr d'ordonner le déréférencement de son site dans le Decodex, proclame : « Le tribunal retient que le déréférencement d'un media, apparaît excéder les pouvoirs qui lui sont dévolus, eu égard au principe de la liberté d'information et à la pluralité des médias, cette demande pouvant s'apparenter à une censure, illicite par nature ».

14. Punk-rock et lutte des classes. Pourquoi un musicien de punk rock français, auteur de textes provocateurs et vulgaires, se priverait-il de quelques revenus supplémentaires en négociant avec une société de production cinématographique et en lui concédant des droits de reproduction d'extraits de son vidéoclip tourné lors d'un concert dans la bourgeoise cité de Neuchâtel ? Cette société souhaitait en effet intégrer à son nouveau film intitulé « La lutte des classes » des extraits de 30 secondes du vidéoclip. Un contrat fut signé entre les parties accordant le libre choix des extraits au producteur du film et la liberté de modifier le montage du clip. Le cédant garantissait par ailleurs qu'il était habilité à céder l'ensemble des droits sur l'œuvre, « incluant notamment les droits relatifs aux artistes-interprètes présents ». Quelques temps après, le rocker se ravisa et, invoquant pêle-mêle une violation du contrat, une contrefaçon de ses droits d'auteur et une atteinte à son droit à l'image, il introduisit une action à l'encontre de la société de production. Il soutenait en particulier que le contrat ne donnait pas le droit à la celle-ci de représenter son image en concert, car l'autorisation donnée ne valait selon lui que pour des images de la foule. Considérant que les termes du contrat contredisaient clairement ses allégations, la cour rejette toutes ses demandes (**CA Paris, 5 oct. 2022, pôle 5, ch. 1, n° 21/01533, X c/ SAS Kare Productions**).

Mais le rocker avait entendu obtenir justice non seulement dans les prétoires mais aussi sur Facebook et les réseaux sociaux. Il y dénonçait une « spoliation avérée » de ses droits par le producteur du film, une atteinte à

son image, un « plagiat manifeste » de sa chanson, et il incitait la foule de ses fans à lui exprimer un soutien en postant des messages directement sur les pages Facebook du réalisateur et de l'acteur tenant le rôle principal dont il communiquait les coordonnées. Cette dénonciation sans nuance, « passant totalement sous silence le contrat de cession régulièrement conclu, moyennant rémunération » avec la société de production, note la cour, « a porté atteinte à l'image commerciale du film et de sa société de production, de sorte que les faits de dénigrement fautifs à l'égard de cette dernière sont caractérisés » est-il jugé. Le rocker qui avait concédé l'utilisation de son droit à l'image « à l'insu de son plein gré », pour reprendre une formule qui a fait florès, a abusé de sa liberté d'expression par ses critiques véhémentes et dépourvues de la moindre base factuelle des produits et services de son ex-partenaire (*Cass. com.*, 9 janv. 2019, n° 17-18.350, *Sté Shaf c/ Sté Plicosa* : *JurisData* n° 2019-000136).

15. L'arroseur arrosé. Une entreprise fait procéder à une saisie-contrefaçon chez son concurrent. Quelques semaines après, elle assigne celui-ci en contrefaçon et concurrence déloyale devant le tribunal judiciaire de Paris et dans la foulée elle adresse un communiqué à leurs clients communs les mettant en garde contre les contrefaçons commises par son adversaire. Le tribunal judiciaire de Paris la déboute de l'ensemble de ses demandes en contrefaçon et en concurrence déloyale (*Tj Paris, 3e ch, sect. 2, 25 nov. 2022, Clecim/Deepgray Vision* (legalis.net), préc. n° 10). Son adversaire a introduit deux demandes reconventionnelles pour dénigrement et procédure abusive. Il se plaint notamment du fait qu'un client représentant une part importante de son chiffre d'affaires a rompu les relations commerciales après réception de la lettre circulaire. Il est classiquement jugé que la dénonciation à la clientèle d'une action n'ayant pas donné lieu à une décision de justice est fautive (*Cass. com.*, 12 mai 2004, n° 02-16.623, *LVP Partner's* : *JurisData* n° 2004-023737 ; *J. Passa, Domaine de l'action en concurrence déloyale* : *JCL. Concurrence-Consommation*, Fasc. 240, n° 57). Or, en l'occurrence, le dénonciateur s'était montré particulièrement imprudent (ou malveillant). « *Détournement et contrefaçon des droits de propriété intellectuelle de Primetals sur la technologie SIAS* », tel était le titre de son communiqué. Le contenu n'était pas moins hasardeux que l'intitulé : il y était affirmé que « le 21 novembre 2018, un tribunal français, accédant à notre requête, a admis le détournement et la contrefaçon potentiels de nos droits de propriété intellectuelle par cette société ». La légère atténuation du propos résultant de l'adjectif « potentiels » était immédiatement compensée par la suite du message : « nous souhaitons officiellement informer votre société que, sur la base des éléments de preuve pertinents collectés, Primetals a initié... une procédure judiciaire à l'encontre de la société Deepgray Vision afin de faire cesser définitivement le détournement et la contrefaçon de la propriété intellectuelle de Primetals et de prévenir tout risque pour nos clients en relation d'affaires avec cette société ». Alors que la saisie contrefaçon avait au contraire démontré que le saisi ne possédait pas de copie même partielle du logiciel et qu'il avait développé un système technique différent. Le défaut de base factuelle suffisante (*rappr.* : *Cass. com.*, 9 janv. 2019, n° 17-18.350), le manque de mesure, de sérieux et le ton péremptoire du propos conduisent le tribunal à dénoncer l'atteinte à la probité professionnelle et la déloyauté de l'auteur de la lettre et à le condamner à verser à sa victime 100.000€ de dommages-intérêts pour dénigrement (*comp.* : *CA Paris, 3 mars 2020, n° 19/12564 Manitou B SA* : *JurisData* n° 2020-003521 ; *LEPI mai 2020, n° 113e4, J.-P. Clavier* ; *CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 av r. 2021, n° 19/10941, Sté Moses Ltd* : *JurisData* n° 2021-010075 ; *Contrats, conc. consom. 2021, comm. 117, M. Malaurie-Vignal*). En outre, comme « en dépit des maigres résultats de la saisie-contrefaçon, (il) a soutenu péremptoirement des arguments (dont) il ne pouvait ignorer la faiblesse... à l'appui de demandes financières considérables... et (demandé) l'interdiction pure et simple pour la société Deepgray Vision d'exercer 'toute activité liée à l'inspection de surface' », qu'il a rejeté une offre transactionnelle et refusé toute proposition de médiation, le tribunal le condamne à payer 20.000€ supplémentaires pour procédure abusive. Tel est pris qui croyait prendre.

16. Diffamation et conquête du marché. Le discrédit jeté sur les produits ou les services d'un agent économique relève de la responsabilité civile de droit commun et du droit de la concurrence déloyale, tandis que les propos critiques visant la personne, physique ou morale, et portant atteinte à sa réputation, doivent être jugés sur le terrain de la diffamation et de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881. Cela n'a pas toujours été le cas mais le dénigrement de la personne a été progressivement soustrait à l'application de l'article 1240 du Code civil explique Jérôme Passa (*J. Passa, Domaine de la concurrence déloyale* : *JCL. Concurrence-Consommation*, Fasc. 240, n° 56 ; *C. Bigot, Dénigrement et concurrence déloyale : vers un changement de paradigme*, D. 2019, p. 319). L'affaire examinée par la Chambre commerciale le 28 juin dernier illustre ce constat (*Cass. com.*, 28 juin 2023, n° 21-15862, *Sté Aug. Winkhaus Gmb H & Co c/ Sté Ferco*). Evincée par un concurrent allemand de son partenariat avec une menuiserie industrielle, une entreprise française avait porté

plainte pour corruption contre la société germanique et diffusé auprès de ses clients et dans les salons professionnels l'information concernant sa plainte et son action en concurrence déloyale. L'accusation de corruption étant selon elle infondée et l'action en concurrence déloyale engagée par sa rivale n'ayant pas été encore jugée, l'entreprise allemande introduisait à son tour une demande de condamnation de sa concurrente française pour dénigrement. Demande rejetée par la cour d'appel au motif que les faits ne pouvaient être qualifiés que de diffamation et que l'action sur ce fondement était prescrite.

La Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel. Pourtant, en dépit de la place de plus en plus étroite laissée par la jurisprudence au dénigrement dès que la personne d'un agent économique est mise en cause, la révélation prématurée d'une procédure engagée contre l'adversaire, alors qu'aucune décision définitive n'est intervenue, reste régulièrement jugée sur le terrain de la concurrence déloyale et du dénigrement (*Cass. com.*, 12 mai 2004, n°02-16.623 : *JurisData* n° 2004-023737 ; *Cass. com.*, 19 juin 2013, n° 12-18.623 ; *Cass. com.*, 7 juill. 2021, n° 20-16.094, *Manitou B SA : Propr. industr.* 2021, ch. 8, n° 18, J. L. ; J. Passa, *art. préc.*, n° 57 ; Ph. Le Tourneau et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2023/2024, 13^e éd., n° 2214.73 ; C. Le Goffic, *Dénigrement*, JCI Concurrence-Consommation, Fasc. 210, n°31). De plus, comme le plaidait la société allemande, quand les allégations critiques dirigées contre la personne du concurrent ont plus pour objet d' « asphyxier la clientèle » (J. -P. Gridel, *Le dénigrement en droit des affaires. La mesure d'une libre critique* : JCP G 2017, doctr. 543, not. N° 12, 15) et d'évincer la victime du marché, que de chercher à ternir sa réputation, le dénigrement retrouve sa place. Plusieurs décisions ont eu une approche « téléologique » cherchant à dévoiler l'objectif économique réel de l'auteur des invectives derrière les apparences (J. Passa, *art. préc.*, n°56 ; voir par ex. : *Cass. civ. 1*, 5 déc. 2006, n° 05-17.710, *Sté Agenda Bordeaux* ; *Cass. com.*, 27 janv. 2021, n° 18-21.697, *Sté 3D Plus : Propr. industr.* 2021, ch. 8, n°17, J.L.) et accueillant l'action en concurrence déloyale pour dénigrement dès lors que les allégations désagréables à l'égard du rival commercial ont été proférées « dans le but manifeste d'en détourner la clientèle ». La chambre commerciale tourne le dos à ces considérations. Elle pose en principe que « la divulgation par une entreprise à ses clients que sa concurrente est l'objet d'actions judiciaires pour des malversations, qui constitue l'imputation de faits précis et déterminés portant atteinte à son honneur et à sa considération, ne peut être poursuivie qu'en application des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse », « peu important que ces allégations aient eu pour objectifs de lui nuire au plan commercial et de faire gagner des parts de marché à la société Ferco ». Un pas de plus dans le sens du rétrécissement du domaine du dénigrement.

3. Faute : parasitisme

17.Camping 4. Le camping Les Flots Bleus de la célèbre série cinématographique *Camping 1, 2, 3*, nous a sans doute un peu trop habitué à une ambiance cordiale et presque sereine (« *Pastis par temps bleu, pastis délicieux* »...). Car l'atmosphère est parfois plus électrique dans l'univers de l'hôtellerie de plein air. En témoigne le procès en concurrence déloyale et parasitaire que l'exploitant du camping vendéen « Les Cyprès » a fait à son voisin, le camping « La Puerta del Sol », non moins vendéen en dépit de sa dénomination ibérique (*CA Poitiers*, ch. 2, 21 mars 2023, n° 21/03225, *SARL Milialie c/SAS ETECA*). Pourtant les affaires étaient prospères puisque le camping Les Cyprès avait passé commande auprès de la société Ypo Camp de 29 nouveaux bungalows qui lui avaient été livrés au deuxième semestre, tandis que La Puerta del Sol commandait au même fournisseur 16 exemplaires des mêmes bungalows. Si la commande de cette dernière était antérieure de quelques jours à celle de sa concurrente, elle ne fut livrée qu'après celle-ci. Le motif de la discorde était le suivant : l'employé du fournisseur avait pris quelques photos des bungalows nouvellement installés aux Cyprès et les avait communiqués à l'exploitant de La Puerta del Sol, sans doute pour que celui-ci, non encore livré, puisse visualiser l'effet produit in situ par ces nouveaux équipements. Or ces photos furent insérées sur le site internet du camping La Puerta del Sol, sans qu'aucune autorisation n'ait été sollicitée ni auprès du commercial, ni auprès du concurrent, pour faire la publicité de l'établissement. Le responsable de celui-ci aurait donc « commis des actes de concurrence déloyale et parasitaire en utilisant des photographies montrant les mobil homes du camping Les Cyprès pour faire la promotion du camping La Puerta del Sol », soutenait l'appelant, et il devrait être condamné à payer près de 800 000 euros au titre des préjudices subis par sa victime. La cour ramène sagement l'affaire à de plus justes proportions. Après avoir souligné que le type de mobil home concerné était d'un modèle « très communément répandu » et ne constituait donc pas un signe distinctif du camping Les Cyprès, la cour relève que les photographies litigieuses ne permettent pas d'identifier le camping

où elles ont été prises. Tout risque de confusion se trouve ainsi écarté. Ces photographies ne permettant pas d'établir aux yeux du public un quelconque lien avec le camping Les Cyprès le reproche de parasitisme des investissements et de la réputation de celui-ci ne saurait prospérer.

18. Codes de communication et cosmétiques. Bien des vertus attribuées aux cosmétiques seraient construites par le message publicitaire. Opérant dans un marché très compétitif, les entreprises du secteur apportent beaucoup de soins à leur communication et surveillent attentivement celle de leurs concurrents. Aussi, quand l'entreprise espagnole Dober constata que sa rivale française, la société C2J, reprenait systématiquement ses codes de communication sur le marché français, elle lui fit un procès pour concurrence déloyale et parasitaire. L'agencement de ses stands lors des salons professionnels, les images de mannequins et les images d'objets utilisées dans ses publicités, les signes et dessins figurant sur ses supports publicitaires et enfin ses catalogues et emballages : tous ces éléments de communication avaient outrancièrement et coupablement inspiré sa concurrente, prétendait-elle.

La cour de Versailles examine de manière très précise, un à un, chacun de ces reproches (**CA Versailles, ch. 12, 30 mars 2023, n° 21/03042, Sté Dober Import Export c/ Sté C2J**). Comme d'autres juridictions avant elle, elle évalue le risque de confusion et la réalité du parasitisme en se référant, d'une part, à l'originalité ou à la banalité des codes de communication prétendument imités et, d'autre part, au temps écoulé entre les campagnes publicitaires rivales (rapp. : *CA Paris, 1^{er} mars 2023, n° 21/05308, SAS La Phocéenne de Cosmétique* : *JurisData n° 2023-003301* ; *Prop. industr. 2023, comm. 33, J.L.* ; *T. Com. Paris, 25 oct. 2021, n° 2019032848, SA MHCS* : *Prop. industr. 2022, comm. 19, J.L.*). Parmi les codes de communication revendiqués par la société espagnole, la couleur figure en bonne place. Elle cite les couleurs rose et blanc de ses stands, la couleur blanche dominante d'images publicitaires évoquant un environnement clinique, la couleur rose d'une campagne de promotion du « Kit so girly » destiné aux jeunes filles, les couleurs noire et orange d'une campagne associée à Halloween,... Pour tous ces usages de la couleur la cour estime qu'ils ne se démarquent pas suffisamment des habitudes du secteur pour constituer une identité visuelle originale digne de protection. « La couleur blanche qui domine et qui est très banale dans le secteur considéré », « les couleurs noire et orange sont couramment associées au thème d'Halloween et sont très couramment utilisées pour les publicités à cette période », « l'utilisation de la couleur rose et de cette fleur est très banale dans le domaine des cosmétiques »,... tels sont quelques-uns des constats successifs de la cour. Il en est de même pour les mises en scène revendiquées par l'entreprise espagnole : « mannequins dont la tête est entourée d'une serviette » ou cheveux en chignon pour promouvoir des produits capillaires, présentation des produits dans un décor de salle de bains, association des produits à des signes astrologiques, ... La cour juge que « les mises en scène invoquées, qu'il s'agisse notamment des produits, des accessoires, des couleurs ou des prises de vue photographiques apparaissent banales et sont largement utilisées par l'ensemble des acteurs du secteur des cosmétiques... au surplus, de nombreuses publications sont espacées de plusieurs mois, voire années, excluant ainsi tout risque de confusion dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne ». En revanche, quand la reprise intervient dans un délai très court, même si elle concerne des éléments banals, elle révèle un suivisme coupable de la part du concurrent et la cour la sanctionne au titre du parasitisme. A propos du « kit so girly », les magistrats constatent que « si la couleur rose et le recours au kit ne revêtent pas de caractère distinctif dans le domaine des cosmétiques, il n'en demeure pas moins que la reprise, à très proche date, de ces mêmes éléments conjugués au même thème « Girly »... caractérise une situation de parasitisme ». Dans la même logique, la reprise « à seulement deux semaines d'intervalle » de la même mise en scène présentant un bâton de rouge à lèvres, une eau micellaire et des traces de lèvres maquillées sur un linge, constitue un comportement parasitaire.

En revanche le catalogue de la société française étant en couleurs, il ne saurait être considéré comme l'imitation du catalogue noir et blanc de la société espagnole. La couleur fait parfois toute la différence en droit (*cf J. Larrieu, Couleur et droit, LexisNexis, 2022*).

19. Le parasitisme infiltré dans le scénario. La jurisprudence réservant un accueil très réservé aux demandes de protection par le droit d'auteur des projets d'œuvres audiovisuelles et des scénarios, les auteurs recherchent une protection sur le terrain du parasitisme (*B. Montels, Un an de droit de l'audiovisuel, Comm. comm. électr. 2017, ch. 8, 1 et 2021, ch. 7, 2*). C'est la stratégie qu'adoptèrent les co-auteurs du scénario d'une série policière intitulée « Immersion » sur le thème de l'infiltration de policiers dans le milieu criminel. Le producteur auquel ils avaient cédé leurs droits n'ayant pas trouvé de diffuseur, les parties convinrent de mettre fin à leur relation. Or, quelques temps après nos scénaristes apprirent qu'une mini-série intitulée « En immersion » produite par le même producteur devait être diffusée sur une chaîne de télévision. Elle traitait du

même thème. Soulignant les nombreuses réminiscences et similarités existant selon eux entre les deux scénarios « élaborés de manière presque concomitante », les co-auteurs assignèrent la chaîne et la maison de production en réparation du préjudice causé par ce qu'ils qualifiaient d'agissements parasitaires. Sans grand succès. La cour d'appel, à laquelle la Cour de cassation donne son approbation (**Cass. com., 22 mars 2023, n° 21-24.217**), estime « qu'à l'exception du titre et d'une thématique très générale d'infiltration policière, la série 'En immersion' ne reprend aucune des spécificités du projet » des co-auteurs. Ils échouent donc à démontrer une reprise fautive de leur travail. Pas plus que le droit d'auteur, le parasitisme ne permet de s'assurer l'exclusivité d'une idée ou d'un concept (*CA Paris, pôle 5, ch. 11, 3 juill. 2020, n° 18/08464, SAS Satisfaction c/ SARL Mad Corp : JurisData n° 2020-009484 ; Dalloz IP/IT, 2020, p. 688, Ph. Mouron*). Comme l'écrit notre collègue Benjamin Montels, "il faut donc mieux réfléchir à deux fois avant d'engager un tel contentieux aujourd'hui" (*Comm. com. électr. 2020, ch.7, 2*). Une raison supplémentaire pour l'auteur de ces lignes de ne pas succomber aux sollicitations pressantes des sirènes hollywoodiennes...

20.Culottes hongkongaises. « Révolutionnaire », c'est ainsi que la société DIM qualifiait volontiers sa nouvelle gamme de sous-vêtements féminins Body Touch « constitués d'une seule pièce sans coutures, découpés à l'ultrason, les bonnets des soutiens-gorge étant thermoformés et les bretelles soudées aux bonnets à l'ultrason ». L'effet « seconde peau » était parfait. Un effet que recherchait aussi sa concurrente, la société Princesse Tam Tam, avec ses modèles « respirants » de la gamme « Secret ». Estimant que ceux-ci ressemblaient trop à ses propres produits, DIM demanda à la justice de sanctionner la démarche déloyale et parasitaire de sa rivale. Elle prétendait que Princesse Tam Tam avait copié le savoir-faire et les caractéristiques techniques de sa gamme Body Touch, et qu'elle avait plus particulièrement imité le soutien-gorge référencé 06WF et la culotte assortie 3255.

Sur le premier point, DIM expliquait que sa concurrente avait repris de manière quasi-servile les éléments distinctifs de sa gamme Body Touch : l'ornementation des bordures en forme de mini-vagues, la conception sans couture avec une finition thermocollée, une découpe au laser ou par ultra-son, le mélange d'élasthane et de polyamide constituant la matière, la forme triangle du soutien-gorge, la forme enveloppante des culottes dotées de bords crantés en forme de mini-vagues,... créant un risque de confusion entre leurs produits. Dans sa réponse, la cour (*CA Paris, pôle 5, ch. 1, 8 févr. 2023, n° 21/07680, SAS DIM France c/ SAS Princesse TAM TAM*) commence par noter que la composition élasthane-polyamide est commune dans le secteur des sous-vêtements, pour souligner ensuite que le thermocollage n'est pas un savoir-faire propre à DIM. C'est une technologie développée par la société REGINA MIRACLE de Hong-Kong qui, apprend-on, est le sous-traitant commun pour la fabrication des sous-vêtements DIM et Princesse TamTam. « Le choix par la société Princesse TamTam du fabricant de sa concurrente ne peut être fautif, quand bien même cela lui aurait permis de bénéficier de son savoir-faire », conclut la cour.

Par ailleurs, s'agissant plus précisément de la prétendue imitation des sous-vêtements aux références peu glamour, le soutien-gorge 06WF et la culotte 3255 qui seraient copiés par les modèles HSECR 105 et HSECR 119 de Princesse TamTam, la cour considère que ces modèles ne se distinguent pas des tendances générales de la mode en lingerie et que les caractères revendiqués comme spécifiques sont au contraire communs à beaucoup de sous-vêtements (« les bordures en mini-vagues ne sont pas rares dans le domaine de la lingerie féminine », « la forme triangle du soutien-gorge et l'absence d'armature... sont d'une extrême banalité et relèvent de standards de la lingerie féminine... et il en est de même de la forme des culottes... qui est des plus courantes... »). Que ces caractères se retrouvent dans les produits des différents acteurs du secteur n'est donc pas anormal et cela ne saurait être à l'origine d'un risque de confusion. Nul ne peut s'approprier des éléments qui appartiennent au fonds commun de la mode (*CA Paris, pôle 5, ch. 1, 18 mai 2021, n° 19/10399, SA Etam, SAS Princesse Tam Tam : Contrats, conc., consom. 2021, comm. 165, M. Malaurie-Vignal*).

Quant au grief de parasitisme des investissements et de la notoriété de DIM, la cour l'écarte en soulignant que les sociétés rivales consacrent toutes les deux des moyens importants pour investir dans la recherche-développement et en constatant, un peu cruellement, que Princesse Tam Tam n'a rien à envier à DIM en matière de notoriété puisque ses produits bénéficient d'un « positionnement sensiblement plus haut de gamme ».

21.Imitation de site Web. Les investissements réalisés par le parasite n'excluent pas le succès de l'action en concurrence parasitaire intentée contre lui. La cour d'appel de Paris contredit à juste titre sur ce point la juridiction consulaire qui avait fondé le rejet de l'action en parasitisme en partie sur la prise en compte des frais engagés par l'intimée pour construire son site Web (*CA Paris, 5-2, 16 déc. 2022, n° 21/01469, SARL Lea c/*

SARL Art et Pub). Mais les ressemblances avec le site de la demanderesse sont trop nombreuses pour être le fruit du hasard juge la cour. Les deux parties ont développé une activité de vente en ligne d'étiquettes à partir de leurs sites internet respectifs. Le site « c-monetiquette.fr » est découpé en trois chapitres : en haut de page une bannière portant le nom du site et annonçant 7 rubriques, au-dessous un texte de description des produits personnalisés et des services de personnalisation proposés, enfin une série d'exemples de produits dans une mosaïque d'images,... aucun de ces éléments, pris en particulier, ne présente une originalité marquée et les premiers juges y ont vu une raison supplémentaire de rejeter l'action en parasitisme du gérant du site « c-monetiquette.fr ». Mais la cour constate que le site « etiquettes-folies.fr » reprend servilement la même architecture et les mêmes rubriques que celles de son concurrent : une bannière arborant le nom du site et introduisant 9 rubriques, une présentation des produits personnalisés et un texte de description des produits proposés, texte qui reproduit à la virgule près celui de son rival. Or, il s'avère que ce type d'organisation du site est original et se distingue nettement des tendances du secteur. La singularité de la construction du site est l'aboutissement de recherches et d'investissements pour une présentation plus intuitive et plus attractive, une présentation qui constitue une valeur économique individualisée procurant un avantage concurrentiel. La cour conclut : « Les nombreuses reprises d'éléments du site c-monetiquette.fr par le site etiquettes-folies.fr précédemment relevées qui doivent être appréhendées dans leur globalité, ce quand bien même chaque élément apparaît comme banal, et indépendamment de tout risque de confusion, ne peuvent être considérées comme fortuites, ou relevant des tendances du marché et témoignent d'une volonté de la société Art et Pub de s'inscrire, à titre lucratif et de façon injustifiée, dans le sillage de la société Léa caractérisant ainsi un comportement fautif constitutif d'agissements parasitaires. » (*sur la protection d'un site Web par le droit commun* : J.-P. Clavier et A. Mendoza-Caminade, *Droit du commerce électronique*, Bruylant, coll. "Paradigme, 2^e éd., n° 96).

22. Le voleur d'étiquette. Les e-liquides qui permettent de recharger les cigarettes électroniques contiendraient-ils du tabac ? Ce serait porter un coup fatal au moral des fumeurs repentis qui ont fini par entendre raison et se sont péniblement convertis au vapotage. Heureusement le soupçon introduit par la société MPM dans le procès qui l'opposait à la société Liberté de Fumer (désormais Nicoswitch), pour établir que par sa dénomination sociale celle-ci enfreignait l'interdiction légale de publicité pour le tabac (code de la santé publique, art. L3512-4) et se rendait conséquemment coupable de concurrence déloyale à son égard, ne fut pas démontré (**CA Versailles, ch. 12, 11 mai 2023, RG 21/05318, Sté Nicoswitch c/ SAS MPM**). Fake news, fausse rumeur, infox... Les demandes de son adversaire connurent en revanche un meilleur succès auprès des juges. Il était en effet reproché à MPM d'avoir copié les étiquettes et la présentation des produits de vapotage vendus par la société Nicoswitch sous sa marque D'LICE. Celle-ci expliquait que l'identité graphique et visuelle de ses produits résultait de la combinaison mûrement réfléchie d'éléments tels qu'un bouchon cylindrique blanc, l'utilisation de couleurs franches pour ses étiquettes - « rouge chatoyant pour la recharge D'LICE fraise, vert électrique pour la recharge pomme » -, l'apposition verticale de la marque en caractères gras noirs majuscules, l'indication de l'arôme et la mention « 100% arôme français ». Or, en 2018, sa concurrente, la société MPM, a fait évoluer la présentation de ses recharges, changeant la forme du bouchon de tronconique à cylindrique, adoptant des couleurs soutenues pour ses étiquettes, rouge pour l'arôme fraise, vert pour la pomme, optant pour l'apposition verticale de sa marque, ... « Cette présentation nouvelle ne peut résulter du hasard », estime la cour de Versailles et ne saurait s'expliquer par les tendances du moment dans ce secteur comme tente de le soutenir MPM. Elle relève que la charte graphique des recharges D'LICE se démarque des présentations habituelles du secteur pour constituer une identité visuelle singulière. En écoulant de surcroît sa marchandise à bas prix MPM a manifesté « un esprit de manœuvre » et a eu recours « à des procédés contraires aux règles et usages, caractérisant ainsi une pratique de concurrence déloyale au détriment de la société Nicoswitch ». Ces mêmes faits constituent aussi des actes de parasitisme du travail intellectuel et de la notoriété de la société Nicoswitch. Le packaging spécifique de ses produits constitue une identité visuelle protégeable en ce qu'il représente une valeur économique individualisée.

En revanche, dans une affaire opposant des brasseurs de bière, la société La Choulette est déboutée de son action parasitaire parce qu'elle ne parvient pas à démontrer la spécificité de son packaging et de son étiquette, ni la reproduction de ceux-ci par sa concurrente, mais elle obtient la condamnation de cette dernière sur le terrain de la concurrence déloyale en raison de la reprise des noms de ses bières « Black out » et « Time out », jugés arbitraires pour ces boissons mousseuses (**CA Paris, pôle 5, ch. 2, 12 mai 2023, n° 21/00586, Sarl Brasserie La Choulette c/Sarl Be More Creative**).

4. Préjudice

23. Préjudice inféré. « Un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, générateur d'un trouble commercial, fût-il seulement moral... » : la formule est classique (*par ex.* : *Cass. com.*, 12 janv. 2022, n° 20-11.139, *Viacab* : *JurisData* n° 2022-000401 ; *JCP S* 2022, 1072, *G. Loiseau* ; *Cass. com.*, 17 mars 2021, n° 19-10.414, *Sté Creative commerce Partners c/Sté MV* : *JurisData* n° 2001-003856 ; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 96, *M. Malaurie-Vignal*). Toutefois, rappelle utilement la cour de Versailles (**CA Versailles, ch. 12, 30 mars 2023, n° 21/03042, Sté Dober Import Export c/ Sté C2I, préc.**), « la présomption couvre l'existence du préjudice, non son étendue ». Il incombe donc à la victime des agissements déloyaux d'identifier les différents postes de préjudice, de les justifier, de les chiffrer pour mettre les juges en mesure d'apprécier le montant des dommages et intérêts. Il peut lui être demandé de démontrer aussi le lien de causalité entre le manquement dénoncé à l'éthique commerciale et le préjudice allégué (*Cass. 2^e civ.*, 5 mars 2015, n° 13-27.553).

24. Avantage indu. La victime d'agissements parasitaires est souvent dans l'incapacité d'apporter la preuve de pertes subies du fait de ceux-ci. Le parasite a capté indûment une part de sa notoriété, a détourné ses investissements, il s'est enrichi ou du moins il a réalisé des économies, le chiffre d'affaires de la victime n'en a pas pour autant été directement affecté. Constatant que le fabricant de cigarettes électroniques qui demandait réparation des agissements parasitaires de son concurrent, qui avait imité ses flacons et ses étiquettes, n'était pas en mesure de justifier de ses pertes, la cour de Versailles propose la solution suivante : « En l'absence d'éléments chiffrés sur les conséquences négatives des agissements de la société MPM sur l'activité de la société Nicoswitch exprimées en baisse de chiffre d'affaires ou de marge brute, la cour prendra en considération l'avantage indu obtenu par la société MPM en terme d'économie d'investissements » (**CA Versailles, 12^e ch., 11 mai 2023, n° 21/05318, SAS Nicoswitch c/ SAS MPM, préc.** n° 22). Elle fixe l'indemnité réparatrice en fonction des investissements réalisés par la victime. Une part de ces investissements correspond à l'économie réalisée par le parasite pour élaborer une communication commerciale. « Les pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, en ce qu'elles permettent à leur auteur de s'épargner une dépense, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets préjudiciables peuvent être évalués en prenant en considération cet avantage », avait jugé la Cour de cassation (*Cass. com.*, 7 juill. 2021, n° 20-11.146, *Sté Ecoconcepto et a.* ; *Cass. com.*, 12 févr. 2020, n° 17-31.614 : *JurisData* n° 2020-001762 ; *Propri. industr.* 2020, comm. 33 et ch. 9, n° 22 ; *Propri. industr.* 2022, ch. 10, n° 32). Les dommages-intérêts prennent une coloration restitutive, de façon « à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par ce dommage », écrit la cour versaillaise.

25. Rupture brutale, perte de clientèle et cumul d'indemnités. C'est l'histoire trop banale d'une salariée qui quitte une entreprise A en emportant le fichier clients, crée une société concurrente B et détourne les clients de son ex-employeur. Le tribunal de commerce de Créteil avait condamné la fugitive et sa nouvelle société B à payer des dommages-intérêts à hauteur de 96.374 euros pour concurrence déloyale. En appel la somme fut ramenée à 5.000 €. Entre temps, deux sociétés C et D, anciennes clientes de l'entreprise A, qui avaient reporté immédiatement leurs commandes sur la nouvelle société et abandonné brusquement leur ancienne partenaire, étaient condamnées à payer des dommages-intérêts à l'entreprise A pour rupture brutale de relations commerciales établies. L'entreprise A contestait en cassation l'arrêt qui avait réduit drastiquement le montant des indemnités qui lui étaient dues par son ex-salariée et sa nouvelle société au titre du détournement de clientèle (***Cass. com.*, 28 juin 2023, n° 22-10.184, Sté Empreinte**). La cour d'appel avait en effet jugé que l'évaluation du dommage né d'actes de concurrence déloyale ne pouvait « se cumuler avec la réparation que la victime avait déjà obtenue des coauteurs des faits » et la victime avait déjà été indemnisée pour la perte des deux clients C et D. C'était commettre une confusion entre l'action en concurrence déloyale qui tend à réparer le préjudice résultant de la captation fautive d'une clientèle et l'action de l'article L442-6, I, 5°, du code de commerce qui permet d'obtenir réparation pour les conséquences dommageables de la brutalité d'une rupture de relations commerciales établies (*C.-A. Maetz, JCI Concurrence-Consommation, Fasc. 300 : Rupture brutale de relations commerciales établies*, n° 86 ; *J.-L. Fourgoux, JCI Commercial, Fasc. 281, Transparence et pratiques restrictives de concurrence*, n° 257). Les fautes sont différentes, les préjudices sont distincts. La Chambre commerciale explique que l'indemnisation reçue des sociétés C et D « répare un préjudice distinct du préjudice de perte de clientèle causé par les actes de concurrence déloyale » de la nouvelle société B. Elle censure l'arrêt d'appel au motif que « l'indemnisation au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie avec un client répare

seulement le préjudice découlant de l'absence ou de l'insuffisance de préavis et peut se cumuler avec l'indemnisation, par l'auteur d'actes de concurrence déloyale, du préjudice résultant de la perte de ses clients au-delà de la période de préavis ». Le cumul des responsabilités permet à la victime d'obtenir l'indemnisation de préjudices distincts (*pour un cumul de l'action de l'article L. 442-6, I, 5° avec une responsabilité contractuelle : C.-A. Maetz, Fasc. 300, préc., n°98s.*). Ce qui n'est pas permis c'est de rechercher sur le terrain de l'article 1240, « en l'absence de toute faute délictuelle distincte établie », une indemnisation de la rupture quand les conditions de l'article L.442-6, I, 5° ne sont pas satisfaites (*Cass. com., 2 oct. 2019, n° 18-15.676, Sté IDF Management ; M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, Droit de la concurrence, Précis Dalloz, 2^e éd., n° 832*).

5. Procédure

26.Demande nouvelle. En application du principe d'immutabilité du litige, les parties ne peuvent pas soumettre aux juges du second degré des prétentions qu'ils n'ont pas présentées aux premiers juges, étant précisé que « les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent (art. 565 Code proc. Civ.). Les créateurs d'un modèle de renfort de racks industriels qui ont exclusivement demandé au premier juge de condamner le défendeur pour contrefaçon de dessin et modèle voient leur demande en concurrence déloyale déclarée irrecevable par la cour d'appel. « L'action en contrefaçon sanctionnant l'atteinte à un droit privatif alors que l'action en concurrence déloyale repose sur l'existence d'une faute au sens de l'article 1240 du code civil, une demande formée sur le fondement de la concurrence déloyale et une demande formée sur le fondement de la contrefaçon ne tendent pas aux mêmes fins » (**CA Douai, ch. 1, sect. 2, 15 déc. 2022, n° 21/00465, Sarl Global Industrial Security Systems et a. c/ SAS Ecolog Innovation** : Lexbase). La contrefaçon sanctionne un empiètement sur la propriété, tandis que l'action en responsabilité tend à faire réparer un dommage (*Sur la notion de finalité identique : S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, Procédure civile, Précis Dalloz, 36^e éd., n° 1374*).

Jacques Larrieu, professeur émérite, Université Toulouse Capitole - CDA