

PASCALÉ DEMOLY Avocat à la Cour

APRAM 15 MARS 2011

**CONCURRENCE DELOYALE ET DROITS D'AUTEUR**

**INTRODUCTION : RAPPEL DES GRANDS PRINCIPES**

**1.** Le principe du non cumul : constamment rappelé (Cass. com., 23-03-2010, n° 09-66.987, société Marm ; )

***« L'action en contrefaçon qui concerne l'atteinte à un droit privé et l'action en concurrence déloyale qui repose sur l'existence d'une faute procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, la seconde n'étant ni la conséquence ni le complément de la première »***  
(Cour d'Appel de Montpellier 2<sup>ème</sup> Chambre, 8 décembre 2009, n°8/07054, Sarl Luna : jurisdata n°2009-021540).

## **2. Les deux actions reposent sur des fondements différents :**

- *La contrefaçon de droit d'auteur nécessite une atteinte à un droit privatif et donc l'existence d'une œuvre protégeable.(CA PARIS 4<sup>e</sup> ch A 14 mai 2003 01/12885 jurisdata n°2003-220086 (action réelle)*
- *La reproduction totale ou partielle de cette œuvre doit créer une impression d'ensemble similaire, nonobstant l'existence d'un risque de confusion.*
- *L'action en concurrence déloyale, fondée sur l'article 1382 du Code Civil nécessite l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice : Civile 2, 4 février 2010, pourvoi 09-10630.(action personnelle)*

### **3. Les deux actions reposent sur des règles de compétence différentes:**

- *Article L 331-1 du CPI : « toutes les contestations relatives à l'application des dispositions de la première partie du présent code qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont exclusivement portées devant les Tribunaux de Grande Instance sans préjudice du droit pour la partie lésée de se pourvoir devant la juridiction répressive dans les termes du droit commun... ».*
- *Rappel historique : Article L 135-1 de la loi du 4 août 2008 à caractère interprétatif, complète la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 (article L 211-10) : volonté du législateur d'écarter la compétence des Tribunaux de Commerce au profit de celle de certains Tribunaux de Grande Instance.*

- *Décret n°2009-1204 du 9 octobre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de propriété intellectuelle, complété par le décret n°2009-1205 du 9 octobre 2009 fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2009 : contentieux confié à un nombre restreint de TGI*

*A priori, la même solution devrait s'appliquer au Conseil des prud'hommes qui perd sa compétence dans les litiges relatifs à une question de propriété littéraire et artistique opposant un salarié à un employeur.*

*NB : reliquat de compétence de droit commun : si la demande concerne le droit commun des contrats (Com 23 novembre 2010 09-70859)*

- *Les actions fondées sur la concurrence déloyale obéissent aux règles de droit commun de la compétence matérielle et territoriale : compétence alternative du Tribunal de Grande Instance et du Tribunal de Commerce en présence d'une personne physique non commerçante.*

*Compétence exclusive du Tribunal de Commerce en présence de deux commerçants.*

- *Dans les deux cas, le Juge des référés est compétent pour prononcer les mesures d'interdiction provisoire au visa des articles 808 et 809 du Code de Procédure Civile ou articles 872 et 873 du code de commerce.*

#### **4. Différence quant au mode de preuve**

*La saisie contrefaçon est réservée aux demandes fondées sur un droit de propriété littéraire et artistique : article L 332-1 du CPI : depuis la loi du 29 octobre 2007, outre la saisie réelle des exemplaires constituant une reproduction illicite de l'œuvre, peuvent être saisis les matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer illicitement les éléments protégés, ainsi que tous documents s'y rapportant.*

*Cette possibilité d'action est désormais étendue à l'ensemble des bénéficiaires d'un droit exclusif d'exploitation, pour tous les droits de propriété intellectuelle.*

*Le droit à l'information est réservé aux demandes fondées sur un droit de propriété littéraire et artistique : article L 331-1-2 : permet de demander au JME la communication d'information en possession de tiers relatives aux quantités de marchandises et à leur origine afin de remonter la filière.*

*Mais l'article 145 n'offre-t-il pas la même possibilité ?*

## Les contraintes imposées au saisissant en contrepartie :

- *Dans les hypothèses où la saisie doit faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal de Grande Instance (retard ou suspension de représentation ou d'exécution publique en cours ou déjà annoncée), la constitution préalable de garantie par le saisissant peut être ordonnée.*
- *Le saisissant doit agir au fond dans un délai de 20 jours ouvrable ou 31 jours civils si ce délai est plus long (décret du 27 juin 2008, article R 332-1 du CPI) faute de quoi, le saisi peut demander la mainlevée en référé .*
- *Le saisi peut également par voie de référé demander le cantonnement de la saisie ou sa mainlevée totale : le juge peut exiger des garanties du saisissant*

➤ **En matière de concurrence déloyale, seules les dispositions de l'article 145 du Code de Procédure Civile sont applicables :**

- *Comme en matière de saisie contrefaçon, l'article 145 permet d'obtenir des mesures d'instruction de manière non contradictoire.*
- *Contrairement aux opérations de saisie contrefaçon, l'article 145 ne permet pas de saisir les produits.*
- *Les dispositions de l'article 145 sont souvent appréhendées par les Juges comme fixant le principe d'un débat contradictoire. L'ordonnance sur requête nécessite au préalable de justifier la nécessité de ne pas agir contradictoirement.*
- *Attention aux possibilités de rétractation de l'ordonnance par voie de référé.*
- *Comme pour la saisie contrefaçon, la mission confiée à l'huissier peut être très étendue : description des produits, appréhension de la comptabilité, assistance d'un expert comptable, informatique, technique etc.*



- **Avantage par rapport à la saisie contrefaçon :**
- *La saisine des Juges du fond n'est soumise à aucun délai particulier.*
- *Des opérations de constat effectuées sur la base de l'article 145 n'empêchent pas par la suite d'agir sur le fondement d'un droit de propriété intellectuelle.*

- **Echapper aux risques croissants d'annulation des opérations de saisie contrefaçon : exemple :**
  - *attention en particulier à respecter les termes de l'ordonnance, notamment le nombre de produits dont la saisie a été autorisée (Cour d'Appel de Paris 9 novembre 2007, RG 2006/12164, PIBD 2008, N° 868, III, page 127),*
  - *attention à l'étendue des informations comptables qui peuvent être transmises au saisissant (Tribunal de Grande Instance de Paris, 7 janvier 2009, PIBD 2009, N° 894, III, page 951),*
  - *attention de bien demander dans la requête que l'huissier soit autorisé en l'absence de produits contrefaisants sur place, de présenter au saisi un exemplaire du produit contrefaisant en sa possession, ainsi que éventuellement les éléments relatifs à sa commercialisation (Com 07 juillet 2009 n°08-18598 ; Com 2 avril 2009 n°08-10656)*

# I – LA CONTREFAÇON DE DROIT D’AUTEUR AU COTE DE L’ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE : LA BONNE PIOCHE

- Qu’est ce qu’un fait distinct ?

Principe : la Cour de Cassation a rompu avec l’exigence d’un fait matériellement distinct :

*Cassation Commerciale 12 juin 2007 : la doctrine semble considérer que cette jurisprudence s’applique dans le cas d’un cumul d’action en présence d’une faute caractérisant l’application des dispositions de l’article 1382. Est-ce vraiment sûr ?*

*« 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 affaire en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droits privatifs et que l’originalité d’un produit n’est pas une condition de l’action en concurrence déloyale à raison de sa copie, cette circonstance n’étant que l’un des facteurs possible d’appréciation de l’existence d’une faute par création d’un risque de confusion... ».*

***Distinction matérielle ou non, on recherche l'existence d'une faute entraînant un risque de confusion.***

**1. Quelques exemples plus ou moins gagnants de distinction matérielle des faits**

**Reprise d'un titre non protégeable d'une œuvre également contrefaite :**

Cour d'Appel de Paris, Pôle 5 Chambre 2 du 6 novembre 2009 : Hugo / MC Production.

La Cour d'Appel condamne pour contrefaçon la Société Hugo et Compagnie qui a édité en octobre 2007 une bande dessinée intitulée « *La revanche des blondes Eve'S Angels* », contrefaçon de la bande dessinée éditée par la Société MC PRODUCTION, intitulée « Les Blondes » dont les auteurs sont PATTY et GUERO.

***Elle réforme le jugement en ce qu'il a reconnu des actes de concurrence déloyale du fait de la reprise du format, de la structure, de la couverture et de la proximité graphique des titres, mais indique que « ces similitudes, contrairement à ce que soutient la Société Hugo et Compagnie constituent bien des demandes fondées sur des faits distincts et sont donc recevables ».***

***La Cour ajoute que « le titre « Les blondes » doit être considéré comme banal », mais admet l'existence d'un fait distinct de concurrence déloyale du fait de l'usage du titre « La revanche des blondes » dans lequel le terme « blondes » est mis en exerque, créant ainsi un risque de confusion auprès du public qui sera conduit à rattacher cet ouvrage à la première série.***

➤ **Reprise de la présentation du produit :**

- **Com 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 07-14741** « attendu que pour rejeter la demande de la Société CONCEPTION DE PRESSE ET D'EDITION tendant à la condamnation de la Société 1633 à lui payer lui verser des dommages et intérêts pour concurrence déloyale, l'arrêt retient que les griefs tirés de la reprise aggravante et source de confusion de l'encart de couleur rose dans la cheminée de couverture pour l'annonce du sujet « SEXY HOT » du petit signe bonus noir et jaune pantone 109, couleur caractéristique du magazine ENTREVUE ne saurait constituer des griefs distincts de ceux retenus dans le cadre de la protection de la maquette de couverture de ce magazine ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle n'avait pas retenu ces éléments pour l'appréciation de la contrefaçon, et que la création d'un risque de confusion dans l'esprit du public avec un modèle enregistré, constitue un fait distinct de la contrefaçon de ce modèle, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

- **Cassation Commerciale 28 novembre 2006, n°04-20555** « mais attendu, en premier lieu, que la Cour d'Appel n'a pas pris en considération, à l'appui de la condamnation pour concurrence déloyale, la reproduction de modèle, constitutif de contrefaçon, mais retenu par motif propre et adopté, l'existence d'un risque de confusion résultant de la présentation des gammes de chemisiers selon des modalités identiques, de l'utilisation des mêmes bustes, de l'imitation de l'aménagement des magasins de la Société RAYURES et du fait que la Société INFINITIF a exposé dans ses boutiques les panneaux publicitaires de la Société RAYURES en prenant le soin de dissimuler à l'aide d'un crayon feutre la dénomination de cette société ».

**Il est donc toujours intéressant d'indiquer très précisément les éléments ou la combinaison d'éléments dont on revendique la protection au titre des droits d'auteur pour isoler et détailler ensuite les éléments de présentation du produit.**

➤ **Toutefois, les éléments invoqués ne doivent pas être commun à l'ensemble de la profession concerné : Commerciale 2 février 2010, n°09-11303 au côté de la contrefaçon de marque, la Cour d'Appel à bon droit n'a pas retenu de faits de concurrence déloyale : « attendu en second lieu, que l'arrêt relève, par motif propre et adopté, que la Société TEMPUR qui ne saurait détenir un quelconque monopole sur une épaisseur déterminée de matelas, non plus qu'un quelconque droit privatif sur la mousse visco-élastique, n'est pas fondé à reprocher aux Sociétés ENA et SEIFRAM de reproduire les caractéristiques de ces produits, en commercialisant des modèles de matelas d'une épaisseur respective de 17 cm et 20 cm composé de mousse visco-élastique, thermo-extensible...Que l'arrêt relève enfin, à l'époque des faits de la cause, l'engouement général des fabricants de literie pour la mousse visco-élastique unanimement présentée comme étant à la pointe de l'innovation technologique et garantissant un bénéfice pour la santé ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, ..., la Cour d'Appel qui a fait ressortir dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation l'absence de tout risque de confusion de produits en cause, e, a légalement justifié sa décision ».**



- ***Idem : CA PARIS Pôle 5 chambre 2 10 décembre 2010 RG n°09/21824 SCP KESSLORD, M.YU YE/ EURL LAURENT et autres : reprise des formes extraplates d'un sac à main transformables en différentes formes par ailleurs usuelles : « d'autres opérateurs sur le marché offrent à la concurrence des sacs transformables...leur aspect d'ensemble, leur coloris et leur matière diffèrent suffisamment pour que soit exclu tout risque de confusion »***

➤ **La pratique des prix inférieurs : il faut autre chose :**

- **Commerciale 26 février 2008, n° 05-13860** « attendu que pour condamner les Sociétés NEYRIA et ALBATICA à payer à la Société PLASTIQUES JP la somme de 10 000 € chacune au titre de la concurrence déloyale, après avoir condamné chacune de ces deux sociétés à réparer au titre de la contrefaçon le préjudice résultant de la diffusion des flotteurs contrefaisants, l'arrêt relève que ces marchandises, copies serviles, étaient vendues à un prix inférieur par rapport au prix pratiqué par le déposant ;

*Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser une faute distincte de la contrefaçon, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

- **Cour d'Appel de Paris 23 février 2011, Pôle 5, Chambre 1, n°09/13673, Société CHERRY DIFFUSION / NEW PARADOXE SARL** « mais considérant que si ces circonstances (commercialisation à un prix très inférieurs et dans une qualité médiocre d'une copie servile) sont susceptibles d'aggraver le préjudice résultant de la contrefaçon, laquelle est précisément caractérisée par la reproduction de l'œuvre sans l'autorisation de son auteur, elles ne constituent pas des faits de concurrence déloyale »
- **Cour d'Appel de Paris 28 janvier 2011, RG 09/13170, SARL AGM ENE MORIS / SARM SCOOTER** « considérant toutefois qu'outre le fait que la reproduction n'est pas servile, le prix de vente vil, s'agissant de bijoux de fantaisie (3,90 €), les actes incriminés au titre d'une prétendue concurrence déloyale ne sont d'évidence pas distincts de ceux retenus au titre de la contrefaçon et ne pourraient à les supposer établis que venir aggraver le préjudice subi du fait de la contrefaçon ».

- **En fait, même le vil prix semble devenu inefficace :TGI PARIS 3<sup>ème</sup> chambre 2<sup>ème</sup> section 28 janvier 2011 ZV FRANCE/ METAL FASHION** « Mais attendu que la pratique d'un prix inférieur ne saurait en elle-même, et dans un contexte de liberté des prix et de la concurrence, être constitutive d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, la démonstration de la mauvaise qualité d'un produit ne pouvant quant à elle résulter de la seule différence de composition des tissus »

**CA Paris, Pôle 5 chambre 1, 2 mars 2011 n°09/13161**: même solution: le prix très inférieur « ne saurait suffire à caractériser un comportement fautif au regard de la liberté du commerce... »  
Pourtant la Cour le prend en considération pour reconnaître que la vente à faible prix de reproductions serviles « est de nature à créer dans l'esprit de la clientèle un risque de confusion »  
créant un préjudice propre à la société qui distribue les produits originaux

- **Autres exemples de faits distincts** : dénigrement (CA PARIS, 18 janvier 2008 RG n°06/09120 pour une campagne publicitaire) ; reprise d'un slogan non protégeable dans l'intention de créer un risque de confusion ; en l'absence de contraintes technique l'imposant, produits interchangeables visant à créer un risque de confusion ( CA PARIS,18 octobre 2000, D 2001 p 850)

## ***2. Les faits matériellement indistincts de la contrefaçon***

- ***Le problème de la copie servile: là aussi, il faut autre chose***

*Il a un temps été jugé que la copie servile impliquait ipso facto l'existence d'un risque de confusion.*

*Aujourd'hui, il convient de rechercher les circonstances dans lesquelles est intervenue la copie pour caractériser l'existence d'une faute.*

- **Commerciale 15 juin 2010, n°08-20999** : pas de faute distincte de la copie servile : copie servile de jardinières, la Cour n'a pas caractérisé de faits distincts de ceux à raison desquelles elle prononçait une condamnation au titre de la contrefaçon
- **Commerciale 23 mars 2010, n°09-14114, EURL FREDERIC** (même solution cette fois en matière de contrefaçon de marque).
- **Tribunal de Grande Instance de Paris 28 janvier 2011, 3<sup>ème</sup> Chambre, 2<sup>ème</sup> Section, n°09/12905, Société SV FRANCE SAS / SOCIÉTÉ METAL FASHION SARL** précité: donc la copie servile n'est pas un élément suffisant au côté du vil prix
- **Tribunal de Grande Instance de Paris 27 janvier 2011, 3<sup>ème</sup> Chambre, 4<sup>ème</sup> Section, n°10/08203, Société TO ONE SAS / PINK BEERRY**. (même chose)

- **Cour d'Appel de Versailles 2 décembre 2010, RG n°09/06503, Société de droit belge TONICKX / Société ELVINA** : « si le grief de copie servile, susceptible d'aggraver le préjudice résultant de la contrefaçon, laquelle se définit comme la reproduction intégrale ou partielle de l'œuvre sans l'autorisation de son auteur, ne constitue pas un fait distinct de concurrence déloyale de nature à caractériser une faute au sens de l'article 1382 du Code Civil, il n'en demeure pas moins qu'en faisant fabriquer par la Société ELVINA une copie servile du modèle, dans le même coloris et un tissu identique, **alors qu'elle ne pouvait méconnaître les droits détenus par la Société TONICKX, qui lui avait remis un échantillon le 27 avril 2007**, la Société FILDA a manqué à l'obligation de loyauté qui doit présider aux relations commerciales, peu important que la Société TONICKX ne s'adresse pas à un consommateur final, mais à des enseignes ».

Tout dépend donc des circonstances ayant présidé à la copie.

En l'absence de tout autre élément pouvant être considéré comme fautif, le caractère servile de la copie sera une circonstance aggravante de la contrefaçon.



- **La reproduction de la gamme :**

***Encore faut-il s'entendre semble t-il sur la définition de la gamme.***

- **Cour d'Appel de Chambéry 3 novembre 2009, RG n°2009-017826 SARL ALLIGATOR / VASSEUR MAGNON** : contrefaçon d'une marmotte en peluche déclinée en plusieurs coloris, tailles et versions (skieuse, siffleuse, etc) : « par la création d'une gamme identique à celle de la Société ALLIGATOR, les sociétés appelantes ont considérablement réduit, voir éliminé toute possibilité de différenciation des produits et accru d'autant leur chance de supplanter totalement les modèles originaux, en s'emparant massivement d'un marché sur lequel la Société ALLIGATOR s'était introduite avec succès et dont elles ont tiré profit sans avoir eu à supporter les frais d'étude, de conception, de fabrication et labellisation européenne, privant corrélativement celle-ci des retombées de ses investissements ».
- **Cour d'Appel de Versailles 10 novembre 2009, n°08/07587, SARL RECHERCHE ET CREATION PROMOTIONNELLE / Société BERNARD FRANCE ET AUTRES** : contrefaçon d'un motif brodé sur un ensemble de ligne de maison et concurrence déloyale du fait de la reprise de la même gamme de couleur (belge et marron).

***La définition de la gamme se comprend comme la reproduction d'une seule et unique création sous ces différentes déclinaisons.***

- ***Cour d'Appel de Paris 17 décembre 2010, Pôle 5, Chambre 2, SAS SPORTS STRATEGIES/ SAS KANTAR*** : *La contrefaçon multiple n'est pas une reprise de gamme susceptible de constituer des faits de concurrence déloyale :: « considérant s'agissant des actes de concurrence déloyale dont fait état l'appelante, que la reproduction des articles de presse qu'elle édicte ne constitue pas un fait distinct de ceux déjà retenus au titre de la contrefaçon. »*

*En présence de contrefaçons multiples, plutôt que de faire état de la reproduction d'une gamme au titre de faits distincts, il vaut donc mieux plaider le caractère aggravant de la contrefaçon du fait de sa multiplicité.*

## **II – CONTREFAÇON OU CONCURRENCE DELOYALE, QUEL PARI ?**

Des faits non distincts de la contrefaçon peuvent donc constituer des circonstances aggravantes de celle-ci. En l'absence d'œuvre protégeable, la concurrence déloyale prendra parfois le relai

### **1. Les circonstances aggravantes de la contrefaçon**

A côté du vil prix et de la copie servile, envisageons d'autres exemples

**Commerciale 19 janvier 2010 (pourvoi 08-15338, 08-16459 et 08-16469) INFINITIF SA et autres/ CELINE** : Le préjudice aggravé du fait de l'importance des investissements publicitaires réalisés par la victime de la contrefaçon

la Société faisait état d'importants investissements publicitaires faisant des ceintures copiées des accessoires phares de la collection printemps/Eté 2001, d'une diffusion publicitaire importante, de ce que les modèles étaient reproduits sur la page d'accueil de sites Internet, il figurait sur une toile de 2,5 m sur 10 m de long et 6,50 m de haut sur son immeuble en travaux : *« attendu qu'en se fondant pour prononcer une condamnation distincte de celle résultant de la contrefaçon de modèle sur des faits qui ne se distinguent pas de ceux caractérisant cette contrefaçon, la Cour d'Appel a violé le texte susvisé »*.

La Société CELINE aurait sans doute eu avantage à relier ces faits à la contrefaçon pour, sans les qualifier de faits distincts, les caractériser comme justifiant d'un préjudice supplémentaire....mais à l'époque des faits, les juges pensaient autrement!

- ***La notoriété importante de l'auteur ne constitue pas un fait distinct. Peut-elle aggraver l'importance du préjudice ?*** Cour d'Appel de Paris 7 janvier 2011, Pôle 5, Chambre 2, n°09/16251 : Yves Armand Marie KLEIN et TETE-A-TETE ART / OBJECTO ARCHIGRAM ET BPCP.

Les appelants font grief aux intimés d'avoir associé la table arguée de contrefaçon au nom et à l'œuvre d'Yves KLEIN par une notice présentée notamment sur le site de la Société OBJECTO, alors que se tenait simultanément une exposition consacrée à l'œuvre de l'artiste, au Centre George Pompidou « YVES KLEIN CORPS COULEUR IMMATERIEL ».

La Cour refuse de prendre en compte l'atteinte à la notoriété au titre de la concurrence déloyale, alors que la table en question n'était pas exposée lors de l'exposition « *que cette référence sous forme d'un prétendu hommage n'est cependant pas un acte distinct de la contrefaçon de l'œuvre, mais signe au contraire la réalité de celle-ci par la reconnaissance de l'apport d'Yves KLEIN et de ses créations...que la seule concomitance de l'offre à la vente de la table contrefaisante et de l'exposition n'est pas de nature à caractériser un acte de concurrence déloyale distinct de l'acte de contrefaçon précité* ».

En insistant davantage dans le cadre de la contrefaçon sur la notoriété exceptionnelle d'Yves KLEIN et la concomitance de cette rétrospective, la Cour aurait-elle augmenté le préjudice au titre du droit moral ?

## **2. En l'absence de droit d'auteur, la concurrence déloyale et le parasitisme :**

- **En l'absence de droit privatif, les droits d'auteur peuvent passer le relais à l'action en concurrence déloyale** : Commerciale 22 octobre 2002, JCP E 2002, N°13, 27 mars 2003, 493 : Société CARTIER contre Société METRO LIBRE SERVICE DE GROS : « Mais attendu que l'arrêt relève que l'objet copié est une **montre de haute renommée**, ayant un pouvoir attractif et prestigieux ; que l'arrêt, qui estime que l'offre faite par la société Métro à sa clientèle d'une copie servile de la montre Tank dans les conditions dénoncées porte manifestement atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie, la rabaissant au rang de simple "gadget publicitaire", a pu décider qu'un tel usage, en ce qu'il affectait l'image, qualifiée de prestigieuse, d'un produit notoire et de marque, ne fût-il plus couvert par un droit privatif, était fautif ; que le moyen n'est pas fondé »

- **Il sera plus délicat de choisir l'action en concurrence déloyale en présence de droit de propriété intellectuelle** : Cassation Commerciale 20 février 2007, n° 04-20.646 assignation en concurrence déloyale en présence d'une marque.

- **« L'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale à raison de sa copie**, cette circonstance n'étant que l'un des facteurs possibles d'appréciation de l'existence d'une faute par création d'un risque de confusion... », Commerciale 12 juin 2007, n°05-17349 précité (copie de modèle de lunettes de protection considéré comme non protégeable au titre du droit d'auteur).
- Ainsi donc, l'action en concurrence déloyale ne se limite pas à la copie d'une œuvre tombée dans le domaine public (aff CARTIER) mais peut concerner la copie d'un produit exempt de toute protection.
  - **Idem** : commerciale 12 juin 2007, n°08-21362 (copie de catalogue de tarifs pour fabriquer son propre catalogue).
  - **Idem** : TGI PARIS 3<sup>ème</sup> chambre 2<sup>e</sup> section 1<sup>er</sup> octobre 2010 RG 2008/16991 : TOD'S/ Société François PINET : copie servile d'un modèle de chaussure non protégé et de son coloris.

*On comprend que la copie servile, en l'absence de droits privatifs, peut être condamnée sur le fondement de la concurrence déloyale.*

- **Mais la copie ne doit pas porter sur les éléments communs à toute la profession :**
- *Commerciale 2 décembre 2010, n°09-11303 précité.*
- Cour d'appel de Paris, Pôle 5 chambre 2, 4 mars 2011 n°10/00527 SAS EFB (la Chaise longue) / NOD TECHNOLOGY: (mini poêles non protégées au titre du droit d'auteur,) prix dérisoire, emballages similaires, présentation semblable dans le catalogue adverse ,notoriété du produits d 'origine: faits non prouvés ne permettant de reconnaître l'existence d'une faute engendrant un risque de confusion)



- **Quant la concurrence déloyale venue au secours du droit d'auteur ne suffit pas : la concurrence parasitaire :**
- Il s'agit de protéger les investissements réalisés par la victime du parasite qui porte atteinte à leur valeur économique.
- 
- **Définition :CA PARIS Pole 5, ch1, 25 novembre 2009, sarl PARIS PARIS/ MARANT :**  
« le parasitisme est caractérisé par la circonstance selon laquelle une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire ou copie la valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir faire, d'un travail intellectuel et d'investissements »

- **Les tribunaux semblent cependant depuis peu ajouter une nouvelle condition à la recevabilité des demandes sur le fondement du parasitisme**

Alors qu'autrefois, le parasitisme se substituait à l'action en concurrence déloyale en l'absence de situation de concurrence, il semble au contraire que désormais, l'absence de situation de concurrence soit en passe de devenir LA condition nécessaire à l'application de cette notion.

Autrement dit, la situation de concurrence excluait le parasitisme.

Ex: TGI PARIS 3<sup>ème</sup> chambre 1<sup>ère</sup> section 15 février 2011 SAS ST MICHEL BISCUITS/ SAS ETS LE STER; CA PARIS et\_Cour d'appel de Paris, Pôle 5 chambre 2, 4 mars 2011 n°10/00527 SAS EFB (la Chaise longue)/ NOD TECHNOLOGY précitée

- **Cour d'Appel de Paris 19 novembre 2008, 4<sup>ème</sup> Chambre, Section A, n°04/15708, SA GASTRONOME DISTRIBUTION / SAS CHARAL.**

La Cour revient sur le jugement, en refusant la protection de l'emballage d'une viande au titre du droit d'auteur, les éléments étant entièrement dictés par la fonction de l'emballage.

La Cour distingue entre la concurrence déloyale et les agissements parasitaires, admettant celle-ci « *dès lors qu'elle reproche (la Société CHARAL) à la Société GASTRONOME DISTRIBUTION de profiter à moindre frais des investissements qu'elle a réalisés pour la création, la promotion, la commercialisation et la protection au titre des emballages litigieux* ».

La Cour rappelle la définition du parasitisme « *le parasitisme est caractérisé par la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissement* ».

La Cour constate que la Société CHARAL justifie de l'importance des investissements parallèles allégués et des circonstances selon lesquelles la Société GASTRONOME DISTRIBUTION a entendu se placer sciemment dans le sillage de cette société, puisqu'elle revendique pour ses propres produits « un packaging innovant au rayon des panés ayant fait ses preuves en viande ».

*« Qu'un tel agissement conduit nécessairement à la banalisation des conditionnements caractéristiques des produits de la Société CHARAL et entraîne pour celle-ci un préjudice résultant de l'atteinte portée à sa notoriété qui n'est pas contestée et à son succès commercial, fruit de son savoir-faire et d'investissements importants ».*

- Cependant, COM 19 janvier 2010 INFINITIF/ CELINE précité: l'investissement publicitaire, même justifié ne bénéficie pas semble-t-il du même traitement que l'investissement de mise au point technique.

- **L'étendue du préjudice subi du fait d'actes de parasitisme au titre de la copie d'éléments non protégeables est toutefois strictement interprétée :**
  - **Cour d'Appel de Paris 10 décembre 2009, Pôle 5, Chambre 5, n°07/07101** : la Société RMO EUROPE qui faisait habituellement réaliser ses stands pour le salon de l'Orthodontie par la Société MAPE l'a informé ne plus travailler avec elle pour cette année sur le stand projeté et a confié la réalisation de celui-ci à la Société SAS STAND 2 B qui a repris les plans du stand litigieux.

La Cour reconnaît les actes de parasitisme, en ce que le rapprochement du plan initialement remis à RMO avec celui établi par STAND 2 B, hormis quelques modifications mineures, donne une impression de reproduction au papier calque du plan MAPE.

**« Il est donc établi que RMO et STAND 2 B se sont approprié le travail original, effectué collectivement par MAPE et DUMONT BUREL à la demande de RMO et sans leur verser la moindre contrepartie ».**

**Mais la Cour limite l'étendue du préjudice aux seuls investissements réalisés**, à l'exclusion de la perte du marché intervenue : « *MAPE n'est pas fondée à réclamer le montant exact du marché litigieux, soit 30 167 € HT assorti des intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure, capitalisés, puisque ce marché ne lui a pas été commandé ; qu'en l'espèce, le préjudice consécutif aux agissements parasites de RMO et de STAND 2 B résultent de la privation de la rémunération du travail de conception de préparation technique effectivement fournis, de la perte de chance de réaliser le stand, puisque le projet soumis était finalement conforme au souhait du client et de la contrariété engendrée par de telles pratiques* ».

*Pour ne pas risquer de reconstituer un monopole légal alors que les droits d'auteur ont été écartés, il faut là encore caractériser un comportement fautif.*

*Tandis que le parasitisme semble être appréhendé comme l'atteinte à la valeur économique d'autrui qu'il convient de justifier par un savoir-faire spécifique et des investissements, la concurrence déloyale serait constituée par des comportements fautifs d'une autre nature entraînant un risque de confusion(voir ci-dessus).*

*Il n'en reste pas moins qu'à ce jour, tant les praticiens, que les juges ont beaucoup de difficulté à distinguer la concurrence déloyale du parasitisme et condamne fréquemment pour « concurrence déloyale et parasitaire ».*

## **CONCLUSION**

- **En présence de droits d'auteur solides, la concurrence déloyale ne sera invoquée qu'en présence de faits clairement distincts** : la copie servile, le prix bas, la multiplication des actes de contrefaçon, la notoriété du produit ou de son créateur seront utilement invoqués alors en tant que circonstance aggravante pour justifier de dommages intérêts élevés.
- **Si les droits d'auteur sont susceptible d'une certaine fragilité, on peut envisager d'invoquer la concurrence déloyale à titre subsidiaire.**
- **En l'absence de droits d'auteur, concurrence déloyale pour toute reprise d'élément non commun dans le secteur concerné**
- **Aux côtés ou en l'absence de droits d'auteur, parasitisme si on justifie d'investissements promotionnels (?) et techniques**



- **Aux côtés des arguments au titre de la concurrence déloyale, ne pas oublier qu'on peut parfois invoquer l'article L 121-1 du Code de la Consommation** : exemple de l'importation parallèle de produits normalement distribués sous un réseau de distribution sélective : Cour d'Appel de Paris 17 décembre 2010, Pôle 5, Chambre 2, n°08/23955, YVES SAINT LAURENT PARFUMS / SARL CLUB PRIVE ; Cour d'Appel de Paris 17 décembre 2010, Pôle 5, Chambre 2, n°09/01517, Société BOUCHERON HOLDING et YSL BEAUTE / SARL CLUB PRIVE.

- **En l'absence de jurisprudence définitivement fixée, le choix impossible : le cas particulier des parfums** : Cour d'Appel d'Aix en Provence 10 novembre 2010, n°09/04467, SNC LANCOME PARFUMS ET BEAUTE ET CIE / SA ARGEVILLE.

Selon la Cour de Cassation (22 janvier 2009) « *la fragrance d'un parfum qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire ne constitue pas la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur* ».

La Cour d'Appel d'Aix-en-Provence dit au contraire que « *rien ne permet d'exclure à priori les œuvres perceptibles par l'odorat de la protection des droits d'auteur, l'œuvre devant seulement se concrétiser dans une forme sensible susceptible d'être communiquée et la fragrance ne se limitant pas à une opération purement technique* ».

Merci de votre Attention

