

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE RIOM**  
Troisième chambre civile et commerciale  
ARRET DU 10 Juin 2020

N° RG 18/01614 – N° Portalis DBVU-V-B7C-FBGW

Arrêt rendu le dix Juin deux mille vingt

Sur APPEL d'une décision rendue le 5 juillet 2018 par le Tribunal de commerce de CLERMONT-FERRAND (RG n° 2017001617)

COMPOSITION DE LA COUR lors des débats et du délibéré :

Madame Anne-Laurence CHALBOS, Président

M. François KHEITMI, Conseiller

Mme Virginie THEUIL-DIF, Conseiller

En présence de : Mme Christine VIAL, Greffier, lors de l'appel des causes et du prononcé

ENTRE :

La société MAXXESS FRANCE

SAS immatriculée au RCS de Clermont-Ferrand sous le [...]

[...]

[...]

Représentant : la SCP TREINS-POULET-VIAN ET ASSOCIÉS, avocats au barreau de CLERMONT-FERRAND

La société MOTO AXE

SAS immatriculée au RCS de Clermont-Ferrand sous le [...]

[...]

[...]

Représentant : la SCP TREINS-POULET-VIAN ET ASSOCIÉS, avocats au barreau de CLERMONT-FERRAND

APPELANTS

ET :

La société DAFY MOTO

SA immatriculée au RCS de Clermont-Ferrand sous le [...]

[...]

[...]

[...]

Représentant : la SCP COLLET DE ROCQUIGNY CHANTELOT BRODIEZ GOURDOU & ASSOCIES, avocats au barreau de CLERMONT-FERRAND

INTIMÉE

DEBATS : A l'audience publique du 04 Mars 2020 Monsieur KHEITMI a fait le rapport oral de l'affaire, avant les plaidoiries, conformément aux dispositions de l'article 785 du CPC. La Cour a mis l'affaire en délibéré au 29 Avril 2020 puis prorogé au 10 juin 2020 conformément aux mesures sanitaires prises lors de la crise du COVID 19.

ARRET :

Prononcé publiquement le 10 Juin 2020, par mise à disposition au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile ;

Signé par Madame Anne-Laurence CHALBOS, Président, et par Mme Christine VIAL, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Exposé du litige :

La SA DAFY MOTO, ayant pour objet la vente de pièces et d'accessoires pour motos, a déposé le 2 mai 2016, auprès de l'INPI, la marque verbale suivante : 'DAFY MOTO : achetez en magasin au prix du web'. Cette société, se plaignant que deux sociétés concurrentes : la SAS MAXXESS FRANCE et la SAS MOTO AXE, faisaient usage d'un slogan et d'une pratique imitées des siennes, les a fait assigner devant le tribunal de commerce de Clermont-Ferrand, en demandant qu'elles soient condamnées in solidum à lui verser la somme principale de 150 000 euros, en réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi, du fait des agissements de ces deux sociétés qu'elle déclarait constituer des actes de concurrence parasitaire, engageant leur responsabilité délictuelle.

Le tribunal de commerce, suivant jugement contradictoire du 5 juillet 2018, a fait droit pour partie à la demande de la SA DAFY MOTO, en condamnant les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE à lui payer 50 000 euros de dommages et intérêts, outre 3 500 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile, avec l'exécution provisoire.

Les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE, suivant une déclaration transmise au greffe de la cour le 30 juillet 2018, ont interjeté appel du jugement, en toutes ses dispositions.

Les sociétés appelantes concluent à la réformation du jugement, et au rejet de toutes les demandes de la SA DAFY MOTO, ainsi qu'à sa condamnation à leur verser 10 000 euros pour procédure abusive.

Elles contestent l'antériorité du slogan revendiqué par la société DAFY MOTO, et déclarent que la société MAXXESS FRANCE en fait usage quant à elle depuis l'année 2013, ainsi qu'elle l'a fait constater par huissier. Elles contestent ensuite le caractère original et distinctif du slogan publicitaire concerné, ainsi que les investissements qui auraient précédé la découverte de ce slogan, constitué d'une expression d'usage courant, de sorte que son utilisation ne révèle aucun parasitisme, ni aucun préjudice pour la SA DAFY MOTO. Les sociétés appelantes produisent divers documents, notamment un constat d'huissier tendant à établir qu'elles proposaient déjà, en 2013, des offres publicitaires avec cartes de fidélité comportant la possibilité d'acheter des articles au prix du web.

La SA DAFY MOTO conclut à la confirmation du jugement, sauf sur le montant des dommages et intérêts qui lui ont été accordés, qu'elle demande à voir porter à 150 000 euros. Elle rappelle que son action se fonde sur l'article 1382 ancien, devenu l'article 1240 du code civil ; elle expose qu'elle a décidé en 2013 de remplacer le dispositif de cartes de fidélité qu'elle délivrait à ses clients (avec la possibilité de remises), par la faculté offerte aux titulaires de ces cartes d'acquérir des articles au prix proposés par la concurrence en ligne, et qu'elle a illustré cette pratique par le slogan 'J'achète en magasin au prix du web' ; et qu'il n'y a pas lieu de rechercher si ce slogan et cette pratique répondaient à des conditions de distinctivité ou d'originalité, de telles notions ne s'appliquant qu'à la propriété intellectuelle. La SA DAFY MOTO réaffirme que la pratique qu'elle a adoptée, d'utiliser le dit slogan et de modifier en conséquence les avantages de ses cartes de fidélité, est une création nouvelle dans le domaine d'activité qui est le sien, et qu'elle est antérieure à l'adoption d'une pratique similaire par les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE ; elle produit notamment sur ce point un bon à tirer de la carte DAFYDELITE, daté d'avril 2013.

L'ordonnance de clôture est intervenue le 19 décembre 2019.

Il est renvoyé, pour l'exposé complet des demandes et observations des parties, à leurs dernières conclusions déposées en cause d'appel, le 15 janvier et le 29 octobre 2019.

Motifs de la décision :

Ainsi que l'exposent les sociétés appelantes, le parasitisme commercial consiste pour un opérateur économique à se placer dans le sillage d'un autre, en profitant indûment de la notoriété qu'il a acquise, ou des investissements qu'il a réalisés (Cass. Com. 9 juin 2015,

pourvoi n° 14 ' 11.242) ; il oblige son auteur à réparation, conformément à l'article 1382 ancien du code civil, devenu l'article 1240 du même code.

La formule « Achetez en magasin au prix du web » n'a été enregistrée à l'INPI, en tant que marque, que le 2 mai 2016 ; la SA DAFY MOTO produit aux débats divers documents publicitaires (captures d'écran de catalogue en ligne ou de films télédiffusés, extraits de catalogues papier, prospectus, extraits d'encarts dans les magazines MOTO JOURNAL et MOTO REVUE notamment), qui tendent à établir qu'elle a fait usage dès les années 2014 et 2015 de ce même slogan publicitaire, ou d'un slogan approchant : « Avec ma carte DAFYDELITE NEW GOLD j'achète en magasin au prix du web ». Le plus ancien de ces documents, diffusé en avril 2014 selon sa date, porte cette dernière formule, associant l'offre de prix (la possibilité d'acheter en magasin au prix de vente sur internet), à la titularité d'une carte de fidélité DAFY MOTO.

La SAS DAFY MOTO présente aussi la photocopie d'un bon à tirer qu'elle a émis le 9 avril 2013 à l'intention d'une entreprise dénommée Groupe BERNARD, pour l'impression de ce même document publicitaire, qui comportait la formule « Avec ma carte DAFYDELITE NEW GOLD j'achète en magasin au prix du web ».

Les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE produisent pour leur part un procès-verbal de constat d'huissier dressé par Me Y X le 20 avril 2017 ; l'huissier s'est vu remettre le jour dit, par un représentant de ces sociétés, trois enveloppes établies au nom et à l'adresse de clients, et contenant un même document publicitaire, imprimé au nom de la société MAXXESS et qui comportait la formule suivante : « Avec ma nouvelle carte de fidélité, j'achète mon [suivait la dénomination d'un article] au prix du web ». Ces trois documents invitaient le destinataire à des ventes en soldes, devant débiter le 23 juin 2013 ; l'huissier a constaté qu'ils lui étaient remis dans des enveloppes, dont deux étaient déjà ouvertes, et la troisième fermée : l'huissier a ouvert lui-même cette dernière enveloppe. Me X a encore constaté que l'une des deux enveloppes ouvertes portait le cachet postal de Chanonat, la date du 13 juin 2013 apposée par la poste, avec la mention « Destinataire inconnu à cette adresse », et que l'autre enveloppe ouverte mentionnait un retour effectué par la poste pour défaut d'adressage, avec la date du 19 juin 2013.

L'enveloppe ouverte par l'huissier, établie à l'adresse d'un client de Brives-Charensac, portait elle aussi la mention d'un destinataire inconnu à cette adresse, et le cachet postal du 19 mars 2013.

Les trois enveloppes ainsi examinées par l'huissier, avec la lettre publicitaire qu'elle contient, constituent, au contraire de ce qu'a énoncé le tribunal, un élément de preuve fiable, d'une pratique publicitaire suivie dès l'année 2013 par la société MAXXESS, consistant à proposer aux clients détenteurs d'une carte de fidélité la vente d'articles au prix des commerces en ligne : les cachets postaux donnent date certaine aux envois, rien ne permet de soupçonner que l'enveloppe présentée fermée à l'huissier ait été préalablement rouverte par un représentant de cette société, puis refermée après l'introduction du document susdit ; et il ne peut être soutenu que les sociétés intimées aient fait éditer pour les besoins de la cause des documents comportant des dates de soldes falsifiées.

Compte tenu par ailleurs du délai qui a été nécessaire à la SA DAFY MOTO pour faire imprimer, puis expédier les documents objets du bon à tirer du 9 avril 2013, il apparaît que l'opération publicitaire que cette société a lancée au printemps 2013, pour offrir à ses clients bénéficiaires d'une carte de fidélité des articles au prix du web, a été concomitante à celle effectuée par la société MAXXESS, avec les mêmes modalités et en utilisant un slogan très similaire, sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude laquelle de ces deux opérations a précédé l'autre.

Dès lors et en l'absence d'autres éléments de preuve, la société DAFY MOTO n'établit pas qu'elle ait acquis préalablement une notoriété au moyen de la pratique en cause, et que les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE se soient placées dans son sillage.

Au surplus, la pratique consistant, pour des commerces traditionnels, à proposer la vente d'articles au prix des commerces en ligne, est elle-même apparue dès avant l'année 2013 dans d'autres domaines, ainsi que le démontrent les sociétés intimées : annonce en juin 2009 que les magasins à l'enseigne SURCOUF (vente de matériel informatique) allaient proposer les articles au même prix en ligne et en magasin ; et dépôt en novembre 2012 de la marque « LYNX OPTIQUE Les prix du web, l'expertise en plus » : pièces n° 4, 5 et 6 des sociétés intimées. Ainsi, une telle pratique ne constituait pas une innovation, et le fait de réserver l'avantage des prix en ligne aux titulaires d'une carte de fidélité, ne révélait pas à lui seul une inventivité qui eût impliqué des investissements particuliers ; la SA DAFY MOTO ne rapporte d'ailleurs pas la preuve de recherches ou d'une activité quelconques, lui ayant permis de créer cette innovation prétendue : elle se limite sur ce point à produire des relevés de ses dépenses publicitaires de l'année 2014 et des années suivantes, postérieures donc à l'année 2013, au cours de laquelle elle a débuté la pratique en cause. Ces relevés ne distinguent d'ailleurs pas la partie de ces dépenses publicitaires que la SA DAFY aurait été consacrée aux offres résultant de la pratique en litige.

Ainsi et à supposer même qu'elle en soit la créatrice, ce qu'elle n'établit pas, la SA DAFY MOTO ne rapporte pas non plus la preuve des investissements qu'elle aurait réalisés pour créer cette pratique publicitaire.

La société DAFY MOTO, qui n'établit donc pas non plus qu'elle ait réalisé des investissements pour la créer et la développer, échoue à prouver que les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE se soient placées dans le sillage d'une telle pratique, et qu'elles aient commis le comportement parasitaire qu'elle leur reproche.

C'est par erreur que le tribunal a fait droit pour partie à ses demandes, qui ne sont pas fondées et doivent être rejetées. Le jugement sera infirmé.

Il n'y a pas lieu, comme le demandent les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE, de condamner la SA DAFY MOTO à leur restituer les sommes qu'elles lui ont versées en exécution du jugement, assorti de l'exécution provisoire : la seule infirmation du jugement, et le rejet de toutes les demandes de la SA DAFY MOTO, constitue un titre exécutoire obligeant cette société à restitution des sommes qu'elle a reçues en vertu du jugement. Il n'y a pas lieu non plus de faire droit à la demande des sociétés intimées en paiement de dommages et

intérêts pour procédure abusive : l'action de la SA DAFY, bien qu'elle soit infondée, ne relève pas d'un abus du droit d'agir en justice.

Il est conforme à l'équité d'allouer aux sociétés intimées une somme globale de 5 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile, et de rejeter les autres demandes présentées au même titre.

PAR CES MOTIFS :

Statuant après en avoir délibéré, publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort ;

Infirme le jugement déferé en toutes ses dispositions ;

Rejette toutes les demandes de la SA DAFY MOTO, et la condamne à payer à la SAS MAXXESS FRANCE ou à la SAS MOTO AXE une somme de 5 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de première instance et d'appel, qui ne comprendront pas les frais de constats d'huissier exposés par les sociétés MAXXESS FRANCE et MOTO AXE ;

Rejette le surplus des demandes.

Le Greffier, Le Président,