

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE RIOM
Troisième chambre civile et commerciale
ARRET DU 18 OCTOBRE 2017

RG N° : 16/01326

Sur appel d'une décision rendue le 10 mars 2016 par le Tribunal de commerce de CLERMONT FERRAND (RG n° 2014/010506)

COMPOSITION DE LA COUR lors des débats et du délibéré :

M. François RIFFAUD, Président
M. Philippe JUILLARD, Conseiller
M. François KHEITMI, Conseiller
En présence de : Mme Christine VIAL, Greffier, lors de l'appel des causes et du prononcé

ENTRE :

La société DAFY MOTO
SA immatriculée au RCS de CLERMONT-FERRAND sous le n° 322 250 580
ZA de l'Artière adresse [...]
BP [...]
63541 BEAUMONT CEDEX

Représentant : la SCP COLLET DE ROCQUIGNY CHANTELOT ROMENVILLE & ASSOCIES, avocat au barreau de CLERMONT-FERRAND

APPELANTE

ET :

La société CYCOM INTERNATIONAL
SAS immatriculée au RCS d'AGEN sous le n° 350 957 197
19, Place Caladon - BP [...]
47150 MONTFLANQUIN

Représentants : la SELARL KOTARSKI, avocat au barreau de CLERMONT-FERRAND (avocat postulant) et la SELAS EXEM ACTION, avocat au barreau de BORDEAUX (avocat plaidant)

INTIMÉE

DEBATS : A l'audience publique du 05 Juillet 2017 Monsieur RIFFAUD 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 18 Octobre 2017.

ARRET :

Prononcé publiquement le 18 Octobre 2017, 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 Mr François RIFFAUD, Président, et par Mme Christine VIAL, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Exposé du litige :

La SAS CYCOM INTERNATIONAL (la société CYCOM) a créé et développé plusieurs réseaux de distribution d'équipement et de matériels liés à l'usage de la motocyclette, à savoir un espace de vente dénommé « PNEU BIS » pour les pneus, huiles et plaquettes de frein et un espace de vente « MOTO BIS » sous forme de franchise pour la vente d'équipements du motard et de la motocyclette comportant également une station-service d'atelier.

La société CYCOM procède au référencement des fournisseurs en équipements et matériels de motocyclette dont les produits sont commercialisés à travers ces réseaux.

Pour promouvoir ces réseaux ou ces produits, la société CYCOM bénéficie de concessions de licence de marque et notamment des marques : « Dégomme les prix » sous les classes 12 et 37, déposée le 8 juin 1995 et régulièrement renouvelée de la marque verbale « Son combat : Mettre les prix KO » déposée le 11 avril 2008 dans les classes 12 et 37.

Dans le cadre de ses campagnes de communication, la société CYCOM utilise le slogan publicitaire depuis 2008 : « Son combat : Mettre les prix KO » accompagné d'une photographie représentant une boxeuse.

Elle utilise dans ses campagnes de communication par voie de presse, documents publicitaires et site internet depuis 2009, la mention : « DEGOMME LES PRIX ».

Elle a également investi dans des panneaux publicitaires placés dans les magasins afin de valoriser ses produits à travers ces slogans.

Exposant avoir engagé des frais de publicité et avoir fait paraître des encarts publicitaires dans les numéros périodiques de revues spécialisées relatives à la moto et avoir constaté dans les mêmes revues la présence de publicités de la société DAFY MOTO (la société DAFY) imitant ses propres slogans publicitaires elle a, par acte d'huissier de justice délivré le 17 novembre fait assigner cette société devant le tribunal de commerce de Clermont-Ferrand pour voir dire qu'elle s'est rendue coupable d'acte de parasitisme et de concurrence déloyale et obtenir paiement de dommages et intérêts.

Suivant un jugement rendu le 10 mars 2016, la juridiction consulaire qui a retenu que la société DAFY s'est rendue coupable d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme en utilisant les slogans publicitaires sus-énoncés, l'a, après avoir rejeté son argumentation, condamnée à payer à la société CYCOM une somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts. Elle a rejeté la demande de publication de la décision et a condamné la société DAFY aux dépens et à payer à la société adverse une indemnité de 4 000 euros au titre de ses frais de procès.

Suivant déclaration reçue au greffe de la cour le 26 mai 2016, la société DAFY a interjeté appel de ce jugement.

Aux termes de ses dernières écritures notifiées le 20 juin 2017 au moyen de la communication électronique la société DAFY demande à la cour de la déclarer recevable et bien fondée en son appel et, infirmant le jugement déféré de :

- dire que les marques déposées par la société CYCOM présentent un caractère usuel et particulièrement banal ;
- dire que cette société ne rapporte pas la preuve de ce qu'elle aurait engagé des investissements ou un savoir-faire particulier dont la société DAFY aurait indûment tiré profit;
- dire que la même société ne rapporte pas la preuve d'actes de parasitismes commis à son préjudice par la société DAFY ;

En conséquence, de :

- débouter la société CYCOM de l'ensemble de ses demandes ;
- la condamner au règlement d'une somme de 15 000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive, outre celle de 8 000 euros au titre de ses frais de procès.

Elle reproche à la société adverse de faire preuve d'un esprit de lucre et rappelle le contexte de crise qui frappait ce secteur d'activité à l'époque des faits dénoncés. Et elle fait grief aux premiers juges d'avoir accordé une indemnité sans la moindre preuve d'un préjudice pécuniaire ou commercial.

Elle considère que l'utilisation d'un slogan reproduisant un concept dépourvu de toute originalité et depuis longtemps utilisé dans le secteur commercial n'a pu créer une atteinte à l'image de la société CYCOM et elle conteste avoir commis une quelconque faute soulignant que la jurisprudence refuse de sanctionner des publicités au titre du parasitisme lorsqu'il en résulte une absence de confusion ou que les procédés et slogans publicitaires employés se révèlent d'une nature banale ou qu'ils relèvent encore d'une pratique répandue.

Elle indique encore que la référence à l'activité pugilistique est particulièrement banale lors d'opérations promotionnelles pendant lesquelles les prix sont cassés et que de nombreuses enseignes utilisent de tels slogans.

Elle conteste par ailleurs l'existence d'une similitude qui porterait sur la présence d'une boxeuse et d'une femme portant un panneau publicitaire, la boxe féminine étant en forte expansion et les rounds étant annoncés dans les combats professionnels par de jeunes femmes portant des panneaux.

Elle souligne que la société CYCOM ne s'appuie sur aucune contrefaçon de marque, consciente de l'absence d'originalité de la marque « DEGOMME LES PRIX » et elle précise que l'utilisation de ce slogan sur internet n'a été que ponctuelle pour ne viser qu'une seule opération commerciale du 5 au 27 avril et que ce slogan est employé dans l'industrie automobile pour la vente de pneumatiques.

Elle se réclame encore de sa propre notoriété, excluant tout risque de confusion et des investissements qu'elle consent pour l'accroître.

Aux termes de ses dernières écritures notifiées le 12 juin 2017 au moyen de la communication électronique la société CYCOM demande à la cour au visa de l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle et des articles 1382 et 1383 anciens du code civil, de :

- constater que la société DAFY MOTO s'est rendue coupable d'actes de parasitisme et de concurrence déloyale ;
- constater qu'elle rapporte de son préjudice à hauteur de la somme de 155 000 euros ;

Et en conséquence de :

- confirmer le jugement déféré en l'ensemble de ses dispositions, à l'exception de l'acceptation partielle de ses demandes indemnitaires et du refus d'ordonner la publication du jugement ;
- réformer le jugement déféré de ces chefs ;
- condamner la société DAFY à lui payer la somme de 155 000 euros en réparation de son entier préjudice ;
- ordonner la publication de la décision dans les revues spécialisées : MOTO MAGAZINE, MOTOS ET MOTARDS et MOTO JOURNAL.

En tout état de cause,

- condamner la société DAFY aux entiers dépens et à lui payer une indemnité de 10 000 euros au titre de ses frais de procès.

Elle se prévaut de l'antériorité de ses slogans publicitaires alors même que les deux sociétés exercent des activités similaires et utilisent les mêmes moyens et supports publicitaires ce qui se traduit par une confusion dans l'esprit de la clientèle.

Elle conteste l'allégation de banalité de ses slogans émise par la société adverse et considère, au contraire, qu'ils consistent à porter l'empreinte de sa marque et sont bien distinctifs. Et elle ajoute qu'elle a consenti des investissements pour que ces slogans, déposés à titre de marque, soient son empreinte dans ce secteur.

S'agissant de l'évaluation de son dommage, elle indique que les charges de la publicité imitée par la société DAFY représentent une somme globale de 463 856,12 pour les exercices 2011 à 2013 et que la société adverse a fait l'économie de tels frais.

Elle indique par ailleurs que son bilan pour l'année 2013 montre, au regard des données de l'exercice antérieur, une chute de chiffre d'affaires (-174 000 euros), une baisse de la production (117 000 euros) et une perte de marge de 155 000 euros. Et elle rappelle que la jurisprudence prescrit de prendre en considération l'existence d'une baisse générale ayant affecté tout un secteur d'activité.

Il est renvoyé aux écritures des parties pour un plus ample exposé de leur argumentation.

L'ordonnance de clôture est intervenue le 29 juin 2017.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

La société CYCOM vise dans le dispositif de ses écritures l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle qui a pour objet de protéger une marque mais elle a le fait le choix

d'attirer la société DAFY devant la juridiction de droit commun et il convient, en conséquence, de rechercher, non pas au titre des règles de la propriété intellectuelle et de contrefaçon ou d'imitation d'une marque, dont la violation relève de la compétence exclusive de juridictions spécialisées, mais des règles de droit commun, alors énoncées par l'article 1382 du code civil, si la société DAFY s'est livrée à des actes de concurrence déloyale ou de parasitisme.

Le parasitisme économique, susceptible de donner lieu à réparation sur le fondement des dispositions de l'article 1382 du code civil, se définit par l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de profiter sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire ou en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis.

S'agissant de l'emploi de slogans publicitaires, formules concises et frappantes qui ont pour but de vanter un produit ou un service en résumant l'objet et/ou les qualités, une imitation peut être considérée comme fautive et donner lieu à l'action en concurrence déloyale ou parasitaire lorsqu'elle crée un risque réel de confusions dans l'esprit du public.

L'appréciation du risque de confusion dépend du degré de ressemblance entre les annonces et du degré de similitude entre les activités économiques effectives des entreprises concernées. C'est le caractère distinctif de l'annonce qui lui permet d'exercer sa fonction d'identification d'une activité commerciale et d'être protégé contre l'usage d'une annonce identique ou similaire par un tiers sur le fondement de la responsabilité civile de droit commun. Dès lors, un slogan dépourvu de caractère distinctif n'est pas susceptible d'encourir un risque de confusion et, son emploi, de caractériser une faute qui justifierait une mesure d'interdiction ou l'allocation d'une réparation. Par ailleurs, la reprise de tout ou partie d'un slogan peut être qualifiée de parasitisme, lorsqu'il est démontré qu'un annonceur s'est volontairement placé dans le sillage d'un autre annonceur pour profiter à moindre frais de ses efforts publicitaires.

Il appartient à l'entreprise qui agit en concurrence déloyale de démontrer l'antériorité des signes de ralliement de la clientèle.

En l'espèce, après avoir retenu, à juste titre, que les sociétés CYCOM et DAFY exercent des activités commerciales identiques en s'adressant, par les mêmes vecteurs publicitaires, à la même clientèle reçue dans des réseaux de magasins directement concurrents dans un marché étroit, ainsi que l'antériorité de la société CYCOM au titre des slogans « mettre les prix K.O. » et « dégomme les prix », le tribunal de commerce a considéré que l'emploi de ces slogans, pourtant largement utilisés dans la grande distribution, prend un relief particulier dans ce contexte.

Il a encore considéré que l'examen de l'environnement de l'utilisation du slogan « mettre les prix K.O. » avec la présence d'une boxeuse (campagne publicitaire de la société CYCOM) et d'une femme portant un panneau publicitaire annonçant une remise importante avec la référence omniprésente à un gant de boxe (campagne publicitaire de la société DAFY), traduisait la volonté de la société DAFY d'employer à bon compte les voies publicitaires mises en place par sa concurrente et la rendait ainsi responsable d'agissements parasitaires justifiant sa condamnation au paiement de dommages-intérêts.

La société DAFY produit de multiples exemples montrant l'emploi du slogan publicitaire « KO les prix » accompagné ou non d'un gant de boxe dans des enseignes de la grande

distribution pour vanter différents types de produits, de sorte qu'il ne peut être considéré que son simple emploi est susceptible de revêtir un caractère distinctif. Et si la société CYCOM indique déployer une campagne publicitaire depuis 2008 montrant une boxeuse, poings levés et le pied gauche posé sur trois pneumatiques de motocyclette accompagnée du slogan « Son combat Mettre les prix K.O. » accompagné de prix promotionnels concernant différents manufacturiers de pneumatiques, la photographie de la campagne menée par la société DAFY en octobre et novembre 2013 en utilisant le slogan « BOXING DAF On met les prix KO » et montrant une jeune femme portant un panonceau « - 70 % de remise » et des animaux en peluche portant des gants de boxe, ne met pas en évidence, les références pugilistiques étant courantes dans la publicité de même que la présentation des produits par des jeunes femmes, des caractères de similitude de nature à créer la confusion dans l'esprit du public. De même, elle ne se traduit pas par l'utilisation par sa concurrente d'une idée publicitaire originale qui aurait été développée par la société CYCOM.

En revanche, la société CYCOM produit un constat d'huissier de justice dressé le 14 février 2014 au moyen d'un ordinateur et du moteur de recherche « Google » à l'aide des mots clés « DAFY dégomme les prix » et qui a permis l'affichage d'une campagne de promotion du 5 au 27 avril 2013 annoncée sur le site internet de la SA DAFY MOTO ainsi qu'il suit : « DAFY MOTO DAFY SPEED, opération commando du 05 au 27 avril ON DEGOMME LES PRIX » et encore l'affichage d'un lien renvoyant au magasin DAFY MOTO de Cachan se référant au même slogan et annonçant différentes promotions. Et, s'agissant de cette campagne, c'est à juste titre que le tribunal de commerce, qui a relevé l'antériorité de l'emploi du slogan « ON DEGOMME LES PRIX », la relation directe qu'il entretient avec le substantif « gomme » lequel, dans le marché restreint de la vente des accessoires de motocyclette, renvoie manifestement à la vente de pneumatiques, a considéré qu'il présente un caractère distinctif s'attachant aux campagnes publicitaires précédemment développées par la société CYCOM.

Par ailleurs, les recherches effectuées sur internet par l'huissier de justice et qui renvoient vers la campagne publicitaire de la société DAFY démontrent que l'emploi de ce slogan publicitaire est de nature à créer une réelle confusion dans l'esprit du public entre les réseaux de vente des sociétés DAFY et CYCOM.

Il en résulte que c'est à juste titre que la juridiction consulaire a retenu que l'emploi de ce slogan est fautif pour présenter un caractère parasitaire.

La société CYCOM produit une attestation de son expert comptable pour l'exercice 2014 énonçant un chiffre d'affaires de 1 421 060 euros à comparer avec celui de 1 824 000 euros en 2013 et elle indique avoir subi une perte de marge de 155 000 euros au cours de l'exercice 2013.

Néanmoins, la société CYCOM ne prétend pas que les agissements fautifs de la société DAFY se seraient poursuivis et elle ne prouve pas l'existence d'un lien de causalité entre les faits survenus en 2013 et qui sont restés limités et le préjudice dont elle sollicite réparation à hauteur de la somme de 155 000 euros qui représenterait l'intégralité de la perte de marge qu'elle déplore.

Ainsi, c'est en se livrant une exacte appréciation des éléments comptables produits par la société plaignante et des éléments tirés du contexte économique de ce secteur d'activité pour la période considérée que le tribunal de commerce a arrêté le préjudice nécessairement subi

par la société CYCOM en raison de l'emploi irrégulier de son slogan publicitaire à la somme de 20 000 euros.

C'est encore à juste titre, qu'en raison de la modicité du préjudice constaté et de la non-persistance du trouble, le tribunal n'a pas fait droit à la demande de la publication de la décision dans des revues spécialisées qui lui était présentée par la société CYCOM. Et il résulte de l'ensemble de ce qui précède que c'est à bon escient qu'il a également retenu que la procédure engagée par cette société ne revêtait pas un caractère abusif, rejetant ainsi la demande en paiement de dommages-intérêts formée par la société DAFY.

En conséquence, son jugement sera confirmé.

La société DAFY, qui succombe en son appel, en supportera les dépens et sera condamnée à payer à la société CYCOM une indemnité complémentaire de 4 000 euros au titre de ses frais de procès.

PAR CES MOTIFS et ceux non contraires des premiers juges,

La cour, après en avoir délibéré, statuant publiquement, par arrêt contradictoire et en dernier ressort, mis à la disposition des parties au greffe de la juridiction ;

Confirme le jugement déferé ;

Condamne la SA DAFY MOTO aux dépens et à payer à la SAS CYCOM INTERNATIONAL une indemnité de 4 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le Greffier, Le Président,

C. VIAL F. RIFFAUD