

COMM.

JL

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 24 octobre 2018

Rejet non spécialement motivé

Mme A..., conseiller doyen  
faisant fonction de président

Décision n° 10512 F

Pourvoi n° K 17-23.560

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par la société Dakem, société anonyme, dont le siège est [...],

contre l'arrêt rendu le 2 juin 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 2), dans le litige l'opposant à la société Produits sanitaires aéronefs (PSA), dont le siège est [...],

défenderesse à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 11 septembre 2018, où étaient présents : Mme A..., conseiller doyen faisant fonction de président, Mme X..., conseiller rapporteur, Mme Orsini, conseiller, M. Richard de la Tour, premier avocat général, M. Graveline, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Dakem, de la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat de la société Produits sanitaires aéronautiques ;

Sur le rapport de Mme X..., conseiller, l'avis de M. Richard de la Tour, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Qu'il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée ;

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Dakem aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Produits sanitaires aéronautiques la somme de 3 000 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre octobre deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Dakem

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté la société Dakem de toutes ses demandes au visa de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, et, notamment, de sa demande tendant à juger que la responsabilité délictuelle de la société Produits Sanitaires Aéronautiques (PSA) envers la société Dakem doit être retenue sur le fondement de la concurrence déloyale, de sa demande tendant à la condamnation de cette société à lui payer des dommages et intérêts en réparation de son préjudice matériel ou de son préjudice moral ainsi que de ses demandes tendant à faire injonction à la société PSA de produire des pièces, d'ordonner une expertise, d'auditionner Mme Y... de la société Lanxess, d'interdire à la société PSA de fabriquer ou de faire fabriquer et de commercialiser le produit Skin2p Body ainsi que tout produit reprenant les informations confidentielles transmises par la société Dakem, sous astreinte, et à faire condamner la société PSA à s'acquitter des frais d'insertion de la décision dans la revue « Nuisibles et Parasites Information », dont le coût total ne pourra dépasser la somme de 10 000 €, dans les 24 heures de la notification de la décision, sous astreinte.

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur les actes de concurrence déloyale et de parasitisme ; que la société PSA affirme que la société Dakem ne lui a transmis aucun document confidentiel et que les seuls documents qui lui ont été fournis sont des documents publics qui ne contiennent pas la formule du produit en cause ; que le 8 mars 2013, les sociétés Dakem et PSA ont signé un accord de confidentialité dont l'objet concernait uniquement « les informations confidentielles échangées entre les parties concernant les données techniques et commerciales » des produits de la société Dakem dont le Moskito Guard ; que l'article 1 de l'accord a défini comme "informations confidentielles" "toute information de quelque nature que ce soit et de façon non limitative toute donnée spécification et/ou information portant sur l'objet, communiquée oralement, ou par écrit à la partie qui les reçoit notamment par remise de documents, informatique ou électronique ou

procédé similaire ou par fournitures d'échantillons lors de réunions où d'entretiens tenus au cours et/ou à l'occasion de l'exécution de l'Accord" ; que l'article 4 de cet accord stipulait toutefois que « les dispositions prévues au présent accord ne s'appliqueront pas aux informations pour lesquelles la partie bénéficiaire pourra prouver....que ces informations étaient du domaine public avant la date de communication de la partie émettrice" ; que par courriel du 23 février 2013, soit un mois avant la signature de l'accord de confidentialité, la société Dakem a transmis à la société PSA une fiche de présentation du produit Moskito Guard ce qui n'est pas contesté, que la société PSA lui a demandé le 24 février "Nous attendons un échantillonnage de votre gamme de spray et lingettes, accompagné des tests d'efficacité et les tarifs que vous pourriez nous consentir afin de nous positionner pour une approche commerciale vis à vis de nos clients" et a renouvelé cette demande le 22 mai 2013, écrivant "dans le cadre de nos échanges sur nos produits à base de perméthrine et sur le répulsif cutané, pourriez-vous transmettre des ET (fiches techniques) et des FTS (fiches de données de sécurité) de vos produits ainsi que les échantillons s'il vous plait ?" ; que la société PSA ne peut contester la réitération de ces demandes portant sur des fiches techniques et des échantillons, éléments visés par l'accord de confidentialité ; que ces demandes démontrent qu'à la date du 22 mai la société PSA n'avait pas encore ces pièces ; que la société Dakem produit d'ailleurs une attestation d'un de ses salariés qui indique qu'il a été adressé en mai 2013 à la société PSA un colis "contenant une série d'échantillons du produit Moskito ainsi que des documents techniques incluant fiche de données de sécurité, fiche technique, présentation technique et commerciale, résultats d'essais d'efficacité références clients », que la société PSA qui met en cause ce témoignage du seul fait de la qualité de salarié de son auteur ne conteste pour autant pas avoir reçu les échantillons et fiches visées ; que la société Dakem qui ne conteste pas que ces produits étaient alors en vente libre et que les tests d'efficacité faisaient l'objet de fiches de données de sécurité accessibles sur le site ministériel Simmbad, qui est un site public recensant l'ensemble des produits biocide par mots clefs et permettant à toute personne d'en connaître la composition, soutient néanmoins que grâce à des informations confidentielles la société PSA a été en mesure de proposer un nouveau produit lors de l'appel d'office du Ministère de la défense ; que la société PSA ne conteste pas que le marché qu'elle avait obtenu en 2011 de la part du Ministère de la Défense à la suite d'une procédure d'appel d'offres expirait fin 2014 et que l'insecticide vendu à l'occasion de ce marché ne pouvait plus être proposé car il comprenait une substance active dénommée Diet qui avait été interdite à la vente à la fin des années 2013 ; que la société PSA prétend qu'avant même son rapprochement avec la société Dakem, elle possédait un nouveau produit à base d'icaridine qu'elle avait déjà proposé au Ministère de la Défense"; que toutefois à l'appui de cette affirmation elle ne produit qu'un courrier en date du 15 Janvier 2013 qu'elle a adressé et qui ne saurait valoir preuve de l'existence de nouveau produit ; que la société PSA s'était certes rapprochée de la société Lanxess qui possédait des produits anti moustiques et qui lui avait « en 2011 proposé des savoirs faire sur des formules » ; qu'elle ne peut prétendre comme elle l'a fait dans ses conclusions que « cette formule [SKIN2PBODY] lui était transmise par le laboratoire Lanxess » et conclure qu'elle « n'avait aucunement besoin de la société Dakem pour en connaître les modalités, puisque le fabricant même de cette substance, qui était le mieux à même de pouvoir lui transmettre ces renseignements, les lui avaient formulés » car la société Lanxess n'a jamais collaboré avec elle, lui ayant seulement communiqué des propositions de contrat d'accès et de conditions d'utilisation pour la seule formule « SALTIDIN COMBISUN » qui contenait de l'icaridine dans un produit non inflammable et demandait en contrepartie une participation financière et la signature d'un contrat, conditions que la société PSA n'a pas acceptées ; que la société Lanxess lui a donc seulement vendu de l'icaridine sans lui transmettre un quelconque savoir-faire sur une formule concernant l'utilisation de cette substance dans un produit non inflammable ; qu'elle ne disposait donc pas, contrairement à ce qu'elle a prétendu, du savoir-faire de la société Lanxess et il lui était donc impossible de mettre en place dans ses laboratoires internes cette nouvelle formule avec ce savoir-faire ; que si la société PSA n'a pas pour autant cessé d'acheter de l'icaridine et si cette substance est utilisée dans 64 insecticides référencés sur le site Simmbad, elle a ainsi pu poursuivre ses recherches ; que la société Dakem avait pour sa part commencé en 2008 à développer une formule innovante d'un produit antimoustique le Moskito Guard, qui est une formule « Biocide » car elle contient une substance active (Saltidin/Icaridine) pour laquelle les dispositions des articles L 522-1 et suivants du Code de l'Environnement imposent, qu'avant toute mise sur le marché, elle soit déclarée, d'une part, auprès de l'Institut National de Recherche et de Sécurité pour la Prévention des Accidents du Travail et des Maladies Professionnelles (INRS), d'autre part, auprès du Ministère chargé de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; qu'elle a été déclarée auprès de ces organismes depuis les 11 février et 18 mars 2009 ; que la société Dakem soutient que l'originalité de ce produit à base d'eau, et non d'alcool, qui est breveté ne se résume pas à sa seule substance active mais à la combinaison de 7 caractéristiques qu'aucun autre produit sur le marché ne possédait avant celui de la société PSA, le Skin2 P Body ; qu'il n'est toutefois pas soutenu que celui-ci serait une contrefaçon ; que la société PSA produit une attestation du laboratoire Fareva qui le confirme ; qu'il n'est d'ailleurs pas rapporté la preuve de l'utilisation de données

contenues dans la formule du Mosquito Guard ou dans le savoir faire de la société Dakem puisqu'il n'est versé aucune analyse comparative des produits ; qu'en conséquence, il n'est pas démontré que la société PSA aurait commis une faute quelconque lors de la mise sur le marché de son produit ; que la société Dakem fait valoir que la société PSA a commis une faute en proposant celui-ci à l'Armée ainsi qu' auprès de ses partenaires commerciaux à l'étranger, notamment à la société PEXA sans démontrer qu'elle l'avait alors mis au point ; qu'or, à l'occasion de l'appel d'offres lancé par le Ministère de la Défense la société Dakem a déposé une offre pour son produit Mosquito Guard et la société PSA, pour un produit entièrement nouveau, appelé Skin2P Body, qui, contrairement à son produit concurrent, n'avait jamais figuré à son catalogue et qui n'était, ni déclaré auprès du MEEDM, ni auprès de l'INRS ; que si la société Dakem a engagé trois procédures administratives tendant à faire annuler la passation du marché de fournitures d'insecticides lancée le 6 juillet 2013 par le Ministère de la défense et pour lequel l'offre de la société PSA a été retenue, aucune n'a abouti ; qu'un jugement du tribunal administratif d'Orléans en date du 5 juin 2014 confirmé par la Cour administrative d'appel de Nantes du 8 novembre 2016 a rappelé que l'appel d'offres précisait que « chaque candidat devait déposer des échantillons de chaque article sous peine d'irrecevabilité de l'offre » et que "ce répulsif sera présenté sous forme de spray non pressurisé" conditions auxquelles il a été constaté que la société Dakem n'avait pas satisfait de sorte que c'est à bon droit que son offre avait été écartée ; que les juges administratifs ont également constaté que l'appel d'offres n'exigeait pas une inscription du produit sur l'une des listes figurant dans le Bulletin Epidémiologique Hebdomadaire (BEH) mais seulement qu'il soit conforme aux recommandations de celui-ci ; que le litige soumis à la Cour Administrative d'Appel concernait les questions de la régularité de l'office de la société Dakem et de celle de PSA au regard des prescriptions du CCTP, du CCAP et du Code des Marchés et celle-ci n'a rejeté les demandes de la société Dakem qu'au regard de ces seules règles en prenant soin de souligner que les stipulations du CCTP « n'imposaient pas que le candidat (P&A) établisse que son produit était commercialisé avant la remise de son offre » ; qu'ainsi la Cour d'appel n'a pas examiné la question du respect des dispositions du Code de l'environnement par la société PSA et de la loyauté de la société PSA ; que la société Dakem soutient que les articles L 522-I et suivants du Code de l'environnement, interdisaient à la société PSA de proposer à l'armée le produit Skin2P Body à la date du 19 août 2013, date limite de remise des offres et des échantillons de produits, sans avoir au préalable respecté deux obligations légales distinctes : - d'une part, avoir déclaré la formule du Skin 2P Body auprès du MEEDM, - et d'autre part, auprès de l'INRS ; que l'article L 522-19 du Code de l'environnement dispose que « Les personnes qui mettent sur le marché des produits biocides sont tenues de déclarer ces produits au ministre chargé de l'environnement, au plus tard le 1er juillet 2008, et préalablement à la première mise sur le marché si elle est postérieure à cette date, un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de cette déclaration et les mentions à apposer sur l'emballage des produits, une fois ceux-ci déclarés. Le présent article ne s'applique pas aux produits disposant d'une autorisation de mise sur le marché délivrée en application de l'article L 522-4" ; que l'article L 522-13 Du même code dispose que : « Nonobstant les dispositions prévues à l'article L 1342-1 du code de la santé publique, le responsable de la mise sur le marché d'un produit biocide doit, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, fournir, les informations nécessaires sur ce produit, notamment sa composition, aux organismes mentionnés à l'article L 1341-I du code de la santé publique en vue de permettre de prévenir les effets sur la santé ou de répondre à toute demande d'ordre médical destinée au traitement des affections induites par ce produit ou émanant des services d'urgence relevant de l'autorité administrative" ; que toutefois l'article 2 du cahier des charges de l'appel d'offre du Ministère de la Défense n'exigeait pas que le, produit proposé soit inscrit sur l'une des listes figurant dans le BEH mais seulement qu'il soit conforme aux recommandations de celui-ci et il n'est pas contesté que le produit de la société PSA qui est désormais sur le marché a satisfait à ces obligations, peu importe que ce soit après l'appel d'offres puisque celui-ci ne les exigeait pas au jour de l'examen des candidatures ; qu'en conséquence, la société PSA n'a fait que concourir dans les conditions posées par l'appel d'offres sans qu'il puisse dès lors être retenu une faute à son encontre ; que la société Dakem soutient que la société PSA a commis des actes de parasitisme ; que le parasitisme se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de son savoir-faire ; qu'en l'espèce, comme il a été vu précédemment, il n'a pas été démontré que la société PSA aurait profité des informations et du savoir faire de la société Dakem pour développer un produit concurrent tant à l'occasion de l'appel d'offres du Ministère de la Défense qu'auprès d'autres organismes comme Air France ; que sur l'article 700 du code de procédure civile, la société PSA a dû engager des frais non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser en totalité à sa charge, qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile dans la mesure qui sera précisé au dispositif.

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE sur la perte du marché du Ministère de la Défense par Dakem et les actes de concurrence déloyale allégués : que ce marché est le seul marché sur lequel Dakem et PSA étaient en concurrence et qui a été

remporté par PSA ; que le Tribunal Administratif d'Orléans, dans son jugement du 5 juin 2014, a déjà jugé que ce marché avait été perdu par Dakem car cette dernière n'avait pas soumissionné correctement en ne proposant pas de vaporisateurs ; que ce même jugement a confirmé que ce marché n'exigeait pas que le SKIN2P BODY, produit de PSA, soit inscrit sur l'une des listes figurant dans le Bulletin Épidémiologique Hebdomadaire (BEH) mais soit simplement conforme aux recommandations du SEH ; que le tribunal dira que PSA n'a pas commis d'acte de concurrence déloyale et débouterà Dakem de toutes ses demandes au visa de l'article 1382 du Code civil ; que sur l'article 700 du code de procédure civile : que pour faire reconnaître ses droits, PSA a dû exposer des frais non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge ; que le tribunal condamnera Dakem à payer à PSA la somme de 10.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile déboutant pour le surplus ; que sur les dépens : que Dakem succombe, les dépens seront mis à sa charge.

1) ALORS QUE dans ses conclusions d'appel n° 5 (p. 12, § II, al. 3 ; p. 17, point 41), la société Dakem soutenait qu'elle entendait voir sanctionner les agissements de la société PSA, comme étant constitutifs d'une concurrence déloyale à son préjudice, ayant consisté, notamment, à avoir « mis sur le marché un produit, directement concurrent du sien, sans respecter les dispositions des articles L 522-1 et suivants du Code de l'environnement, auxquelles elle était pourtant tenue, au même titre que la société DAKEM », et que, contrairement à ce que les premiers juges avaient relevé, « l'Armée n'(était) pas le seul marché sur lequel elle s'est retrouvée en concurrence avec la société DAKEM » dès lors que c'était « tout le marché des anti-moustiques dont il (était) question », la société PSA faisant distribuer à l'étranger le Skin2p Body par la société Pexa et le vendant à Air France par l'entremise de la société SMI (p.21, point 45, al. 1 à 3) ; qu'en retenant qu'au titre de la concurrence déloyale qu'elle reprochait à la société PSA, la société Dakem soutenait que les articles L 522-1 et suivants du code de l'environnement interdisaient à la société PSA de proposer à l'Armée le produit Skin2p Body à la date du 19 août 2013, date limite de remise des offres et des échantillons de produits, sans avoir au préalable respecté les deux obligations légales distinctes consistant à déclarer la formule du Skin2p Body, d'une part, auprès du Ministère chargé de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement Durable et de la Mer (MEEDDM), d'autre part, auprès de l'Institut National de Recherche et de Sécurité pour la Prévention des Accidents du Travail et des Maladies Professionnelles (INRS) et en excluant toute concurrence déloyale de la société PSA vis-à-vis de la société Dakem du seul fait que cette société n'aurait fait que concourir dans les conditions posées par l'appel d'offres de l'Armée quand, aux termes des écritures d'appel n° 5 de la société Dakem, le litige opposant ces deux sociétés et portant sur la concurrence déloyale de la société PSA vis-à-vis de la société Dakem ne se réduisait pas au seul appel d'offres lancé par le Ministère de la Défense et aux questions de soumission à cet appel d'offres, la cour d'appel a dénaturé les conclusions d'appel précitées de l'exposante et violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile.

2) ALORS QUE l'inobservation par une société des dispositions légales ayant pour effet de l'empêcher de mettre sur le marché et donc de proposer un produit concurrent de celui d'une autre société ayant respecté ces dispositions est constitutive d'un acte de concurrence déloyale ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté (arrêt p. 7, al.5), que le produit de la société PSA dénommé Skin2p Body était concurrent de celui de la société Dakem et qu'il n'avait été déclaré ni auprès du MEEDDM ni auprès de l'INRS, contrairement au produit développé par la société Dakem ; qu'en ne recherchant cependant pas, bien qu'elle y ait été expressément invitée par les conclusions d'appel n° 5 de la société Dakem (en particulier, p. 10, point 28 ; p. 12, § II, al. 3 ; p. 17, point 41 ; p. 21, point 45, al. 1 à 3), si la violation par la société PSA de ses obligations légales prévues par les articles L 522-1 et suivants du code de l'environnement, lui interdisant de mettre sur le marché un produit directement concurrent de celui de la société Dakem, le produit Skin2p Body, sans l'avoir au préalable déclaré auprès du MEEDDM et de l'INRS, n'était pas, indépendamment même de toute soumission à l'appel d'offres du Ministère de la Défense, constitutive d'une concurrence déloyale au préjudice de l'exposante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu 1240 du même code.

3) ALORS QUE l'inobservation par une société, lors de la soumission à un appel d'offres, des dispositions légales ayant pour effet de l'empêcher de mettre sur le marché et donc de proposer un produit concurrent de celui d'une autre société ayant respecté ces dispositions est constitutive d'un acte de concurrence déloyale ; qu'en l'espèce, dans ses conclusions d'appel n° 5 (p.12, § II, al. 3 ; point 32, p.12 ; p. 17, al. 3 ; p. 21, point 45 ; p. 22, al. 5), la société Dakem reprochait en outre et en particulier à la société PSA une concurrence déloyale résultant de la violation, par cette société, à l'occasion de l'appel d'offres du marché de fournitures d'insecticides lancée par le Ministère de la Défense le 6 juillet 2013, des dispositions des articles L 522-13 et L 522-19 du code de l'environnement relatives aux conditions de mise sur le marché

d'un produit biocide qui lui interdisaient également de proposer à l'Armée à la date du 19 août 2013, date limite de remise des offres et des échantillons de produits pour ce marché, un produit dénommé Skin2p Body, concurrent du sien, le Moskito Guard, sans avoir au préalable déclaré la formule de ce produit à la fois auprès du MEEDDM et de l'INRS ; que, cependant, pour exclure toute concurrence déloyale de la société PSA à l'encontre de la société Dakem à l'occasion de cet appel d'offres, la cour d'appel s'est contentée de retenir que cette société n'avait fait que concourir dans les conditions posées par le cahier des charges de l'appel d'offres du Ministère de la Défense, lequel, en son article 2, n'exigeait pas au jour de l'examen des candidatures que le produit proposé soit inscrit sur l'une des listes figurant dans le BEH mais seulement qu'il soit conforme aux recommandations de celui-ci ; qu'en se déterminant ainsi, par un motif inopérant, pour écarter toute faute de la société PSA au préjudice de la société Dakem, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, devenu 1240 du même code.

4) ALORS QU'un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, générateur d'un trouble commercial, fût-il simplement moral ; qu'en l'espèce, le non-respect par la société PSA des dispositions des articles L 522-13 et L 522-19 du code de l'environnement lors de l'appel d'offres du Ministère de la Défense constituant un acte de concurrence déloyale vis-à-vis de la société Dakem, générateur d'un trouble commercial pour cette société, il en résultait nécessairement à tout le moins l'existence d'un préjudice moral pour la société Dakem dont celle-ci était fondée à obtenir réparation, peu important qu'il ait pu être relevé par les juges du fond que l'offre proposée par l'exposante avait été écartée et qu'en conséquence la preuve d'un préjudice matériel subi par l'exposante n'ait pas été rapportée ; qu'en déboutant néanmoins la société Dakem de sa demande tendant à la condamnation de la société PSA à lui payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral causé par la concurrence déloyale dont la société Dakem avait été victime de la part de la société PSA, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, devenu 1240 du même code.

5) ALORS QUE le comportement parasitaire d'une société est caractérisé lorsqu'elle se rapproche d'une autre société avec laquelle elle sait se trouver en concurrence sur les mêmes clients et auxquels elle propose un produit concurrent du sien, lui fait croire à un partenariat à venir et s'appuie sur les initiatives et les efforts de cette société, notamment en termes de tarifs, pour entamer ses positions commerciales ; qu'en l'espèce, dans ses conclusions d'appel n° 5 (p. 23, § 52 et p. 24 § 53), la société Dakem, qui reprochait à la société PSA d'avoir commis des actes de parasitisme, avait fait valoir que soit la société PSA avait mis au point ou était en train de mettre au point un répulsif cutané dosé à 20 % d'icaridine aux propriétés similaires au produit Moskito Guard qu'elle avait développé de sorte que l'honnêteté commerciale lui interdisait de se rapprocher d'un concurrent en dissimulant ce fait et en lui proposant une collaboration commerciale, concrétisée par un accord de confidentialité conclu le 8 mars 2013, afin d'obtenir de sa part des informations sur son savoir-faire, ses tarifs et ses clients, soit la société PSA n'avait pas encore complètement mis au point un tel produit et il en résultait alors que le rapprochement de cette société avec la société Dakem n'avait d'autres fins que d'obtenir des informations de son concurrent pour pouvoir copier son produit, le peaufiner ou mieux positionner le sien sur le marché ; que, cependant, pour écarter tout acte de parasitisme de la société PSA au préjudice de la société Dakem, la cour d'appel s'est contentée de relever qu'il n'avait pas été démontré que la société PSA aurait profité des informations et du savoir faire de la société Dakem pour développer un produit concurrent tant à l'occasion de l'appel d'offres du Ministère de la Défense qu'auprès d'autres organismes comme Air France, faute de rapporter la preuve de l'utilisation de données contenues dans la formule du Moskito Guard et de verser une analyse comparative des produits ; qu'en ne recherchant pas si, compte tenu des circonstances invoquées dans les écritures d'appel de l'exposante, le fait, par la société PSA, qui alléguait selon ses propres dires avoir développé le produit Skin2p Body depuis 2012, de s'être rapprochée d'un concurrent, la société Dakem, alors même qu'elle proposait un produit lui-même directement concurrent du produit de l'exposante à ses clients, comme Air France, tout en lui faisant croire à un partenariat à venir en application d'un accord de confidentialité qu'elle devait finalement rompre, ne constituait pas en lui-même un acte de parasitisme, peu important les informations que la société PSA ait pu obtenir en définitive, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, devenu 1240 du même code.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté la société Dakem de sa demande tendant, au visa de l'article 1134, devenu 1103, du code civil, à juger que la société Produits Sanitaires Aéronefs (PSA) a violé l'accord de confidentialité qu'elle a signé le 8 mars 2013 avec la société Dakem, de celle tendant à condamner la société PSA à lui payer, à titre de provision, la somme de 154 052 € HT en réparation du préjudice financier et celle de 150 000 € en réparation des

économies injustement réalisées ainsi que de ses demandes tendant à faire injonction à la société PSA de produire des pièces, d'ordonner une expertise, d'auditionner Mme Y... de la société Lanxess, d'interdire à la société PSA de fabriquer ou de faire fabriquer et de commercialiser le produit Skin2p Body ainsi que tout produit reprenant les informations confidentielles transmises par la société Dakem, sous astreinte, et à faire condamner la société PSA à s'acquitter des frais d'insertion de la décision dans la revue « Nuisibles et Parasites Information », dont le coût total ne pourra dépasser la somme de 10 000 €, dans les 24 heures de la notification de la décision, sous astreinte.

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur les actes de concurrence déloyale et de parasitisme ; que la société PSA affirme que la société Dakem ne lui a transmis aucun document confidentiel et que les seuls documents qui lui ont été fournis sont des documents publics qui ne contiennent pas la formule du produit en cause ; que le 8 mars 2013, les sociétés Dakem et PSA ont signé un accord de confidentialité dont l'objet concernait uniquement « les informations confidentielles échangées entre les parties concernant les données techniques et commerciales » des produits de la société Dakem dont le Moskito Guard ; que l'article 1 de l'accord a défini comme "informations confidentielles" "toute information de quelque nature que ce soit et de façon non limitative toute donnée spécification et/ou information portant sur l'objet, communiquée oralement, ou par écrit à la partie qui les reçoit notamment par remise de documents, informatique ou électronique ou procédé similaire ou par fournitures d'échantillons lors de réunions où d'entretiens tenus au cours et/ou à l'occasion de l'exécution de l'Accord" ; que l'article 4 de cet accord stipulait toutefois que « les dispositions prévues au présent accord ne s'appliqueront pas aux informations pour lesquelles la partie bénéficiaire pourra prouver....que ces informations étaient du domaine public avant la date de communication de la partie émettrice" ; que par courriel du 23 février 2013, soit un mois avant la signature de l'accord de confidentialité, la société Dakem a transmis à la société PSA une fiche de présentation du produit Moskito Guard ce qui n'est pas contesté, que la société PSA lui a demandé le 24 février "Nous attendons un échantillonnage de votre gamme de spray et lingettes, accompagné des tests d'efficacité et les tarifs que vous pourriez nous consentir afin de nous positionner pour une approche commerciale vis à vis de nos clients" et a renouvelé cette demande le 22 mai 2013, écrivant "dans le cadre de nos échanges sur nos produits à base de perméthrine et sur le répulsif cutané, pourriez-vous transmettre des ET (fiches techniques) et des FTS (fiches de données de sécurité) de vos produits ainsi que les échantillons s'il vous plaît ?" ; que la société PSA ne peut contester la réitération de ces demandes portant sur des fiches techniques et des échantillons, éléments visés par l'accord de confidentialité ; que ces demandes démontrent qu'à la date du 22 mai la société PSA n'avait pas encore ces pièces ; que la société Dakem produit d'ailleurs une attestation d'un de ses salariés qui indique qu'il a été adressé en mai 2013 à la société PSA un colis "contenant une série d'échantillons du produit Moskito ainsi que des documents techniques incluant fiche de données de sécurité, fiche technique, présentation technique et commerciale, résultats d'essais d'efficacité références clients », que la société PSA qui met en cause ce témoignage du seul fait de la qualité de salarié de son auteur ne conteste pour autant pas avoir reçu les échantillons et fiches visées ; que la société Dakem qui ne conteste pas que ces produits étaient alors en vente libre et que les tests d'efficacité faisaient l'objet de fiches de données de sécurité accessibles sur le site ministériel Simmbad, qui est un site public recensant l'ensemble des produits biocide par mots clefs et permettant à toute personne d'en connaître la composition, soutient néanmoins que grâce à des informations confidentielles la société PSA a été en mesure de proposer un nouveau produit lors de l'appel d'office du Ministère de la défense ; que la société PSA ne conteste pas que le marché qu'elle avait obtenu en 2011 de la part du Ministère de la Défense à la suite d'une procédure d'appel d'offres expirait fin 2014 et que l'insecticide vendu à l'occasion de ce marché ne pouvait plus être proposé car il comprenait une substance active dénommée Diet qui avait été interdite à la vente à la fin des années 2013 ; que la société PSA prétend qu'avant même son rapprochement avec la société Dakem, elle possédait un nouveau produit à base d'icaridine qu'elle avait déjà proposé au Ministère de la Défense"; que toutefois à l'appui de cette affirmation elle ne produit qu'un courrier en date du 15 Janvier 2013 qu'elle a adressé et qui ne saurait valoir preuve de l'existence de nouveau produit ; que la société PSA s'était certes rapprochée de la société Lanxess qui possédait des produits anti moustiques et qui lui avait « en 2011 proposé des savoirs faire sur des formules »; qu'elle ne peut prétendre comme elle l'a fait dans ses conclusions que « cette formule [SKIN2PBODY] lui était transmise par le laboratoire Lanxess » et conclure qu'elle « n'avait aucunement besoin de la société Dakem pour en connaître les modalités, puisque le fabriquant même de cette substance, qui était 1e mieux à même de pouvoir lui transmettre ces renseignements, les lui avaient formulés » car la société Lanxess n'a jamais collaboré avec elle, lui ayant seulement communiqué des propositions de contrat d'accès et de conditions d'utilisation pour la seule formule « SALTIDIN COMBISUN » qui contenait de l'icaridine dans un produit non inflammable et demandait en contrepartie une participation financière et la signature d'un contrat, conditions que la société PSA n'a pas acceptées ; que la société Lanxess lui a donc seulement vendu de l'icaridine sans lui transmettre un quelconque savoir-faire sur une formule

concernant l'utilisation de cette substance dans un produit non inflammable ; qu'elle ne disposait donc pas, contrairement à ce qu'elle a prétendu, du savoir-faire de la société Lanxess et il lui était donc impossible de mettre en place dans ses laboratoires internes cette nouvelle formule avec ce savoir-faire ; que si la société PSA n'a pas pour autant cessé d'acheter de l'icaridine et si cette substance est utilisée dans 64 insecticides référencés sur le site Simmbad, elle a ainsi pu poursuivre ses recherches ; que la société Dakem avait pour sa part commencé en 2008 à développer une formule innovante d'un produit antimoustique le Moskito Guard, qui est une formule « Biocide » car elle contient une substance active (Saltidin/Icaridine) pour laquelle les dispositions des articles L 522-1 et suivants du Code de l'Environnement imposent, qu'avant toute mise sur le marché, elle soit déclarée, d'une part, auprès de l'Institut National de Recherche et de Sécurité pour la Prévention des Accidents du Travail et des Maladies Professionnelles (INRS), d'autre part, auprès du Ministère chargé de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; qu'elle a été déclarée auprès de ces organismes depuis les 11 février et 18 mars 2009 ; que la société Dakem soutient que l'originalité de ce produit à base d'eau, et non d'alcool, qui est breveté ne se résume pas à sa seule substance active mais à la combinaison de 7 caractéristiques qu'aucun autre produit sur le marché ne possédait avant celui de la société PSA, le Skin2 P Body ; qu'il n'est toutefois pas soutenu que celui-ci serait une contrefaçon ; que la société PSA produit une attestation du laboratoire Fareva qui le confirme ; qu'il n'est d'ailleurs pas rapporté la preuve de l'utilisation de données contenues dans la formule du Moskito Guard ou dans le savoir faire de la société Dakem puisqu'il n'est versé aucune analyse comparative des produits ; qu'en conséquence, il n'est pas démontré que la société PSA aurait commis une faute quelconque lors de la mise sur le marché de son produit ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE sur la violation alléguée de l'accord de confidentialité ; que les débats, au cours de l'audience du 18 mars 2016, ont montré que Dakem n'avait pas suivi le processus usuel, dans un contrat de confidentialité, de transmissions d'informations confidentielles qui suppose, en particulier, de répertorier scrupuleusement tous les documents ou échantillons transmis, de faire figurer explicitement la mention « information confidentielle » sur tous les dits-documents et d'apporter la preuve que ces documents ont bien été envoyés à PSA et à quelle date ; que Dakem n'apporte pas la preuve, ni dans ses écritures, ni au cours de cette audience, que les données transmises sont des éléments essentiels au développement d'un produit concurrent ; qu'il appartient de surcroît à Dakem d'établir que les informations transmises ne sont pas du domaine public ; que, à l'audience, Dakem a reconnu qu'il ne pouvait apporter la preuve matérielle que les différentes données et informations avaient été effectivement transmises à PSA ; que c'est à Dakem d'apporter la preuve que PSA a utilisé telle ou telle formule ou telle ou telle information non publique fournie par Dakem au titre de l'accord de confidentialité ; qu'en outre rien ne s'oppose à ce que PSA ait pu, par ses propres moyens, ou à l'aide d'autres collaborations qui n'ont pas à être rendues publiques, arriver à la mise au point d'un produit concurrent du Moskito Guard ; qu'enfin à l'évidence, la fourniture de quelques échantillons fin mai 2013 ne permet pas à une société concurrente de développer en quelques semaines un produit permettant de soumissionner à un appel d'offres de produits tout à la fois très techniques et réglementés pour le Ministère de la Défense ; que le tribunal dira que Dakem n'a pas apporté la preuve que PSA avait violé l'accord de confidentialité en date du 8 mars 2013 et débouterà Dakem de toutes ses demandes au visa de l'article 1134 du code civil.

1) ALORS QUE même lorsque, conformément à l'article 955 du code de procédure civile, la cour d'appel confirme un jugement et, partant, est réputée en adopter les motifs, les juges du second degré demeurent tenus de répondre aux conclusions par lesquelles l'appelant critique les motifs retenus des premiers juges ; qu'en se bornant, dans son dispositif, à confirmer le jugement entrepris et donc nécessairement, par voie de conséquence, ledit jugement en ce qu'il avait débouté la société Dakem de ses demandes au visa de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, sans aucunement répondre aux conclusions d'appel de l'exposante (conclusions n° 5, § C, p. 24 et svtes), tendant à l'infirmer le jugement, qui critiquaient la décision des premiers juges en particulier en ce qu'ils avaient considéré que la société Dakem n'aurait pas apporté la preuve que la société PSA avait violé l'accord de confidentialité conclu entre ces deux sociétés le 8 mars 2013 et dénonçaient les arguments par lesquels la société PSA tentait de contester l'existence d'une telle violation, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

2) ALORS QU'en tout état de cause, l'accord de confidentialité conclu le 8 mars 2013 entre la société Dakem et la société PSA avait, notamment, pour objet « les informations confidentielles échangées entre les parties concernant les données techniques et commerciales d'un répulsif cutané contre les insectes piqueurs à base d'icaridine » et visait, pour la société PSA, à obtenir de la société Dakem « un échantillonnage de votre gamme en spray et en lingettes accompagnés des tests d'efficacité et des tarifs que vous pourriez nous consentir afin d'être positionné pour une approche commerciale vis-à-vis de nos clients » ; que la cour d'appel a expressément constaté, d'une part, contrairement à ce qui avait été retenu par les

premiers juges, qu'au mois de mai 2013 la société PSA avait reçu un colis « contenant une série d'échantillons du produit Moskito ainsi que des documents techniques incluant une fiche de données de sécurité, fiche technique, présentation technique et commerciale, résultats d'efficacité, références clients » (arrêt p.6, al.1), d'autre part, qu'en dépit de ce que la société PSA avait faussement prétendu, cette société n'avait pu disposer du savoir faire de la société Lanxess qui lui aurait été proposé en 2011 et qu'il lui avait donc été impossible de mettre en place dans ses laboratoires internes une nouvelle formule d'insecticide utilisant de l'icaridine dans un produit non inflammable avec ce savoir faire (arrêt p. 6, al.6) ; qu'ainsi en se contentant de relever, pour écarter la violation par la société PSA de l'accord de confidentialité qui la liait à la société Dakem, qu'il n'était pas rapporté la preuve par la société Dakem de l'utilisation de données contenues dans la formule du Moskito Guard ou dans le savoir faire de l'exposante puisqu'il n'était versé aucune analyse comparative des produits sans même justifier en quoi la société PSA aurait pu en quelques mois seulement et sans l'aide des données confidentielles qui lui avaient été transmises par la société Dakem en application de cet accord élaborer et proposer au Ministère de la Défense au mois d'août 2013 un produit concurrent de celui de la société Dakem, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.