COMM.

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 15 mars 2017

Rejet

Mme RIFFAULT-SILK, conseiller doyen faisant fonction de président

Arrêt n° 394 F-D

Pourvoi n° C 15-21.268

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 l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Flashmer , société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 3],

contre deux arrêt rendus les 8 janvier 2013 et 28 mai 2014 par la cour d'appel de Toulouse (2e chambre, section 1), dans le litige l'opposant à la société Grauvell France, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 2], prise en la personne de son mandataire ad hoc la SCP [P]-[O]-[D], elle-même prise en la personne de M. [S] [D], domicilié [Adresse 1],

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 24 janvier 2017, où étaient présents : Mme Riffault-Silk, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Sémériva, conseiller rapporteur, Mme Bregeon, conseiller, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Sémériva, conseiller, les observations de Me Bertrand, avocat de la société Flashmer, de la SCP Bénabent et Jehannin, avocat de la société Grauvell France, l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Toulouse, 8 janvier 2013 et 28 mai 2014), que la société Flashmer commercialise des leurres de pêche, dits « turluttés », dont certains font l'objet de modèles enregistrés, notamment à la suite d'un dépôt n° 005313, publié le 5 janvier 2001, ainsi que des « bas de lignes » ; qu'elle a assigné la société Grauvell France en contrefaçon de modèle et de droit d'auteur ainsi qu'en concurrence déloyale et parasitaire ; qu'un jugement ayant accueilli ces demandes, le liquidateur amiable de la société Grauvell France en a relevé appel ; que la société Flashmer ayant fait valoir devant le conseiller de la mise en état, que cette instance d'appel était périmée, il a été fait droit à cette demande, au motif qu'entre le 22 septembre 2008 et le 11 février 2011, il n'existait pas de diligences propres à interrompre le délai de péremption ; que, sur déféré, un arrêt du 8 janvier 2013 a déclaré cette demande irrecevable ; que, statuant au fond par arrêt du 2 mai 2014, la cour d'appel a annulé le dépôt n° 005313, en ce qu'il concerne les modèles dits « Kariba », et débouté la société Flashmer de ses demandes ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Flashmer fait grief à l'arrêt du 8 janvier 2013 de déclarer irrecevable sa demande de constatation de la péremption d'instance alors, selon le moyen, que si la péremption d'instance doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen, il n'y a lieu de considérer que les dernières conclusions pour déterminer si cette condition est remplie ; qu'après avoir constaté que si, dans les conclusions par lesquelles elle avait initialement saisi le magistrat chargé de la mise en état aux fins de constatation de la péremption d'instance, la société Flashmer avait demandé de déclarer nulles les conclusions signifiées par la société Grauvell France le 11 février 2011 et de constater la péremption d'instance, elle avait abandonné ce moyen de nullité des conclusions dans ses dernières écritures du 19 décembre 2011, de sorte que, en application de l'article 954 du code de procédure civile, elle était réputée avoir abandonné le moyen de nullité dont le magistrat chargé de la mise en état ne se trouvait plus saisi ; qu'en décidant néanmoins que « le moyen » de péremption d'instance avait été soulevé après un moyen de nullité de sorte que la demande tendant à la constatation de la péremption d'instance était irrecevable, la cour d'appel a méconnu la portée de ses propres constatations en violation des articles 388 et 954 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen dans les premières conclusions postérieures à l'expiration du délai de péremption ; qu'ayant constaté que, dans celles saisissant le conseiller de la mise en état, la société Flashmer avait demandé de déclarer nulles les conclusions signifiées par la société Grauvell France le 11 février 2011, puis de constater la péremption d'instance, c'est à bon droit que la cour d'appel a dit, peu important l'abandon ultérieur de cette exception de nullité, que cette demande de péremption d'instance n'était pas recevable ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Flashmer fait grief à l'arrêt du 28 mai 2014 d'annuler le modèle publié le 5 janvier 2001 sous le n° 005313, en ce qu'il concerne le modèle de leurre dit « Kariba », alors, selon le moyen :

1°/ que dans la rédaction de l'article L. 511-3 du code de la propriété intellectuelle applicable en l'espèce, est protégé tout dessin nouveau, toute forme plastique, tout objet industriel qui se différencie de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ; que le modèle dont les éléments sont séparables des

fonctions utilitaires et dont la combinaison des éléments peut être dissociée des impératifs techniques est protégeable dès lors que ces éléments expriment la personnalité de l'auteur et résultent d'un effort de création ; que pour décider que le modèle de leurre de la société Flashmer n'était pas protégeable sur le fondement des dispositions du Livre V du code de la propriété intellectuelle relatif aux dessins et modèles, la cour d'appel s'est bornée à relever que la fonction de la turlutte était d'attirer l'attention des céphalopodes à la capture desquels elle était destinée en reproduisant un poisson susceptible de constituer leur proie et en a déduit que les caractéristiques de cet objet étaient exclusivement destinées à assurer cette destination ; qu'en statuant de la sorte sans procéder à aucune analyse des éléments constitutifs de l'objet en cause et de leur combinaison afin de rechercher, comme elle y était invitée, si la combinaison de la forme, des matériaux et des couleurs de ces éléments n'était pas indépendante de la fonction qu'ils exerçaient et ne procédait pas d'un choix arbitraire, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que ces différents éléments et leur combinaison fussent inséparables de leur fonction utilitaire et ne pouvaient être dissociés des impératifs techniques, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 511-3 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 25 juillet 2001 ;

2°/ que la protection d'un modèle au titre du droit d'auteur est soumise à la seule condition que le modèle soit original, c'est-à-dire qu'il exprime la personnalité de son auteur ; qu'en refusant toute protection au modèle de leurre au titre du droit d'auteur au motif que cet objet a pour fonction d'attirer l'attention des céphalopodes en reproduisant un poisson susceptible de constituer une proie sans rechercher, comme elle y était invitée, si la combinaison de la forme, des matériaux et des couleurs de ces éléments ne procédait pas, indépendamment de leur caractère fonctionnel, de choix arbitraires exprimant la personnalité de leur auteur et était pourvue d'une originalité rendant le modèle éligible à la protection au titre du droit d'auteur, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que ces éléments et leur combinaison fussent inséparables de leur fonction utilitaire et ne puissent être dissociés de ces impératifs techniques, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 111-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé qu'une combinaison de formes, de couleurs et textures, en elles-mêmes banales, peut être protégeable à condition qu'elle confère à l'objet, pris dans son ensemble, une physionomie propre, qui ne soit pas exclusivement dictée par sa fonction, la cour d'appel, qui a procédé aux constatations et recherches pertinentes en décrivant les caractéristiques du modèle en cause, a pu retenir, au terme d'une appréciation souveraine, qu'elles étaient exclusivement destinées à assurer sa destination, et ne révélaient pas un effort propre à caractériser l'empreinte de la personnalité d'un auteur ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu que la société Flashmer fait grief à l'arrêt du 28 mai 2014 de rejeter son action en concurrence déloyale et parasitaire contre la société Grauvell France alors, selon le moyen :

1°/ que la copie servile des produits n'est pas une condition nécessaire du succès de l'action en concurrence déloyale ; qu'il suffit que, en raison des ressemblances entre les produits, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ; que la cour d'appel qui, pour rejeter l'action en concurrence déloyale, a relevé que les leurres commercialisés par la société Grauvell France n'étaient pas des copies serviles des leurres de la société Flashmer sans rechercher si, comme le soutenait cette société, les ressemblances entre les produits, tenant, en ce qui concerne les turlattes, à la reprise des moindres détails et des éléments de décor parfaitement arbitraires, à l'utilisation d'une même gamme de couleurs (vert, orange, bleu et rose) et à la présence d'un grappin simple ou d'un double grappin, et, en ce qui concerne les bas de lignes, à la reprise des mêmes caractéristiques pour chacun des produits de la gamme, n'étaient pas de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

2°/ que constitue un acte de concurrence déloyale le fait de copier les produits d'un concurrent en reproduisant sa gamme de produits selon des modalités identiques ; qu'en rejetant l'action en concurrence déloyale au motif que les produits de la société Grauvell France ne constituaient pas la copie servile de ceux de la société Flashmer sans s'expliquer, comme elle y était invitée, sur le fait que la société Grauvell France avait cherché, en reproduisant la série des

turluttés Kariba et Calmero dans la même forme de couleurs avec d'insignifiantes différences de détail, et la série des bas de lignes en reprenant la combinaison des caractéristiques de chaque produit, à profiter d'un effet de gamme, renforçant les similitudes entre les produits, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

3°/ que l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale à raison de sa copie ; que pour débouter la société Flashmer de son action en concurrence déloyale, la cour d'appel, qui a constaté la ressemblance des modèles vendus par les parties, s'est fondée sur la « banalité » et la « simplicité » des produits ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel, qui a méconnu que l'absence d'originalité des produits n'était pas de nature à priver la copie de son caractère fautif, sans que le fait que d'autres sociétés aient reproduit les caractéristiques des produits de la société Flashmer fasse disparaître ce caractère fautif, a violé l'article 1382 du code civil ;

4°/ que la cour d'appel ne pouvait, pour rejeter l'action en concurrence déloyale et parasitaire, se fonder sur la différence des produits en ce qui concerne leur dénomination et leur emballage sans s'expliquer, comme elle y était invitée, sur le fait que les produits étaient destinés aux revendeurs détaillants et aux acheteurs de la grande distribution, qui les sélectionnent à partir des catalogues et des échantillons qui leur sont présentés par des représentants des sociétés, en fonction de leur aspect et de leur prix, et non de leur emballage et du nom figurant sur celui-ci ; que faute de l'avoir fait, la cour d'appel, qui a elle-même constaté que les produits s'adressaient à une clientèle composée de grandes surfaces spécialisées et de revendeurs détaillants en articles de pêche et non à des consommateurs non professionnels, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

5°/ que la cour d'appel, qui a constaté (au prix d'une interversion de la dénomination de certains des produits) que certains des bas de lignes de la société Grauvell France étaient commercialisés sous les dénominations MINI LARVES, DANDINETTE EPERLANS et DANDINETTE MULET, constituant l'imitation voire la reproduction des dénominations des bas de lignes de la société Flashmer correspondants (PETITES LARVES, DANDINETTE A PERLES SPÉCIAL éperlans et spécial mulets), ne pouvait énoncer que la gamme des bas de lignes de la société Grauvell France commençait par PLUM, ce qui n'était pas le cas des produits de la société Flashmer, pour en déduire l'existence de différences « particulièrement marquées » dans les dénominations des produits en présence, sans méconnaître la portée de ses propres constatations, en violation de l'article 1382 du code civil ;

6°/ qu'un commerçant est en droit de poursuivre, sur le fondement du parasitisme, les agissements d'un concurrent qui cherche à tirer profit sans bourse délier des investissements qu'il a réalisés pour la promotion de ses produits ; que la cour d'appel qui, pour rejeter l'action en concurrence parasitaire, énonce que la société Flashmer ne démontre aucun investissement pour la mise au point de produits dont elle n'est pas le créateur sans s'expliquer sur les investissements réalisés par cette société pour assurer la promotion de ses produits, a statué par un motif inopérant et privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, que saisie par la société Flashmer de conclusions faisant grief à la société Grauvell France de se livrer à la copie servile de ses produits, soulignant leur identité ou leur très forte similitude avec les siens et soutenant qu'ils les copiaient dans les moindres détails, la cour d'appel, en recherchant si ce grief de copie servile était justifié, a statué dans les limites des demandes et moyens qui lui étaient soumis ;

Attendu, de deuxième part, que l'arrêt retient que, par rapport à chacune des gammes dont il était prétendu que les modèles étaient imités, les leurres commercialisés par la société Grauvell France présentaient des différences sur divers points, et notamment quant à leur taille ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a par là-même exclu que les produits incriminés reproduisent ces gammes selon des modalités identiques ;

Attendu, ensuite, qu'en relevant, quant aux « bas de lignes » visés dans la demande, tout à la fois la ressemblance entre les modèles vendus par les parties et ceux commercialisés par des tiers, ainsi que leur banalité et leur simplicité, la cour d'appel n'a pas érigé l'originalité des produits en condition de l'action en concurrence déloyale, mais constaté qu'aucun risque de confusion ne pouvait résulter de ces similitudes fonctionnelles partagées ;

Attendu, de quatrième part, que la cour d'appel a pu prendre en considération les différences de dénomination et de conditionnement pour examiner l'existence d'un tel risque, notamment en ce que la clientèle était en l'espèce constituée, non par des consommateurs, mais par de grandes surfaces spécialisées et des revendeurs détaillants en articles de pêche ;

Attendu, de cinquième part, que la cour d'appel a constaté que la société Grauvell France commercialisait « une » gamme de produits dont la dénomination commence par « Plum », et non que toute sa gamme aurait présenté cette particularité ;

Et attendu, enfin, que l'arrêt retenant que la commercialisation de produits similaires à ceux d'un concurrent, à un prix inférieur, n'est pas fautive en elle-même, la libre concurrence permettant à tout commerçant de pratiquer la marge qui lui semble souhaitable, et écartant ainsi tout acte de parasitisme, le grief s'attaque à un motif surabondant ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Flashmer aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Grauvell France la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quinze mars deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Bertrand, avocat aux Conseils, pour la société Flashmer

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué (Toulouse, 8 janvier 2013) d'AVOIR déclaré irrecevable la demande de la société Flashmer tendant à la constatation de la péremption d'instance ;

AUX MOTIFS QUE la sas Flashmer a initialement saisi le magistrat chargé de la mise en état aux fins de constatation de la péremption de l'instance par des conclusions de procédure du 16 juin 2011. Elle faisait valoir dans les motifs de ces conclusions : - (1.7) que constituent des irrégularités de fond entraînant la nullité des actes de procédure, en application de l'article 117 du code de procédure civile, le défaut de capacité d'ester en justice et le défaut de pouvoir d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne morale, et que les conclusions signifiées le 11 février 2011 au nom de la société Grauvell France, prétendument représentée par son mandataire ad hoc, alors que la personne morale a cessé d'exister depuis le 6 août 2010, sont entachées d'une irrégularité de fond qui sera sanctionnée par leur annulation ; - (1.8) qu'aucune diligence de nature à interrompre la péremption n'étant intervenue depuis le mois de septembre 2008 il est demandé au conseiller de la mise en état de déclarer l'instance périmée en application de l'article 386 du code de procédure civile ; que logiquement, elle demandait ensuite au dispositif de ses conclusions visant les articles 117 et suivants, 386 et 910 du code de procédure civile de : - déclarer nulles les conclusions signifiées le 11 février 2011 au nom de la société Grauvell France, dépourvue de personnalité juridique et prétendument représentée par son "mandataire ad hoc" ; - constater qu'il n'a été effectué depuis le 22 septembre 2008 aucune diligence de nature à faire progresser l'affaire au sens de l'article 386 du code de procédure civile et, en conséquence, de déclarer périmée l'instance enrôlée sous le n° 08/02629 ; que la sas Flashmer devait par la suite, dans le cadre de cet incident, prendre de nouvelles conclusions le 14 septembre 2011 dans lesquelles elle ne reprenait pas le moyen de nullité des conclusions adverses du 11 février 2011, ne maintenant que sa demande de prononcé de la péremption de l'instance. Il en était de même dans ses conclusions des 4 novembre et 19 décembre 2011 ; que l'audience d'incident, initialement fixée au 20 octobre 2011, faisait l'objet de plusieurs renvois à la demande des parties, l'affaire venant finalement à l'audience du 9

février 2012. A cette audience, la sa Grauvell France prenait acte de la renonciation de la sas Flashmer à sa demande d'annulation des conclusions du 11 février 2011 et les débats ne portaient que sur le moyen de péremption d'instance ; que pour autant, la sa Grauvell France n'a pas renoncé à se prévaloir des dispositions de l'article 388 du code de procédure civile dont les termes clairs ne sont pas susceptibles d'interprétation ; or il ressort de l'exposé précédent que le moyen de péremption d'instance a été soulevé par la sas Flashmer après un moyen de nullité et en toute hypothèse, même si la notion de simultanéité devait être retenue, pas avant tout autre moyen ; que la demande de péremption d'instance est donc irrecevable, l'ordonnance déférée étant infirmée (arrêt attaqué, pp. 4-5) ;

ALORS QUE si la péremption d'instance doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen, il n'y a lieu de considérer que les dernières conclusions pour déterminer si cette condition est remplie ; qu'après avoir constaté que si, dans les conclusions par lesquelles elle avait initialement saisi le magistrat chargé de la mise en état aux fins de constatation de la péremption d'instance, la société Flashmer avait demandé de déclarer nulles les conclusions signifiées par la société Grauvell France le 11 février 2011 et de constater la péremption d'instance, elle avait abandonné ce moyen de nullité des conclusions dans ses dernières écritures du 19 décembre 2011, de sorte que, en application de l'article 954 du Code de procédure civile, elle était réputée avoir abandonné le moyen de nullité dont le magistrat chargé de la mise en état ne se trouvait plus saisi ; qu'en décidant néanmoins que "le moyen" de péremption d'instance avait été soulevé par la société Flashmer après un moyen de nullité de sorte que la demande tendant à la constatation de la péremption d'instance était irrecevable, la cour d'appel a méconnu la portée de ses propres constatations en violation des articles 388 et 954 du Code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué (Toulouse, 28 mai 2014) d'AVOIR annulé le modèle de la société Flashmer déposé à l'INPI le 18 septembre 2000, dont l'enregistrement a été publié le 5 janvier 2001 sous le numéro 005313 en ce qui concerne le modèle de leurre dit Kariba reproduit sous les numéros 3-5, 3-6 et 3-7 ;

AUX MOTIFS QUE sur la contrefaçon, les leurres de pêche Calmero et Kariba commercialisés par la sas Flashmer, ont fait l'objet d'un dépôt à l'INPI le 18 septembre 2000 dont l'enregistrement a été publié le 5 janvier 2001 sous le numéro 00 53 13 ; que les premiers (Calmero) étaient protégés sous les reproductions 1-1, 1-2, 2-3 et 2-4. Mais, par un arrêt définitif du 19 février 2008, la cour d'appel de Rennes a annulé ce modèle pour défaut d'originalité, en jugeant que le défaut de validité du titre de propriété intellectuelle et l'impossibilité d'une protection au titre du droit d'auteur exclut tout acte de contrefaçon. Le pourvoi en cassation contre cette décision a été rejeté. Dès lors, aucune action en contrefaçon ne peut prospérer sur les reproductions visées en l'absence de droits privatifs tant sur le terrain des droits des dessins et modèles que sur celui du droit d'auteur ; que pour les seconds (Kariba), la sas Flashmer a procédé à une réinscription partielle du modèle pour les reproductions 3-5, 3-6 et 3-7, publiée au BOPI du 10 au 21 juin 2013 en faisant valoir que l'arrêt de la cour d'appel ne concernait que les reproductions 1-1, 1-2, 2-3 et 2-4 et que l'inscription de cette décision d'annulation contenant une erreur matérielle ; que le modèle litigieux ayant été déposé le 18 septembre 2000, soit avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 25 juillet 2001, il convient d'appliquer les dispositions de l'article L.511-3 du code de propriété intellectuelle dans la rédaction suivante : les dispositions du présent livre sont applicables à tout dessin nouveau, à toute forme plastique, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires, soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ; que la turlutte litigieuse se présente de la façon suivante : - un corps de forme ondulé, - une partie ventrale ondulée et phosphorescente, - une partie dorsale de couleur unie, comportant un dessin foncé constitué par un ensemble de demi-lunes concentriques, orientées vers la tête, accolées au milieu de l'objet, puis orientées vers la queue, - des yeux en matière plastique en relief, - des plumets bicolores rouge et blanc, un grappin à l'extrémité de la queue ; qu'une combinaison de formes, de couleurs et de textures, en elles-mêmes banales, peut être protégée à condition qu'elle confère à l'objet, pris dans son ensemble, une physionomie propre, qui ne soit pas exclusivement dictée par sa fonction ; que la fonction de la turlutte est d'attirer l'attention des céphalopodes à la capture desquels elle est destinée en reproduisant un poisson susceptible de constituer sa proie. Dès lors les caractéristiques de cet objet sont exclusivement destinées à assurer cette destination et aucune recherche esthétique n'est établie. La décoration géométrique ajoutée aux turluttés commercialisés avant 1987 rappelant de façon stylisée des écailles est courante et insuffisante pour constituer la manifestation d'un effort particulier et caractériser l'empreinte de la personnalité de son auteur. La condition d'originalité ne pouvant pas dès lors être considérée comme remplie, le modèle

doit être annulé. Aucune protection au titre du droit d'auteur ne peut non plus être utilement invoqué (arrêt attaqué, pp. 5, alinéas 4 & 5 et p.6 alinéas 1 2) ;

ALORS, d'une part, QUE dans la rédaction de l'article L.511-3 du Code de la propriété intellectuelle applicable en l'espèce, est protégeable tout dessin nouveau, toute forme plastique, tout objet industriel qui se différencie de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ; que le modèle dont les éléments sont séparables des fonctions utilitaires et dont la combinaison des éléments peut être dissociée des impératifs techniques est protégeable dès lors que ces éléments expriment la personnalité de l'auteur et résultent d'un effort de création ; que pour décider que le modèle de leurre de la société Flashmer n'était pas protégeable sur le fondement des dispositions du Livre V du Code de la propriété intellectuelle relatif aux dessins et modèles, la cour d'appel s'est bornée à relever que la fonction de la turlutte était d'attirer l'attention des céphalopodes à la capture desquels elle était destinée en reproduisant un poisson susceptible de constituer leur proie et en a déduit que les caractéristiques de cet objet étaient exclusivement destinées à assurer cette destination ; qu'en statuant de la sorte sans procéder à aucune analyse des éléments constitutifs de l'objet en cause et de leur combinaison afin de rechercher, comme elle y était invitée, si la combinaison de la forme, des matériaux et des couleurs de ces éléments n'était pas indépendante de la fonction qu'ils exerçaient et ne procédait pas d'un choix arbitraire, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que ces différents éléments et leur combinaison fussent inséparables de leur fonction utilitaire et ne pouvaient être dissociés des impératifs techniques, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L.511-3 du Code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 25 juillet 2001 ;

ALORS, d'autre part, QUE la protection d'un modèle au titre du droit d'auteur est soumise à la seule condition que le modèle soit original, c'est-à-dire qu'il exprime la personnalité de son auteur ; qu'en refusant toute protection au modèle de leurre au titre du droit d'auteur au motif que cet objet a pour fonction d'attirer l'attention des céphalopodes en reproduisant un poisson susceptible de constituer une proie sans rechercher, comme elle y était invitée, si la combinaison de la forme, des matériaux et des couleurs de ces éléments ne procédait pas, indépendamment de leur caractère fonctionnel, de choix arbitraires exprimant la personnalité de leur auteur et était pourvue d'une originalité rendant le modèle éligible à la protection au titre du droit d'auteur, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que ces éléments et leur combinaison fussent inséparables de leur fonction utilitaire et ne puissent être dissociés de ces impératifs techniques, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L.111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué (Toulouse, 28 mai 2014) d'AVOIR débouté la société Flashmer de son action en concurrence déloyale et parasitaire contre la société Grauvell France ;

AUX MOTIFS QUE sur la concurrence déloyale, l'action engagée porte sur les deux turlottes sus-évoquées ainsi que plusieurs bas de ligne commercialisés par la sa Grauvell France sous les noms de Plumavit, Mini Larves, Plumador, Plumanguillon, Plumatuna, Dandinette à perles spécial éperlans et Dandinette à perles spécial mulot ; que pour les turlottes, le modèle ayant été annulé, la sas Flashmer ne bénéficie d'aucun droit de propriété intellectuelle et le simple fait de le copier ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale à condition que ne soit pas suscitée une confusion sur l'origine des produits et que des agissements déloyaux ne soient pas commis ; que les leurres GP/RT commercialisés par la sa Grauvell France ne sont pas des copies serviles des leurres Calmero. En effet, ils présentent des différences quant au nombre de grappins, à la couleur des yeux, aux couleurs et surtout aux tailles (différences de plusieurs centimètres). De plus depuis l'année 2009, la sa Grauvell France ne commercialise plus les produits litigieux en France ; que de même, les leurres SGP/S commercialisés par la sa Grauvell France ne sont pas des copies serviles des leurres Kariba. En effet, ils présentent des différences quant au nombre des grappins, aux couleurs et surtout aux tailles (différences de plusieurs centimètres) ; qu'il en est encore de même pour les turlottes référencées Dashi et Mushi, portant la marque Titan commercialisées par la sa Grauvell France ; quant aux bas de ligne, sans qu'il soit nécessaire de lister précisément les similitudes ou les différences entre les produits litigieux, force est de constater non seulement la ressemblance entre les modèles vendus par les parties mais aussi avec les modèles vendus par d'autres sociétés (catalogue Ragot, Cap, Dam) et surtout leur banalité et leur simplicité, le signe véritablement distinctif étant leur

emballage ; que surtout, la dénomination des produits de la sa Grauvell France est particulièrement différente de celle utilisée par la sas Flashmer. C'est ainsi que les leurres GP/RT et SGP/S, Dashi et Mushi correspondent aux leurres Calmero et Kariba. De même pour les bas de ligne, la sa Grauvell France commercialise une gamme de produits dont la dénomination commence par Plum ce qui n'est pas le cas de la sas Flashmer : Plumador/Daurade – Plumavit/ Leurre à bar – Plumanguillon/Fluoline et Plumatuna/Bonitobar ; que ces différences dans les dénominations sont particulièrement marquées ; qu'en outre, les emballages des turlottes sont différents : en plastique rigidifié pour les produits commercialisés par la sa Grauvell France et en plastique souple par ceux commercialisés par la sas Flashmer ; que de même, pour les bas de ligne, leurs emballages sont soit gris pour la sa Grauvell France soit bleu pour la sas Flashmer. Enfin, la partie haute de ces emballages mentionne clairement l'une ou l'autre marque, soit Grauvell soit Flashmer ; qu'enfin le référencement des produits par la sa Grauvell France et par la sas Flashmer est différent ; que de plus, s'adressant à une clientèle composée de grandes surfaces spécialisées et de revendeurs détaillants en articles de pêche et non à des consommateurs non-professionnels, le risque de confusion n'existe pas, ces intermédiaires avertis acquérant en connaissance de cause l'un ou l'autre de ces produits ; qu'en l'absence de titre de propriété intellectuelle valable, la commercialisation de produits similaires à ceux d'un concurrent, à un prix inférieur, n'est pas fautive en elle-même, la libre concurrence permettant à tout commerçant de pratiquer la marque qui lui semble souhaitable ; qu'au surplus, la sas Flashmer ne démontre aucun investissement pour la mise au point des produits vendus par elle, n'en étant pas le créateur ; qu'en l'absence d'acte de contrefaçon et de concurrence déloyale il n'y a pas lieu d'examiner les préjudices allégués par la sas Flashmer (arrêt attaqué pp. 6 al 3 à 9 et p. 7 al. 1 à 9) ;

ALORS, d'une part, QUE la copie servile des produits n'est pas une condition nécessaire du succès de l'action en concurrence déloyale ; qu'il suffit que, en raison des ressemblances entre les produits, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ; que la cour d'appel qui, pour rejeter l'action en concurrence déloyale, a relevé que les leurres commercialisés par la société Grauvell France n'étaient pas des copies serviles des leurres de la société Flashmer sans rechercher si, comme le soutenait cette société, les ressemblances entre les produits, tenant, en ce qui concerne les turlottes, à la reprise des moindres détails et des éléments de décor parfaitement arbitraires, à l'utilisation d'une même gamme de couleurs (vert, orange, bleu et rose) et à la présence d'un grappin simple ou d'un double grappin, et, en ce qui concerne les bas de lignes, à la reprise des mêmes caractéristiques pour chacun des produits de la gamme, n'étaient pas de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

ALORS, d'autre part, QUE constitue un acte de concurrence déloyale le fait de copier les produits d'un concurrent en reproduisant sa gamme de produits selon des modalités identiques ; qu'en rejetant l'action en concurrence déloyale au motif que les produits de la société Grauvell France ne constituaient pas la copie servile de ceux de la société Flashmer sans s'expliquer, comme elle y était invitée, sur le fait que la société Grauvell France avait cherché, en reproduisant la série des turlottes Kariba et Calmero dans la même forme de couleurs avec d'insignifiantes différences de détail, et la série des bas de lignes en reprenant la combinaison des caractéristiques de chaque produit, à profiter d'un effet de gamme, renforçant les similitudes entre les produits, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

ALORS, de troisième part, QUE l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale à raison de sa copie ; que pour débouter la société Flashmer de son action en concurrence déloyale, la cour d'appel, qui a constaté la ressemblance des modèles vendus par les parties, s'est fondée sur la "banalité" et la "simplicité" des produits ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel, qui a méconnu que l'absence d'originalité des produits n'était pas de nature à priver la copie de son caractère fautif, sans que le fait que d'autres sociétés aient reproduit les caractéristiques des produits de la société Flashmer fasse disparaître ce caractère fautif, a violé l'article 1382 du Code civil ;

ALORS, de quatrième part, QUE la cour d'appel ne pouvait, pour rejeter l'action en concurrence déloyale et parasitaire, se fonder sur la différence des produits en ce qui concerne leur dénomination et leur emballage sans s'expliquer, comme elle y était invitée, sur le fait que les produits étaient destinés aux revendeurs détaillants et aux acheteurs de la grande distribution, qui les sélectionnent à partir des catalogues et des échantillons qui leur sont présentés par des représentants des sociétés, en fonction de leur aspect et de leur prix, et non de leur emballage et du nom figurant sur celui-ci ; que faute de l'avoir fait, la cour d'appel, qui a elle-même constaté que les produits s'adressaient à une clientèle composée de grandes surfaces spécialisées et de revendeurs détaillants en articles de pêche et non à des

consommateurs non professionnels, a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

ALORS, de cinquième part, QUE la cour d'appel, qui a constaté (au prix d'une interversion de la dénomination de certains des produits) que certains des bas de lignes de la société Grauvell France étaient commercialisés sous les dénominations MINI LARVES, DANDINETTE EPERLANS et DANDINETTE MULET, constituant l'imitation voire la reproduction des dénominations des bas de lignes de la société Flashmer correspondants (PETITES LARVES, DANDINETTE A PERLES spécial éperlans et spécial mulets), ne pouvait énoncer que la gamme des bas de lignes de la société Grauvell France commençait par PLUM, ce qui n'était pas le cas des produits de la société Flashmer, pour en déduire l'existence de différences "particulièrement marquées" dans les dénominations des produits en présence, sans méconnaître la portée de ses propres constatations, en violation de l'article 1382 du Code civil ;

ALORS, de sixième part et enfin, QU'un commerçant est en droit de poursuivre, sur le fondement du parasitisme, les agissements d'un concurrent qui cherche à tirer profit sans bourse délier des investissements qu'il a réalisés pour la promotion de ses produits ; que la cour d'appel qui, pour rejeter l'action en concurrence parasitaire, énonce que la société Flashmer ne démontre aucun investissement pour la mise au point de produits dont elle n'est pas le créateur sans s'expliquer sur les investissements réalisés par cette société pour assurer la promotion de ses produits, a statué par un motif inopérant et privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.