UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Droit Européen des Affaires
Dirigé par M. Louis Vogel

Année Universitaire 2015-2016

La théorie du parasitisme est-elle justifiée ? Comparaisons franco-allemandes

Albane Watine

Sous la direction de

Monsieur **LOUIS VOGEL**

L A T H É O R I E D U P A R A S I T I S M E E S T – E L L E J U S T I F I É E ?

COMPARAISONS FRANCO-ALLEMANDES

« Prenez mes idées, j'en trouverai d'autres »
Coco Chanel

Remerciements

Je souhaite remercier le Professeur Louis Vogel pour l'aide qu'il m'a apportée pour la rédaction de mon mémoire. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

Je remercie également le Professeur Agnès Lucas-Schloetter pour ses précieux conseils, qui m'ont aidé avancer sur la réflexion et la rédaction de ce mémoire.

Enfin, je remercie mes correcteurs Alice, Simon et Antoine pour leurs encouragements et leurs justes remarques.

Qu'ils puissent trouver ici ma sincère gratitude.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION **1**

Partie I. Une protection nécessaire contre le parasitisme économique **6**

Titre 1 : Deux régimes de protection différents contre le parasitisme économique en France et en Allemagne **6**

Chapitre 1 : La théorie du parasitisme en France, un régime jurisprudentiel large issu de la responsabilité civile 7

Section 1 : Les différentes formes de parasitisme économique 7

I. Concurrence parasitaire 7

II. Agissements parasitaires 8

III. Utilité de la distinction 9

Section 2 : Un régime issu de la responsabilité civile 10

I. Le fondement de la responsabilité civile, résolution d'une hésitation 10

A. Les fondements envisagés 10

1. L'enrichissement sans cause 11

2. Le principe général de loyauté 12

B. L'admission de la responsabilité civile comme fondement de la théorie du parasitisme 12

II. Les conditions issues de la responsabilité civile, fondements de la particularité de la théorie du parasitisme 13

A. La faute spécifique au parasitisme économique 14

B. Le préjudice 15

C. Le lien de causalité, condition classique de la responsabilité civile 16

III. La sanction du parasitisme, ou « stigmatiser le coucou installé dans le nid d'autrui » 17

Chapitre 2 : La « concurrence parasitaire » en Allemagne, un régime légal restreint issu de la concurrence déloyale 18

Section 1 : L'application stricte de la loi sur la concurrence déloyale dans le cadre de la concurrence parasitaire 18

I. Les conditions d'application initiales contre la concurrence déloyale 19

A. Un acte commercial (*geschäftliche Handlung*) selon le §2INr1 UWG 19

B. Un acte commercial déloyal et parasitaire selon le §4Nr3 UWG 20

1. La mise sur le marché de reproductions de produits ou de services (*Angebot nachgeahmte Waren oder Dienstleistung*) ... 20
2. Une situation concurrentielle (*Mitbewerberbezug*) ... 21
3. Un comportement déloyal selon le §4Nr3 lit. a-c UWG. ... 22
II. Les applications spécifiques à la « concurrence parasitaire » ... 23
A. La création d'une confusion sur l'origine du produit qui aurait pu être évitée (*vermeidbare Herkunfttäuschung*) ... 23
B. L'utilisation déloyale de la renommée d'autrui (*unlautere Ausnutzung der Wertschätzung)* (§4Nr3lit b al1 UWG) ... 24

Section 2 : Les sanctions de la concurrence déloyale et parasitaire en droit allemand ... 25
I. Les sanctions efficaces prévues par les §§8 et 9 UWG ... 25
A. Le retrait du marché des copies ou imitations (Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch), §8 UWG. ... 26
B. Les dommages et intérêts (*Schadenersatzanspruch*), § 9 UWG. ... 26
II. L'enrichissement sans cause ... 27

Titre 2 : L'influence opposée des juges français et allemands sur la mise en œuvre des régimes de protection contre le parasitisme ... 28

Chapitre 1 : La mise en œuvre extensive de la théorie du parasitisme en France ... 28

Section 1 : Les multiples comportements susceptibles d'être sanctionnés ... 28
I. L'utilisation du travail et des investissements d'autrui ... 29
A. Usurpation des produits d'une entreprise par la copie servile ... 29
B. Usurpation de la valeur économique non protégée par un droit privatif ... 30
II. L'utilisation de la réputation d'autrui ... 31
A. Entre entreprises non-concurrentes ... 32
B. Entre entreprises concurrentes ... 33
1. En présence de la recherche de confusion ... 33
2. Indépendamment du risque de confusion ... 33
III. L'imitation d'une idée ... 34

Section 2 : Une jurisprudence anarchique ... 36
I. La distinction nébuleuse entre parasitisme et concurrence déloyale ... 36
A. Une distinction a priori claire ... 36
B. La confusion des juges ... 37
II. Des décisions contradictoires aux motivations douteuses ... 38
A. Les désaccords entre les chambres de la Cour de cassation ... 38
B. Des motivations floues ... 40

Chapitre 2 : La mise en œuvre restrictive de la loi par les juges allemands 41

Section 1 : L'ajout d'une condition d'application du régime de la concurrence parasitaire 41

I. La condition jurisprudentielle de la « particularité concurrentielle du produit copié » (« Wettbewerbliche Eigenart ») 41

A. Définition de la « particularité concurrentielle ». 41

B. Les différentes formes de particularité concurrentielle 42

II. Une condition restreignant le champ d'application de la concurrence parasitaire 43

A. Une condition jurisprudentielle 43

B. Une condition limitée dans le temps 44

Section 2 : Un élargissement seulement casuistique de la concurrence parasitaire 45

I. La protection du travail d'autrui, des cas particuliers jurisprudentiels (ergänzende wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz) 45

A. L'abandon de la protection des résultats du travail d'autrui 45

B. La protection saisonnière des nouveautés vestimentaires (Saisonschutz bei Modeneuheiten) 46

C. L'interdiction de la production de pièces compatibles (Einschieben in eine fremde Serie) .. 47

II. La disparition de la protection de la concurrence parasitaire par la clause générale (§3I UWG, Unmittelbare Leistungsschutz) 48

A. La protection offerte par la clause générale avant 2004 48

B. Une protection a priori révolue depuis 2004 49

Partie II. L'application injustifiée de la théorie en droit positif 51

Titre 1 : Déséquilibres entre concurrence déloyale et droits de propriété intellectuelle 51

Chapitre 1 : Les éternelles querelles doctrinales d'une théorie protectionniste limitant les droits de propriété intellectuelle en France 51

Section 1 : La liberté d'imiter verrouillée par la théorie du parasitisme, les arguments des « gardiens du temple » 52

I. Une atteinte à la liberté de la concurrence 52

II. Une atteinte aux droits de propriété intellectuelle 53

A. Ambiguïté de la notion de parasitisme 54

B. La reconstitution d'un monopole jurisprudentiel 55

C. La conséquence : une réduction de l'intérêt des droits privatifs existants 56

III. Concurrence et morale des affaires, deux notions paradoxales ? 57

Section 2 : Une pratique conforme aux arguments des « ennemis de la pensée unique » 58
I. Le soi-disant respect de la liberté de la concurrence 58
II. Une atteinte prétendument limitée aux droits de propriété intellectuelle 59
A. L'argument de la légalité de la création de droits privatifs 59
B. L'argument du respect de la cohérence des droits de propriété intellectuelle 60
III. La nécessité de l'existence d'une morale des affaires 61

Chapitre 2 : Un régime libéral de la liberté de la concurrence en Allemagne 62

Section 1 : La liberté d'imiter (*Nachahmungsfreiheit*), leitmotiv du système allemand 62
I. Les conditions issues du droit de la propriété intellectuelle 63
A. La « *wettbewerbliche Eigenart* » 63
B. L'influence de la propriété intellectuelle sur la concurrence parasitaire 64
II. Les droits de propriété intellectuelle, une protection suffisante des droits privatifs 65

Section 2 : L'élargissement possible de la protection par le biais du §3I UWG 65
I. Les différentes hypothèses doctrinales d'utilisation de la clause générale (§3I UWG) 66
A. Le refus de l'utilisation de la clause avec interprétation stricte du §4Nr.3 UWG 66
B. Le refus de l'utilisation de la clause avec interprétation large de 4Nr3 UWG 67
C. L'utilisation de la clause concurremment avec les droits privatifs 67
D. L'utilisation de la clause subsidiairement aux droits privatifs 68
II. La possibilité d'élargir une protection stricte de la concurrence parasitaire par l'utilisation de la clause générale 69
A. La clause générale, complément possible des droits de propriété intellectuelle 69
B. Une jurisprudence ouverte à l'utilisation de la clause 69

Titre 2 : La nécessité de clarification de la théorie du parasitisme 70

Chapitre 1 : Une théorie justifiée sous condition d'une application modérée 70

Section 1 : Bilan des avantages et inconvénients de la théorie du parasitisme face à la législation allemande 70
I. La souplesse d'une théorie jurisprudentielle à la française 71
A. L'adaptation aux enjeux actuels et futurs 71
B. Un risque d'insécurité juridique 72
II. La cohérence d'un régime légal de concurrence déloyale à l'allemande 72
A. Une protection légale large bénéficiant aux autres acteurs du marché 73
B. Une loi UWG en manque d'ouverture 74

Section 2 : Une théorie du parasitisme en quête d'équilibre 75
I. Les améliorations de la théorie suggérées par la doctrine 75

A. L'usage d'une définition précise de la théorie et de ses conditions 75
B. La fixation une frontière rigoureuse avec la propriété intellectuelle 76
II. La stabilisation peu à peu apportée par les juges 77
A. Le retour du principe de liberté de la concurrence 77
B. Le durcissement des conditions de la théorie des agissements parasitaires 79

Chapitre 2 : Les perspectives d'évolution de la théorie du parasitisme 80

Section 1 : Une théorie difficilement modifiable dans ses fondements 80
I. L'absence d'un droit européen du parasitisme économique 80
II. La limite fluctuante entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, une histoire de traditions juridiques 82

Section 2 : Des solutions éventuelles pour une meilleure justification de la théorie du parasitisme sur l'exemple du droit allemand 83
I. La suppression de la protection contre les agissements parasitaires 83
II. L'ajout d'un nouveau critère similaire à la « wettbewerbliche Eigenart » 84

CONCLUSION……86

RÉSUMÉ

La théorie du parasitisme n'a réellement vu le jour en France qu'en 1956 sous la plume d'Yves Saint-Gal, alors qu'elle s'était déjà développée dans d'autres pays européens et notamment en Allemagne par une décision du Reichgericht rendue en 1926. Trente ans plus tard, la théorie a commencé à se développer peu à peu par la jurisprudence, avant de devenir une spécificité du droit français. Le parasitisme en Allemagne a été intégré dans une loi contre la concurrence déloyale à la suite de son développement jurisprudentiel, alors qu'il est resté strictement prétorien en France.

Les systèmes juridiques allemand et français qui sanctionnent les comportements parasitaires en France et en Allemagne répondent aux mêmes questions, par des moyens différents : faut-il sanctionner celui qui profite des efforts, du savoir-faire ou des investissements de l'autre sans lui-même investir ? Comment distinguer celui qui s'inspire de son voisin de celui qui agit véritablement avec déloyauté ? La protection contre le parasitisme ne diminue-t-elle pas la protection offerte par les droits de propriété intellectuelle ?

Face à ces différentes questions, la France et l'Allemagne ont adopté des positions différentes : d'un côté, en France, la théorie du parasitisme s'est étendue jusqu'à garantir une protection accrue des investissements, y compris entre deux acteurs non concurrents. De l'autre, en Allemagne, la loi contre la concurrence déloyale a offert une protection très limitée à ce qui n'est pas protégé par la propriété intellectuelle, laissant plus de place à la liberté de la copie, et donc à la liberté de la concurrence.

Malgré ces différents systèmes, les débats face au parasitisme dans les deux pays restent les mêmes : faut-il favoriser la libre concurrence entre les acteurs du marché, ou considérer que la copie est contraire à la morale du marché, et que tout investissement doit être protégé ? Les arguments penchent dans les deux sens, et la difficulté de répondre à ces questions se ressent dans la jurisprudence française, qui semble avoir perdu sa ligne conductrice.

Comment faut-il concilier de la meilleure façon la morale des affaires et les exigences de la concurrence, au soutien du progrès et de l'innovation ? L'étude des réponses françaises et allemandes à cette question nous permettra de chercher un point d'équilibre entre protection et liberté, objectif à atteindre dans les deux pays. Puiser dans chacune des conceptions et tenter ainsi de redonner une justification à la théorie du parasitisme française, aujourd'hui trop éparpillée, sera le fil rouge de cette recherche.

INTRODUCTION

Un paon muait : un geai prit son plumage ;
Puis après se l'accommoda;
Puis parmi d'autres paons tout fier se panada,
Croyant être un beau personnage.
Quelqu'un le reconnut : il se vit bafoué,
Berné, sifflé, moqué, joué,
Et par messieurs les paons plumé d'étrange sorte ;
Même vers ses pareils s'étant réfugié,
Il fut par eux mis à la porte.
Il est assez de geais à deux pieds comme lui,
Qui se parent souvent des dépouilles d'autrui,
Et que l'on nomme plagiaires.
Je m'en tais, et ne veux leur causer nul ennui :
Ce ne sont pas là mes affaires.

JEAN DE LA FONTAINE

Cette fable de la fontaine illustre parfaitement le comportement parasitaire. M. Frion l'utilise à bon escient afin de faire une distinction bien fondée entre le plagiaire, le parasite – le geai- , et celui qui s'inspire simplement d'autrui pour y ajouter une plus-value[1]. Ici le paon dénoncé dans la fable de La Fontaine et qui s'approprie bonnement ce qui appartient à autrui - au paon- afin d'en profiter pour se pavaner, est l'image même du parasite. Jean de La Fontaine, qui à l'inverse, s'inspire seulement des fables d'Esope et de Phèdre, en les enrichissant et en les mettant au goût du jour, apporte ainsi de nouvelles œuvres à notre littérature et « augmente le patrimoine commun » mais ne procède pas à une imitation. La théorie du parasitisme, à l'instar des paons et des geais, qui dans la fable rejettent et punissent le plagiaire, vient sanctionner le parasite, qui « imite » autrui sur le marché, afin de profiter des fruits de ses efforts.

Car en effet, si sur le marché, la libre concurrence doit être privilégiée, celle-ci ne peut être sans limites. Le système juridique français se fonde depuis la Révolution française sur la liberté du commerce et de l'industrie issue des décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. Ces décrets, encore en vigueur aujourd'hui, ont permis la suppression des corporations, et avec elle, l'entrée dans une nouvelle aire dans laquelle « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon », sous réserve de se « pourvoir auparavant d'une patente ». Il sera confirmé trois mois plus tard par la loi Le Chapelier. La libre concurrence ainsi dégagée, suppose que le commerce et la concurrence

[1] FRION, Jean-Jacques, L'agissement parasitaire, pp1-2.

soient libres, à condition de respecter une certaine éthique des affaires dont la violation est condamnée. La compétition entre les agents économiques doit être respectée, et chacun doit être libre d'investir afin d'attirer la clientèle de son concurrent, par tous les moyens, ce qui correspond à l'objectif même de toute activité économique. Cette liberté doit cependant se limiter au respect d'autrui. Les pratiques contraires aux usages loyaux du commerce, ou aux lois et règlements, doivent être sanctionnées. C'est dans cet objectif que la jurisprudence a élaboré le principe de concurrence déloyale, qui sanctionne les comportements « déloyaux » en l'absence de dispositions légales. En effet, et sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle, la jurisprudence condamne le « fait constitutif d'une faute qui résulte d'un usage excessif, par un concurrent, de la liberté de la concurrence, par l'emploi de tout procédé malhonnête dans la recherche de la clientèle, dans la compétition économique »[2]. Afin de contrôler la rivalité concurrentielle, il a fallu distinguer entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit des pratiques anticoncurrentielles, les premières étant en dehors de notre présent sujet.

L'action en concurrence déloyale sanctionne ainsi des comportements contraires à la morale des affaires, en l'absence de droit privatif. Mais le droit de la propriété intellectuelle constitue une exception à la liberté de la concurrence. En effet, la création d'un monopole sur le marché est interdite, puisque par élimination des concurrents, l'entreprise qui détient un monopole rompt l'égalité des chances qui doit exister entre concurrents. Cependant, dans le souci de protéger les créations de l'esprit, la propriété intellectuelle crée un monopole intellectuel temporaire en octroyant aux entreprises des droits exclusifs sur leurs œuvres, inventions, dessins et modèles, marques, etc. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle dispose alors d'une action en contrefaçon contre celui qui imite ou reproduit frauduleusement, ou fabrique un produit au préjudice de ce droit privatif. Cette action est codifiée dans le code de la propriété intellectuelle[3]. L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale sont intimement liées, puisqu'en l'absence ou à l'extinction d'un droit privatif, la liberté de la concurrence reprend ses droits, sous la limite de l'action en concurrence déloyale. D'après la Cour d'Appel de Paris s'inspirant des travaux du doyen Roubier [4], les deux actions « ne constituent pas, sous des formes différentes, l'exercice d'un même droit et ne tendent pas aux mêmes fins. La première a pour fondement l'atteinte à un droit privatif tandis que la seconde

[2] CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, p225.
[3] Articles L.335-2 et 3 du Code de la propriété intellectuelle pour la contrefaçon d'une œuvre de l'esprit, article L.615-1 pour la contrefaçon d'un brevet, article L.713-3 pour la contrefaçon de marque.
[4] ROUBIER Paul, Le droit de la propriété industrielle, t.1, n°115 et 118.

sanctionne une faute commise à l'encontre d'une personne qui ne peut justifier d'un droit privatif ou (…) qui peut justifier d'une faute distincte de l'atteinte portée à un tel droit »[5], et ce de manière équivalente en Allemagne ou en France. Mais ces deux actions peuvent être utilisées pour sanctionner la « reproduction d'une création de forme » [6], et la frontière entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon est parfois difficile à tracer. Au sein de l'Union européenne, aucune directive n'a été donnée quant à la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme, et les États membres sont libres de sanctionner le comportement parasitaire comme ils l'entendent.

Ainsi en France, les deux actions sont cumulatives, y compris en l'absence de « faits distincts » de l'atteinte à un droit privatif depuis un revirement de jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt en date du 12 juin 2007[7], selon lequel « il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon ». De manière logique, puisque l'action en concurrence déloyale permet de protéger celui qui ne possède pas de droit privatif, l'action en concurrence déloyale est subsidiaire à l'action en contrefaçon.

La difficulté de l'action en concurrence déloyale en France réside dans la définition de la loyauté, une notion fluctuante variant au fil des mœurs et des époques. Après des hésitations importantes de la jurisprudence, le doyen Roubier a établi une classification des procédés déloyaux, ou plus exactement des « moyens » de la concurrence déloyale : les « moyens de confusion avec une maison rivale », les « moyens de dénigrement et de critique excessive d'une maison concurrente » ; les « moyens de désorganisation interne d'une entreprise rivale » et « les moyens de désorganisation générale du marché »[8]. Mais, depuis le milieu du XXe siècle et jusqu'en 1975, la jurisprudence française sanctionnait également sur le fondement de la concurrence déloyale l'exploitation sans droit des signes distinctifs notoires hors de la spécialité, ou le repiquage d'enregistrements sonores sur lesquels les producteurs de phonogrammes n'avaient aucun droit privatif[9]. Depuis le début des années soixante-dix, la jurisprudence a alors étendu la concurrence déloyale au fait de tirer profit du travail d'un concurrent ou imitant ses produits, avec un certain retard, puisque la jurisprudence allemande l'admettait déjà depuis les années vingt. En effet, celle-ci a qualifié

[5] CA Paris, 4e ch. A, 14 mai 2003.
[6] DURRANDE Sylviane, « *Droit d'auteur et concurrence déloyale* », p4.
[7] Cass. Com, 12 juin 2007.
[8] ROUBIER Paul, *op. cit note 4.*, n°110, p.504.
[9] PASSA Jérôme, « *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique* », p2.

de fautif le fait de « s'approprier dans la concurrence le résultat du travail qu'autrui a obtenu moyennant des coûts et des efforts particuliers et dont il devait recueillir les fruits »[10]. La notion de parasitisme économique n'est apparue en France qu'en 1956, dans les travaux d'Yves Saint Gal[11]. Or, selon le principe prétorien de « spécialité de la concurrence déloyale », celle-ci ne pouvait s'appliquer qu'en présence d'un rapport de concurrence entre les agents économiques. Il est pourtant devenu nécessaire de dépasser ce rapport de concurrence, et d'étendre la loyauté entre tous les acteurs de la vie économique, concurrents ou non. Est alors apparue la notion d'agissements parasitaires, permettant de sanctionner « quiconque usurpe sensiblement une valeur économique d'autrui, même non concurrent, réduisant ainsi ses investissements matériels et intellectuels, gagnant du temps, évitant de prendre des risques »[12], selon la définition de M. Le Tourneau.

A l'inverse de la théorie prétorienne de la concurrence déloyale française, la concurrence déloyale s'est développée en Allemagne au début du XXe siècle par la voie législative. Une première loi de 1909, complétée par des lois de 2004, 2008 et 2015, organise la lutte contre la concurrence déloyale. A l'instar du système français, la loi allemande trouve ses sources dans l'article 823 BGB, c'est à dire dans la responsabilité civile. Cette loi fonctionne sur la base d'une liste non exhaustive qui détaille les différents comportements déloyaux. A l'inverse du droit de la concurrence déloyale français, la loi allemande contre la concurrence déloyale (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, UWG) prend également en compte une partie importante du droit de la consommation. Cette loi a donc une compréhension intégrale du droit de la concurrence : les concurrents et les consommateurs doivent être protégés de la même manière, puisqu'ils sont ensemble acteurs d'un marché commun. La conception allemande admet ainsi que le public a également un intérêt à la loyauté des acteurs économiques[13]. La loi comporte donc une définition générale de la concurrence déloyale, puis des définitions plus précises s'appliquant au consommateur ou au concurrent. De même, à la grande différence de la théorie des agissements parasitaires, le droit allemand ne protège en aucun cas la déloyauté entre deux entreprises non concurrentes. Cette différence fondamentale sera étudiée au cours de cette recherche.

[10] Reichgericht, 30 Oct. 1926, GRUR 1927, p132.
[11] SAINT-GAL Yves, Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, RIPIA 1956, p19.
[12] LE TOURNEAU Philippe, Le Parasitisme, p19.
[13] IZORCHE Marie-Laure, *« Les fondements de la concurrence déloyale et du parasitisme* », p5.

Le « parasite » en France, de même qu'un parasite végétal ou animal qui par définition se nourrit et vit strictement aux dépens d'un organisme hôte d'une espèce différente[14], est alors défini comme celui qui tire indûment profit de l'activité commerciale d'autrui « sans bourse délier »[15]. L'impression de mépris qui rôde autour de cette notion de parasitisme fut également complétée par plusieurs expressions issues de la doctrine, confortant la répugnance ressentie envers celui qui pille les efforts d'autrui : la notion de parasitisme fut alors définie comme le fait de « moissonner sans s'être donné la peine de semer », « d'installer, tel le coucou, sa couvée dans le nid des autres », ou encore de « chausser les bottes de quelqu'un »[16]. Une définition plus classique du parasitisme, mainte fois reprise par la doctrine et la jurisprudence, fut employée au cours d'un colloque en 1988[17]; le parasite est un l'agent économique qui « s'immisce dans le sillage d'un autre – le parasité - afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ».

La théorie du parasitisme, telle qu'elle s'est développée en France, sert alors à protéger les investissements, les efforts, certaines idées, en somme, les innovations des entreprises qui ne sont pas ou plus titulaires d'un droit privatif. L'imitation, pour protéger la liberté de la concurrence, doit pourtant rester libre. Que faut-il alors protéger ou ne pas protéger ? Alors que l'économie, et plus encore depuis l'existence d'une économie numérique, évolue très rapidement, la règle de droit, elle, reste toujours en retrait. Certaines innovations restent alors en-dehors de la protection du droit, alors qu'elles mériteraient de bénéficier de cette protection. La théorie du parasitisme permet dans ces circonstances de faire bénéficier à l'innovation d'une protection justifiée. En Allemagne, cette protection est sous certaines conditions, possible par l'utilisation des §4Nr3 UWG et du §3 UWG, ce dernier offrant la possibilité au juge d'étendre les cas de concurrence parasitaire à certains cas non prévus par la loi. Mais jusqu'où cette protection doit-elle s'étendre ? Il s'agit d'un débat incessant entre les protecteurs de la liberté – de copie – et les défenseurs de la propriété – le parasitisme offrant à son titulaire une protection similaire à un droit de propriété -, entre libéralisme et protectionnisme. En France, depuis son existence, la protection offerte par la théorie du parasitisme n'a cessé de s'étendre, et, particulièrement large, se distingue de la

[14] Selon la définition du dictionnaire Larousse.
[15] LE TOURNEAU Philippe, *op. cit. Note 12,* p19.
[16] TREFIGNY Pascale, « *Action en contrefaçon et action en concurrence déloyale : L'évolution de la jurisprudence la plus récente face au parasitisme* », mél. Schmidt-Szalewski, p. 346.
[17] Colloque « Le parasitisme économique », sous la direction du professeur Dupichot, Paris 1987, Gaz. Pal., Litec 1988.

protection allemande, bien plus réduite et encadrée. Elle a donc semé les critiques, notamment par M. Passa, en ce qu'elle contrevient au principe de liberté de la concurrence et de liberté de la copie en dehors des droits de propriété intellectuelle, et absorbe des situations de fait déjà réglementées par le législateur. A l'inverse, elle s'est trouvée d'ardents défenseurs, comme M. Le Tourneau, qui considèrent que tout effort mérite la protection du droit. Ce débat se retrouve de manière plus nuancée en Allemagne.

Les arguments en faveur de l'extension du parasitisme et ceux qui s'y opposent se valent et il est devenu nécessaire de prendre en compte chacun de ces points de vue afin de trouver un juste équilibre à la théorie du parasitisme. La jurisprudence française, au milieu des débats doctrinaux, cherche ce point d'équilibre, se perdant parfois d'un côté ou de l'autre, ce qui nuit trop souvent à la cohérence du droit.

La théorie du parasitisme s'est développée en France comme en Allemagne pour combler les lacunes du droit. Sa présence s'est donc justifiée par sa nécessité, que ce soit par un développement législatif ou prétorien. Il conviendra alors d'étudier le développement du parasitisme dans les deux pays afin de démontrer la nécessité de cette protection.

Mais l'évolution dans chacun des deux pays a fait l'objet de nombreuses critiques, jusqu'à ce qu'il soit nécessaire de repenser sa justification et de retrouver les bases de son existence afin de trouver l'équilibre qu'il lui faut pour éviter les débordements. Il conviendra alors de discuter des forces et des faiblesses de chacun des systèmes en exposant les arguments de chaque partie. Cela afin de proposer des évolutions à apporter au système juridique français pour qu'il retrouve une application justifiée.

Partie I. Une protection nécessaire contre le parasitisme économique

La protection contre le parasitisme économique s'est développée afin de combler une lacune du droit en France comme en Allemagne, sous des formes différentes, législatives ou jurisprudentielles mais dans un même objectif. Son développement prétorien est porteur, de ce fait, des particularismes de la France et de l'Allemagne qui se sont dégagés au fil des décisions des juges.

Titre 1 : Deux régimes de protection différents contre le parasitisme économique en France et en Allemagne

A une vaste théorie prétorienne du parasitisme en France s'oppose une loi allemande délimitée, claire mais plus restreinte et laissant place à une plus grande liberté de copie.

Chapitre 1 : La théorie du parasitisme en France, un régime jurisprudentiel large issu de la responsabilité civile

Le développement de la théorie française de la concurrence déloyale s'est fait dans le sens d'un élargissement des différentes formes de déloyauté. Autrefois, seule une simple situation était prise en compte dans la déloyauté ; un acteur non-concurrent profitant des investissements d'un acteur économique « sans bourse délier ». Mais la théorie du parasitisme a étendu le domaine du droit de la concurrence déloyale aux situations entre concurrents, grâce à la souplesse offerte par son fondement, l'article 1382 du Code civil. Le particularisme du système Français tient alors, d'une part aux différentes formes que peut prendre le parasitisme, d'autre part, de la souplesse de son origine, la responsabilité civile.

Section 1 : Les différentes formes de parasitisme économique

La théorie du parasitisme, issue de la concurrence déloyale, s'appliquait a priori aux relations entre non-concurrents, et s'est ensuite élargie aux relations concurrentielles, bien que l'objectif de départ était de justement s'éloigner de cette situation. Il fut ainsi question de séparer les notions de concurrence parasitaire, et d'agissements parasitaires, bien que cette séparation soit aujourd'hui peu utile en pratique.

I. Concurrence parasitaire

La concurrence parasitaire, comme son nom l'indique, s'applique aux situations de parasitisme entre concurrents. Il consiste ainsi pour un tiers à vivre dans le sillage d'un autre, en « profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom, de ses activités et de ses produits ou services »[18]. Il s'agit le plus souvent de l'exploitation de la notoriété de l'entreprise rivale, dans le but de créer une confusion dans l'esprit du consommateur, afin de jouir de la réputation de l'entreprise parasitée. Il peut s'agir, par exemple, de l'imitation de l'ambiance d'un magasin concurrent et bénéficiant d'une forte notoriété afin de bénéficier de sa force d'attraction[19]. La concurrence parasitaire s'éloigne des cas habituels de la concurrence déloyale, car la copie n'est pas toujours servile, et le parasite ne cherche pas toujours à faire confondre ses produits avec ceux de l'entreprise parasitée, le risque de confusion étant nécessaire pour exercer une action en concurrence déloyale. De même, il ne

[18] SAINT-GAL Yves, Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale, p.25.
[19] CA Paris, 25 juin 1997, Soc. Patchouli Hérouville c/ Sephora.

cherche pas à dénigrer un concurrent ou à apporter sur lui des informations ou publicités mensongères. En cela, la concurrence parasitaire a parfois été considérée comme une nouvelle catégorie de la concurrence déloyale, rendant obsolète la classification classique du doyen Roubier. Le parasite paraît plus habile qu'un autre concurrent déloyal, puisqu'il ne fait souvent que s'inspirer du parasité, tout en profitant de sa notoriété. Le concurrent parasite utilisera la création d'un tiers concurrent afin d'attirer sur lui l'attention des consommateurs, qui appartiennent au même cercle que celui de ce tiers, soit de manière isolée, soit par une répétition anormale[20].

La confusion du consommateur n'est pas une condition sine qua non de l'action en concurrence parasitaire. Le simple fait de bénéficier des efforts et des investissements d'autrui, en ce qu'il dépossède le concurrent de la maîtrise économique de sa création, suffit à engager une action contre le parasite. Mais la théorie du parasitisme ne se limite pas à des situations concurrentielles.

II. Agissements parasitaires

L'agissement parasitaire est un acte d'une entreprise, qui tire profit des d'un renom acquis par un tiers, qui n'est pas son concurrent direct. Pour la théorie des agissements parasitaires, on ne peut alors plus parler de concurrence déloyale en tant que tel. La théorie des agissements parasitaires, selon M. Azéma « permet de faire progresser la construction juridique et d'atteindre des pratiques condamnables que la classique notion de concurrence déloyale risquerait de laisser impunies », puisque le rapport de concurrence n'est pas une condition [21]. On ressent ici la réelle nécessité de la théorie des agissements parasitaires. La première décision en matière d'agissements parasitaire fut rendue lors de l'affaire Pontiac en 1962, pour laquelle une marque déposée en matière de construction automobile fut utilisée pour une marque de réfrigérateurs[22]. Cette utilisation de la marque de voiture ne pouvait être condamnée pour contrefaçon, en raison du principe de spécialité des marques. Cependant, le fait d'utiliser cette marque pour des réfrigérateurs a eu pour effet de porter préjudice au caractère distinctif de la marque du constructeur automobile, tout en profitant de la notoriété de la marque de voitures. Cette situation n'aurait pu être traitée sous l'angle de la concurrence déloyale en tant que telle, en l'absence d'un rapport de concurrence, ou d'un quelconque acte

[20] SAINT-GAL Yves, *Op. Cit. note 18*, p.26.
[21] AZEMA Jacques, Le droit français de la concurrence, « *L'incidence des dérives du parasitisme* » mél. Didier, p120.
[22] CA Paris, 8 décembre 1962.

qui aurait pu être, dans la conception classique de la concurrence déloyale, qualifié de déloyal. L'affaire Champagne illustre également parfaitement une situation d'agissements parasitaires : la société Yves Saint-Laurent ayant utilisé la dénomination « Champagne » pour son parfum, a été condamnée pour agissements parasitaires. Celle-ci aurait indûment utilisé la notoriété du prestige de l'appellation d'origine « Champagne ». On comprend bien que les producteurs de champagne ne sont pas en concurrence avec un parfumeur et qu'aucun risque de confusion n'était possible. Le seul fait d'avoir « détourné la notoriété dont seuls les producteurs et négociants en Champagne peuvent se prévaloir », suffi à une condamnation. La différence entre agissements et concurrence parasitaire est somme toute logique, et pourtant l'utilité de la distinction est remise en question.

III. Utilité de la distinction

La distinction entre concurrence parasitaire et agissements parasitaires, initiée par Yves Saint Gal, avait pour origine le fait qu'on ne puisse, selon lui, parler de concurrence déloyale dans une situation dans laquelle deux acteurs économiques ne seraient pas en situation de concurrence. Cependant, le régime étant le même, les conséquences d'une qualification différente sont moindres.

De même, cette distinction a totalement perdu de son utilité, notamment depuis un arrêt de la Cour de cassation du 30 janvier 1996[23]. Dans cette affaire, l'Office néerlandais avait déposé un slogan à titre de marque « La Hollande, l'autre pays du fromage ». Alors qu'une autre société commercialisait des fleurs sous le slogan « La Côte d'Azur, l'autre pays de la Tulipe », la première entreprise a assigné la seconde en contrefaçon de marque. L'action en concurrence déloyale a pourtant été admise, bien que les deux sociétés, l'une, vendeuse de fromages, l'autre, de fleurs, n'étaient évidemment pas concurrentes. Cette solution a été confirmée par plusieurs arrêts postérieurs, confirmant que l'existence d'une situation de concurrence directe ou effective n'était plus une condition de l'action en concurrence déloyale[24]. Il faut alors à présent faire preuve de méfiance face à la qualification de « concurrence déloyale », qui ne sanctionne pas seulement les comportements d'entreprises rivales.

[23] Cour de cassation, chambre commerciale, 30 janvier 1996.
[24] Par exemple : Cour de cassation, chambre commerciale, 21 novembre 2000, *Lagadis Champion*, ou encore Cour de cassation, 12 février 2008*, La Fermière c/ Yoplait*.

La distinction initiale entre concurrence parasitaire et agissements parasitaires trouve alors ici sa limite, puisque la concurrence déloyale elle-même n'exige plus la présence d'une situation de concurrence. Le « terme générique de parasitisme » semble suffire à réunir en un seul mot ces deux notions, qui forment ensemble une illustration de la concurrence déloyale[25].

Cependant, pour les nécessités du devoir et notamment dans le cadre du système allemand de concurrence déloyale, il sera nécessaire de faire la distinction entre concurrence et agissements parasitaires, le droit allemand ne protégeant pas les agents économiques victimes de parasitisme par un parasite non concurrent.

Le terme de parasitisme, en ce qu'il réunit les comportements d'agissement et de concurrence parasitaire, constitue une particularité du droit français par rapport au droit allemand. Mais, en tant que régime prétorien issu de la responsabilité civile, il se distingue ici encore du droit allemand.

Section 2 : Un régime issu de la responsabilité civile

Fonder la théorie du parasitisme sur la responsabilité civile n'a pas toujours été une évidence, et quelques propositions différentes ont été offertes par la doctrine. L'article 1382 du Code civil ayant été retenu, il a alors fallu appliquer les conditions et sanctions de cet article en les adaptant à la théorie du parasitisme.

I. Le fondement de la responsabilité civile, résolution d'une hésitation

Face à la nécessité de sanctionner les comportements parasitaires, plusieurs fondements ont été proposés par la doctrine. Finalement, c'est le régime commun de la responsabilité civile qui a été retenu.

A. Les fondements envisagés

Plusieurs fondements ont été proposés par la doctrine, tels l'enrichissement sans cause, le principe général de loyauté, ou encore l'élaboration d'un système proche de celui des

[25] VOGEL Louis, Traité de droit des affaires, p.747-748.

troubles du voisinage[26]. Les deux premiers étant les plus pertinents et les plus développés, ils seront analysés ici.

1. L'enrichissement sans cause

L'enrichissement sans cause est un quasi-contrat dans lequel l'un s'enrichit au détriment de l'autre, sans que cet enrichissement ne trouve sa source dans une convention, libéralité ou dans une disposition légale ou réglementaire. L'enrichissement sans cause, appliqué au parasitisme, permettrait effectivement, grâce à l'action de in rem verso, de sanctionner le parasite enrichi, se mettant dans le sillage du parasité, l'appauvri, « sans bourse délier » selon l'expression consacrée, c'est-à-dire sans cause. Plusieurs auteurs ont proposé d'utiliser l'enrichissement sans cause afin de sanctionner le parasitisme. D'abord, cette proposition fût faite par A. Lucas en 1975, dans l'objectif de protéger le savoir-faire qui n'était pas brevetable, et les créations abstraites qui ne bénéficiaient d'aucune protection[27]. Puis, dans le cadre de l'arrêt Ungaro[28], pour lequel la Cour de cassation a indirectement fait référence à un enrichissement, une « prise de la substance de l'autre » et un appauvrissement, « l'autre (société) ainsi appauvrie », L. Cadiet a également suggéré de faire application de l'enrichissement sans cause dans une note située sous cet arrêt[29]. Il souligne que l'attention des juges se focalise, dans les arrêts, non pas sur l'appauvrissement du parasité, mais sur l'enrichissement du parasite[30]. Effectivement, Mme Izorche souligne que l'enrichissement sans cause est plutôt préoccupé par l'aspect économique du parasitisme, quand l'action en concurrence déloyale se fonde plutôt sur la perte de clientèle, c'est-à-dire sur un préjudice que subit une victime. La théorie des agissements parasitaire en revanche, permet de condamner un commerçant sans pour autant relever de préjudice[31].

Le problème résultait principalement de la subsidiarité de l'action de in rem verso, qui ne permettait qu'une protection mince et dépendante des autres possibilités d'action ; ce qui empêcherait, par exemple, un cumul entre une action de in rem verso et une action en contrefaçon, ce qui est en revanche possible avec l'action en concurrence déloyale. Une autre action envisagée se fondait sur le principe général de loyauté.

---

[26] En particulier, une théorie des troubles anormaux de concurrence à l'image des troubles du voisinage a été proposée par M-A Frison-Roche, « *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme* », RJDA, 1994/6, p483.
[27] IZORCHE M.L, *op. cit.note 13,* p16.
[28] CA Paris, 18 mai 1989.
[29] IZORCHE M.L, *op. cit note 13*, p.16..
[30] Note ss CA Paris 18 mai 1989.
[31] Cf explications ci-dessous, DURRANDE Sylviane, *op.cit. Note 6*, p.16.

2. Le principe général de loyauté

Feu l'article 1134, et bientôt l'article 1104 du Code civil qui prendra sa place, prévoient une obligation générale de loyauté. L'article 1104 dispose désormais que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Il est alors expressément prévu que la loyauté s'impose dès la négociation puis dans l'exécution et la formation du contrat : ce qui était autrefois prévu par la jurisprudence, notamment la bonne foi dans les négociations et dans la formation du contrat, est aujourd'hui clairement affirmé, par une disposition d'ordre public. Mais la loyauté, comme l'observe Mme Frison-Roche, irradie également la procédure civile, dans la recherche des preuves et la participation à un débat loyal et contradictoire[32]. De même, les « usages honnêtes du commerce » sont une manière déguisée de désigner une égale obligation de loyauté dans les relations extracontractuelles. Mme Frison-Roche propose ainsi avec justesse, que le parasitisme pourrait être sanctionné sur le fondement d'un principe général du droit, qui serait dégagé par la jurisprudence, de l'interdiction de la déloyauté des entreprises entre elles. Soutenue par JJ. Burst, selon lequel « l'action en concurrence déloyale sanctionne moins un détournement de clientèle qu'un agissement déloyal »[33]. Cette action serait alors possible et intelligente, encore faudrait-il en pratique que la jurisprudence dégage effectivement ce principe général du droit, qui est encore pour l'heure inexistant, tout comme l'action qui lui est liée.

Aux difficultés des différentes actions proposées par la doctrine, s'est imposée la responsabilité civile délictuelle, comme fondement approprié pour sanctionner le parasitisme économique.

B. L'admission de la responsabilité civile comme fondement de la théorie du parasitisme

C'est la souplesse et *l'universalité de la responsabilité civile*[34], offertes par les articles 1382 et 1383 du Code civil, qui ont convaincu la jurisprudence de les prendre comme fondements pour sanctionner le parasitisme. L'article 1382 du Code civil dispose en effet que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Henri Mazeaud nous avait déjà prévenus du risque de cet article, considérant que « le principe énoncé par l'article 1382 c. civ est l'une de ces grandes

[32] FRISON-ROCHE M.A, *op. cit.Note 26, p5.*
[33] BURST Jean-Jacques, Concurrence déloyale et parasitisme, p2.
[34] Selon l'expression de M. LE TOURNEAU Philippe, La responsabilité civile professionnelle, p.146.

règles d'équité qui peuvent, à elles seules, résumer le droit tout entier (…) il va de soi qu'un législateur paresseux pourrait se contenter de rédiger un code dont l'article unique serait ainsi conçu : « chacun doit réparer le dommage qu'il cause, par sa faute, à autrui » »[35]. Cet article général s'applique alors à nombre de cas, et par sa « plasticité » selon l'expression de Mme Izorche, s'adapte facilement à des situations nouvelles, y compris à la théorie du parasitisme[36]. Le Cour de cassation a répété à plusieurs reprises, que « l'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil »[37], et que « les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence »[38].

La nature de l'action en responsabilité civile délictuelle pour parasitisme est alors a priori une action en réparation, qui contrôle les comportements des différents acteurs du marché. Mais la notion de parasitisme mène peu à peu à un glissement vers un système répressif. En effet, le simple risque peut parfois suffire à engager la responsabilité civile pour parasitisme, ce dont nous parlerons plus précisément ci-dessous.

II. Les conditions issues de la responsabilité civile, fondements de la particularité de la théorie du parasitisme

Une définition plus précise du parasitisme fut donnée par le Professeur Le Tourneau : « Quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements, commet un agissement parasitaire *fautif*. Car cet acte, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, même non-concurrents et sans risque de confusion, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un *trouble commercial*. Celui-ci est, en soi, un *préjudice* certain dont la victime peut demander en justice la cessation et/ou la réparation, lorsqu'elle ne dispose pas d'une autre action spécifique et qu'elle n'a pas bénéficié d'un droit privatif ayant expiré »[39]. On reconnaît dans cette définition l'adaptation de l'article 1382 à la théorie du parasitisme, pour laquelle il faut également prouver une faute, un

[35] MAZEAUD Henri, « *L' « absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile* », D.H. 1935 , chron. p5.
[36] IZORCHE, *op. cit.Note 13*, p.17.
[37] Dernièrement, Cass. Com. 30 mai 2000.
[38] Cass. Com 30 janvier 1996.
[39] LE TOURNEAU Philippe, Le parasitisme, p. 96, n°125.

préjudice, et un lien de causalité. Mais les conditions relatives à la théorie du parasitisme présentent quelques spécificités.

A. La faute spécifique au parasitisme économique

Le parasitisme, sous quelque forme que ce soit, répond à nécessité économique ; il permet d'obtenir la sanction d'une copie d'une réalisation non appropriée, sans avoir à prouver le risque de confusion, ce qui permet de protéger les investissements.

L'imitation des produits ou services d'un autre commerçant n'est pas en soi, constitutive d'une faute, dès lors que le concurrent imité n'est pas titulaire d'un droit privatif. Pourtant, la jurisprudence consacre plutôt l'interdiction de toute copie d'un produit marchand, à l'exception de la copie d'un produit banal, ou d'un produit nécessitant certaines normes fonctionnelles ou nécessités fonctionnelles[40]. En effet, par exemple, la copie d'une montre Cartier tombée dans le domaine public, et en soi donc librement copiable, a été considérée comme fautive[41].

La faute ne constitue pas non plus la violation d'un devoir général de ne pas nuire à autrui, puisqu'en matière de concurrence, il est autorisé de nuire à son concurrent[42]. En effet, comment ne pas porter atteinte à un concurrent, lorsque par des efforts et investissements personnels, une entreprise s'approprie la clientèle de son concurrent ? Il s'agit du libre jeu de la concurrence. Mais alors, que peut-on qualifier de faute dans le parasitisme, où se situe la limite entre l'imitation, l'inspiration fautive et la simple inspiration ? La limite entre ce qui est autorisé, et ce qui ne l'est pas ?

Les juges n'estiment pas nécessaire, pour caractériser la faute, la présence d'élément intentionnel - bien que cet élément soit discuté - , et ne se contentent ni d'un faisceau de présomption[43], écartant la présomption de faute et de responsabilité[44] ni d'une simple tentative[45] pour caractériser la faute.

Une des manifestations de la faute peut être la création d'un risque de confusion, c'est-à-dire par exemple la production d'un objet présentant une très forte ressemblance avec l'objet vendu par un concurrent et lorsque ces ressemblances ne sont pas dictées par les

[40] Par ex, Cass. Com, 16 mai 2000, à propos de jeux légos.
[41] CA Paris 5 janvier 2000, Société Cartier contre Société Métro.
[42] IZORCHE M-L, *op. cit.Note 13*, p 9.
[43] Cass.Com, 30 novembre 1983.
[44] Cass. Com., 30 avril 1987.
[45] Cass. Com. 22 octobre 1973, considérant que les éléments d'une tentative « ne suffisent pas à caractériser une faute au sens » des articles 1382 et 1383 du Code civil.

nécessités du produit. En fabriquant un tel produit, le parasite cherche volontairement à s'approprier la clientèle de son concurrent par des moyens déloyaux[46]. Mais dans ce cas, la concurrence déloyale peut suffire pour obtenir la condamnation.

La faute peut également résulter de la rupture d'une relation de confiance, lorsque des informations ou des idées ont été communiquées lors de pourparlers, et qu'elles ont été utilisées par la suite par le concurrent.

La faute correspond de manière plus générale à tout comportement contraire aux usages du commerce, tout moyen déloyal utilisé par le concurrent. C'est ensuite au cas par cas que les juges tracent la frontière entre la faute, et l'imitation non fautive ou la reprise d'éléments non fautifs.

B. Le préjudice

Le préjudice initial découlant de la concurrence déloyale était la perte de clientèle *par le fait* des agissements déloyaux d'un concurrent. Le juge portait alors son intérêt sur les moyens employés, et non sur ses effets. Ainsi, comme l'a justement résumé le M. Le Tourneau, « le critère juridique de la concurrence déloyale est la déloyauté, et non pas le détournement de clientèle. Celui-ci peut en être une conséquente, mais n'est pas nécessaire, et de toute façon, n'est pas un critère juridique, mais une notion économique. Ce qui importe, c'est de s'attaquer aux moyens et non aux buts »[47]. Mais cette notion a évolué, et dans le cas des agissements parasitaires, en l'absence de lien de concurrence, le parasitisme ne mène pas à une perte clientèle du parasité, puisque les deux entreprises ne sont pas concurrentes.

Peu à peu s'est dégagée de la jurisprudence la notion de *trouble commercial.* M. Serra définit cette notion comme l'ensemble des « procédés qui ont nécessairement pour effet de déstabiliser l'opérateur qui en est la victime et de diminuer sa capacité de concurrencer »[48]. La notion de trouble commercial est donc une notion hybride entre la faute et le préjudice, qui résulte de manière générale de l'économie injustifiée du parasite. Cette notion a été étendue par la jurisprudence, de sorte que la preuve du préjudice s'est retrouvée dans le comportement déloyal, ce qui est a priori plutôt une faute. La Cour d'appel de Paris a par exemple jugé, en 1994, que « un acte de concurrence déloyale implique l'existence d'un préjudice constitué par

[46] MALAURIE-VIGNAL, « *Réflexions sur la théorie du parasitisme* », Contrats concurrence consommation, 2001, p2-3.
[47] LE TOURNEAU, *op. cit.Note 39*, N°3.
[48] SERRA Yves, « *L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français* », mél. Dutoit, p.292.

le trouble commercial qui en résulte nécessairement »[49]. Ici, le trouble commercial résulte du préjudice. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a considéré qu'il « s'inférait nécessairement de la faute commise un préjudice »[50], tout en demandant cependant, de rapporter la preuve de *l'étendue* du préjudice.

A première vue, on pourrait considérer qu'il s'agit également d'un glissement de la fonction réparatrice de la responsabilité civile vers une fonction plus répressive dans le cas du parasitisme ou de la concurrence déloyale plus généralement. La fonction répressive d'une sanction ne requiert effectivement pas de préjudice, la seule tentative étant condamnable. Mais la Cour souhaitant obtenir chaque fois, avant de rendre son jugement, l'étendue ou le montant du préjudice, c'est donc que celui-ci est bel et bien encore nécessaire à la condamnation. La fonction réparatrice de la responsabilité civile reste saine et sauve dans le cadre du parasitisme.

Le préjudice moral est également indemnisable. Il peut par exemple s'agir de l'atteinte à la réputation commerciale[51] ou à l'image de marque[52] d'une entreprise. Un préjudice uniquement moral est également envisageable[53].

C. Le lien de causalité, condition classique de la responsabilité civile

Le lien de causalité est similaire en matière de parasitisme et en matière de responsabilité civile en général. Le lien de causalité doit être prouvé et ne pose généralement pas de difficulté, si tant est qu'un préjudice existe. Le lien de causalité n'est alors pas à prouver en matière de référé ou pour une action préventive, puisque pour ces deux actions, l'existence d'un préjudice n'est pas requise. Les circonstances indifférentes, telles la modification du comportement du parasite, la présentation de ses excuses par le parasite, ou encore la bonne notoriété commerciale du parasite, ne rompent pas le lien de causalité : la faute tout comme l'étendue du préjudice restent les mêmes[54]. Le juge, tout au plus, pourra modifier et restreindre l'indemnité due par le parasite pour l'avenir.

[49] CA Paris, 18 octobre 1994, D. 1996.
[50] Cass. Com, 29 juin 1993.
[51] CA Paris, 4e, 4 février 1998.
[52] CA Rouen, 20 janvier 1992, Soudry.
[53] Cass. Com., 8 juillet 1997, Lyon meubles.
[54] LE TOURNEAU Philippe, *op. cit.Note 39*, N°248, p. 194-195.

III. La sanction du parasitisme, ou « stigmatiser le coucou installé dans le nid d'autrui »[55]

La sanction du parasitisme, fondée elle aussi sur la responsabilité civile, reste en grande partie indemnitaire. L'indemnité issue de la responsabilité civile délictuelle sanctionne à la fois un comportement fautif et la réparation du dommage subi. Pourtant, le principe de réparation intégrale limite la hauteur de l'indemnité au montant du dommage. Ceci empêche à la sanction d'avoir une fonction répressive ou simplement disciplinaire. La sanction n'est alors pas dissuasive pour les entreprises, qui font toujours preuve d'habileté pour parasiter une autre entreprise, sans trop de crainte vis-à-vis de la sanction[56]. Une sanction plus élevée, ou la possibilité de discréditer le parasite par une publication dans des journaux, serait une sanction plus appropriée que celle de la responsabilité civile délictuelle. Dans l'affaire *Champagne*, par exemple, qui illustre parfaitement une situation de parasitisme, la société Yves Saint Laurent se serait vantée d'avoir gagné économiquement lors du procès[57]. Une sanction plus stricte pourrait éviter ce genre de comportement, et pourrait « empêcher autrui de singer le geai de la Fable en profitant du lustre commercial ou mondain de la victime de l'emprunt, quitte à écorner son prestige », comme le dit si bien M. Agostin[58]. Pour le moment, généralement, la condamnation reste inférieure aux profits que les entreprises peuvent générer par le parasitisme[59]. De même, une petite partie de la doctrine a observé un rapprochement entre le droit pénal et la sanction de la concurrence déloyale, afin d'affirmer que cette dernière devrait être relevée[60]. M. Le Tourneau soutient en ce sens le recours aux dommages-intérêts punitifs[61].

Le second problème soulevé par le préjudice dans la théorie du parasitisme est l'évaluation du dommage. En effet, avec l'apparition du parasitisme, se sont créés des dommages nouveaux comme le détournement d'investissements, l'atteinte à la notoriété ou à l'image, ou encore la perte de chance de développement commercial[62]. Ces dommages sont à la fois nouveaux, bien qu'aujourd'hui la théorie du parasitisme soit déjà quelque peu âgée,

---

[55] Selon l'expression de Mme Frison Roche, *op. cit Note 26*, N°15.
[56] FRISON-ROCHE, ibid, N°17.
[57] FRISON-ROCHE M-A, « *L'affaire champagne, ou de l'ineffectivité du droit et du mépris du juge* », RTD civ, 1995.
[58] AGOSTINI Eric, *« Les agissements parasitaires en droit comparé, le cas Helmut Rothschild* », p. 5.
[59] LE TOURNEAU Philippe, Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, §2 Concurrence déloyale et parasitisme, Rn. 7027.
[60] GIVERDON Claude, Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce, p.865., DOUCET, P., Prescription et nature de l'action en concurrence déloyale.
[61] LE TOURNEAU Philippe, *op.cit. Note 59*, Rn. 7027.
[62] DRUEZ-MARIE Catherine, « *Le parasitisme appliqué à la protection des signes et des formes* », LPA N° 154, 25 décembre 1998, p.8.

mais surtout difficiles à évaluer, puisqu'il sont immatériels. Aucune méthode précise n'est appliquée pour l'évaluation du préjudice à l'heure d'aujourd'hui, ce qui empêche malheureusement toute possibilité de prévision sur le montant de l'indemnité[63].

A la jurisprudence éparpillée française sur la théorie du parasitisme et à ses difficultés de compréhension qui en résultent, on peut opposer la loi sur la concurrence déloyale allemande, plus déterminée et précise.

Chapitre 2 : La « concurrence parasitaire » en Allemagne, un régime légal restreint issu de la concurrence déloyale

Le principe qui dirige la concurrence déloyale en droit allemand est celui de la liberté de la copie. La concurrence déloyale et parasitaire doit intervenir uniquement dans des cas listés et prédéterminés par la loi. L'avantage pour les juges est alors de savoir avec précision les cas dans lesquels la concurrence déloyale et parasitaire doit être condamnée, mais l'inconvénient est également que la rigidité du droit de la concurrence déloyale allemand ne lui permet pas de s'adapter pas avec suffisamment de souplesse aux nouvelles pratiques commerciales potentiellement déloyales[64]. La concurrence parasitaire n'est en droit allemand qu'une application du droit de la concurrence déloyale. Le juge, méthodiquement, commence donc par vérifier qu'il s'agit effectivement d'une situation de concurrence déloyale en utilisant les critères dictés par la loi UWG, puis détermine le cas de concurrence déloyale dont il s'agit, qui peut être entre autres, la concurrence parasitaire.

L'application de la loi par le juge est donc assez stricte, tout comme la détermination des sanctions.

Section 1 : L'application stricte de la loi sur la concurrence déloyale dans le cadre de la concurrence parasitaire

La loi contre la concurrence déloyale (UWG) prévoit, avant la détermination d'une situation de concurrence parasitaire, qu'une situation de concurrence déloyale doit exister. Il faut alors commencer par vérifier les conditions d'application de la concurrence déloyale,

[63] TOPORKOFF Michel, Droit de la concurrence déloyale, p.180.
[64] BINCTIN Nicolas, « Le droit de la concurrence déloyale, perspectives française et européenne », dans : Défis du droit de la concurrence déloyale, p. 79.

avant de pouvoir déterminer s'il s'agit bien d'une situation de concurrence parasitaire. On reconnaît dans cette loi la rigueur et la « simplicité » de la résolution des problèmes juridiques en Allemagne.

I. Les conditions d'application initiales contre la concurrence déloyale

Pour qu'un acte soit condamné sur le fondement de la concurrence déloyale en Allemagne, il faut tout d'abord que l'acte ait été commis dans le cadre d'une activité commerciale, et que celui-ci soit déloyal selon les critères posés par la loi.

A. Un acte commercial (*geschäftliche Handlung*) selon le §2INr1 UWG

A l'origine, dans la loi de 1909, seul « l'acte concurrentiel» (*Wettbewerbshandlung*) devait exister, et était le critère central de l'application de la loi contre la concurrence déloyale. Dans la pratique, le changement de qualification en acte commercial (*geschäftliche Handlung*) n'a pas apporté de modification, puisque la situation de concurrence doit obligatoirement exister pour que la loi soit applicable, selon le présent §3 UWG.

Ce qui doit être aujourd'hui qualifié d'acte commercial ne représente pas tout acte ou comportement de la vie commerçante ou d'une entreprise, mais plutôt des activités commerciales *liées au marché* (*marktbezogene geschäftliche Tätigkeit*)[65]. La définition des « actes commerciaux » est donnée par le §2 Nr1 UWG. Il s'agit donc de « tout comportement d'une personne à l'encontre de sa propre entreprise ou de celle d'une autre entreprise avant, pendant ou après la conclusion d'une convention ayant un rapport objectif avec la promotion de produits, avec les biens ou les services de l'entreprise, ou encore avec l'exécution d'un contrat sur des biens ou des produits »[66]. Le §2 Nr1, et donc la loi UWG, ne s'appliquent pas pour des actes privés, mais à « tout ce qui reflète l'exercice professionnel ou d'une activité lucrative »[67].

Ce concept de *geschäftliche Handlung* a pour objectif, d'une part, de délimiter le domaine d'application de la loi UWG, d'autre part, de différencier le droit de la concurrence déloyale avec la responsabilité civile délictuelle (§823 BGB), qui s'applique plutôt lors de la violation d'un bien listé par cet article (atteinte au corps, à la santé, à la liberté, à la

[65] ULMANN, UWG, §2 Rn. 3.
[66] Traduction personnelle.
[67] BGH v. 22.11.2001 – I ZR 138/99 – GRUR 2002, 622, 624 – shell.de

propriété)[68]. On voit ici nettement la différence avec le droit français qui fonde la concurrence déloyale sur la responsabilité civile délictuelle, car la responsabilité issue de l'article 1382 du Code civil dispose d'un champ d'application beaucoup plus vaste que celui du §823 BGB.

B. Un acte commercial déloyal et parasitaire selon le §4Nr3 UWG

La déloyauté de l'acte est déterminée, non par une casuistique abondante comme c'est le cas en droit français, mais par un certain nombre de critères listés dans la loi UWG. D'après la clause générale du §3 UWG, un acte commercial est déloyal s'il porte atteinte aux intérêts de concurrents, de consommateurs ou d'autres participants au marché. Ici il s'agit bien des actes déloyaux envers les concurrents dont il sera traité. Le §4 UWG traite de toutes les situations de concurrence déloyales. Le §4Nr1 et 2, par exemple, traitent des situations de dénigrement des biens et des services d'un concurrent, le §4nr4 traite de la désorganisation. Le §4nr3 traite quant à lui des situations de concurrence parasitaire. Cependant, préalablement à l'application de ce paragraphe, trois conditions doivent être réunies : la mise sur le marché de reproductions de produits ou de services, l'existence d'une situation concurrentielle, et un comportement parasitaire.

1. La mise sur le marché de reproductions de produits ou de services (*Angebot nachgeahmte Waren oder Dienstleistung*)

Cette première condition vise à préciser quel type de biens ou de services peuvent être interdits sur le marché : il s'agit de produits copiés, et « offerts sur le marché », c'est à dire soit mis en vente, soit objets de publicité[69], ou encore vendus à un vendeur intermédiaire[70]. La simple reproduction à des effets personnels d'un bien ou d'un service non commercialisé n'est pas condamnable, y compris la simple fabrication sans aucune mise en vente (dans ce dernier cas une action préventive (*Unterlassungsanspruch*) est tout de même envisageable). Une composante de temps est ajoutée à cette condition : la commercialisation de la copie ou de l'imitation doit avoir lieu au moment où le produit copié ou imité est connu du public[71]. L'imitation seule ne suffit pas ; les juges observent les circonstances dans lesquelles le produit est offert sur le marché. Une distinction est alors faite entre trois types de copies : la copie

[68] Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, §2 Rn. 3.
[69] OLG Köln GRUR-RR 2014, 210,214.
[70] BGH GRUR 2003, 892, 893, Alt Luxembourg.
[71] EMMERICH Volker, Unlauterer Wettbewerb, §11 Rn. 1, p. 134

servile (*identische Nachahmung*), pour laquelle le produit copié est strictement identique à la copie, la copie similaire (*fast identische Nachahmung*) qui donne une impression générale similaire au produit copié et qui est donc appréciée par les juges, et la copie seulement inspirée du produit copié (*nachschaffende Übernahme*). De manière générale, la limite entre ce qui est autorisé et ce qui est interdit sur ce fondement est apprécié selon le point de vue d'un consommateur moyen (*Durschnittsverbraucher*) et de son impression générale (*Gesamteindruck*) sur le produit[72]. L'offre de la copie sur le marché doit ensuite avoir été faite alors qu'existe une situation de concurrence entre le copié et le copieur.

2. Une situation concurrentielle (*Mitbewerberbezug*)

La loi UWG ne protège que les entreprises des actes déloyaux de leurs concurrents. Le critère d'appréciation de la situation de concurrence et le degré de substitution (*Grad der Substituirbarkeit*) entre les produits ou services copiés et ceux de la copie. Ainsi, la situation de concurrence en apparence nécessaire peut être étendue, dans certains cas, lorsque les fabricants ne sont pas en soi concurrents, mais que leurs produits sont substituables ; la définition de la concurrence correspond ici plus à la définition du marché donnée par l'Union européenne dans des cas non de concurrence déloyale, mais de « grand » droit de la concurrence (notamment pour les ententes et abus de position dominante des articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne), pour laquelle la substituabilité du produit dépend d'un faisceau d'indices prenant en compte les caractéristiques propres du produit, le prix, les conditions d'utilisation du produit, la nature de la demande ou encore le mode de commercialisation du produit. Par exemple, dans la très célèbre affaire United Brands du 14 février 1978, la Cour a jugé que la banane n'était pas substituable à d'autres fruits, dans la mesure où elle présentait des caractéristiques propres (goût, maniabilité) et où l'arrivée de nouveaux fruits sur le marché ne faisait pas baisser de façon significative la consommation de bananes.

Il fut de même jugé en Allemagne, dans un arrêt également resté célèbre, qu'un vendeur de fleurs et un vendeur de café pouvaient être entendus comme concurrents. En effet, le fabricant de café avait, pour assurer la promotion de son café, utilisé une publicité sur laquelle figurait le slogan « Au lieu des fleurs, du café Onko ! »[73] (« Statt Blumen Onko Kaffee ! »). Ainsi, en offrant, dans cette publicité, la possibilité au consommateur d'offrir du

[72] ULLMANN, *op. cit.Note 65*, §4Nr9, Rn. 54-55, p.318.
[73] Traduction personnelle.

café, au lieu des fleurs, il laissait supposer que le café pouvait se substituer aux fleurs, avec comme dénominateur commun le fait que les deux puissent être offerts en cadeau, et donc les fleurs et le café participaient d'un même marché. Si ce point de vue est discutable, il fut pourtant admis par la BGH[74].

On peut alors penser que même si la concurrence parasitaire en droit allemand n'est admise que dans des situations de concurrences, celles-ci sont appréciées largement[75]. La théorie des agissements parasitaires à la française n'existe pas, mais cette conception large de la situation de concurrence permet au moins de s'en rapprocher, même s'il s'agit ici d'une situation très spécifique puisque c'est le fabricant de café lui-même qui a fait le rapprochement avec les fleurs. Dans une situation où la publicité aurait été absente, les deux entreprises n'auraient pas été considérées comme concurrentes. Il faut ainsi s'en tenir à la spécificité des faits d'espèce.

3. Un comportement déloyal selon le §4Nr3 lit. a-c UWG.

Une fois que les deux précédentes conditions sont réunies, encore faut-il qu'une troisième condition soit présente, afin de pouvoir conclure à une condamnation sur le fondement de la concurrence parasitaire en droit allemand. Il faut qu'une au moins des situations prévues par le §4 Nr 3 UWG soit présente.

La première situation (§4Nr3 lit a UWG) correspond à la situation de concurrence déloyale française de la confusion sur l'origine du produit (*Herkunftstäuschung*), qui peut dans certain cas conclure à une situation équivalente au parasitisme, et sera donc étudiée ci-dessous.

La seconde situation (§4Nr3 lit. b UWG) correspond à deux cas distincts : d'une part, l'utilisation injustifiée de la renommée (*Wertschätzung*) du produit ou du service copié, qui équivaut à une situation de parasitisme en droit français et qui sera examiné plus précisément ci-dessous. D'autre part, le discrédit de la renommée de l'entreprise, du produit ou du service copié, qui est en général un *effet* de la concurrence parasitaire ou des agissements parasitaires en droit français.

Enfin, la dernière situation (§4Nr3 lit. c UWG) correspond au fait, pour fabriquer une copie, d'utiliser des informations ou des données nécessaires à cette fabrication, et qui ont été

[74] BGH v. 12.01.1972, I ZR 60/70.
[75] EMMERICH Volker, *op. cit.Note 71,* §11 Rn. 3, p. 135.

obtenues de manière malhonnête (*Unredliche Kenntniserlangung*) : cette situation n'étant pas l'objet de cette recherche, ne sera pas traitée ici.

Si l'une de ces situations est remplie, la concurrence déloyale ne sera pas encore confirmée : un quatrième élément, ajouté par la jurisprudence et qui sera examiné plus tard, doit encore être prouvé. Aussi, il faut garder à l'esprit que la liberté de copie est le principe en Allemagne en matière de droit de la concurrence, et que la réunion de ces trois éléments reste en pratique difficile à justifier pour une entreprise ayant été copiée ou parasitée.

II. Les applications spécifiques à la « concurrence parasitaire »

Comme vu précédemment, deux situations du §4Nr3 UWG peuvent s'apparenter à la « concurrence parasitaire » du droit français. Premièrement, la création d'une confusion sur l'origine du produit qui aurait pu être évitée. Deuxièmement, l'utilisation déloyale de la renommée d'autrui.

A. La création d'une confusion sur l'origine du produit qui aurait pu être évitée (*vermeidbare Herkunfttäuschung*)

Un acte est déloyal, mais surtout « parasitaire », lorsque la conception du produit ou son aspect présente le danger qu'un client membre d'un groupe de consommateurs moyen averti (*durschnittlich aufmerksames und informiertes Mitglied des angesprochenes Verkehrskreise*) attribue le produit, au moment de l'achat, au concurrent copié[76]. Il s'agit alors d'une conséquence du comportement parasitaire ; ce serait par exemple, l'utilisation d'une gamme de couleur particulière et d'une police, que l'on attribuerait à une entreprise (par exemple, les couleurs rouges et blanches, utilisées avec une écriture en italique, pourrait tromper le consommateur pensant acheter du Coca-Cola). En France, cet acte serait plutôt considéré comme la création une confusion sur l'origine du produit, donc comme une situation de concurrence déloyale. Mais elle pourrait aussi être couplée à une situation de parasitisme, puisque c'est le fait d'utiliser la renommée de la marque par l'utilisation des mêmes couleurs et polices, c'est-à-dire le comportement parasitaire, qui a pour conséquence la confusion dans l'esprit du consommateur. En droit allemand, cette situation est traitée à part des autres situations de concurrence déloyale ou parasitaire, mais peut aussi être couplée à d'autres situations de concurrence déloyale ou parasitaire.

[76] Köhler/Bornkamm, *op. cit. note 68*, §4Nr3 Rn.9.42, p.499.

Il faut également attirer l'attention sur le fait que cette situation suppose que l'entreprise copiée jouisse d'une certaine renommée, sans quoi la confusion ne serait pas possible[77]. Les éléments copiés et créant la confusion doivent donc être, dans un raisonnement équivalent, les éléments qui font la renommée de la marque (par exemple les couleurs et la police dans la marque Coca-Cola). En revanche, une reproduction de piètre qualité d'une marque de luxe ne saurait être condamnée sur le fondement de la concurrence déloyale puisqu'alors le risque de confusion serait moindre.

Enfin, cette confusion sur l'origine du produit doit pouvoir avoir été évitée (*vermeidbar*). Cela signifie que l'entreprise qui copie doit avoir pris les mesures nécessaires pour éviter la confusion sur l'origine du produit si elle veut échapper à une condamnation[78]. Il faut alors démontrer, par exemple, que les éléments copiés sont techniquement nécessaires pour le produit. Cette dernière condition permet à beaucoup d'entreprises de trouver un moyen de défense lorsqu'elles ont délibérément copié un produit ; mais encore faut-il réussir à prouver ce qui a été entrepris pour éviter la copie.

B. L'utilisation déloyale de la renommée d'autrui (*unlautere Ausnutzung der Wertschätzung)* (§4Nr3lit b al1 UWG)

L'utilisation déloyale de la renommée d'autrui permet de protéger le fabricant en le laissant commercialiser son produit sans en être empêché par un concurrent déloyal[79]. Le juge fait toujours attention à équilibrer la balance entre la protection de l'entreprise et la liberté de copie, qui dispose d'une place très importante dans le droit de la concurrence déloyale allemand[80]. Dans cette situation, le produit copié doit bénéficier d'une « renommée » (*Wertschätzung*), équivalente à l'image de marque (*Guten Ruf)* prévu par le droit des marques allemand au §14 Nr.3 de la loi sur les marques. Le produit doit donc bénéficier d'une bonne représentation dans la perception du public, en particulier au niveau de sa qualité, de son exclusivité, ou de l'image de luxe ou de prestige qu'il dégage. Pour cela, le produit doit être connu par une certaine partie de la population, sans qu'il n'y ait de pourcentage précis, sachant qu'un pourcentage minimum a tout de même été prévu par le juge : au moins 25% de

[77] EMMERICH Volker, *op. cit.Note 71,* §11 Rn. 11, p. 139.
[78] EMMERICH Volker, *op. cit.Note 71,* §11 Rn. 19, p. 143.
[79] OLG Köln, GRUR-RR 2014, 393, 394.
[80] Köhler/Bornkamm, *op.cit. Note 68.,* §4Nr3 Rn. 9.51.

la population doit connaître le produit[81]. La protection d'un produit peu connu du public est alors, sur le fondement de cet article, impossible.

L'acte sera condamné sous cet article lorsque le groupe de consommateur concerné par l'achat du produit pourra transférer l'image de marque (donc les critères de qualité etc.) sur le produit copié *(« Imagetransfer »)*[82]. Ceci a souvent pour conséquence de créer une confusion sur l'origine du produit, bien que ce ne soit pas une condition nécessaire. De même, il ne suffit pas qu'une simple association entre les deux produits soit créée[83]. Si une différence peut être reconnue par la majorité des consommateurs, la copie ne pourra être interdite.

La déloyauté sera plus facile à caractériser lorsque la copie aura eu pour effet de faire économiser des frais au fabricant, tout comme en droit français.

On observe dans toutes ces conditions très précises, et à la lumière de la jurisprudence, que la copie n'est interdite que dans très peu de cas en Allemagne. La loi est déjà très précise, et la jurisprudence, si ce n'est dans le cas de la caractérisation du rapport de concurrence, n'a pas interprété de façon plus extensive la qualification de copie (*Nachahmung*). Encore une fois, la liberté de copie est un principe déterminant en Allemagne.

Section 2 : Les sanctions de la concurrence déloyale et parasitaire en droit allemand

Les sanctions prévues par la loi UWG sont clairement définies. Le demandeur dispose d'une part des sanctions spécifiques à la concurrence déloyale, d'autre part dans certains cas d'enrichissement sans cause, d'une sanction civile plus générale.

I. Les sanctions efficaces prévues par les §§8 et 9 UWG

Des sanctions claires et sans équivoque sont prévues par la loi allemande, ce qui laisse peu de place à une quelconque contestation, que ce soit par la doctrine ou par des parties au procès. L'entreprise dont les produits ou les services ont été copiés peuvent demander une mesure d'injonction et de retrait selon le §8 UWG, mais également des dommages et intérêts selon le § 9 UWG, ou peut encore disposer, dans certain cas, d'une action en enrichissement sans cause, d'après le § 812 I 1, 2 Alt. BGB.

[81] GRUR 1991, 284, 291.
[82] BGH GRUR 2010, 436 Rn.18 – *Hartplatzhelden.de.*
[83] BGH GRUR 2005, 348,349, *Klemmbausteine III.*

A. Le retrait du marché des copies ou imitations (Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch), §8 UWG.

Le §4 Nr3 ne condamnant que les copies qui ont été « offertes » (*Anbieten)* sur le marché, comme expliqué précédemment, « l'injonction » ou action préventive, (*Unterlassungsanspruch*) et la sanction de retrait du marché (*Beseitigungsanspruch*) ne peut donc s'appliquer qu'à des copies présentant cette caractéristique d'avoir été mises en vente (« offertes »). Les produits importés par exemple, ne peuvent subir cette sanction sur le fondement du §4 Nr. 3[84]. « L'injonction » s'entend ici par l'ordre donné par le juge d'arrêter la production des copies, et le retrait du marché désigne l'ordre de cesser la commercialisation des produits[85]. Aucune des deux sanctions ne prévoit la destruction (*Vernichtung*) des produits, car la simple fabrication de copies, sans mise sur le marché n'est en soi pas interdite[86]. Cette sanction découle en France de l'article 1382 du Code civil, mais n'est pas spécifiquement prévue dans la loi. Ici, l'action est inscrite avec précision dans la loi UWG, de même que les dommages et intérêts.

B. Les dommages et intérêts (*Schadenersatzanspruch*), § 9 UWG.

Deux situations alternatives sont nécessaires afin de pouvoir demander la restitution de dommages et intérêts sur le fondement du § 9 UWG. Soit celui qui a copié l'a fait intentionnellement (*Vorsatz)*, ou non intentionnellement, mais avec une négligence grossière (*Fahrlässigkeit*), c'est-à-dire dans ce dernier cas qu'il n'a pas pris en compte l'existence de l'autre produit avec la diligence requise (*die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*). En droit français, l'intention n'est pas une condition de la rétribution de dommages et intérêts, mais elle l'est plus ou moins ici puisque la *négligence grossière* est beaucoup plus rare que l'acte intentionnel en matière de copie. Le §9 UWG permet, à l'instar des sanctions des violations de droits de propriété intellectuelle en droit allemand, au demandeur à l'action d'avoir un choix quand à la façon dont il souhaite être indemnisé (*Dreifache Schadensberechnung*) : il peut demander soit la restitution des gains manqués (*konkreter Schaden)*, soit le versement d'une redevance, similaire à une licence fictive (*Angemessene fiktive Lizenzgebühr)*, soit enfin la restitution des gains obtenus par le défendeur (*Herausgabe des Verletzergewinns)*. Des

[84] OLG Köln, GRUR-RR 2003, 84,86.
[85] Köhler/Bornkamm, *op.cit.Note 76*, §4 Rn. 9.80, 9.81, p. 514.
[86] BGH WRP 2012, 1179 Rn. 36 – *Sandalmalkasten*.

méthodes de calcul précises se sont développées au gré de la jurisprudence. Ce choix permet au demandeur de décider de la meilleure solution pour son indemnisation, et les juges n'hésitent pas à augmenter la sanction, pour lutter de manière effective contre la « piraterie », notamment lors de pâles copies de produits de luxes. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Tchibo c. Rolex*, pour laquelle Tchibo commercialisait des copies serviles d'une montre Rolex, à un prix 100 fois inférieur à celui de la Rolex[87]. L'indemnisation reçue par Rolex fut alors calculée à la hauteur de la différence de prix entre les montres, ce qui a un effet dissuasif et sanctionnateur important, outre la fonction initiale de réparation de cet article.

II. L'enrichissement sans cause

L'action en restitution pour enrichissement sans cause est une action civile prévue par le § 812 BGB, donc s'applique de manière générale à toutes les situations d'enrichissement sans cause et non simplement dans le cadre de la concurrence déloyale. Il s'agit alors généralement des situations dans lesquelles une entreprise a commercialisé un produit sans savoir qu'il s'agissait d'une copie[88]. L'intérêt de cet article pour le demandeur est de pouvoir obtenir réparation lorsque le défendeur a agi non intentionnellement – puisque, pour rappel, l'intention est une condition du §9 UWG.

Ces actions sont donc plus répressives que les actions du droit français, et étant prévues par la loi, ne sont pas laissées à la seule discrétion du juge.

Ce premier panorama en matière de parasitisme en droit français et allemand permet déjà d'apercevoir deux conceptions différentes du traitement de la concurrence déloyale dans les deux pays : l'une très vaste et fondée sur la responsabilité civile en France, l'autre plus rigoureuse qui dispose d'une loi précise en Allemagne. Les sanctions offertes par la loi allemande semblent aussi plus efficaces que celles du droit français, qui reste cantonné dans les règles de la responsabilité civile, ce qui ne permet pas d'obtenir des sanctions assez dissuasives. Ceci peut paraître d'ailleurs paradoxal puisqu'en Allemagne, où la liberté de la copie prime, les sanctions contre les copies interdites sont très fortes, tandis qu'en France, où

[87] GBH GRUR 1985, 976 – *Tchibo/Rolex I*.
[88] Par ex. BGH GRUR 1991, 914, 916 – *Kastanienmuster*.

la copie est de manière générale interdite, les sanctions sont plus faibles. L'incohérence du droit français par rapport au droit allemand est ici manifeste.

Ces deux conceptions sont également observables dans la mise en œuvre et l'évolution du droit obtenue par la jurisprudence. Alors qu'en France la théorie, déjà critiquée, n'a cessé de s'étendre par la volonté du juge, en Allemagne, le juge est venu encore restreindre une loi déjà stricte, et les perspectives d'évolution ouvertes par certains arrêts sont sujets à de grands débats doctrinaux.

Titre 2 : L'influence opposée des juges français et allemands sur la mise en œuvre des régimes de protection contre le parasitisme

Les juges français ont donc étendu la théorie du parasitisme, tandis que les juges allemands ont restreint la loi UWG.

Chapitre 1 : La mise en œuvre extensive de la théorie du parasitisme en France

La théorie du parasitisme n'a cessé de s'étendre, depuis la découverte de cette théorie jusqu'à aujourd'hui. Elle couvre aujourd'hui de nombreux cas disparates, et l'on peine à trouver une classification et une logique dans les différents jugements. Une classification à peu près classique s'est développée dans la doctrine, à laquelle nous nous tiendrons pour essayer d'éclaircir le micmac des décisions des cours. Malgré cela, la jurisprudence qui concerne la théorie du parasitisme est éclatée et reste source de confusion.

Section 1 : Les multiples comportements susceptibles d'être sanctionnés

La théorie du parasitisme comporte différents aspects qui seront présentés ci-dessous, selon une classification « classique », en ce qu'elle est souvent reprise par les auteurs de doctrine. Au sein de cette classification nous distinguerons les situations de concurrence et d'agissements parasitaires, dans l'intérêt de la comparaison franco-allemande, les agissements parasitaires n'étant pas protégés en droit allemand. La théorie du parasitisme n'a cessé d'être élargie par les juges, sans réelle logique, protégeant ainsi le travail et les investissements des entreprises lorsqu'elles ne possèdent pas de droit privatif dessus, mais également la réputation de l'entreprise, notamment en matière de marques, matière dans laquelle la théorie du

parasitisme a été codifiée en France et en Allemagne sous l'influence du droit de l'Union européenne. Enfin et étonnamment, certaines idées peuvent être protégées par la théorie du parasitisme.

I. L'utilisation du travail et des investissements d'autrui

La protection du travail et des investissements des entreprises présente un grand intérêt, et rend par ailleurs la théorie du parasitisme absolument nécessaire, car elle permet de protéger ce qui n'est protégé sous aucun autre fondement. En effet, le fait de protéger celui qui investit, peut protéger l'innovation en ce qu'elle permet de rentabiliser les investissements sans se soucier d'un concurrent qui en profiterait et empêcherait justement cette rentabilisation. C'est sous l'influence de certains auteurs que s'est développée cette protection, notamment Mr Desjeux et Mr Le Tourneau. Nous distinguerons ici la protection des produits d'une entreprise et celle de la valeur économique résultant des investissements de l'entreprise.

A. Usurpation des produits d'une entreprise par la copie servile

Il s'agit tout d'abord de la protection contre la copie, notamment contre la copie servile, équivalente à la protection offerte par la loi allemande contre la concurrence déloyale. La copie servile d'un produit d'une entreprise permet en effet d'économiser des frais de recherche, et d'offrir un prix sur le marché inférieur au produit copié. La Cour de cassation a décrit ce phénomène ainsi : « les prix pratiqués s'expliquent (…) par l'économie des frais de lancement et de mise au point du modèle de plaque litigieuse, économie réalisée de manière déloyale (…) en copiant de manière quasi-servile le modèle français et en entretenant la confusion avec celui-ci »[89].

Un autre exemple plus récent a été donné par le Tribunal de Commerce de Montpellier le 16 décembre 2015. Celui-ci a condamné Yahoo France pour avoir repris les interprétations astrologiques d'Astroquick sans son accord, et en les exploitant à un prix deux fois moins cher[90]. Le copié-collé sur le Web, pratique pour le moins fréquente, est alors à juste titre condamné sur le fondement du parasitisme. Ici, tout comme en droit allemand, la théorie du parasitisme est une forme classique de concurrence déloyale.

[89] Cass. Com. 25 nov. 1986.
[90] TC Montpellier, 16 décembre 2015.

B. Usurpation de la valeur économique non protégée par un droit privatif

Ensuite, il s'agit de la protection d'une valeur économique non protégée par un droit privatif : souvent, c'est de l'utilisation de l'effort intellectuel d'autrui dont il s'agit. La notion d'investissement ou de valeur économique est très souple, et contient aussi bien le travail intellectuel ou le savoir-faire[91]. Bien sûr, la protection sur le fondement de la concurrence parasitaire ne vaut que lorsque l'entreprise parasitée ne dispose pas de droit privatif. Par exemple, des brèves et articles dépourvus d'originalité et ne reflétant pas assez la personnalité de l'auteur ne sont pas protégeables par le droit d'auteur, mais le fait de les reprendre sur un site internet sans « supporter la charge des investissements financiers qui y sont normalement liés (…) est constitutif de parasitisme »[92].

De même, la théorie du parasitisme condamne l'imitation, même lorsqu'elle ne reprend pas les éléments caractéristiques de l'originalité de ce qui est copié, lorsqu'un effort de réalisation a été effectué par l'entreprise parasitée. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Paris, alors que la société Éditions du Seuil publiait un guide des magasins d'usine tous les ans, et que la Société Digital Airways a créé un site internet au nom de « Factory Zone », recensant les mêmes informations que celles contenues dans le guide[93]. L'application du droit d'auteur et des bases de données de l'article L112-3 du Code de la propriété intellectuelle a été refusée, car le site ne reprenait pas mot pour mot ce qui était contenu dans le guide. Devant l'inefficacité de la propriété intellectuelle pour protéger les investissements de la société Éditions du Seuil, la Cour d'appel a condamné la Société Digital Airways pour parasitisme, sur le moyen que « la reprise des éléments obtenus permet(tait) une économie de la part du repreneur »[94]. L'efficacité de la protection de la théorie du parasitisme est dans ce cas plus marquée que celle offerte par le droit de la propriété intellectuelle, selon l'auteure, ce dont nous douterons plus loin dans cette recherche.

[91] DRUEZ-MARIE, *op. cit. note 62, p. 5.*
[92] CA Paris, 2e ch., 9 novembre 2012.
[93] CA Paris, 4e Ch., 2 mars 2005.
[94] DANTZIKIAN Aurélie, « *La protection des bases de données par le droit du parasitisme est plus accessible que la protection par le droit d'auteur ou par le droit du producteur de base de données* », p.1.

C. L'usurpation de l'effort commercial

Il peut enfin s'agir de l'utilisation de l'effort commercial d'autrui, par exemple des investissements publicitaires ou promotionnels. Dans ce cas, des entreprises de marketing servant des entreprises non concurrentes vont utiliser sans droits une campagne publicitaire importante, et l'utilisation de ces efforts matériels et intellectuels peut être condamnée sur le fondement des agissements parasitaires. Un exemple en est la décision du TGI de Paris en date du 17 juin 1992, lors de laquelle le Comité Français du Parfum avait créé et utilisé le slogan « Sans parfum la vie serait muette ». L'Association Vive la Radio avait, sept ans après, lancé le slogan « Sans la radio, la vie serait muette ». Bien qu'il s'agisse également d'une imitation quasi-servile, le TGI condamna l'association Vive la Radio sur le moyen qu'elle s'était placée dans le sillage du Comité Français du Parfum et avait affaibli le pouvoir attractif du parfum[95]. Cela rappelle le cas allemand du « Statt Blumen Onko Kaffee », condamné lui sur le fondement de la concurrence parasitaire.

La Cour d'Appel de Versailles a posé clairement ce principe, que « l'utilisation par un tiers à des fins commerciales du travail d'autrui, lorsque ce travail se caractérise par des investissements financiers et intellectuels importants, ainsi que par un savoir-faire particulier, s'analyse indépendamment de tout risque de confusion, en un agissement parasitaire fautif. En effet, un tel acte, contraire aux usages du commerce, a pour effet de vider de sa substance le travail ainsi réalisé, de rompre l'égalité entre les divers intervenants, de fausser le jeu du marché et de provoquer un trouble commercial et moral dont la victime peur demander la cessation et la réparation si elle ne dispose pas d'une action spécifique »[96]. Cette décision synthétise donc bien le fait que l'usurpation du travail et des investissements d'autrui est condamnable sur le fondement de la théorie du parasitisme. Mais la réputation des entreprises est, elle aussi, protégée par le parasitisme.

II. L'utilisation de la réputation d'autrui

L'utilisation de la réputation d'autrui représente le domaine principal d'utilisation de la théorie du parasitisme. Le fait d'utiliser la réputation ou la notoriété d'autrui à son avantage, y compris sans risque de confusion, est considéré comme contraire aux usages du commerce. Cela vaut également lorsqu'un commerçant tire profit de la notoriété d'un autre

[95] DRUEZ-MARIE, *op. cit. Note 62, p. 6.*
[96] CA Versailles, 19 décembre 1996.

commerçant, quand bien même les deux ne seraient pas concurrents, comme ce fut le cas dans la très célèbre affaire *Champagne.*

A. Entre entreprises non-concurrentes

La réputation d'une entreprise se reflète par son nom commercial ou son enseigne. Et l'entreprise notoire, d'après la jurisprudence, doit bénéficier d'une protection supérieure aux autres entreprises.[97]. En l'absence de relation de concurrence, la confusion porte sur la provenance du produit : le consommateur rattache le produit à la mauvaise entreprise, et c'est une condition de cette action[98]. Cela est prévu dans le droit allemand, pour rappel, par la *vermeidbare Herkunfttäuschung*, mais uniquement dans le cas où les entreprises seraient concurrentes. La jurisprudence condamne le fait de capter une clientèle plus nombreuse par l'utilisation de la notoriété d'autrui, même si celle-ci n'a pas la même clientèle, sans effort particulier.

Par exemple, la société Morabito a fait interdire, sur le fondement du parasitisme, à Pascal Morabito de commercialiser des produits sous son propre nom, bien que les deux entreprises ne produisent pas des produits similaires ou identiques[99]. De même, dans la célèbre affaire *Pontiac*, il fut interdit de commercialiser des réfrigérateurs sous ce nom, du fait de la notoriété de la marque de voiture Pontiac[100].

Ces décisions, ainsi que la possibilité de sanctionner l'usurpation de la notoriété d'autrui en dehors du droit des marques, permettent d'assouplir le principe de spécialité des marques[101]. D'après ce principe, le monopole du titulaire d'une marque ne vaut que pour les produits énumérés dans la demande d'enregistrement, ce qui empêche l'extension du monopole à des entreprises non concurrentes, ce qui est pourtant le cas ici avec les agissements parasitaires.

[97] TGI Paris, 21 octobre 1987.
[98] MALAURIE-VIGNAL, « *Parasitisme et notoriété d'autrui* », p3.
[99] Cass. Com. 5 novembre 1985.
[100] CA Paris, 8 décembre 1962, *Pontiac.*
[101] MALAURIE-VIGNAL, *op.cit. Note 98*, p. 3.

B. Entre entreprises concurrentes

Entre entreprises concurrentes et dans le cas de l'utilisation de la notoriété d'autrui, il faut distinguer les situations selon que le parasite recherche la confusion du public ou lorsqu'il utilise la réputation d'autrui indépendamment du risque de confusion.

1. En présence de la recherche de confusion

La recherche de confusion par l'utilisation de la notoriété d'une entreprise concurrente a généralement pour objectif le détournement de clientèle. Pour condamner cette concurrence déloyale, peu importe que le concurrent soit également célèbre. Le couturier J.P. Gaultier fut par exemple condamné « pour avoir voulu se placer dans le sillage de la société Jean Patou et faire croire à la clientèle que les produits qu'il commercialisait avaient la même origine »[102]. Pourtant, aussi bien J.P.Gautier que Jean Patou sont célèbres, et il semble difficile à concevoir que la copie de l'un ait ici une grande influence sur le chiffre d'affaire de l'autre. Mais c'est la copie servile qui est ici condamnée.

Pour que l'entreprise soit condamnée, il faut que soient présentes les mêmes conditions que dans le cadre de la concurrence déloyale, soit un détournement de clientèle et un risque de confusion, ce qui nous rappelle que la concurrence parasitaire n'est qu'un prolongement de la concurrence déloyale. Cependant, une condamnation indépendante de l'existence d'un risque de confusion est également envisageable.

2. Indépendamment du risque de confusion

Indépendamment du risque de confusion, le préjudice résultant de la seule atteinte à la notoriété peut être sanctionné par la théorie du parasitisme. Par exemple, une brasserie parisienne, même située dans un autre arrondissement, ne peut s'appeler Brasserie Lipp, en raison de la notoriété de cette dernière et indépendamment du risque de confusion, qui n'était pas présent dans cette affaire[103]. De même, une entreprise de verrerie n'a pu s'installer à Baccarat, à proximité de la célèbre entreprise Baccarat, alors même que les étiquettes étaient assez précises et qu'aucune confusion n'était possible.

[102] Cass. Com, 3 octobre 1978.
[103] TGI Paris, 21 octobre 1987.

Dans ces derniers cas, on peut douter de la légitimité de la théorie du parasitisme à sanctionner de tels actes de concurrence sans risque de confusion. Une condamnation sur le fondement du droit allemand n'aurait ici pas été possible. N'est-ce pas le libre jeu de la concurrence que de laisser une entreprise concurrente s'installer dans la même ville ? Le libre jeu de la concurrence, qui veut que « le meilleur gagne », ne devrait pas effrayer l'entreprise qui bénéficie déjà d'une certaine notoriété. On voit ici apparaître une limite de l'extension de la théorie du parasitisme, qui sera développée ci-après.

III. L'imitation d'une idée

D'après la maxime rendue célèbre par Henri Desbois, « Les idées par essence et par destination sont de libre parcours ». Aussi, d'après M. Blondel, « notre idée, en même temps qu'elle est nôtre, est une idée ; et dans toute idée, il y a un principe universel »[104], ce qui signifie qu'une idée, tant qu'elle n'est pas extériorisée, peut être trouvée par n'importe quel être humain. Mais la protection d'une idée protégée par le secret professionnel, les recettes secrètes, le savoir-faire non-divulgué est logique. A partir du moment où une idée est extériorisée, sa protection est plus difficile à concevoir[105].

Pourtant, la protection de certaines idées s'est développée, d'abord sous la plume de M. Le Tourneau, puis dans les décisions jurisprudentielles. Un arrêt récent démontre que dans certains cas, cette protection peut être soutenue : un étudiant avait présenté, lors d'un stage à la Société Générale, un mémoire dans le cadre de son stage sur un projet financier. La Société Générale, sans demander l'autorisation à l'étudiant, s'en est inspirée et a connu un vif succès. Bien que le mémoire de l'étudiant ne soit qu'une idée sur un projet financier, le fait que la banque profite des fruits de son travail a été considéré comme du parasitisme[106]. On comprend ici qu'une action soit offerte à cet étudiant qui n'aurait pu se défendre sur aucun autre fondement. Selon M. Le Tourneau, il faut cependant rester vigilant et créer des conditions de sécurité pour que les idées puissent être protégées[107]. Toutes les idées ne doivent ainsi pas être protégées. Car d'après M. P.-Y Gautier, « c'est en réalité parce que

[104] LE TOURNEAU, « *Folles idées sur les idées* », p3.
[105] PARLEANI Isabelle et Gilbert, « *La tentation du Moyen-âge, l'exemple du parasitisme* », mél. Gavalada, p. 257.
[106] CA Toulouse, 29 janvier 2014.
[107] LE TOURNEAU, *op.cit. Note 104* p.7.

l'idée est banale que l'on ne la protège pas »[108]. La propriété intellectuelle protège déjà quelques idées, originales, ou par le biais de la notion d'œuvre.

Mais devant certaines idées non protégeables sous l'angle de la propriété intellectuelle, c'est la théorie du parasitisme qui prend le relais. Par exemple, en protégeant l'odeur d'un parfum, non protégeable par le droit de la propriété intellectuelle jusqu'à l'adoption du « Paquet Marque », voté par le Parlement européen le 15 décembre 2015[109], la Cour d'appel a condamné les « similitudes olfactives » entre deux eaux de soins. La notion de « concept » est plus souvent reprise par les juges que la notion d'idée, par exemple la protection d'un « concept d'émission de télévision », d'un « concept global de musique vidéo », ou encore d'un « concept ou méthode de commercialisation »[110].

Ainsi, des conditions ont été rendues nécessaires par la jurisprudence afin de concilier la protection des idées et la liberté de copie : il est alors nécessaire que l'idée ne relève pas du domaine artistique, que l'idée ait été extériorisée, individualisée, qu'elle soit le fruit de l'imagination et le résultat d'un travail créatif et arbitraire, qu'elle n'ait pas été enregistrée dans le domaine public, qu'elle ait une valeur économique, qu'elle ne soit pas nécessaire dans le domaine en cause, et enfin, qu'elle ait été utilisée sans autorisation par un tiers dans une activité lucrative[111]. La jurisprudence, en appliquant les conditions énumérées ci-dessous, limite la portée de cette protection et a par exemple refusé de protéger l'idée de la commercialisation d'un « kit » de secours d'urgence pour des cas d'accouchement inopiné, d'arrêt cardio-respiratoire ou d'hémorragie[112].

Beaucoup de critiques se sont élevées contre cette protection nouvelle des idées, en ce qu'elle « risque de rompre l'équilibre entre la nécessaire protection des innovations et la liberté de concurrence », ce qui porte atteinte à la liberté d'entreprendre[113]. Ces critiques et leurs discussions seront examinées dans le Titre 2 de la présente recherche.

---

[108] GAUTIER P.-Y, Propriété littéraire et artistique, n°30.
[109] Règlement (UE) 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015. Il est depuis le vote du Brexit en péril, puisque le Royaume-Uni devait encore donner son accord pour son application, mais que celui-ci ne risque plus d'intervenir… Il faudra certainement attendre que le Royaume-Uni soit définitivement sorti de l'Union Européenne pour envisager l'application de ce « Paquet Marques ».
[110] Respectivement : Cass. Com. 7 février 1995, T. Com. Nanterre, 25 juin 1996, Cass. Com 26 janvier 1999.
[111] LE TOURNEAU Philippe, *op. cit. Note 59*, Rn. 7101.
[112] CA Orléans, 18 décembre 2009, *Medikit c/ Contact Sécurité*.
[113] HUEBER Corinne et BINN Serge, « Comment sauver la théorie du parasitisme », p. 3.

La jurisprudence n'a donc cessé d'élargir les situations protégées par la théorie du parasitisme, si bien que les décisions sont devenues anarchiques et casuistiques.

Section 2 : Une jurisprudence anarchique

Les décisions dans lesquelles la théorie du parasitisme a été invoquée manquent de manière générale de clarté, d'une part, par la confusion des juges concernant la distinction entre parasitisme et concurrence déloyale, d'autre part, par les motivations imprécises de leurs décisions.

I. La distinction nébuleuse entre parasitisme et concurrence déloyale

La distinction entre parasitisme et concurrence déloyale n'est aujourd'hui plus forcément importante, puisque les deux comportent des points communs et conduisent aux mêmes effets et sanction. Mais le manque de clarté des juges sur l'importance ou non de cette distinction porte à confusion alors que la situation devrait être limpide.

A. Une distinction a priori claire

Le parasitisme n'est qu'une modalité de la concurrence déloyale, et en cela il ne peut en différer totalement. Les conditions d'application des deux régimes sont les mêmes, puisqu'elles sont issues de la responsabilité civile délictuelle. Mais le juge a récemment rappelé qu'au-delà de ce fondement commun, le parasitisme et la concurrence déloyale ne devaient être confondues[114]. Dans un litige entre la société Fashion, exploitant sous la marque Bel Air et la société Kookaï, la première reprochait à la seconde de commercialiser des pantalons portant confusion avec ses propres pantalons. La Cour a observé que la concurrence déloyale ne pouvait être admise, puisqu'au-delà de la similitude de la gamme de couleurs et de la coupe des jeans, plusieurs différences étaient observables, notamment la présence de boutons pression et de poches arrières cousues sur l'un et non sur l'autre, la forme différente de la coupe du bassin, de la longueur de la ceinture et de la distance entre l'entrejambe et le haut du pantalon, et l'étiquetage évidemment différent. Ces différences ne permettaient pas de démontrer un risque de confusion, nécessaire pour une action en concurrence déloyale pour confusion. En revanche, le choix des couleurs de la gamme de Kookaï, framboise, bleu, et

[114] CA Paris, 30 octobre 2014.

beige/vert, était similaire à celui de Bel Air, ce qui pouvait conduire à un effet visuel identique. Pour la Cour, le modèle n'était pas original, mais le choix des couleurs l'était. La société Kookaï a donc été condamnée pour parasitisme, au moyen qu'elle se serait ainsi placée dans le sillage de la société Fashion. La faute du parasitisme et de la concurrence déloyale relève de deux sources différentes : d'une part dans le premier cas, la recherche de profit tiré des investissements ou du savoir-faire d'autrui, d'autre part dans le second cas, la recherche de confusion. Ceci a été clairement affirmé par la Cour elle-même, ce qui n'empêche pas que les juges ne soient pas toujours clairs dans leurs décisions sur le parasitisme.

B. La confusion des juges

Deux principales raisons fondent la confusion des juges sur la différence entre concurrence déloyale et le parasitisme : d'une part, l'élargissement des conditions de la concurrence déloyale, d'autre part, que si la présence d'un élément intentionnel est indifférent pour l'action en concurrence déloyale, il est difficile de déterminer si cet élément est également indifférent pour le parasitisme ou non.

D'abord, les conditions de l'action en concurrence déloyale sont de plus en plus larges, et celle-ci est admise dans de plus en plus de cas, de sorte que la concurrence déloyale est à même de prendre en compte les situations de parasitisme. A l'origine, le parasitisme a été conçu pour pallier les insuffisances de la concurrence déloyale. Puis, le parasitisme est devenu assez autonome par rapport à la concurrence déloyale[115]. A présent, il devient difficile de savoir si parasitisme et concurrence déloyale doivent être liés, par absorption du parasitisme dans la concurrence déloyale, ou s'il faut les traiter différemment.

En effet, la jurisprudence a supprimé l'exigence directe d'un rapport de concurrence dans l'action en concurrence déloyale, pour la remplacer par l'exigence indirecte d'une clientèle commune, également liée à la situation de concurrence. Puis l'exigence du lien de concurrence a totalement disparu lorsque le juge a affirmé que « la situation de concurrence n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale »[116]. En conséquence, comme évoqué précédemment, l'action en parasitisme pour utilisation illégitime de la réputation d'autrui peut aujourd'hui également être condamnée par la concurrence déloyale. Des points de rapprochement sont donc clairs, mais les deux actions sont aussi différentes. Pourtant, La

[115] DUCOCQ Georges, « Concurrence déloyale et parasitisme, deux régimes autonomes ? », p. 90.
[116] Cass. Com, 12 février 2008, *op.cit. Note 24*, La Fermière c/ Yoplait.

Cour de cassation a souvent utilisé la notion de parasitisme pour condamner des comportements sur le fondement de la concurrence déloyale. Par exemple, dans un arrêt en date du 5 juillet 2006, la Cour a condamné une entreprise sur le fondement du parasitisme car elle « avait réalisé une économie et détourné par des procédés déloyaux les clients de sa concurrente »[117]. L'ambiguïté de la formule montre ici particulièrement bien la confusion de la Cour de cassation[118]. De même, dans un arrêt plus récent en date du 16 février 2016, la Cour a condamné une société sur le fondement du parasitisme alors que la concurrence déloyale aurait suffi à obtenir une condamnation de l'agent déloyal[119].

L'action en concurrence ou agissement parasitaire semble nécessiter une faute intentionnelle, comme c'est le cas en Allemagne, mais contrairement à la concurrence déloyale. Pourtant dans plusieurs arrêts comme dans l'arrêt Cartier c/ L'Oreal, la Cour d'appel de Paris a considéré que le parasitisme ne sanctionnait pas exclusivement les fautes intentionnelles, mais tout comportement fautif même involontaire[120]. Les actions en concurrence déloyale et en parasitisme se confondent ainsi, sans qu'on puisse y déceler une raison ou une logique particulière[121]. Selon M. Azéma, « on peut douter de l'utilité, et même de l'opportunité d'un habillage qui ne peut aboutir qu'à troubler la rigueur des mécanismes juridiques »[122].

A ces incertitudes se couple le fait que les juges rendent parfois des décisions contradictoires, et que leurs motivations manquent parfois de clarté.

II. Des décisions contradictoires aux motivations douteuses

A. Les désaccords entre les chambres de la Cour de cassation

La cohérence du droit dans les années 2000 concernant la théorie du parasitisme n'était pas à son maximum. M. Passa condamnait cette incohérence encore en 2009 : « la jurisprudence actuelle est, sur l'importante question du parasitisme économique, marquée par la plus grande incertitude et, pour tout dire, une franche incohérence »[123]. En effet, si la

[117] Cass. Com. 5 juillet 2006.
[118] Cette ambiguïté et cette confusion sont d'ailleurs relevées par Jacques AZEMA, « *L'incidence des dérives du parasitisme* », mél. Didier, *op. cit. note 21,* p. 8.
[119] Cass. Com. 16 février 2016, n°13-28.448, com. Malaurie-Vignal.
[120] CA Paris, 21 octobre 2015, *Cartier c. L'Oréal*.
[121] AUGUET Yvan, Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, p. 12.
[122] AZEMA Jacques, *op. cit. note 118*, p. 8.
[123] PASSA Jérôme, « *Pour ou contre la sanction du parasitisme ? Divergences, confusions et contradictions* », Revue propriété intellectuelle, 2009, p. 109 et s.

Chambre commerciale de la Cour de cassation ainsi qu'une grande partie des juges du fond sanctionnaient avec ardeur le parasitisme, une autre jurisprudence minoritaire tentait de limiter la sanction de la théorie du parasitisme.

Par exemple et entre autres, la Cour d'appel de Versailles a refusé de sanctionner sur le fondement de la théorie du parasitisme, la reprise d'un code de couleur sur des flacons utilisés dans le milieu hospitalier, pour des médicaments dont la dénomination était similaire à celle du concurrent. Pour refuser cette protection, la Cour d'appel rappelle que « la reproduction ou l'imitation de produits ou de leur conditionnement non protégés par un brevet ou par un dépôt de marque constitue l'exercice d'un droit qui, traduction du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ne devient répréhensible que s'il s'accompagne de procédés déloyaux au regard des règles présidant à la probité commerciale »[124]. D'autres Cours d'appel ont suivi cette argumentation[125]. Ces Cour d'appel ont été critiquées par la doctrine qui soutenait la théorie du parasitisme.

A l'opposé, la chambre commerciale de la Cour de cassation a plusieurs fois sanctionné le parasitisme, alors même que les faits pouvaient mettre en question la nécessité de cette sanction. Par exemple, dans un arrêt en date du 30 janvier 2001, la Chambre commerciale a condamné le fait pour un catalogue d'avoir des similitudes avec celui de son concurrent « sans avoir à rechercher si l'imitation retenue avait provoqué un risque de confusion ou si elle avait porté sur des éléments qui auraient coûté à l'auteur du catalogue copié des efforts et des investissements »[126]. Ici, la condamnation est donc faite sans recherche des efforts et investissements effectués pour la fabrication du catalogue copié, ces éléments étant pourtant essentiels dans la définition du parasitisme économique. D'autres décisions de la chambre commerciale de la même période se sont décidées en ce sens[127].

Au delà des conflits entre les Cours d'appel et la chambre commerciale de la Cour de cassation, nombre de décisions, y compris plus récentes, qui manquent de motivations ou de motivations claires, démontrent l'incompréhension des juges face à la théorie du parasitisme, ou leur volonté d'extension de la théorie.

---

[124] CA Versailles, 29 mars 2001, n° 1998-5727.
[125] Par exemple CA Paris 27 avril 2001, CA Paris 20 juin 2001, CA Versailles 6 juin 2002.
[126] Cass. Com. 30 janvier 2001.
[127] Par exemple Cass. Com. 22 octobre 2002, *Métro c. Cartier*, Cass. Com. 22 octobre 2002, *Go Sport c. Decathlon*, ou encore Cass. Com. 8 juillet 2003.

B. Des motivations floues

Certaines motivations des juges laissent planer le doute quant à leur bonne compréhension de la théorie, ou quant à leur volonté de sanctionner avec justesse le parasitisme et non avec un moindre intérêt. Par exemple, dans un arrêt du 4 novembre 2008, le TGI de Paris a d'abord refusé la contrefaçon pour défaut de risque de confusion entre les escarpins à semelles rouges Louboutin et la copie fabriquée par Zara, - risque de confusion nécessaire selon l'article L. 713-3 du Code de propriété intellectuelle -. Puis la même décision retient la volonté manifeste de se situer dans le sillage de la notoriété de la marque imitée, en profitant de la confusion entretenue, pour condamner Zara sur le fondement du parasitisme. Ainsi, il n'y avait pas de confusion sur le terrain de la marque, mais il y en aurait une sur le terrain du parasitisme ?

De même, dans une autre affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a condamné pour parasitisme un commerçant fabriquant des produits typiquement sétois, comme son concurrent, parce qu'il avait utilisé des emballages semblables, en plastique thermoformé transparent, ce qui répondait à des nécessités techniques, mais en posant une étiquette au même endroit avec un typographie similaire à son concurrent[128]. Comme dans l'arrêt précédent, la Cour retient le risque de confusion, alors qu'elle l'avait refusé pour les droits privatifs. Pour sa motivation, elle mélange un peu de concurrence déloyale avec le risque de confusion, au parasitisme en évoquant les investissements réalisés par le tiers, sachant que le risque de confusion était lié à des nécessités techniques, et que les investissements ne semblaient pas bien importants[129].

Ces décisions ne sont que des exemples parmi d'autres, et montrent que les juges, aussi bien les juges du fonds que les Hauts Magistrats de la Cour de cassation, souhaitent protéger de manière extensive les investissements et efforts sur le fondement du parasitisme.

Le manque de clarté des décisions porte ainsi atteinte à la cohérence du droit et à la sécurité juridique, tant il est devenu impossible de classifier les différentes situations de parasitisme et de prévoir l'issue d'une décision dans laquelle la théorie du parasitisme est invoquée.

Les juges allemands quant à eux, mettent de manière générale strictement en application la loi UWG. La certitude et la cohérence qui en résultent sont ainsi plus

[128] Cass. Com. 21 février 2012.
[129] TREFIGNY Pascale, *op. cit. note 16,* p. 349.

satisfaisantes que les résultats de l'application de la théorie du parasitisme par les juges français.

Chapitre 2 : La mise en œuvre restrictive de la loi par les juges allemands

Les juges allemands ont appliqué la loi allemande contre la concurrence déloyale de manière très restrictive, puisqu'ils ont, en plus des conditions déjà restrictives définies par la loi, ajouté une condition restreignant encore l'application de la concurrence parasitaire en Allemagne. Dans un autre mouvement plus extensif, certaines solutions de la jurisprudence ont tenté d'étendre un régime présentant quelques insuffisances, mais cette extension reste toute relative.

Section 1 : L'ajout d'une condition d'application du régime de la concurrence parasitaire

Les juges allemands ont ajouté à la loi la condition de la « *wettbewerbliche Eigenart* », condition qui rend plus difficile l'application de la concurrence parasitaire et protège encore mieux la liberté d'imitation.

I. La condition jurisprudentielle de la « particularité concurrentielle du produit copié » (« Wettbewerbliche Eigenart »)

La particularité concurrentielle du produit copié doit être définie, avant de préciser dans quels cas elle naît et disparaît, afin de mieux comprendre cette notion.

A. Définition de la « particularité concurrentielle ».

La particularité concurrentielle nécessite que la forme du produit copié ou ses caractéristiques particulières signalent au consommateur concerné son origine ou ses particularités[130], qui le distinguent de ceux de ses concurrents. Ainsi, en l'absence de particularité concurrentielle, le produit ne peut être protégé sur le fondement de la

[130] BGH GRUR 10, 1125 Rn. 22, LIKEaBIKE, *« Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen* ».

concurrence déloyale et parasitaire. Cette condition, comme il le sera étudié ci-après, est similaire à la condition d'originalité en droit de la propriété intellectuelle. La question principale est donc de savoir si les particularités d'un produit permettent de donner au produit une individualité, que le public concerné sait reconnaître. Ainsi, la protection ne s'appliquera pas à des produits classiques, banals, ou dont la forme correspond à une fonction particulière et qui ne renvoient pas, en conséquence, à l'origine du produit. Par exemple, l'emballage de chocolats en forme de lingots d'or a été jugé comme usuel par la Bundesgerichtshof, et n'a pas bénéficié de la protection de la concurrence parasitaire car le produit copié, chocolat emballé couleur or, ne possédait pas de particularité concurrentielle[131]. De même, le style littéraire ou journalistique d'un texte ne possède pas de particularité concurrentielle, lorsqu'il ne permet pas de reconnaître l'éditeur ni ne propose une caractéristique particulière qui permettrait de le distinguer d'autres textes de qualité[132]. La limite de cette condition pour la concurrence parasitaire, est qu'elle se rapproche de la condition de la bonne image (*Guten Ruf*) et du transfert de cette image sur le produit copié (*Imagetransfer*). Plus la particularité concurrentielle est élevée et plus la copie est conforme, plus il est aisé de conclure à une concurrence parasitaire[133].

B. Les différentes formes de particularité concurrentielle

La particularité concurrentielle (*Wettbewerbliche Eigenart*) peut être présente sous deux formes différentes : la particularité concurrentielle en raison de caractéristiques esthétiques ou de caractéristiques techniques[134].

Tout d'abord, la particularité concurrentielle peut l'être en raison d'une caractéristique esthétique, c'est-à-dire par la forme de l'objet, ou par son design. Elle couvre alors les mêmes particularités que la condition d'originalité nécessaire à l'obtention d'un droit des dessins et modèles[135]. Les juges font également attention au fait de savoir si ces caractéristiques esthétiques sont couplées avec des caractéristiques techniques, pour donner au produit une marque de fabrique permettant au public concerné d'associer le produit à l'entreprise ou à sa marque.

Ensuite, la particularité concurrentielle peut s'expliquer par une caractéristique technique, lorsque le produit se distingue par celle-ci des autres produits concurrents présents

[131] BGH GRUR 03, 712, 713f., *Goldbarren.*
[132] BGH GRUR 11, 134 Rn 67 – *Perlentaucher.*
[133] GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*
[134] KOHLER/ BORNKAMM, UWG, Rn. 3 et s.
[135] BGH WRP 1976, 370, 372 – *Ovalpuderdose*.

sur le marché. Cependant, il faut bien faire attention à ce que la caractéristique technique ne soit pas la conséquence d'une nécessité technique ne pouvant se résoudre autrement ; par exemple, la copie d'un marche-pieds de couleur verte vendue dans le même magazine que l'objet copié, n'a pas été considéré comme une concurrence parasitaire, car le marche-pieds copié, bien que célèbre, n'utilisait pas une couleur qui le distinguait des autres, le vert étant couramment utilisé pour ce type de produit, et ses prétendues particularités techniques étaient nécessaires pour la fabrication et l'utilisation du produit[136]. De plus, le fait qu'un produit ait autrefois obtenu un brevet, mais que celui-ci soit arrivé à échéance, n'empêche pas sa protection contre la concurrence parasitaire[137]. La particularité concurrentielle est donc une condition assez stricte en elle-même, qui restreint donc le champ d'application de la concurrence parasitaire.

II. Une condition restreignant le champ d'application de la concurrence parasitaire

La particularité concurrentielle restreint le champ d'application de la concurrence parasitaire en ce que cette condition n'était pas prévue par la loi UWG, et en ce qu'elle est elle-même limitée dans le temps.

A. Une condition jurisprudentielle

La condition de particularité concurrentielle a été ajoutée aux autres conditions décrites précédemment alors que la clause générale du §1 UWG de la loi de 1909 s'appliquait encore, puis a été transférée sur le §4 Nr. 3 UWG. C'est par un arrêt de 1954 que la BGH mis en place et donna une première définition de la « particularité concurrentielle »[138]. En ajoutant cette condition supplémentaire, la jurisprudence souhaitait clairement restreindre la protection contre la concurrence déloyale et parasitaire, afin de protéger la liberté de copie. Elle a ainsi exclu de sa protection les objets banals, qui ne méritent pas de protection. Il n'est pas ici fait allusion à la reprise du travail d'autrui, ou la reprise de ses investissements et efforts, comme en droit français, mais cela est sous-entendu dans la condition de particularité concurrentielle,

[136] BGH GRUR, 2007, 339 – S*tufenleitern*.
[137] KOHLER/ BORNKAMM, UWG, §4 Rn. 3.28d.
[138] BGH GRUR 1954, 337 – *Radschutz*. Def der Wettbewerblichen Eigenart : « *ein eingenartiges, überdurschnittliches Erzeugnis (…), das im Verkehr bekannt ist und mit dem eine bestimmte Güte- und Herkunftsvorstellung verbunden wird* ».

puisqu'un objet n'aurait pas de particularité concurrentielle sans certains efforts, recherches et investissements. Cette protection est alors indirecte.

Mais cette condition restreint encore plus la protection contre la concurrence parasitaire en ce qu'elle est limitée dans le temps.

B. Une condition limitée dans le temps

La particularité concurrentielle naît lorsque les caractéristiques du produit ont pour effet de reconnaître l'origine du produit, c'est-à-dire la marque ou l'entreprise qui l'a produit ou mis sur le marché. Le fait que le produit soit très connu, d'après la jurisprudence, n'a aucun effet sur le critère de particularité concurrentielle[139], bien que la jurisprudence demande tout de même que le produit possède une « certaine renommée » (*gewisse Bekanntheit*), c'est-à-dire qu'il ne soit pas totalement inconnu. Pour définir ce critère, la jurisprudence prend par exemple en compte l'utilisation de la publicité par l'entreprise dont le produit a été copié[140].

La particularité concurrentielle doit encore exister au moment de la mise sur le marché de la copie, sans que la date de la copie en elle-même ne soit importante, puisque c'est la mise sur le marché d'une copie qui considérée comme déloyale, mais pas la fabrication de la copie[141]. Elle prend également fin lorsque les particularités du produit ne permettent plus, à cause de l'évolution du marché, de distinguer ce produit de celui d'un concurrent, c'est-à-dire quand le public concerné ne connaît plus l'original[142] ou encore, lorsque les particularités d'un produit deviennent habituelles[143]. Il s'agissait dans ce dernier jugement, d'un fabricant de vestes traditionnelles bavaroises pour hommes, autrefois produites par une entreprise renommée et dont la veste présentait certaines particularités permettant de l'attribuer à cette entreprise. Au fil du temps, ces particularités ont été reprises par de nombreux autres fabricants de ces types de vestes, si bien qu'elles sont devenues usuelles. La condamnation pour concurrence parasitaire n'a donc pas pu être retenue. La particularité concurrentielle peut de la même manière disparaître, lorsqu'un fabricant distribue les mêmes objets, sans leur donner de nom à différents revendeurs, qui les revendent sous des noms différents[144]. Enfin,

[139] BGH GRUR 05, 600, 602 – *Handtuchklemmen.*
[140] OHLY/SOSNITZA, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Rn. 9/34.
[141] BGH GRUR 85, 876, 878 – *Tchibo/Rolex.*
[142] OHLY/SOSNITZA, *op.cit.,* Rn. 9/35.
[143] BGH GRUR 98, 477, 479, *Trachtenjanker.*
[144] BGH GRUR 07, 984 Rn. 26 – *Gartenliege.*

la particularité concurrentielle existe encore lorsque le public arrive à différencier la copie servile, du produit copié[145].

Ainsi, la limitation dans le temps de l'existence de la particularité concurrentielle limite encore les cas dans lesquels la concurrence parasitaire va être condamnée.

La jurisprudence allemande a fait preuve de deux mouvements opposés d'évolution de la loi UWG en matière de concurrence parasitaire : d'une part, une évolution restrictive, venant restreindre le champ d'application de la concurrence parasitaire dans le but de protéger la liberté de copie et donc la libre concurrence, et d'autre part, une évolution extensive, ayant pour objectif de combler les lacunes de la loi en matière de concurrence parasitaire.

Section 2 : Un élargissement seulement casuistique de la concurrence parasitaire

On l'a vu, la concurrence parasitaire prévue par la loi UWG ne prévoit qu'une protection contre la copie (*Nachahmungsschutz*). Quid alors de la protection du travail et investissements d'autrui? Celle-ci s'est difficilement développée grâce aux juges, de manière toutefois limitée, mais la clause générale qui permettait autrefois cette extension semble aujourd'hui ne plus pouvoir être utilisée. En effet, l'utilisation de cette clause dans ce dessein est discutée depuis la loi UWG de 2004.

I. La protection du travail d'autrui, des cas particuliers jurisprudentiels (ergänzende wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz)

La jurisprudence allemande fut la première à reconnaître la protection du travail d'autrui, en 1926, lorsqu'elle déclara qu'il est déloyal de « s'approprier dans la concurrence le résultat du travail qu'autrui a obtenu moyennant des coûts et des efforts particuliers et dont il devait recueillir les fruits »[146] . Le fondement de cette décision était la clause générale du §1 UWG, qui a permis à la jurisprudence de dégager des cas précis (*Fallgruppen*) dans lesquels une protection spéciale contre la concurrence parasitaire pouvait être mise en place.

A. L'abandon de la protection des résultats du travail d'autrui

[145] GRUR 98, 830, 833 – *Les Paul Gitarren*.
[146] Reichgericht, 30 Oct. 1926, GRUR 1927, p132, Formel des « *mit Kosten und Mühen errungenen Arbeitsergebnisses* ».

Le point de vue du Reichgericht fut abandonné par un arrêt de la BGH en date du 30 octobre 1968, dans lequel elle réaffirma que le fait que « l'utilisation directe des résultats du travail d'autrui, sans ajouter d'apport supplémentaire, serait anticoncurrentiel, n'est pas consacré par la jurisprudence et ne doit pas être accepté »[147]. Cette décision fut reprise par un arrêt de 1976, dans laquelle le BGH fonda sa décision sur le fait que ce n'est pas en soi la reprise du travail d'autrui sans y apporter une propre prestation qui serait déloyale, mais plutôt le fait que cette reprise engendre un risque de confusion (*Wechselwirkung*) ou la désorganisation de l'entreprise dont les produits sont copiés (*Behinderung*)[148]. A partir de cette décision, les cas de confusion et de désorganisation furent déclarés par la jurisprudence comme déloyaux, y compris lorsque l'entreprise déloyale le faisait non intentionnellement[149]. Ces décisions marquèrent la naissance des cas de concurrence déloyale, similaires aux cas français, et furent codifiés par la loi de 2004. Outre la découverte de ces cas de concurrence déloyale, la jurisprudence tenta d'élargir le champ d'application de la concurrence déloyale par le biais de la clause générale du §1 UWG à des cas particuliers, notamment en matière de mode et de pièces compatibles. Ces cas nous intéressent ici car ils sont constitutifs de concurrence parasitaire comme l'entend le droit français, mais ne sont pas compris dans le § 4Nr. 3 UWG[150].

B. La protection saisonnière des nouveautés vestimentaires (Saisonschutz bei Modeneuheiten)

Les juges allemands ont créé une protection particulière contre la copie des nouveautés vestimentaires sur le fondement de la clause générale. Cette jurisprudence résulte d'un arrêt en date du 19 janvier 1973[151]. Dans cette décision, un fabricant de produits manufacturés avait copié une combinaison de tissus d'une maison de Haute-Couture et avait commercialisé ces tissus lors de la même saison que celle des produits de Haute-Couture. La BGH a instauré la protection des nouveautés vestimentaires, en décidant que cette protection contre la copie devait être limitée à une saison, en raison de l'évolution rapide des modes d'une saison à

[147] BGH 30. 10. 1968, I ZR 52/66, Rn. 16 : *« Ein ausnahmslos geltender Rechtssatz des Inhalts, dass jede unmittelbare Ausnutzung eines fremden Arbeitsergebnissez dann wettbewerbswidrig sei, wenn sie ohne eigene nachschaffende Leistung geschehe, in der Rechtsprechung nicht aufgestellt worden sei und auch nicht annerkannt werden könne*».
[148] BGH WRP 1976, 370 – *Ovalpulverdose*.
[149] SCHRÖER Benjamin, Der unmittelbare Leistungsschutz, p.21.
[150] PEIFER Karl-Nikolaus, *« Hartplatzhelden.de – Das Ende des unmittelbaren Leistungsschutz ?* », p. 4.
[151] BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit.*

l'autre. Ici, la Cour a utilisé l'expression des « fruits du travail du fabricant initial » pour justifier la protection sur le fondement de la concurrence parasitaire[152]. Cette protection existe également, comme vu précédemment, lorsque la pièce de mode contient une « particularité concurrentielle ». Cependant, dans des décisions postérieures, la BGH étendit cette protection à des « modèles de lignes classiques ou comportant des éléments classiques »[153], et étendit cette protection à une durée de deux ans pour des articles qui le nécessitent (il s'agissait de costumes traditionnels)[154]. L'introduction d'une protection de trois ans pour les dessins et modèles non enregistrés a cependant réduit la portée de ces décisions. Cette protection particulière est considérée comme une prolongation de la protection contre la concurrence déloyale dans le cas d'une appropriation du travail d'autrui (*Ergänzende Leistungsschutz*), mais n'a été admise que dans ce cas et dans l'interdiction de la production de pièces compatibles.

C. L'interdiction de la production de pièces compatibles (Einschieben in eine fremde Serie)

Il s'agissait ici de protéger les pièces des jeux pour enfants LEGO. Une compagnie fabriquant des jeux avait fabriqué et mis sur le marché des pièces compatibles avec les pièces des jeux LEGO, à un prix inférieur. Le fabricant des LEGO originaux ne possédait pas de brevet ni d'une autre protection sur cette invention. La BGH condamna la société ayant fabriqué les copies, au moyen que l'utilisation du travail d'autrui pour lui fournir un complément, sans y ajouter de toucher personnelle, était constitutif d'un comportement parasitaire (*Rufausbeutung*)[155]. Cette jurisprudence a pourtant perdu de son ampleur par un arrêt de 2005, qui a pris en compte les critiques de la doctrine, qui proposait de donner une limite de temps à la protection contre la concurrence déloyale[156]. Ainsi, la BGH a accepté, comme le proposait la doctrine, de limiter la protection contre la concurrence parasitaire à la même durée que celle proposée par les droits de propriété intellectuelle (selon qu'il s'agit d'un brevet ou d'un dessin et modèle). Ce même cas a été traité par le TGI de Paris, qui a également retenu la culpabilité de l'entreprise fabricant les copies de LEGO qui permettait à

[152] SCHRÖER Benjamin, *op. cit. Note 149,* p. 22 : « Der Originalhersteller werde deshalb um die Früchte seiner Arbeit gebracht ».
[153] BGH GRUR 1984, 453 – *Hemdblusenkleid*.
[154] BGH GRUR 1998, 477 – *Trachtenjancker*.
[155] BGH GRUR 1964, 621 – *Klemmbausteine I.*
[156] BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III.*

cette société de se placer dans le sillage de la société LEGO : le cas a donc été traité de manière à peu près équivalente dans les deux pays[157]. La doctrine allemande considérait qu'il n'était pas normal de donner une protection plus longue à ce qui n'est pas protégé par le droit de la propriété intellectuelle, qu'aux objets qui, protégés par les droits de propriété intellectuelle, méritent effectivement une protection[158].

Ces deux cas ont aujourd'hui perdu de leur importance, d'autant qu'une partie de la doctrine pense qu'ils peuvent aujourd'hui être traités sous l'angle du §4 Nr. 3 UWG. Leur utilité dans notre démonstration est ici de prouver que le §1 UWG de la loi de 1909 aurait pu permettre aux juges d'étendre la protection contre la concurrence parasitaire à d'autres cas que ceux prévus par la loi. Mais cette extension a été interrompue par la loi de 2004, qui a codifié les cas jurisprudentiels de concurrence déloyale et a mis le doute sur la fonction de la clause générale.

II. La disparition de la protection de la concurrence parasitaire par la clause générale (§3I UWG, Unmittelbare Leistungsschutz)

Avant 2004, c'est-à-dire sous l'empire de la loi de 1909, la clause générale a permis aux juges allemands de trouver les cas dans lesquels la concurrence devait être considérée comme parasitaire. Depuis 2004, ces cas ont été codifiés, et un arrêt de la BGH semble mettre fin à toute possibilité future d'extension de la loi UWG, limitant la protection du travail d'autrui aux cas prévus par la loi.

A. La protection offerte par la clause générale avant 2004

La clause générale du §1 UWG de la loi de 1909, comme son nom l'indique était par sa généralité utilisée par la jurisprudence pour découvrir les différents cas de concurrence déloyale et parasitaire, ceux-ci n'étant pas encore codifiés. Le législateur a volontairement utilisé des termes imprécis pour laisser plus de liberté aux juges et pour laisser le droit s'adapter à l'évolution de la concurrence. La clause générale interdisait ainsi les comportements qui contrevenaient aux « bonnes mœurs » (*Guten Sitten)*, sans qu'une définition précise ne soit donnée de ces bonnes mœurs. Entre 1909 et 2004, les juges ont mis

[157] TGI Paris, 26 janvier 1996.
[158] KÖHLER, *op. cit. Note 68* §4 Rn. 9.57, p. 507. D'après les avis de BUNTE et NORDEMANN.

en lumière certains groupes pour lesquels la concurrence était nécessairement déloyale : la confusion, le dénigrement, la désorganisation, et la concurrence parasitaire (qui ne correspond pas tout à fait à la concurrence parasitaire française mais est plutôt une protection contre la copie déloyale et une protection de la renommée d'une entreprise, comme vu précédemment). Ces catégories correspondent aux catégories du droit français et ont été codifiées en 2004.

B. Une protection a priori révolue depuis 2004

Depuis 2004, les catégories citées précédemment ont été codifiées au §4 de la loi UWG. La clause générale existe toujours, mais est à présent situé au §3 UWG. Cependant, le terme de « bonnes mœurs » a été remplacé par celui de déloyauté (*Unlauterkeit*). L'objectif de la réforme de 2004 étant de libéraliser la concurrence déloyale qui était considérée comme trop restrictive dans un contexte européen, et remettre encore plus au goût du jour la liberté de copie[159]. Ainsi, la question de savoir si la clause générale pouvait encore être utilisée pour compléter le droit de la concurrence existant, lui qui est devenu plus complet par la loi de 2004, est restée sans réponse jusqu'à un arrêt *Hartplatzhelden.de* qui a donné quelques éclairages sur la question[160]. Certains auteurs se réclament en effet qu'un instrument soit mis en place afin de sanctionner celui qui « laboure avec le veau d'un autre », selon l'expression de M. Ohly et Lobe[161].

Dans cet arrêt, un site internet (hartplatzhelden.de) proposait des vidéos amateurs de prises par des supporters de matchs de football, ces vidéos pouvant être notées en ligne[162]. L'association de football de Wüttemberg pensant que son travail avait été parasité, selon l'expression française, a assigné le site internet pour violation du §3 UWG. Le Landgericht puis le Oberlandesgericht de Stuttgart ont condamné le site internet pour utilisation des efforts d'autrui (*Ausnutzung fremder Leistung*), le premier sur le fondement du §3 UWG, le second sur le fondement du §4 Nr. 9 UWG (équivalent au §4 Nr.3 UWG depuis 2015) mais ces décisions ont été sévèrement critiquées par la doctrine. Le fait est que le droit de la propriété intellectuelle, comme le droit français, offre une protection particulière par le biais des droits voisins pour les organisateurs de concerts, pour les réalisateurs de films ou d'albums de musique etc., mais pas pour les organisateurs de compétitions sportives. Ici, la volonté du

[159] SCHRÖER Benjamin, *op. cit Note 149.,* p. 28.
[160] OHLY Ansgar, « *Hartplatzhelden.de oder : Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz ?* » GRUR 2010, 488.
[161] OHLY Ansgar, *op. cit. Note 160,* GRUR 2010, 488.
[162] BGH 28.10.2010 – *Hartplatzhelden.de*

Langericht et du Oberlandesgericht était de garantir aux organisateurs de compétitions sportives un droit voisin similaire sur l'enregistrement des compétitions sportives[163]. La BGH a annulé la décision du Oberlandesgericht, au motif qu'il n'existait pas de copie (*Nachahmung)*, condition nécessaire à une condamnation sur le fondement du §4 Nr. 9 UWG. Lorsqu'une condamnation sur ce fondement n'est pas possible, il faut alors regarder si la clause générale du §3 peut s'appliquer. Ici pourtant, la BGH trouve un autre fondement, le droit de disposer de son domicile au sein du stade (*Hausrecht im Stadion*), sorte de droit de propriété appartenant aux propriétaires du stade, et laisse ainsi ouverte la question de l'utilisation de la clause générale. Une partie de la doctrine allemande ainsi que la jurisprudence postérieure à 2004 soutient l'idée que la protection de la reprise du travail d'autrui en dehors des situations du §4 Nr. 3 UWG doivent être traitées de manière très restrictive[164]. Une autre partie de la doctrine soutient l'existence d'une protection des investissements[165]. La BGH, quoi qu'il en soit, si elle n'a pas exclu l'utilisation de la clause générale, a en tout cas rendu l'obligation de motivation en cas de son utilisation beaucoup plus stricte.

La jurisprudence allemande est donc beaucoup plus stricte, que la jurisprudence française car elle respecte les conditions strictes de la loi, qui ne prévoit de la concurrence parasitaire que dans le cas de copies à proprement parler. Selon le droit allemand, un cas tel le fameux cas *Champagne* n'aurait pas été traité de la même façon, et la concurrence parasitaire n'aurait certainement pas été retenue, au-delà du fait que les deux acteurs économiques dans ce cas ne sont pas concurrents. Toute possibilité d'extension semble aujourd'hui rendue difficile par l'application très restrictive que font les juges de la clause générale, même si cette situation est débattue par la doctrine. Aussi, un certain nombre de cas sont protégés en droit français, qui offre une protection très vaste de travail et des investissements des entreprises, alors qu'ils ne sont pas protégés en droit allemand.

Ainsi, si la théorie du parasitisme répond à une nécessité économique, il n'en reste pas moins que son application actuelle en France semble injustifiée, en ce qu'elle protège un trop grand nombre de cas et ne respecte pas la balance entre liberté de la concurrence et protection

[163] PEIFER Karl-Nikolaus, *Op. cit. Note 150*, p. 1.
[164] BGH GRUR 2007, 795 – Handtaschen ; ULLMANN, *op. cit. Note 65*, §4Nr. 9 Rn. 30.
[165] Notamment le prof. Ohly et Peukert.

des investissements par le droit de la propriété intellectuelle. Le droit allemand semble quant à lui plus justifié et plus clair.

Partie II. L'application injustifiée de la théorie en droit positif

La largesse de l'application actuelle de la théorie du parasitisme ne semble pas respecter suffisamment les droits de propriété intellectuelle, une balance qui semble être mieux respectée en droit allemand. Le droit français devrait donc s'inspirer de ce dernier afin de trouver un juste équilibre dans l'application de la théorie du parasitisme.

Titre 1 : Déséquilibres entre concurrence déloyale et droits de propriété intellectuelle

Quelque soit le système, les arguments en faveur ou en défaveur de la théorie du parasitisme sont convaincants. Mais trouver un point d'équilibre, entre respect des droits de propriété intellectuelle et protection de la concurrence permettrait de donner une justification à la théorie du parasitisme. En France, la protection est très large mais est sujette à beaucoup de critiques, en Allemagne, la protection est stricte mais une partie de la doctrine souhaite l'élargir. En réalité, il s'agit d'une opposition entre deux courants de pensées issues des traditions juridiques des deux pays : d'une part, le protectionnisme de la France est liée à la volonté de garantir une concurrence égale pour chaque entreprise, favorisant ainsi le besoin de sécurité actuel, au détriment de la libre concurrence. D'autre part, le libéralisme de l'Allemagne, animé par la volonté de protéger une libre concurrence et de soutenir la liberté de prendre des risques, issu d'une tradition centrée sur des droits de propriété intellectuelle qui y sont particulièrement développés, au détriment de la protection des investissements des entreprises.

Chapitre 1 : Les éternelles querelles doctrinales d'une théorie protectionniste limitant les droits de propriété intellectuelle en France

La doctrine française est divisée entre les « gardiens du temple » et les « ennemis de la pensée unique », selon les termes de Mr. Le Tourneau, les premiers encourageant la réduction du champ d'application de la théorie du parasitisme, les seconds souhaitant son extension. Évidemment, la liberté du commerce et de l'industrie, et indirectement de la concurrence, ne peut être sans limite[166]. La théorie du parasitisme, nécessaire comme vu précédemment, rempli cet objectif. Mais nous soutiendrons l'idée que la théorie du parasitisme, qui s'est développée démesurément, perturbe le régime de la propriété intellectuelle et devrait laisser plus de place à la liberté de la concurrence.

Section 1 : La liberté d'imiter verrouillée par la théorie du parasitisme, les arguments des « gardiens du temple »

Trois principaux arguments soutiennent le fait que la théorie du parasitisme ait atteint son paroxysme, que son extension devrait cesser et son application se réduire. D'abord, le développement de la théorie du parasitisme nuit à la liberté de la concurrence. Ensuite, il porte atteinte au régime de la propriété intellectuelle. Enfin, si la morale des affaires doit être respectée, elle ne doit pas porter atteinte à la nécessaire compétition économique.

I. Une atteinte à la liberté de la concurrence

La liberté de la concurrence doit permettre à tous les intervenants du marché d'avoir une situation dépendant de leur capacité à capter la clientèle, qui dépend de leurs performances personnelles par rapport à leurs concurrents. Le marché, c'est la loi du plus fort, mais aussi du plus habile. Protéger les investissements des entreprises peut à la fois les rassurer et les pousser à investir plus. Mais une protection trop importante de ces investissements a pour effet de créer des monopoles et à éliminer toute concurrence. La loi protège la libre concurrence et surveille la loyauté entre les concurrents, mais chaque intervenant du marché prend nécessairement un risque, et ce n'est pas lui faire du bien que de chercher à réduire automatiquement ce risque[167]. Le fait de mettre un produit sur le marché n'est pas sécurisé, et le commerçant doit assumer ce risque, en dehors des protections prévues par les droits de propriété intellectuelle.

[166] SAINT-GAL Yves, *op. cit. Note 18,* p.25.
[167] MALAURIE-VIGNAL, « *Réflexions sur la théorie du parasitisme* », *op. cit. Note 46,* p.2

Aujourd'hui, le marché est très fluctuant et temporaire, et ce sont les consommateurs qui décident des positions concurrentielles, et les évolutions sont très rapides[168]. Face à cette fluctuation et cette rapidité, le fait de donner par la théorie du parasitisme une exclusivité qui n'est pas de base prévue par la loi, c'est-à-dire offrir une protection accrue d'un bien qui ne le mérite pas forcément, parce qu'il n'est pas original ou qu'il n'est pas nécessairement le fruit d'investissements importants, a pour conséquence de figer un marché qui doit pourtant rester en perpétuelle évolution : c'est, selon l'expression d'Isabelle et Gilbert Parléani, « vouloir en réalité un droit digne du Moyen-Âge, octroyant généreusement à certains des territoires exclusifs, sur lesquels toute intrusion devient fautive »[169].

De même, l'exploitation des idées et des créations d'autrui est souvent vue comme un facteur de progrès, en ce qu'il permet d'adapter une bonne idée d'une façon différente, à lui trouver des évolutions, des améliorations, qui ne peuvent qu'aboutir à une évolution positive. De la même manière, en matière de création, jamais un artiste ne trouve l'inspiration « exclusivement en ses ressources propres »[170], chacun observe et s'inspire des travaux des autres, que ce soit dans le domaine artistique ou commercial. D'ailleurs, l'INPI propose elle-même la possibilité d'obtenir des informations sur les brevets déposés dans un secteur particulier. L'objectif de cette procédure est clairement de favoriser le progrès, en favorisant les inventions de perfectionnement[171]. L'octroi d'une trop grande protection du marché nuit à ce progrès, rompt l'égalité qui doit intervenir entre les différents intervenants du marché, et contrevient au système légal de la propriété intellectuelle.

II. Une atteinte aux droits de propriété intellectuelle

Le principe de la liberté de la reproduction en dehors des droits de propriété intellectuelle a été à plusieurs reprises affirmé par les juges, par exemple dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris selon laquelle « Le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet d'un droit de propriété intellectuelle peut être librement reproduite ». Pourtant, ce principe a été battu en brèche par la théorie du parasitisme, parfois à bon, parfois à mauvais escient. Ainsi, à des notions juridiques légales prévues par la propriété

[168] PARLEANI Isabelle et Gilbert, *op. cit Note 105.,* p. 259.
[169] PARLEANI Isabelle et Gilbert, *op. cit.,Note 105,* p. 259.
[170] PASSA Jérôme, « *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique* » *op.cit. note 9*, p. 8.
[171]PASSA Jérôme, *op. cit. Note 171,* p.7.

intellectuelle, le juge est venu apporter une notion aux contours flous, dont les droits entrent en concurrence avec ceux de la propriété intellectuelle. En conséquence, certains auteurs se questionnent sur l'utilité actuelle de la propriété intellectuelle, car le parasitisme, si étendu et « tout-puissant », semble l'emporter sur des droits qui paraissent moins protecteurs.

A. Ambiguïté de la notion de parasitisme

Le parasitisme est une notion aux contours flous, dont les multiples applications peinent à être ordonnées. La définition donnée par la jurisprudence, « 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 ses efforts et de son savoir-faire »[172] manque terriblement de précision. A titre d'exemple, l'analyse d'une situation de parasitisme est difficile à cerner car l'expression « vivre dans le sillage d'un autre » n'est absolument pas une notion ou un terme juridique, et « est plus une image qu'une réalité »[173], tout comme les notions d' « effort » » et de « savoir-faire ». On peut parfois douter de l'utilité de la sanction sur le fondement du parasitisme, que le juge utilise en raison de sa large définition pour sanctionner sans réelle justification, par exemple dans un arrêt en date du 9 juin 2015[174]. Dans cet arrêt, la société Cora avait lancé un slogan publicitaire « gros volumes = petits prix », et la société Auchan avait lancé les slogans suivants : « prix mini sur gros volumes » et « gros volumes à prix mini ». Ces slogans sont tout à fait classiques pour les magasins de grandes surfaces, pour lesquels la comparaison entre le prix et le volume est très souvent utilisée[175]. Ici la Cour de cassation a pourtant condamné la société Auchan pour parasitisme, qui aurait profité « indûment de la notoriété (de Cora) ou de ses investissements, indépendamment de tout risque de confusion ». Pourtant, le slogan ne présente aucune originalité, et on peut douter de l'investissement mis en jeu pour « imaginer » le slogan de Cora.

Hueber et Binn dénoncent ainsi le fait que, si la définition de base de M. Le Tourneau prévoyait des garanties contre une trop grande extension du parasitisme, en réalité les juges ont aujourd'hui tendance à ne pas vérifier ces conditions, mis à par la condition de reproduction de l'objet ; et ceci suscite leur inquiétude[176] et la notre.

---

[172] Cass. Com. 26 janvier 1999.
[173] MALAURIE-VIGNAL, « *Parasitisme et notoriété d'autrui* », *op.cit.Note 98,* p. 1.
[174] Com. 9 juin 2015.
[175] AUGUET Yvan, *op. cit .Note 121*, p.12.
[176] HUEBER ET BINN, *op. cit. Note 113* « Comment sauver la théorie du parasitisme ? », p. 3.

De même, le corollaire logique de la copie est la réalisation d'investissements. Si on affirme alors qu'en dehors des droits de propriété intellectuelle, la copie est libre, pourquoi alors sanctionner l'économie d'investissements ? Ce raisonnement a d'ailleurs été suivi par la Cour d'appel de Bruxelles, qui a décidé très justement que « tout avantage que tire l'imitateur de la copie ne peut être considéré comme parasite, faute de quoi il n'y aurait plus en réalité de liberté de copier »[177].

Le parasitisme sert alors à défendre des causes plus ou moins défendables, à condamner arbitrairement sans réelle observation de la déloyauté des entreprises en question. Par sa largesse, la théorie du parasitisme devient une notion « fourre-tout » par laquelle la moindre inspiration d'un concurrent non titulaire de droits de propriété intellectuelle est condamnée.

B. La reconstitution d'un monopole jurisprudentiel

En principe, en dehors des droits privatifs octroyés par la propriété intellectuelle, la concurrence est libre et la liberté de reproduction prime. La liberté du commerce et de l'industrie est le principe, auquel les droits de propriété intellectuelle apportent une exception. Le doyen Roubier affirmait déjà qu'il « ne faudrait tout de même pas que, toutes les fois qu'on est en présence d'un dispositif non protégé, on puisse, à défaut d'action en contrefaçon, trouver une position de repli dans l'action en concurrence déloyale. En effet, l'action en concurrence déloyale suppose toujours une faute », faute qui doit être alors différente de la simple copie[178]. La condamnation par la théorie du parasitisme permet en fait, en donnant une exclusivité, c'est-à-dire un droit à une entreprise sur son produit, de reconstituer un monopole par une voie différente que celle offerte par les droits de propriété intellectuelle[179]. De même, la théorie du parasitisme permet de prolonger de manière indéfinie des droits de propriété intellectuelle, puisqu'au terme de leur protection légale prévue par le Code de propriété intellectuelle, une protection sera possible par le biais du parasitisme[180]. La conséquence du fait d'octroyer ces nouveaux droits privatifs est corrélativement la réduction du domaine public, puisque ce qui n'est plus ou pas protégé par les droits de propriété intellectuelle, et qui appartient donc a priori au domaine public, bénéficie de cette protection. Le parasitisme

[177] CA Bruxelles, 24 août 1995.
[178] ROUBIER, Droit de la propriété industrielle, *op.cit. Note 4,* p. 396.
[179] PASSA Jérôme, « *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique* », *op. cit. Note 9,* p. 4.
[180] AZEMA Jacques, « *L'incidence des dérives du parasitisme* », *op.cit. Note 21*, mél. P. Didier, p. 4.

permet ainsi de « contourner l'édifice légal de la propriété intellectuelle pour arriver comme elle à un effet de « réservation » »[181].

La théorie du parasitisme, au lieu de sanctionner un comportement comme elle devrait le faire car appartenant au régime de la concurrence déloyale, vient en réalité protéger une réalité économique[182]. L'objectif initial de la théorie du parasitisme est détourné, ce qui emporte des conséquences sur le droit de propriété intellectuelle.

C. La conséquence : une réduction de l'intérêt des droits privatifs existants

La conséquence de l'extension trop importante de la théorie du parasitisme finit par avoir des effets sur les droits privatifs existants, prévus par la loi. En effet, alors que bien souvent, l'utilisation de la notoriété d'autrui suffit à caractériser l'existence d'un comportement parasitaire, la théorie du parasitisme semble adaptée à protéger tous types de situations, sans enregistrement d'un droit de propriété qui, lui, plus compliqué, nécessite des conditions précises : par exemple, les conditions d'originalité pour les créations, ou le critère de nouveauté, d'activité inventive et susceptible d'application industrielle pour obtenir un brevet d'invention. Le parasitisme peut permettre de répondre parfaitement aux besoins de protection de ces investissements, tout en prouvant uniquement l'existence d'investissements ou de publicité par exemple, mais surtout, *sans formalité*[183].

De même, les droits de propriété intellectuelle semblent plus limités que la protection par le parasitisme, en ce qu'ils possèdent tous une limite de temps, tandis que la théorie du parasitisme permet de protéger les investissements réalisés sans limite de temps. La théorie permet également, parfois, de protéger ce qui ne peut l'être par les droits de propriété intellectuelle ; les idées par exemple, mais aussi les investissements, les fragrances, etc. et a donc un champ d'application beaucoup plus large, et donc bien plus avantageux pour les entreprises que les droits privatifs.

La portée, l'utilité et l'intérêt des droits privatifs sont alors remis en cause, par une théorie jurisprudentielle, alors que les limites de formalité et de durée apportées par le législateur dans le code de la propriété intellectuelle visent justement au respect de la liberté de la concurrence. Dans deux affaires célèbres en matière de parasitisme, Ungaro et Les

[181] VIVANT Michel, « *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle* », p. 375.
[182] PASSA Jérôme, *op. cit. Note 9,* p. 5.
[183]TREFIGNY Pascale, mél. Schmidt-Szalewski, *op. cit. Note 16,* p. 351.

marches de la Gloire[184], la condamnation a été faite sur le fondement de la théorie du parasitisme alors que sans aucun doute les produits, un flacon de parfum et une émission de télévision, auraient pu bénéficier du droit d'auteur. La théorie du parasitisme a été préférée aux droits de propriété intellectuelle[185]. La question est alors de savoir si l'originalité est vraiment plus difficile à démontrer que les investissements réalisés, à laquelle on peut certainement, au vu de la jurisprudence, répondre par la positive.

Yves Saint-Gal avertissait déjà des risques de la concurrence parasitaire : « Sans doute, en ce qui concerne plus particulièrement la concurrence parasitaire, il ne convient pas de faire preuve d'un excès contraire en étendant cette notion à des agissements qui ne doivent pas être considérés comme répréhensibles »[186]. Pourtant, il semblerait que cette crainte se soit réalisée dans les faits.

III. Concurrence et morale des affaires, deux notions paradoxales ?

La notion de parasitisme a pour objectif, comme la concurrence déloyale, de moraliser les relations commerciales, et ce noble objectif est rempli par une application mesurée du parasitisme. Pour autant, plusieurs auteurs défendent le fait que le droit et la morale ne se recoupent pas forcément.

La sanction du parasitisme correspond pourtant d'après Mme Frison-Roche à « l'interdiction morale de copier son voisin, qui s'applique à l'école dès le plus jeune âge », cette interdiction qui s'illustre en droit de la concurrence par l'interdiction de la copie servile[187]. Et pourtant, le principe de liberté du commerce et de l'industrie sous-entend tout de même la liberté de la copie : est-ce alors contradictoire à ce principe d'interdiction morale de copier son voisin ? Il semble bien que non, puisque ce sont les nécessités de la libre concurrence et du progrès économique qui justifient que la copie, sauf lorsqu'elle est déloyale, doit par principe être acceptée. Ici, il faut répondre à une nécessité économique et non à la morale pure.

Aussi, la protection contre la copie servile est une protection nécessaire. Mais, par exemple, le fait de punir un comportement déloyal alors que celui-ci n'a pas causé de préjudice semble, économiquement parlant, difficile à comprendre. Qu'est-ce-que la

[184] Respectivement, *op. cit.* CA Paris 18 mai 1989 et *op.cit.* Cass. Com 7 février 1995.
[185] PASSA Jérôme, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *op. cit.Note 9,* p. 5.
[186]SAINT-GAL Yves, *op. cit. Note 18*, p. 27.
[187] FRISON-ROCHE, *op. cit. Note 26,*p. 4.

déloyauté condamnée par la morale ? Est-ce que reprendre une appellation de luxe, « Champagne », parce qu'elle renvoie à une bonne image de confort et de volupté, porte atteinte aux producteurs de champagne ? Bien au contraire, le fait qu'une marque renommée comme Yves Saint-Laurent devrait être flatteur, et on pourrait même penser que cette copie participe à l'image de luxe liée au Champagne. Alors dans cette affaire, le comportement est considéré comme déloyal et contraire à la morale des affaires. Mais à notre avis, cela ne devrait pas suffire pour qu'il soit condamné sur le fondement du parasitisme, car cela répond à des nécessités économiques qui pouvaient qui plus est dans cette situation bénéficier aux deux parties.

Ces arguments des « gardiens du temple » ne sont pas opposés à la théorie du parasitisme, bien au contraire, mais visent à en limiter l'application afin d'utiliser cette théorie raisonnablement. Au contraire, les arguments des « ennemis de la pensée unique » visent à soutenir l'extension de la théorie du parasitisme pour sécuriser au maximum le droit de la concurrence.

Section 2 : Une pratique conforme aux arguments des « ennemis de la pensée unique »

Ce courant de pensée est surtout représenté par le professeur Le Tourneau, fervent défenseur de la théorie du parasitisme et de son extension. Un à un, il démontre que les arguments des « gardiens du temple », selon sa propre expression ne sont pas fondés. Si ces arguments sont en théorie convaincants, il n'en reste pas moins que les dérives observées en pratique, dans une jurisprudence qui suit ces arguments, ne peuvent être acceptées. M. Le Tourneau considère en effet que la théorie du parasitisme ne porte pas atteinte au droit de la concurrence, qu'elle n'est qu'un complément de la propriété intellectuelle, et qu'elle ne représente que l'application de la nécessaire morale des affaires.

I. Le soi-disant respect de la liberté de la concurrence

Le professeur Le Tourneau souhaite démontrer que la théorie du parasitisme, porte certes atteinte au principe de liberté de concurrence, mais que cette atteinte serait justifiée par le fait qu'une liberté totale n'est non plus jamais à souhaiter, car « la liberté sans bornes est

oppression »[188]. En effet, une liberté totale dans la concurrence n'est pas souhaitable. La liberté doit être limitée pour éviter les abus. Avec des propos véhéments, M. Le Tourneau déclare ainsi que « refuser l'application (mesurée et raisonnable) de la théorie du parasitisme permet à des entreprises sans vergogne de copier le savoir-faire et les connaissances d'autres entreprises »[189]. Mais d'une part, ceux qui refusent l'extension de la théorie du parasitisme ne souhaitent qu'une application justement mesurée et raisonnable ; encore faut-il savoir ce que chacun entend par « mesuré et raisonnable », puisque M. Le Tourneau soutient les juges dans leur mouvement d'extension de la théorie du parasitisme. D'autre part, le savoir-faire et les connaissances des entreprises bénéficient soit du droit de la propriété intellectuelle, soit du secret professionnel. Une fois qu'une information est divulguée au public par l'entreprise elle-même, à quoi bon demander sa protection ? Comme vu précédemment, la concurrence elle-même nécessite que les idées circulent, pour faire progresser l'innovation.

Finalement, les deux courants doctrinaux se réunissent sur un point : la liberté de la concurrence doit être limitée par le droit, et la théorie du parasitisme ainsi que la concurrence déloyale représentent cette limite. L'application « mesurée et raisonnable » de cette théorie est souhaitable, il faut cependant s'entendre sur la définition de ces termes.

II. Une atteinte prétendument limitée aux droits de propriété intellectuelle

Selon M. Le Tourneau, « la théorie du parasitisme est enserrée dans un certain nombre de conditions qui l'empêchent de se transformer en brûlot destructeur de l'équilibre des relations juridiques »[190]. Ces conditions permettraient de limiter son application, si seulement elles étaient respectées par les juges.

A. L'argument de la légalité de la création de droits privatifs

M. Le Tourneau, dans sa volonté d'extension du parasitisme (bien qu'il souhaite, fort heureusement, limiter celle-ci par le respect de certaines conditions), souhaite aller jusqu'à affirmer un droit de propriété, c'est-à-dire un droit privatif, sur ce qui est susceptible d'être protégé par la théorie du parasitisme. Selon lui, la « propriété demeure l'archétype et le modèle de la réservation juridique », or la théorie du parasitisme aboutit de la même façon à

[188] LE TOURNEAU, « De la modernité du parasitisme », p. 2.
[189] LE TOURNEAU, « De la modernité du parasitisme », *op. cit. Note 188*, p. 3.
[190] LE TOURNEAU, « *Exploitation et défense de la marque ; la contribution du parasitisme à la défense de la marque* », p. 2.

une réservation, un monopole, comme vu ci-dessus. Il argumente en ce sens que l'imagination humaine peut à tout moment inventer de nouvelles propriétés, faire évoluer le droit dans ce sens, et que c'est ce qui ferait sa beauté[191]. La création d'un nouveau droit de propriété n'est pas interdite par le droit, bien au contraire, et cette possibilité doit donc être exploitée. Mais, étant sans cesse dans la provocation, M. Le Tourneau modère cependant ses propos en affirmant qu'il n'a pas proposé directement la création d'un nouveau droit de propriété, bien que cette possibilité ne le dérangerait pas[192]. D'après M. Le Tourneau, l'avantage de la reconnaissance d'un droit privatif serait de pouvoir condamner son atteinte, sans avoir à prouver l'existence d'un préjudice[193].

Au vu de ces arguments, on pourrait cependant contester le fait que ce n'est pas parce qu'une possibilité est offerte, qu'il faut absolument la mettre en œuvre. Ce n'est pas parce que la possibilité de créer de nouveaux droits privatifs est ouverte, qu'il faut créer de nouveaux droits privatifs. Il faut le faire, quand cela est nécessaire. Or, en ce qui concerne la théorie du parasitisme, créer un droit privatif aurait des conséquences bien trop importantes. Cela ne ferait que démultiplier les reproches qui sont aujourd'hui fait à la jurisprudence sur le parasitisme économique, c'est-à-dire son extension sans fin, la concurrence qu'il offre avec les droits de propriété intellectuelle, et son atteinte à la liberté de l'imitation.

B. L'argument du respect de la cohérence des droits de propriété intellectuelle

Le fait que la théorie du parasitisme ne nécessite pas de condition formelle comme le nécessite la propriété intellectuelle et que cela rende en partie inutile la protection par des droits privatifs, est réfuté par M. Le Tourneau. Il argumente dans un premier temps que certains droits de propriété intellectuelle ne nécessitent pas de formalités, puisqu'ils peuvent être acquis sans dépôt, comme les créations littéraires et artistiques[194]. Il affirme ensuite que l'existence d'une théorie du parasitisme n'a pas nui à l'existence des droits privatifs, dont la protection est toujours autant demandée. Enfin, il rappelle que les droits privatifs ont des effets bien plus importants que ceux de la théorie du parasitisme, et qu'y renoncer serait une erreur. En effet, la protection serait selon lui presque automatique, et aurait un champ d'application géographique beaucoup plus étendu que celui du parasitisme, puisque les

[191] LE TOURNEAU, « *Peut-on entonner le requiem du parasitisme ?* », p. 2.
[192] LE TOURNEAU, *« Le bon vent du parasitisme* », p. 2.
[193] LE TOURNEAU, *op. cit. Note 188*, p. 6.
[194] LE TOURNEAU Philippe, « *Retour sur le parasitisme* », p. 2.

conventions internationales permettent aux droits de propriété intellectuelle d'avoir des effets internationaux, alors que le parasitisme n'a seulement des effets qu'au niveau national[195].

Sans contredire ces arguments, qui sont justes, c'est le fait de pouvoir donner a u parasitisme un rayonnement aussi large en France qui est critiqué. Comme démontré ci-dessus, le parasitisme sert parfois de « fourre-tout ». Sa protection est parfois demandée, alors que les entreprises la demandant auraient pu bénéficier d'un droit de propriété intellectuelle mais n'ont pas fait la demande auprès des autorités compétentes. C'est bien plus la somme de toutes ces dérives qui nous conduit à penser que le parasitisme vient malheureusement protéger ce qui devrait l'être en premier lieu par les droits de propriété intellectuelle.

III. La nécessité de l'existence d'une morale des affaires

La nécessité d'une morale des affaires pour condamner les acteurs du marché déloyaux ne peut être niée. Comme évoqué précédemment, c'est effectivement l'objet de la théorie du parasitisme et de la concurrence déloyale. En effet, la protection des efforts et des investissements, c'est l'objet de la responsabilité civile. Et la morale des affaires voudrait qu'il soit contraire à l'éthique de copier servilement ses concurrents. Ces affirmations ne sont pas contredites par les défenseurs d'une réduction du champ d'application de la théorie du parasitisme. Selon le professeur Le Tourneau, le rôle du droit est d'assurer le bon ordre de la société, ce qui ne nous apprend rien de nouveau. A travers la théorie du parasitisme, selon lui, ce ne serait ni la loyauté, ni la morale qui seraient recherchées, mais « la défense du marché, et, à travers lui, celle des entreprises, c'est-à-dire de leurs salariés »[196]. La conséquence de l'absence de protection serait le pillage du travail des autres, et en conséquence, le déclin ou la disparition des entreprises. M. Le Tourneau pose la question dans ces termes : « si quiconque peut copier le travail d'autrui, pourquoi innover et investir ? »[197]. Or il faut contester cet argument, car, d'une part, on le répète, la théorie du parasitisme est nécessaire, d'autre part, mettre en avant la liberté de la copie ne mène pas nécessairement au déclin des entreprises. Au contraire, l'innovation est mieux soutenue, comme c'est actuellement le cas en Allemagne. La libre concurrence veut que celui dont l'idée est reprise reste meilleur que son concurrent qui l'a imité. Il faut ici rappeler les propos de Coco Chanel, qui soutenait que lui prendre ses idées ne porterait pas atteinte à son commerce, car elle en trouverait d'autres.

---

[195] LE TOURNEAU Philippe, *op. cit. Note 194*, p. 2-3.
[196] LE TOURNEAU Philippe, *op.cit.Note 34,* La responsabilité civile professionnelle, p.146.
[197] LE TOURNEAU Philippe, *op. cit. Note 192* « *Peut-on entonner le requiem du parasitisme ?* », p.2.

Aussi, limiter la théorie du parasitisme ne peut avoir que des effets positifs sur le marché : plutôt que de mener les entreprises, elle force les dirigeants à se battre pour faire prévaloir leurs produits, même copiés, sur ceux de leurs concurrents, plutôt que de leur offrir une protection qui les assied dans un trône duquel elles ne bougeront plus. La théorie du parasitisme, appliquée avec modération, donne également à ces entreprises une protection lorsqu'elle est nécessaire.

Il faut ainsi chercher à concilier la liberté de prendre des risques avec l'exigence actuelle de sécurité, conserver à la propriété intellectuelle son économie et respecter ses équilibres. Cette balance est mieux respectée en Allemagne où le régime de protection reste très libéral.

Chapitre 2 : Un régime libéral de la liberté de la concurrence en Allemagne

En Allemagne, la concurrence déloyale est gouvernée par le principe de liberté de la reproduction. Des arguments similaires aux arguments français sont utilisés par ceux qui soutiennent un élargissement du régime par le biais de la clause générale, mais également par ceux qui souhaitent maintenir un régime aussi cadré.

Section 1 : La liberté d'imiter (*Nachahmungsfreiheit*), leitmotiv du système allemand

Le droit allemand a choisi de mettre en avant la liberté de copie dans la concurrence déloyale, ce qui lui donne une ligne rouge qu'il s'efforce de respecter au maximum. La copie est ainsi en principe autorisée, mais c'est la manière dont la copie a été commercialisée qui est observée, afin d'interdire les comportements déloyaux[198]. Ainsi, beaucoup de conditions de la concurrence parasitaire sont issues ou s'inspirent de la propriété intellectuelle. Le fait de favoriser la liberté de la copie donne également et corrélativement beaucoup plus d'importance aux droits de propriété intellectuelle, afin qu'une réelle protection soit tout de même offerte aux entreprises. On comprend alors mieux pourquoi en dehors de cette protection, la concurrence doit rester libre.

[198] OHLY Ansgar, *op. cit.Note 160*, Rn. 488, 487.

I. *Les conditions issues du droit de la propriété intellectuelle*

Le droit de la propriété intellectuelle a une influence considérable sur la concurrence parasitaire en Allemagne : d'une part, la condition de la particularité concurrentielle (*Wettbewerbliche Eigenart*) est une notion qui n'est pas sans rappeler l'originalité nécessaire pour obtenir certains droits de propriété intellectuelle. D'autre part, le régime de la concurrence parasitaire s'est inspiré du droit de la propriété intellectuelle, car il en constitue un complément efficace.

A. La « *wettbewerbliche Eigenart* »

La particularité concurrentielle rappelle à la fois la condition de caractère distinctif (*Unterscheidungskraft*) nécessaire pour l'enregistrement d'une marque, et le critère d'originalité (*Eigenart*) nécessaire pour l'enregistrement d'un dessin et modèle. La différence entre les deux conditions, est que la particularité concurrentielle, pour rappel, doit renvoyer à l'origine du produit. Au contraire, le critère d'originalité ne se concentre que sur l'aspect « physique », extérieur du produit. Le risque de cette notion, est de se fier à l'apparence du produit simplement, se rapprochant de la notion d'originalité ou de caractère distinctif, sans porter trop d'attention à l'origine du produit, ce qui conduirait à condamner toute copie, alors que c'est justement le rôle de cette notion que de faire une différence entre la copie autorisée et celle qui ne l'est pas[199]. Ainsi, la doctrine insiste sur le fait que la condition de l'indication quant à l'origine du produit est essentielle dans la notion de particularité concurrentielle, sans quoi non seulement la distinction entre particularité concurrentielle et originalité ou caractère distinctif serait difficile à comprendre, mais encore le principe de liberté de la copie ne pourrait être respecté[200]. L'utilité de cette notion est de protéger des produits qui ne sont pas banals, qui présentent une certaine originalité qui doit être liée à la marque ou à l'entreprise qui le produit. Cette condition manque en France, et a peut-être justement pour conséquence cette protection trop importante offerte par le parasitisme.

On voit ici que cette condition est à la fois toute proche des droits de propriété intellectuelle, tout en s'en éloignant concrètement par des nécessités différentes. La propriété intellectuelle a également eu d'autres influences sur le régime de concurrence parasitaire en Allemagne.

---

[199] BGH GRUR 06, 79 – *Jeans I* ; BGH GRUR 07, 984 – *Gartenliege*.
[200] OHLY/SOSNITZA, *op. cit. Note 140,* §4 Rn. 9/33 und 9/37.

B. L'influence de la propriété intellectuelle sur la concurrence parasitaire

Les droits de propriété intellectuelle ont eu une influence à trois reprises sur la concurrence parasitaire, la dernière ne s'appliquant qu'au cas de la jurisprudence sur les saisons vestimentaires. D'une part, la sanction de la concurrence parasitaire est la même que celle de la contrefaçon. Il s'agit de la possibilité offerte au demandeur de choisir entre les trois différentes façon de calculer l'étendue du dommage, et donc d'être indemnisée. Ce choix a été transféré de la propriété intellectuelle sur la concurrence déloyale et parasitaire[201]. Malgré quelques différences, les intérêts de celui dont le produit a été copié, la violation du droit, et la difficulté de calcul de l'indemnité sont les mêmes en matière de contrefaçon et de concurrence parasitaire selon le droit allemand, lorsque le produit qui jouit d'originalité ou présente une particularité concurrentielle bénéficie d'une protection, ce qui justifie la reprise de ces éléments.

Ensuite, la loi UWG dans son §8 n'autorise l'action au défendeur que s'il est le fabricant du produit copié, tout comme l'action en contrefaçon est limitée à cette personne. L'action n'est pas ouverte à tous, puisqu'elle a pour fonction de protéger le fabricant et ses intérêts économiques personnels. Pourtant, cette limitation de l'action n'est pas applicable à tout le droit de la concurrence allemand, mais seulement à la concurrence parasitaire, puisque que pour rappel, la loi allemande UWG protège aussi bien les intérêts des concurrents et des consommateurs que ceux de la communauté. L'action en concurrence déloyale est donc a priori ouverte à tous, sauf dans le cas de la concurrence parasitaire (et dans d'autres cas précis qui le justifient), selon l'inspiration du droit de la propriété intellectuelle.

Enfin, dans le cas de la jurisprudence concernant les saisons de mode, les juges ont instauré une limite de temps dans la concurrence parasitaire[202], similaire aux limites de temps des droits de propriété intellectuelle. Dans cet arrêt, le tribunal justifiait cette décision par le fait qu'il s'agissait de protéger une innovation, et qui ne devait ainsi pas être traitée différemment que les droits de propriété intellectuelle[203].

Si la propriété intellectuelle a une si grande importance dans le droit de la concurrence parasitaire, c'est justement pour faire respecter le principe de la libre concurrence en dehors de la protection offerte par la propriété intellectuelle. Cette dernière doit donc être suffisamment protectrice et se différencier clairement d'une protection par la loi UWG.

---

[201] SCHRÖER, Der unmittelbare Leistungsschutz, *op. cit. Note 149*, p. 26.
[202] BGH GRUR 2005, 349 – *Klemmbausteine III.*
[203] SCHRÖER, Der unmittelbare Leistungsschutz, *op. cit. Note 149*, p. 27.

II. Les droits de propriété intellectuelle, une protection suffisante des droits privatifs

Si le droit allemand met autant en avant la liberté de la copie, c'est que la propriété intellectuelle est jugée suffisamment protectrice pour protéger ce qui mérite de l'être. La concurrence parasitaire n'intervient ensuite qu'en cas de déloyauté manifeste dans la copie. Ce régime nécessite donc l'établissement d'une frontière nette entre concurrence déloyale et droits de propriété intellectuelle.

La séparation entre concurrence déloyale et propriété intellectuelle est plus claire en droit allemand qu'en droit français, pour la simple raison qu'ils sont traités par des lois différentes. D'une part, les lois de propriété intellectuelle, qui ont pour objectif de protéger une prestation d'un inventeur, créateur ou designer par exemple contre la copie. D'autre part, une loi contre la concurrence déloyale (UWG) qui protège contre les comportements déloyaux des entreprises sur le marché. La loi UWG protège cependant en partie contre la copie déloyale, qui doit pour être qualifiée comme telle, répondre à des conditions bien précises et définies dans la loi. A l'inverse du droit français, il ne s'agit pas d'une loi qui serait confrontée à une jurisprudence éclatée. Ici, le fait que le droit de la concurrence déloyale soit codifié, pose des bases claires et permet de tracer une réelle frontière entre les deux domaines du droit. Les deux lois répondent à deux objectifs différents, l'une la protection de produits et objets afin de favoriser les investissements, l'autre, de soutenir un comportement loyal sur le marché. Et les deux cohabitent ensemble sans se marcher sur les pieds, à l'inverse de la situation française. C'est la précision de la loi sur la concurrence déloyale, qui permet de bien départager les deux domaines du droit. Lorsque les notions ou ses contours sont floues, elles se confondent avec les autres notions qui lui sont proches. Ce n'est pas le cas lorsque chaque chose est clairement définie. Mais la doctrine allemande critique cette position trop stricte en ce qu'elle ne laisse la place à aucune évolution du droit, qui était pourtant possible avant 2004 avec la clause générale du §1 UWG, qui se retrouve aujourd'hui au §3 UWG. Quelques débats prennent alors place pour déterminer la façon dont la clause générale devrait être utilisée.

Section 2: L'élargissement possible de la protection par le biais du §3I UWG

Afin de pouvoir rendre le droit allemand et la loi UWG plus souples et de pouvoir l'adapter aux nouveaux enjeux, la doctrine majoritaire (*herrschende Meinung*) soutient l'utilisation de la clause générale pour combler les lacunes du droit existant. Plusieurs

hypothèses sont alors envisagées, et la jurisprudence, bien qu'elle respecte actuellement strictement la loi, ne semble pas non plus opposée à un tel changement.

I. Les différentes hypothèses doctrinales d'utilisation de la clause générale (§3I UWG)

La doctrine allemande n'est pas aussi tranchée que la doctrine française, et la possibilité d'élargir la concurrence parasitaire grâce à la clause générale est plutôt paisiblement discutée qu'ardemment débattue. Le juge n'a depuis 2004 pas tranché sur l'utilisation de la clause et laisse la porte ouverte à différentes propositions. Plusieurs solutions pratiques sont proposées pour l'interprétation et l'évolution de la loi UWG depuis la réforme de 2004.

A. Le refus de l'utilisation de la clause avec interprétation stricte du §4Nr.3 UWG

Cette solution est la plus stricte et la plus théorique et n'est plus soutenue par une grande partie de la doctrine. Les partisans de cette doctrine soutiennent que le législateur de la réforme de 2004 a accentué le fait que la loi UWG ne pouvait être utilisée qu'en cas de faits distincts qui caractérisent la déloyauté, et en cela rappelle l'ancienne position des juges français qui ont, eux, déjà abandonné l'exigence de faits distincts depuis 2007. Ils soutiennent le fait que la clause générale ne devrait plus être utilisée, les droits de propriété intellectuelle seuls devraient protéger les entreprises contre les copies. La protection par le §4 Nr. 3 UWG reste possible, mais à condition qu'existent des faits distincts de la copie seule. En appliquant strictement le principe de la liberté de la reproduction, celle-ci doit être possible, sauf si elle provoque une confusion ou ne cause pas de préjudice à l'image de l'entreprise copiée.

L'application de cette doctrine ferait perdre à la loi UWG sa fonction d'adaptation par le biais de la clause, qu'utilisaient pourtant les juges entre 1909 et 2004. Les nouveaux droits susceptibles d'être protégés devraient alors seulement l'être par l'intervention du législateur. Les principaux auteurs de cette doctrine sont Walch, von Gamm, Heyers et Köhler[204].

[204] SCHRÖER, Der unmittelbare Leistungsschutz, *op. cit Note 149.*, p. 35.

B. Le refus de l'utilisation de la clause avec interprétation large de 4Nr3 UWG

Une partie de la doctrine trouve la solution précédemment expliquée trop radicale et met en avant la nécessité de protéger le travail d'autrui, y compris lorsque les critères de déloyauté ne sont pas tout à fait remplis. Pour arriver à ce résultat, ils proposent d'interpréter largement le §4 Nr. 3 UWG, ainsi que les critères de déloyauté qui y sont définis. Ils considèrent qu'une interprétation trop stricte de la loi fait place à un vide juridique auquel il convient de remédier par une interprétation plus large de la loi UWG. Ainsi, la confusion pourrait être supposée lorsque le client établit un lien entre le produit copié et celui de son vrai fabricant. Une utilisation déloyale de la renommée d'autrui serait condamnée lorsque la définition utilisée par la CJUE pourrait être appliquée aux faits de l'espèce, c'est-à-dire la conception française, selon laquelle le parasite effectue une copie, dans l'objectif de profiter de la renommée de son concurrent, sans apporter lui-même d'effort particulier[205]. La copie selon cette définition pourrait alors être interdite jusqu'à ce que le fabricant des produits originaux ait eu la possibilité de rentabiliser son produit.

C. L'utilisation de la clause concurremment avec les droits privatifs

Selon l'avis de cette doctrine, le §4 UWG ne serait pas exhaustif, et la clause du §3I UWG servirait à compléter ce paragraphe, sachant que l'avis du législateur n'est pas clair sur la question. De plus, les juges avaient avant la réforme de 2004 utilisé cette clause à cette fin, et le législateur a codifié les catégories que le juge avait trouvées ; c'est donc qu'il acceptait qu'il utilise le § 1 UWG à cette fin. Une partie de la doctrine pense ici que la concurrence parasitaire doit être condamnée sur le fondement du §3 I UWG et critique le principe de la liberté de reproduction, en ce qu'il serait dépassé. Celui qui crée un produit avec ses propres efforts gagne par la même occasion la protection du droit contre l'utilisation de ces efforts. La clause générale serait le moyen de compléter les droits de propriété intellectuelle en s'adaptant au gré du temps.

Selon cette théorie, le juge aurait la responsabilité de faire la balance dans chaque décision entre la nécessité de protection du fabricant initial et l'intérêt de celui qui s'est approprié ces efforts. Cette argumentation s'appuie sur le fait que les efforts et les investissements peuvent en soi être protégés par la loi UWG, à condition que les intérêts de

[205] CJUE 18 juin 2009, L'Oréal c. Bellure.

chacun soient pesés. Cette conception se rapproche du droit français dans ses effets, bien qu'elle ne suppose pas en soi les mêmes conditions, le droit français étant fondé sur la responsabilité civile et le droit allemand sur une loi spéciale de concurrence déloyale.

D. L'utilisation de la clause subsidiairement aux droits privatifs

Ici, l'idée de la doctrine précédente est reprise, mais les auteurs ajoutent que même si la protection contre la concurrence parasitaire doit être accordée sur le fondement de la clause générale, une protection sur ce fondement sans limite aucune menacerait la limite entre concurrence déloyale et propriété intellectuelle. L'utilisation de la clause générale ne serait alors possible qu'à deux conditions.

D'une part, cette protection ne devrait aller à l'encontre d'aucun droit de propriété intellectuelle, c'est-à-dire, ne pas protéger ce qui a été refusé par la protection de la propriété intellectuelle, par exemple car une des conditions nécessaire à la protection n'était pas remplie. Si le produit en question pourrait potentiellement être protégé par la propriété intellectuelle mais qu'il ne l'est pas, la protection est alors toujours possible sur le fondement de la loi UWG, selon les critères de déloyauté prévus au §4 UWG, mais pas sur le fondement de la clause générale. Cette condition est ainsi seulement remplie, lorsque la loi de propriété intellectuelle comporte une lacune. La loi UWG ne servirait qu'à la compléter, jusqu'à ce que le législateur vienne légiférer en la matière.

D'autre part, la protection ne doit pas seulement servir les intérêts du fabricant initial, mais doit aussi pouvoir être refusée si elle porte atteinte aux intérêts de la communauté. Le juge aurait ici le devoir de peser les intérêts de chacun, y compris du concurrent, avant de prendre sa décision. En effet, la liberté de reproduction est dans l'intérêt du consommateur, car elle conduit à une réduction des prix. Mais elle peut aussi parfois nuire à l'innovation et cela ne doit pas être perdu de vue. La protection ne serait alors envisageable que lorsque le fabricant initial risquerait, par le fait de la pratique de son concurrent, de devoir retirer son produit du marché sans avoir amorti au préalable les frais de fabrication et de commercialisation. C'est cette position qui fut suivie par la BGH dans le cadre de la décision sur les saisons vestimentaires (*Modeneuheiten*).

Cette dernière possibilité semble la plus raisonnable afin d'élargir le champ d'application de la concurrence parasitaire en Allemagne.

II. La possibilité d'élargir une protection stricte de la concurrence parasitaire par l'utilisation de la clause générale

Un retour à la position antérieure à la réforme de 2004 serait de bonne augure puisqu'au demeurant, les juges et le législateur ne semblent pas s'y opposer.

A. La clause générale, complément possible des droits de propriété intellectuelle

La protection des efforts et des investissements par le droit de la concurrence déloyale se situe dans un domaine frontière entre le droit de la propriété intellectuelle et la concurrence déloyale et doit donc rester en bon accord avec les deux domaines. Le droit de la concurrence déloyale allemand n'est pas étranger à la protection des intérêts personnels, puisqu'il prévoit également l'interdiction de l'espionnage industriel, de la violation des secrets professionnels par exemple.

En l'absence de balance des intérêts prévue par la loi, c'est au juge d'effectuer cette balance. La clause générale permettrait donc d'effectuer cette balance tout en protégeant de nouveaux droits, et ainsi de s'adapter aux nouvelles évolutions.

De même, aussi bien l'interprétation stricte du §4 Nr. 3 UWG, que l'histoire de sa mise en place ne permettent de penser que ce paragraphe serait exclusif d'une protection sur le fondement de la clause générale. Le législateur souhaitait simplement, en créant le §4 Nr. 3 UWG, codifier ce qui avait été découvert par les juges et qui était de jurisprudence constante.

Enfin, l'expérience montre que la jurisprudence n'est pas contre une évolution de perspective, et un retour à l'état qui précédait la réforme de 2004.

B. Une jurisprudence ouverte à l'utilisation de la clause

Tout d'abord, les juges n'ont jamais, avant la réforme de 2004, refusé d'utiliser la clause générale lorsqu'elle était utile, et ne l'ont pas non plus utilisée avec excès. Que le législateur décide de codifier ce qui a été découvert grâce à cette clause doit plutôt être vu comme un encouragement à continuer à faire évoluer le droit, plutôt qu'à marquer un arrêt selon lequel les catégories existantes seraient suffisantes pour contenir toutes les évolutions possibles futures, alors que celles-ci ne sont certainement pas imaginables au jour d'aujourd'hui.

Ensuite, l'expérience montre que les juges allemands sont enclins à utiliser des moyens de détournement lorsque la possibilité leur est refusée d'offrir une protection souhaitable. En effet, l'argumentation de l'arrêt *Modeneuheiten*, dans lequel les lacunes de la propriété intellectuelle ont été démontrées et que la nécessité d'une protection a été justifiée, est largement préférable aux arrêts dans lesquels le juge, après avoir démontré les pour et les contre d'une protection par la concurrence parasitaire, se cache derrière les catégories du §4Nr.3 UWG pour offrir cette protection.

Ainsi, si la liberté de la copie doit toujours être autorisée, le concurrent malveillant ne peut pas rester impuni lorsqu'il utilise à son avantage et sans investissement les efforts de son concurrent, en lui portant préjudice. En suivant cette méthode, le droit allemand arriverait certainement à un point d'équilibre entre liberté de la concurrence et protection des investissements. Il est heureux de constater que la doctrine ne songe pas une seconde à étendre cette protection à des situations hors concurrence.

La France devrait sur cet exemple clarifier la théorie du parasitisme pour que son application soit plus justifiée.

Titre 2 : La nécessité de clarification de la théorie du parasitisme

La théorie du parasitisme en France, qui s'est éparpillée, a besoin de clarté pour retrouver ce point d'équilibre entre juste protection des efforts et investissements des entreprises et liberté de la concurrence, pour être donc justifiée. Si son application actuelle fait face à de nombreux débordements, elle présente tout de même certains avantages face au système allemand. Les deux pays devraient s'inspirer l'un de l'autre pour trouver ce juste équilibre.

Chapitre 1 : Une théorie justifiée sous condition d'une application modérée

Section 1 : Bilan des avantages et inconvénients de la théorie du parasitisme face à la législation allemande

Le régime allemand, codifié et – parfois trop - précis, a des avantages dont la France devrait s'inspirer, mais comporte également des inconvénients sur lesquels il pourrait s'inspirer du régime français.

I. La souplesse d'une théorie jurisprudentielle à la française

La théorie du parasitisme en France a pour avantage d'être très souple et s'adapte ainsi à de nombreuses situations, mais c'est également l'insécurité juridique à laquelle cette adaptabilité est liée qui la décrédibilise en partie.

A. L'adaptation aux enjeux actuels et futurs

La jurisprudence française sur la concurrence déloyale et parasitaire a permis, par la largesse des termes de l'article 1382 du code civil, d'étendre la théorie à des cas qui ne bénéficiaient autrement d'aucune protection. La théorie du parasitisme bénéficie ainsi de l'*universalité* de la responsabilité civile[206]. Cet avantage lui a permis, à l'instar des juges allemands sur le fondement de la clause générale du §1 UWG, de protéger de nouvelles catégories qui ne bénéficiaient pas de la protection de la propriété intellectuelle, alors qu'une telle protection était manifestement nécessaire, c'est-à-dire pour protéger le titulaire d'une valeur économique de l'usurpation des tiers. Par exemple, la jurisprudence a protégé par le biais du parasitisme les titulaires de logiciels ou de bases de données, ainsi que les appellations d'origine, avant qu'une protection par la promulgation d'une loi par le législateur ne soit votée[207]. De même, elle protège les noms de domaines, depuis l'apparition de l'internet[208].

Un exemple aujourd'hui très actuel qui mériterait également une protection par la théorie du parasitisme est celui des créations par les robots journalistes. En effet, certaines agences de presse commencent à utiliser des robots pour rédiger des dépêches, comme l'agence américaine Associated Press. Au regard du droit d'auteur, la robotisation de la production journalistique pose des questions. La protection par le droit d'auteur suppose l'existence d'une œuvre de l'esprit originale, ce qui ne s'applique pas aux robots, en l'absence de détermination d'un auteur personne physique[209]. Il s'agit ici d'une nouvelle forme de création qui n'est pas protégée par le droit d'auteur, et dont la reprise servile pourrait éventuellement être sanctionnée par la théorie du parasitisme.

---

[206] LE TOURNEAU, *op. cit Note 188.* « *De la modernité du parasitisme* », p. 5.
[207] LE TOURNEAU, *op. cit.Note 188* « De la modernité du parasitisme », p. 5.
[208] BEKALE NGUEMA Gilbert Blaise, Concurrence déloyale et commerce électronique, p. 64 et s.
[209] LEBOIS Audrey, « *Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ?* », p.1.

L'utilité de la théorie du parasitisme est alors ici de « pallier les incohérences ou insuffisances de la loi »[210], et doit pouvoir garder cette fonction, en prenant garde de ne pas « reconstituer des monopoles non voulus par le législateur et inévitablement contraires à la liberté du commerce et de l'industrie »[211]. La malléabilité de la responsabilité civile est donc un grand avantage, à manier avec précaution.

B. Un risque d'insécurité juridique

Le risque de cette malléabilité de la théorie du parasitisme est son insécurité juridique. Comme vu précédemment, la jurisprudence en matière de parasitisme reste assez incertaine car la motivation des juges est souvent floue. Les solutions paraissent fluctuer au gré des espèces sans qu'on puisse en tirer une logique certaine. Toute systématisation semble ainsi impossible en matière de parasitisme, qui est liée à une forte casuistique[212]. Le risque qui en résulte est celui d'une insécurité juridique contestable[213]. Le droit français devrait ici s'inspirer de la clarté des conditions à l'allemande, qui, si elles rendent difficiles une action en concurrence parasitaire, ont au moins le mérite d'être précises, compréhensibles et fiables. La sécurité juridique est pour cette raison beaucoup mieux respectée en Allemagne qu'en France au sujet de la concurrence parasitaire.

II. La cohérence d'un régime légal de concurrence déloyale à l'allemande

Les allemands ont légiféré depuis 1909 en matière de concurrence déloyale. La protection de la loi UWG, contre la concurrence déloyale, ne protège pas uniquement les concurrents, mais tous les acteurs du marché. Cela a l'avantage de réunir tous les comportements déloyaux en une seule loi, et pose la question de la nécessité d'une législation en France. Mais cela a pour conséquence l'éparpillement des normes juridiques qui concernent la protection de ces autres acteurs dans d'autres codes et lois.

---

[210] COLOMBET Claude, « *Quelques réflexions « impertinentes » en matière de propriété littéraire et artistique »*, mél. Gavalda, p. 79 et s.
[211] BURST Jean-Jacques, « *La reconstitution des monopoles de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?* », mél. Mathély, p. 93.
[212] CARON Christophe, « *Les relations fusionnelles du parasitisme et de la contrefaçon* »,comm. 32.
[213] PASSA Jérôme, « *Pour ou contre la sanction du parasitisme ? Divergences, confusions et contradictions* », p.109.

A. Une protection légale large bénéficiant aux autres acteurs du marché

D'après le §1 de la loi UWG sur la concurrence déloyale, la loi s'applique aux concurrents, aux consommateurs ainsi qu'aux autres participants au marché, et protège l'intérêt de la communauté[214]. La loi contre la concurrence déloyale a ainsi l'avantage de contenir les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs et édictées sous l'influence du droit de l'Union Européenne, tout comme le régime de concurrence déloyale qui condamne les comportements déloyaux entre concurrents sur le marché. En France au contraire, le cloisonnement entre concurrence déloyale et pratiques commerciales déloyales et trompeuses paraît dommageable, ces dernières ne sont « qu'un prolongement de la concurrence déloyale »[215]. Dans les deux hypothèses il s'agit bien d'un « trouble causé au marché par un comportement irrespectueux du droit »[216]. Une codification de la concurrence déloyale dans le livre IV du code de commerce avait été proposé par la commission Canivet, mais n'a pas été retenue par la loi du 2 août 2005. Une législation similaire à celle de la concurrence déloyale en Allemagne serait porteuse de sens, en ce qu'elle apporterait à la fois la clarté nécessaire et manquante à la théorie actuelle du parasitisme, tout en permettant une unification des normes de concurrence et pratiques déloyales. En effet, les pratiques déloyales à l'égard du consommateur sont presque toujours des pratiques déloyales à l'égard du concurrent, et inversement[217]. D'ailleurs, les juges français ne semblent pas indifférents au fait que la concurrence déloyale doit également prendre en compte le consommateur. Par exemple, dans un arrêt en date du 16 février 2016, la Cour de cassation retient que « La société qui, dans le cadre des pourparlers liés à l'acquisition d'un fonds de commerce concurrent, reprend le concept de restauration (nom, agencement des tables et pizzas proposées) et cherche à tromper le consommateur en suggérant un lien entre ces deux établissements, adopte un comportement parasitaire »[218]. Ici, les Hauts Magistrats déterminent le comportement parasitaire non seulement par les critères classiques du parasitisme (notamment ici la reprise des éléments essentiels et caractéristiques du restaurent, fruits des efforts et des investissements de celui-ci), mais mentionne également le fait que le

[214] §1 UWG : Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.
[215] PICOD Yves, « *Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale* », mél. Serra, p. 361.
[216] PICOD Yves, *op. cit. note 198*, p. 362.
[217] PICOD Yves, *op. cit. n°198*, p. 363.
[218] Cass. Com. 16 février 2016, n°13-28.448, comm. Malaurie-Vignal.

consommateur ait été trompé, l'acte de tromperie n'étant pas normalement sanctionné sur le fondement du parasitisme mais sur la tromperie du Code de la consommation.

Ce mouvement a bien été compris par les allemands et se reflète très bien dans la loi UWG. L'efficacité du droit français n'en serait que renforcée, même si ce système n'est pas sans quelques défauts, comme le fait que le juge peut se voir enfermé dans l'application de la loi.

B. Une loi UWG en manque d'ouverture

Cette critique du manque d'ouverture de la loi UWG est actuellement débattue en Allemagne et concerne surtout la nécessité d'application du § 3 I UWG en tant que clause générale qui permettrait au droit allemand de respirer à nouveau. Le §3I UWG, comme vu précédemment, permettrait au juge de pouvoir adapter la loi UWG aux nouvelles évolutions, comme celle de l'internet décrite plus tôt. En effet, en l'absence d'utilisation de la clause générale, le droit allemand de la concurrence parasitaire reste enfermé dans des conditions très strictes, qui sont certes adaptées aux pratiques qu'elles sanctionnent, mais ne permettent pas d'envisager une évolution du droit en dehors des législations. Pourtant, c'est d'abord le rôle du juge de permettre une évolution du droit, ou de la mettre en avant pour que le législateur puisse prendre le relais. On craindrait alors, en l'absence d'utilisation de la clause générale du §3 I UWG, que le droit allemand s'enferme dans un droit non évolutif. Le droit français permet bien cette évolution par l'utilisation de la responsabilité civile, et s'il fallait engager une réforme de la concurrence déloyale en France en imaginant une codification dans le code de commerce, il faudrait alors prévoir un article permettant un élargissement du régime face aux évolutions. C'est un juste milieu qu'il paraît difficile de trouver, en considération du droit français, aujourd'hui trop large, et du droit allemand, aujourd'hui trop strict, mais qui n'est pas impossible : on trouve dans les deux pays des auteurs qui proposent les réformes nécessaires.

Pour le moment, aucun des deux systèmes, français ou allemand n'est parfait en ce qu'aucun des deux pays n'a trouvé un bon équilibre entre liberté de la concurrence et protection des innovations. Mais en ce qui concerne le droit français et outre une éventuelle codification, qui ne paraît actuellement pas être en route, la théorie du parasitisme peut trouver un équilibre en respectant certaines règles jusqu'alors non respectées.

Section 2 : Une théorie du parasitisme en quête d'équilibre

La doctrine favorable à une restriction du champ d'application de la théorie du parasitisme a fait quelques propositions dans ce but. Il semblerait que le juge français ne soit pas resté insensible aux critiques qu'on lui a faites et que la théorie du parasitisme puisse enfin trouver un point d'équilibre plus acceptable.

I. Les améliorations de la théorie suggérées par la doctrine

Deux points sont aujourd'hui à travailler pour que la théorie du parasitisme retrouve une justification : d'une part, l'application à la lettre de la définition précise du parasitisme, et donc de ses conditions, d'autre part, la fixation d'une frontière rigoureuse avec la propriété intellectuelle.

A. L'usage d'une définition précise de la théorie et de ses conditions

Comme expliqué précédemment, la définition du parasitisme donnée par M. Le Tourneau[219] était extrêmement précise et comportait un certain nombre de conditions de sécurité, qui aurait dû empêcher la théorie de s'étendre sans fin. Cette définition avait pour objectif de rendre plus difficile la mise en œuvre de la théorie du parasitisme que la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, puisqu'il suffisait pour ce dernier de prouver l'existence d'un droit et sa violation. Mais en pratique, il est apparu que les juges n'ont pas toujours vérifié l'ensemble des conditions nécessaires au parasitisme : la jurisprudence a souvent retenu le parasitisme, sans rien démontrer d'autre que l'objet parasité était une valeur économique. Les juges ont au fur et à mesure supprimé l'exigence de préjudice – puisqu'il « s'infère » de la faute - , ou ont calculé des dommages et intérêts qui n'avaient rien à voir avec le préjudice effectivement subi. Enfin, des comportements ont été considérés comme parasitaire sans autre démonstration que le rappel de la définition du parasitisme : « c'est ainsi que se généralise la pratique consistant à qualifier de parasitisme tout comportement concurrentiel gênant que l'on ne parvient pas à qualifier autrement, et d'accompagner toute demande principale fondée sur un droit de propriété intellectuelle ou sur une catégorie

[219] Cf. Note 39 de la présente recherche.

classique de concurrence déloyale, d'une demande subsidiaire s'appuyant sur la théorie du parasitisme »[220].

Hueber et Binn proposent alors des pistes d'amélioration afin de restreindre à nouveau la théorie du parasitisme à ce qu'elle était à l'origine, c'est-à-dire par application stricte de la définition donnée par M. Le Tourneau[221].

Ils proposent ainsi, pour l'appréciation de la faute, de respecter à nouveau scrupuleusement les conditions de l'objet reproduit, de l'étendue de la protection, et des mobiles prétendus du parasite, sachant que ces conditions sont cumulatives. Ainsi, l'objet reproduit doit constituer une « valeur économique fruit d'un effort intellectuel et d'investissements » et procurer un « avantage concurrentiel ». Pour l'étendue de la protection, ils proposent de s'interroger d'abord sur la présence d'un risque de confusion. S'il existe, la faute doit être acceptée. S'il n'existe pas, il faut alors s'intéresser à l'importance qualitative des caractéristiques reproduites (sont-elles essentielles ou non ?). Enfin, il faudrait étudier les raisons pour lesquelles le parasite a copié, et selon la définition de M. Le Tourneau, vérifier si la copie avait un but lucratif, si elle avait une justification, et s'il existait ou non une nécessité absolue. En ce qui concerne l'appréciation de la faute, M. Passa suggère également, en prenant exemple sur le droit allemand, de revoir la notion de faute qui se trouve non pas dans l'utilisation elle-même ou dans la réalisation d'une économie d'investissement, mais dans le *mode d'utilisation* du travail d'autrui, traduit en allemand par la *Art und Weise* de la copie[222].

Ils proposent ensuite, pour l'appréciation du préjudice, que la victime démontre dans tous les cas l'existence et l'étendue du préjudice, sans que ne puisse être accepté un préjudice « s'inférant » dans la faute[223]. Le préjudice peut alors être, en cas de concurrence parasitaire, la baisse des ventes ou des prix, ou des deux. En cas d'agissements parasitaires, le préjudice pourrait être l'affaiblissement de la valeur du fond de commerce, ou d'une dilution de la notoriété par « affaiblissement du pouvoir attractif du signe copié »[224].

En appliquant strictement les conditions issues de la définition de M. Le Tourneau, l'utilisation de la théorie du parasitisme pourrait ainsi retrouver une justification en ce qu'elle permettrait de supprimer les écueils actuels en matière de parasitisme.

B. La fixation une frontière rigoureuse avec la propriété intellectuelle

[220] HUEBER & BINN, *op. cit. Note 113*, p. 2.
[221] HUEBER & BINN, *op. cit. Note 113*, p. 4.
[222] PASSA Jérôme, « Propos dissidents sur la théorie du parasitisme », *op. cit Note 9,* p. 10.
[223] HUEBER Corinne & BINN Serge, *op. cit. Note 113*, p. 5.
[224] Selon l'expression du TGI Paris, 3e chambre, 5 mars 1984.

Plus la théorie du parasitisme s'étend, plus la frontière avec la propriété intellectuelle devient floue. La propriété intellectuelle doit sanctionner l'utilisation d'un droit sans autorisation de son propriétaire, alors que la concurrence déloyale et parasitaire, et les agissements parasitaires, doivent sanctionner un comportement déloyal. Dans un même jugement, il n'est pas rare d'observer que certains demandeurs poursuivent un comportement litigieux sur le fondement de la contrefaçon, puis à titre subsidiaire sur le fondement de la concurrence déloyale, et subsidiairement, sur le fondement de la théorie du parasitisme[225]. Dans ce cas, les trois situations semblent se valoir, alors que les différents fondements poursuivent des objectifs différents. De même, l'utilisation de la théorie du parasitisme à tout va, alors même qu'une action en contrefaçon aurait pu fonctionner, ou à l'extinction d'un droit privatif, fait perdre sa valeur aux droits de propriété intellectuelle, comme expliqué ci-dessus. Pour redonner de la valeur à ceux-ci, et pour limiter l'application du parasitisme, il faut donc bien garder en tête les objectifs différents des deux actions, appliquer strictement les conditions de la théorie du parasitisme, afin de pouvoir tracer une frontière claire entre la protection offerte par la théorie du parasitisme et celle offerte par les droits de propriété intellectuelle.

II. La stabilisation peu à peu apportée par les juges

Les juges ont peu à peu écouté les critiques de l'application de la théorie du parasitisme, et de récents arrêts semblent revenir à la raison en appliquant la théorie avec plus de rigueur. Ceci laisse à penser qu'une évolution de la théorie dans le sens d'une diminution de son champ d'application pourrait être en route, ce qui représente une avancée pour que la théorie retrouve sa justification initiale.

A. Le retour du principe de liberté de la concurrence

D'après l'expression de Mme Tréfigny, « Après avoir été applaudie, puis vilipendée, cette notion qui n'est pas aussi récente qu'elle peut y paraître de prime abord, semble atteindre l'âge de raison dans son application la plus récente par nos juges »[226]. En effet,

[225] A titre d'exemple : TGI Nanterre, 16 septembre 1999, L'Oréal c. Vichy, TGI Nanterre, 10 janvier 2000, SNC Lancôme Parfums et Beauté c. Grandtotal Finances Ltd.
[226] TREFIGNY Pascale, mél. Schmidt-Szalewski, *op. cit. Note 16,* p.343.

certains arrêts semblent rappeler que le principe de la liberté de la concurrence doit retrouver ses droits en l'absence d'un droit privatif, et que la théorie du parasitisme ne doit s'appliquer que de manière exceptionnelle. La Cour de cassation a en effet récemment rappelé que « le principe de la liberté du commerce implique que, d'une part, une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduite, sous certaines conditions tenant notamment à l'absence de risque de confusion dans l'esprit des consommateurs (…) et que, d'autre part, si un telle reprise est susceptible de procurer à celui qui la pratique des économies, elle ne saurait, à elle seule, être tenue pour fautive, sauf à vider de toute substance ce principe »[227]. La Cour semble alors ici revenir vers une stricte séparation entre concurrence déloyale et parasitaire, et droit privatifs.

D'autres décisions relèvent que les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale relèvent de deux fondements distincts[228], ce qui a conduit à rejeter en appel des demandes fondées sur l'autre fondement. Ainsi, lorsque l'un des deux fondements a été rejeté en première instance, l'autre est irrecevable en appel[229].

Si les décisions les plus récentes, de manière regrettable, ne réutilisent pas l'exigence de faits distincts pour une condamnation parallèle à la contrefaçon, la Cour de cassation a cependant pu retenir que « L'action en responsabilité pour parasitisme peut être fondée sur les mêmes faits que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon de marque rejetée pour défaut de droit privatif, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif »[230]. D'après Mme Tréfigny, qui analyse cette décision, la Cour souhaite cependant distinguer deux situations avec cette formule, plutôt que de retrouver un comportement laxiste. La Cour obligerait les juges à observer deux analyses dans leurs décisions : d'une part, une première analyse sur le terrain de la propriété intellectuelle, d'autre part, et dans un second temps, sur le terrain de la responsabilité civile pour laquelle la faute doit réellement exister et être prouvée. L'équilibre du statut de la propriété intellectuelle dépend ainsi de ce type d'analyse.

Ainsi, la Cour semble vouloir réaffirmer la séparation entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale et parasitaire, ce qui ne peut qu'être approuvé. Elle semble également vouloir mieux appliquer les conditions de la théorie du parasitisme afin de limiter son application aux cas qui nécessitent réellement une protection sur ce fondement et par une analyse plus stricte.

---

[227] Cass. Com. 8 avril 2008, dans le même sens, Cass. Com. 9 mars 2010 et CA Paris 18 novembre 2011.
[228] Par exemple CA Toulouse, 2 mai 2012.
[229] Par exemple Cass. Com. 29 mars 2011.
[230] Cass. Com., 12 juin 2012.

B. Le durcissement des conditions de la théorie des agissements parasitaires

Par deux arrêts en date du 4 février 2014, la Cour de cassation a durci les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pour parasitisme. Elle a rappelé que le parasitisme « consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment des investissements consentis ou de sa notoriété »[231]. Les Hauts Magistrats réclament alors ici la nécessité de vérifier deux conditions : d'abord, le détournement de notoriété ou d'investissements, puis la volonté de se placer dans le sillage de l'autre afin d'en tirer profit. Surtout, dans cet arrêt, la Cour souligne que l'action en concurrence déloyale « ne saurait résulter d'un faisceau de présomptions » tandis que le parasitisme « résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité ». Ainsi, les exigences de preuves seraient plus exigeantes en matière de parasitisme qu'en matière de concurrence déloyale. La condition nécessaire dans cet arrêt pour fonder la sanction sur le parasitisme, est le fait que ce sont des « éléments fortement évocateurs » qui ont été copiés.

Cet arrêt doit être rapproché à un arrêt du 15 novembre 2011, dans lequel la Cour a cassé l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait retenu la sanction du parasitisme, car elle n'avait pas cherché « si, indépendamment d'un risque de confusion auprès de la clientèle, le sac incriminé n'était pas de nature à évoquer, dans l'esprit du public concerné, le sac Venetia de la société Marc Jacobs international, et, eu égard à sa piètre qualité, à porter atteinte à son image de marque et à sa notoriété »[232]. L'action sur le fondement du parasitisme doit être alors suffisamment évocatrice d'un produit notoire, sans quoi elle sera rejetée[233].

De même, beaucoup de décisions sont plus exigeantes dans l'admission de la faute. Par exemple, elle a jugé qu'en l'absence d'efforts de création, dans cet exemple, l'utilisation d'un emballage banal pour des produits de salaison sous filet et utilisant la couleur rouge en période de Noël[234], et en l'absence de frais de lancement d'un produit banal, le parasitisme ne pouvait être retenu. La Cour rappelle le principe de liberté : les juges du fonds doivent alors être plus attentifs. L'ensemble de ces décisions démontrent l'effort de la Cour de cassation pour rappeler aux juges du fond d'une part, que le principe de liberté doit toujours être gardé en tête dans l'analyse d'un cas de parasitisme, et que d'autre part, la théorie du parasitisme doit être interprétée en analysant strictement ses conditions. On ne peut que saluer ces efforts

[231] Cass. Com. 4 février 2014
[232] Cass. Com. 15 novembre 2011.
[233] MALAURIE-VIGNAL, « *Concurrence déloyale et parasitisme* », p.4.
[234] Cass. Com 15 janvier 2002.

de la Cour, en attendant une généralisation de l'application de ces efforts par les juges du fond.

La théorie est donc utile et nécessaire et doit être utilisée à bon escient. Son avenir est donc prometteur si elle fait l'objet d'une application encore plus modérée, à l'instar du système allemand.

Chapitre 2 : Les perspectives d'évolution de la théorie du parasitisme

Si l'on envisageait dans un proche avenir par exemple une codification, ou une simple évolution de la théorie du parasitisme à l'allemande, elle ne pourrait et ne devrait être codifiée de manière strictement équivalente à la loi UWG allemande. Pourtant, si la théorie du parasitisme est fondée sur des fondements strictement nationaux, certaines bonnes idées pourraient être reprises du système allemand.

Section 1 : Une théorie difficilement modifiable dans ses fondements

Si la théorie du parasitisme devait être amenée à évoluer, ses fondements ne seraient probablement pas modifiés. D'une part, car l'influence du droit de l'Union Européenne en matière de concurrence déloyale est presque inexistante, d'autre part, car la théorie du parasitisme est issue d'une tradition juridique particulière à la France, et qui s'oppose à la conception allemande de la concurrence déloyale.

I. L'absence d'un droit européen du parasitisme économique

La théorie du parasitisme n'a pas été envisagée par le droit de l'Union Européenne. Les différents points de vues concernant le parasitisme entre les différents États de l'Union Européenne et l'ampleur des questions concernant la concurrence déloyale ont empêché l'Union européenne d'adopter des directives en la matière. Certaines directives concernant les dessins ou modèles communautaires non enregistrés, les droits des fabricants/producteurs de bases de données, ou encore la protection des marques de renommées se rapprochent de la théorie du parasitisme, en particulier cette dernière sur la protection de la marque de renommée, qui est en soi une codification de la théorie du parasitisme en matière de marques. Trois arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne ont également eu une influence sur

le parasitisme par le biais du droit des marques[235]. En effet, la Cour utilise la fonction d'investissement de la marque pour autoriser un propriétaire d'une marque renommée d'interdire à un concurrence de faire de la publicité « à partir d'un mot clé correspondant à cette marque que ce concurrent a, sans le consentement du propriétaire, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet »[236]. Hormis ces cas spéciaux, l'Union Européenne n'a pas interféré dans le droit des États membres au sujet de la théorie du parasitisme.

Un rapport a été effectué par le cabinet d'avocats *Hogan Lovells* sur demande de la Commission européenne, concernant le parasitisme après la transposition de la directive 2005/29[237]. Le rapport retient que les solutions pour lutter contre le parasitisme ne sont pas harmonisées et diffèrent d'un État à l'autre. Il précise également que le droit de l'Union Européenne devrait préciser les conditions dans lesquelles les conditions des pratiques commerciales déloyales pourraient être utilisées dans les rapports entre professionnels[238].

Concernant le droit allemand, l'Union Européenne a provoqué plusieurs réformes de la loi UWG. En effet, celle-ci incluant également le droit de la consommation, elle a dû être adaptée pour prendre en compte la directive sur les pratiques commerciales déloyales[239], sur les publicités trompeuses et les publicités comparatives[240] et notamment par les réformes de 2008 et 2015. Cette conception globale de la concurrence déloyale en Allemagne lui permet de mieux traiter les pratiques déloyales, que ce soit en protégeant les intérêts des consommateurs que des concurrents[241].

---

[235] CJCE, Arrêt du 18 juin 2009, aff. C-487/07, L'Oréal SA c. Bellure NC, CJUE arrêt du 23 mars 2010, aff. Jtes C-236/08, Google France et Google, CJUE, arrêt du 22 septembre 2011, aff. C-323/09, Interflora Inc. c. Marks&Spencer plc.

[236] BINCTIN Nicolas, *op. cit. note ?,* « Le droit de la concurrence déloyale, perspectives françaises et européennes », dans Défis du droit de la concurrence déloyale, p. 98.

[237] HOGAN LOVELLS, Final repor on Parasitic Copying for the European Commission, Study on Trade Secret and Parasitic Copying (Look-alikes), MARKT/2010/20/D, 2011.

[238] HOGAN LOVELLS, *op. cit. note 237,* §108s. : « *Whilst the enactment of the EC UNfair Commercial Practices Directive has improved the protection available in relation to parasitic copies in a few countries, this appears to be the exception rather than the rule. The Enforcement Directive does appear to have improved access to certain remedies and relief in some Member States. However, even though the range of remedies is apparently similar, the number of those remedies that may be claimed and the ways in which they are applied may differ between Member States* »

[239] Directive 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

[240] Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

[241] OHLY Ansgar, *op.cit.Note 160,* p.3-4.

En France, pour le moment et en l'absence de législation en la matière, la concurrence déloyale et la concurrence illégale sont traitées séparément, et le droit de l'Union Européenne n'a pour le moment aucune influence sur sa façon de faire évoluer le droit de la concurrence.

II. La limite fluctuante entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, une histoire de traditions juridiques

Deux conceptions, allemandes et françaises, permettent d'appréhender le parasitisme. D'un côté, une conception basée sur le droit de la propriété intellectuelle, selon laquelle la propriété intellectuelle doit être un régime suffisamment protecteur pour limiter au maximum ce qui peut être protégé en dehors des droits privatifs, et qui soutient en conséquence la libre concurrence et le principe de libre reproduction. De l'autre côté, une conception civiliste selon lequel tout dommage causé à autrui doit être réparé, la conception française, qui prend moins en compte les nécessités de la concurrence sur le marché.

On a donc un droit d'une part s'étant fortement inspiré des droits de propriété intellectuelle, comme dit précédemment, et une autre se basant sur des principes de droit civil. En conséquence, et par l'influence de la tradition, il apparaît difficile d'imposer à la France, qui depuis les débuts de la théorie du parasitisme s'est basée sur la responsabilité civile, de changer de conception et de renforcer son droit de la propriété intellectuelle en réduisant la portée de la théorie du parasitisme.

Pourtant, cette conception est soutenue par le professeur A. Lucas, qui affirme que « tout effort intellectuel ne justifie pas une protection. La loi a organisé des droits privatifs et en a subordonné le bénéfice à certaines conditions (…). La création qui ne répond pas aux exigences légales est réputée appartenir au domaine public, c'est-à-dire qu'elle est à la disposition de tous. Il ne saurait donc en principe y avoir aucune faute à utiliser une telle création. Celui qui s'est borné à tirer parti, sans bourse délier, d'une création non protégée ne devrait pas engager sa responsabilité, car s'il y a bien là un comportement « parasitaire », on ne saurait sans abus ériger que ce parasitisme constitue une faute »[242]. Cette opinion décrit exactement l'état d'esprit qui règne en Allemagne concernant le parasitisme, et qui devrait préférablement régner en France. Mais ce ne sera qu'en présence d'une codification qu'une telle vision pourrait être abordée en France, puisqu'en raison de son régime jurisprudentiel

[242] LUCAS A, note sous CA Rouen, 13 janvier 1981, D. 1983, Jur. P. 53.

fondé sur l'article 1382 du Code civil, l'aspect civiliste est aujourd'hui trop présent dans la conception française du parasitisme pour pouvoir lui imposer un tel changement.

En considérant que la théorie du parasitisme pourrait évoluer vers une conception plus libérale, et si elle se porte déjà mieux aujourd'hui, pourrait encore être améliorée et ainsi mieux justifiée, par des mécanismes tirés du droit allemand.

Section 2 : Des solutions éventuelles pour une meilleure justification de la théorie du parasitisme sur l'exemple du droit allemand

Le droit allemand de la concurrence parasitaire comporte deux différences avec le droit français du parasitisme, et qui à notre avis pourraient être repris en droit français afin de limiter l'application de la théorie du parasitisme, aujourd'hui encore appliquée de manière trop vaste. Tout d'abord, le droit allemand ne prévoit une protection contre le parasitisme que lorsque deux entreprises sont concurrentes. Dans un deuxième temps, il pourrait être envisagé d'ajouter une nouvelle condition pour appliquer la théorie du parasitisme, similaire à la particularité concurrentielle.

I. La suppression de la protection contre les agissements parasitaires

Les agissements parasitaires, dans une conception libérale de la théorie du parasitisme, peuvent être considérés comme nuisant considérablement à la liberté de la copie. Selon M. Frion, « la généralité de la théorie de l'agissement parasitaire associée à la souplesse de ses conditions menace directement l'édifice de la propriété intellectuelle »[243]. Les agissements parasitaires, ou la protection contre les comportements parasitaires en l'absence de situation de concurrence, avaient déjà été l'objet de doutes par la Cour d'appel de Toulouse il y a quelques années. Celle-ci considérait que « l'application de cette notion (d'agissements parasitaires) ne doit être faite qu'avec beaucoup de prudence dès lors (…) que si un produit ne bénéficie par de la protection des lois du 14 juillet 1909 ou du 11 mars 1957, admettre que sa seule reproduction qui ne lèse aucun droit privatif serait constitutif d'une faute aboutirait à créer une protection subsidiaire faisant revivre, par un biais excluant la notion fondamentale

[243] FRION Jean-Jacques, L'agissement parasitaire, *op. cit*. *Note 1*, p. 24.

d'originalité, la protection des lois susvisées »[244]. Elle met ici en garde les juges face à la notion d'agissements parasitaires.

La notion d'agissements parasitaires a également été critiquée par certains auteurs, qui considèrent que la protection de la valeur économique par ce biais protège beaucoup trop largement des objets qui ne devraient être protégés en dehors de la propriété intellectuelle. Elle protègerait des valeurs conférant une « position économique privilégiée »[245]. Ces auteurs s'interrogent ensuite justement : « Ces privilèges doivent-ils néanmoins être durablement garantis par le droit ? Ne doivent-ils pas s'estomper par la compétition économique ? ». Ils soulèvent ainsi l'idée que la protection contre les agissements parasitaires pourrait disparaître au profit de la notion de concurrence parasitaire uniquement. Cette suppression aurait pour effet de diminuer considérablement les cas dans lesquels la théorie pourrait être utilisée. Pourtant, les agissements parasitaires en France représentent justement la particularité de la théorie du parasitisme. En la supprimant, il n'y aurait plus de distinction entre concurrence déloyale et théorie du parasitisme, en dehors de la sanction de la concurrence parasitaire en dehors de tout risque de confusion. Ainsi, par sa radicalité, elle reste moins souhaitable que l'ajout d'un nouveau critère d'originalité similaire à la particularité concurrentielle du droit allemand, qui permettrait d'éviter la protection de produits banals.

II. L'ajout d'un nouveau critère similaire à la « wettbewerbliche Eigenart »

L'ajout d'un nouveau critère de protection contre le parasitisme pourrait apporter deux avantages à notre théorie du parasitisme actuelle : d'une part, il permettrait de restreindre la théorie du parasitisme en évitant de pouvoir l'invoquer lorsque le produit copié est banal, et d'autre part, il permettrait de rendre plus claire et plus précise l'application de la théorie du parasitisme. La jurisprudence actuelle utilise plutôt, comme vu précédemment, le fait que le produit copié doit *évoquer* un produit notoire, mais cette notion d'évocation n'est pas assez précise. Récemment, dans un arrêt en date du 16 février 2016, la Cour de cassation a utilisé le critère de « distinctivité » qui rattache le produit à l'entreprise. On est alors exactement dans la définition de la *wettbewerbliche Eigenart*[246], dans un concept emprunté au droit des marques. L'utilisation de ce critère montre l'évolution positive que prennent les juges en matière de parasitisme et leur volonté d'en réduire la portée.

[244] CA Toulouse, 19 octobre 1988.
[245] PARLEANI Isabelle et Gilbert, *op. cit Note 105., p.* 252.
[246] *Op.cit.* Cass. Com. 16 février 2016.

En ce sens, la thèse de M. Frion offre une perspective différente mais comparable à l'ajout d'un critère similaire à la particularité concurrentielle. Il propose de sanctionner le parasitisme sur la base d'un critère, la « valeur ajoutée », qui permettrait de distinguer celui qui s'inspire d'un produit, banal ou non, en lui donnant une valeur ajoutée, et celui qui ne fait que copier, ce dernier devant être condamné, sauf si le produit est banal [247]. La « *Wettbewerbliche Eigenart* » allemande et le critère de valeur ajoutée proposent un point de vue différent: l'un vise à laisser libre la copie des produits banals, l'autre vise à autoriser l'imitation qui améliore le produit copié. Tous deux ont le même objectif ; laisser libre cours à l'innovation. Les critères utilisés actuellement dans cet objectif en droit français, tels la protection de l'effort ou l'investissement, sont des critères trop flous et subjectifs, qu'il serait préférable de remplacer par une notion claire et définie comme la particularité concurrentielle en droit allemand, ou éventuellement la valeur ajoutée telle que définie par M. Frion.

[247] FRION Jean-Jacques, *op. cit Note 1*. L'agissement parasitaire, 2001.

CONCLUSION

La théorie du parasitisme en France, entre répression et liberté, semble trouver son équilibre, et des pistes sont envisageables pour améliorer son fonctionnement, donner plus de clarté à son système et renforcer la prévisibilité et la sécurité juridique qui y sont liés. En Allemagne, les questionnements sont encore latents quant à l'utilisation de la clause générale, mais il semble cohérent que les juges allemands l'utilisent à bon escient lorsqu'une telle possibilité se présentera, pour continuer de faire évoluer leur droit de la même façon qu'avant la réforme de 2004.

La théorie du parasitisme doit continuer à être observée, commentée et améliorée, sans quoi les excès pointeront toujours leur nez. Un protectionnisme à outrance est dommageable pour la concurrence, tout comme pour la liberté du commerce. Il est donc paru absolument nécessaire de s'inspirer de la loi allemande pour donner au parasitisme en France une vision plus libérale, pour laisser aller et venir les évolutions et les innovations, en principe déjà protégées par la propriété intellectuelle. Car la volonté d'étendre la théorie du parasitisme traduit également un manque de confiance dans les droits de propriété intellectuelle, qui ont pourtant été pensés, réfléchis et construits par le législateur, pour la plupart, sous la réflexion commune des États membres de l'Union européenne. C'est donc un droit qui mérite d'être appliqué. Les protections en dehors de celles qu'il prévoit doivent être également limitées sans quoi il deviendra, ce qu'il est déjà devenu en France, beaucoup plus fragile.

Les concepts flous et standards non juridiques sur lesquels s'est forgée la théorie du parasitisme mériteraient certainement qu'un législateur s'y penche et vienne mettre un peu de clarté dans cette masse jurisprudentielle. L'exemple de l'Allemagne ne peut que prouver l'efficacité d'une loi bien faite, et les exigences venues de l'Union Européenne laissent à penser que la loyauté dans la concurrence ne peut aujourd'hui rester uniquement concentrée sur les rapports entre concurrents, mais doit prendre en compte tous les acteurs du marché. L'avance qu'a pris l'Allemagne à ce sujet doit être un exemple pour la France, qui doit pourtant savoir garder sa fugacité et son adaptabilité, deux qualités qui manquent certainement encore au système allemand. L'avenir de la théorie du parasitisme semble optimiste, d'une part au vu de l'application récente des juges qui semblent avoir pris conscience de la nécessité de plus de rigueur dans l'application de la théorie, d'autre part, dans la multitude des solutions envisageables pour dompter cette fougueuse théorie.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

OUVRAGES EN LANGUE FRANCAISE :

AZEMA Jacques, Le droit français de la concurrence, Thémis, 2e édition, PUF, 1989, n°163.

BEKALE NGUEMA Gilbert Blaise, Concurrence déloyale et commerce électronique, collection Etudes, Presses universitaires de Perpignan, nov. 2015.

BURST Jean-Jacques, Concurrence déloyale et parasitisme, Collection « Droit usuel », Dalloz 1993.

GAUTIER P.-Y, Propriété littéraire et artistique, 3e éd. PUF, 1990.

LE TOURNEAU Philippe, Responsabilité civile professionnelle, 2e édition, Dalloz, 2005.

ROUBIER Paul, Le droit de la propriété industrielle, tome 1., Sirey 1952.

SAINT-GAL Yves, Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale, droits français et étrangers, « ce qu'il faut savoir », J. Delmas et Cie, 5e édition, 1982.

TOPORKOFF Michel, Droit de la concurrence déloyale, Droit en action, LGDJ, 2010.

VOGEL Louis, Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique, Tome 1, 19e édition, LGDJ, 2014.

OUVRAGES EN LANGUE ALLEMANDE :

EMMERICH Volker, Unlauterer Wettbewerb, C.H.Beck, 9. Auflage, 2012.

KÖHLER Helumt, BORNKAMM Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 15e édition, C.H.Beck, 2015.

KOHLER/ BORNKAMM, UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 3e édition, Beck-Online, 2016.

OHLY/ SOSNITZA, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 6. Auflage 2014.

SCHRÖER Benjamin, Der unmittelbare Leistungsschutz, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Mohr Siebeck, 2010.

ULLMANN Eike, UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3e édition, Juris, 2013.

ARTICLES DE MELANGES :

AZEMA Jacques, « *L'incidence des dérives du parasitisme* », dans : Mélanges en l'honneur de Paul Didier, Études de Droit Privé, Economica, 2008.

BINCTIN Nicolas, « *Le droit de la concurrence déloyale, perspectives française et européenne* », dans : Défis du droit de la concurrence déloyale, Jacques de Werra, Schulthess, 2014.

BURST Jean-Jaccques, « *La reconstitution des monopoles de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?* », mélanges en l'honneur de Paul Mathély, Litec, 1990.

COLOMBET Claude, « *Quelques réflexions « impertinentes » en matière de propriété littéraire et artistique* », dans : Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz, 2001.

PARLEANI Isabelle et Gilbert, « *La tentation du Moyen-âge, l'exemple du parasitisme* », dans : Propos impertinents de droit des affaires, mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Dalloz, 2001.

PICOD Yves, « *Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale* », dans : Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, 2006.

TREFIGNY Pascale, « *Action en contrefaçon et action en concurrence déloyale – l'évolution de la jurisprudence la plus récente face au parasitisme* », dans : Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, mélanges en l'honneur du prof Joanna Schmidt-Szalewski, Lexisnexis, 2014.

SERRA Yves, « *L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français* », dans : Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Droz, 2002.

THESE :

FRION Jean-Jacques, « *L'agissement parasitaire* », Thèse de doctorat de droit privé, sous la direction de André Lucas, Université de Nantes, 2001.

ARTICLES :

AGOSTINI Eric, « *Les agissements parasitaires en droit comparé, le cas Helmut Rothschild* », La semaine Juridique Edition Générale, N°16, 15 avril 1987.

AUGUET Yvan, *« Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme* », Recueil Dalloz 2015 p. 2526 et s.

CARON Christophe, « *Les relations fusionnelles du parasitisme et de la contrefaçon* », Communication commerce électronique, 2010.

DANTZIKIAN Aurélie, « *La protection des bases de données par le droit du parasitisme est plus accessible que la protection par le droit d'auteur ou par le droit du producteur de base de données* », revue propriété industrielle, N°2, 2 février 2006, étude 5.

DRUEZ-MARIE Catherine, « *Le parasitisme appliqué à la protection des signes et des formes* », Les Petites Affiches, N° 154, 25 décembre 1998.

DUCOCQ Georges, « *Concurrence déloyale et parasitisme, deux régimes autonomes ?* », Revue de jurisprudence commerciale, Mars/avril 2010, Numéro 2.

DURRANDE Sylviane, « *Droit d'auteur et concurrence déloyale* », Jurisclasseur Civil, 1er septembre 2010.

DOUCET, P., « *Prescription et nature de l'action en concurrence déloyale* » Gazette du Palais 1964.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme, RJDA, 1994/6, p483.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « *L'affaire champagne, ou de l'ineffectivité du droit et du mépris du juge* », Revue trimestrielle de droit civil (1995).

GIVERDON Claude, « *Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce* », revue trimestrielle commerciale, 1953.

HUEBER Corinne et BINN Serge, « *Comment sauver la théorie du parasitisme* ?», Contrats concurrence consommation n°8-9, Août 2000, Chron. 13.

IZORCHE Marie-Laure, « *Les fondements de la concurrence déloyale et du parasitisme* », RTD com. 1998.

LEBOIS Audrey, *« Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ?* », Communication commerce électronique n°1, Décembre 2015, étude 2.

LE TOURNEAU Philippe, Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, §2 Concurrence déloyale et parasitisme.

LE TOURNEAU, *« De la modernité du parasitisme* », Gazette du Palais, N°303, 30 octobre 2001.

LE TOURNEAU, « *Exploitation et défense de la marque ; la contribution du parasitisme à la défense de la marque* », Droit et patrimoine, octobre 1999.

LE TOURNEAU Philippe, « *Folles idées sur les idées* », Communication commercer électronique, 2001/2, chron. 4.

LE TOURNEAU, Philippe, « *Le bon vent du parasitisme* », Contrats Concurrence Consommation - Janvier 2001 - n° 01

LE TOURNEAU, « *Peut-on entonner le requiem du parasitisme ?* », Dalloz 2001, p. 1226 et s.

LE TOURNEAU, « *Retour sur le parasitisme* », Dalloz 2000, p. 297 et s.

LUCAS A, note sous CA Rouen, 13 janvier 1981, Dalloz 1983, Jur. P. 53.

MALAURIE-VIGNAL, « Concurrence déloyale et parasitisme », Contrats concurrence consommation n°4, Avril 2014, comm. 90.

MALAURIE-VIGNAL, « *Réflexions sur la théorie du parasitisme* », Contrats concurrence consommation, 2001.

MALAURIE-VIGNAL, « *Parasitisme et notoriété d'autrui* »,, la semaine juridique Edition générale, N°49, 6 décembre 1995.

MALAURIE-VIGNAL, « *Réflexions sur la théorie du parasitisme* », Contrats concurrence consommation, N°10, Octobre 2001

MAZEAUD Henri, *« L' absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile* », D.H. 1935, chron. p5.

OHLY Ansgar, « *Hartplatzhelden.de oder : Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz ?* » GRUR 2010, 488.

PASSA Jérôme, « *Pour ou contre la sanction du parasitisme ? Divergences, confusions et contradictions* », Revue propriété intellectuelle, 2009, p. 109 et s.

PASSA Jérôme, *« Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique* », recueil Dalloz 2000, p. 297 et s.

PEIFER Karl-Nikolaus, « *Hartplatzhelden.de – Das Ende des unmittelbaren Leistungsschutz ?* », GRUR-Prax 2011, 181.

SAINT-GAL Yves, « *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire* », RIPIA 1956.

VIVANT Michel, « *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle* », Revue internationale de droit économique, 2006, pp. 361-388.

COLLOQUE :

Colloque « *Le parasitisme économique* », sous la direction du professeur Dupichot, Paris 1987, Gaz. Pal., Litec 1988.

PUBLICATIONS OFFICIELLES DE LA COMMISSION EUROPEENNE :

Règlement (UE) 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015.

Directive 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

ARRETS ET DECISIONS :

CJCE/CJCE :

CJCE, Arrêt du 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal SA c. Bellure NC.*

CJUE arrêt du 23 mars 2010, aff. Jtes C-236/08, *Google France et Google.*

CJUE, arrêt du 22 septembre 2011, aff. C-323/09, *Interflora Inc. c. Marks&Spencer plc.*

JURIDICTIONS FRANCAISES :

CA Paris, 8 décembre 1962.

Cass. Com. 22 octobre 1973.

Cass. Com, 3 octobre 1978.

Cass.Com, 30 novembre 1983.

TGI Paris, 3e chambre, 5 mars 1984.

Cass. Com. 5 novembre 1985.

Cass. Com. 25 nov. 1986.

TGI Paris, 21 octobre 1987.

CA Toulouse, 19 octobre 1988.

CA Paris, 18 mai 1989.

CA Rouen, 20 janvier 1992*, Soudry.*

CA Paris, 18 octobre 1994, D. 1996.

Cass. Com. 7 février 1995.

CA Bruxelles, 24 août 1995.

TGI Paris, 26 janvier 1996.

Cass. Com 30 janvier 1996.

T. Com. Nanterre, 25 juin 1996.

CA Versailles, 19 décembre 1996.

CA Paris, 25 juin 1997, *Soc. Patchouli Hérouville c/ Sephora.*

Cass. Com., 8 juillet 1997, *Lyon meubles.*

CA Paris, 4e chambre, 4 février 1998.

Cass. Com 26 janvier 1999.

TGI Nanterre, 16 septembre 1999*, L'Oréal c. Vichy.*

CA Paris 5 janvier 2000, *Société Cartier contre Société Métro.*

TGI Nanterre, 10 janvier 2000, *SNC Lancôme Parfums et Beauté c. Grandtotal Finances* Ltd.

Cass. Com, 16 mai 2000.

Cass. Com. 30 mai 2000.

Cour de cassation, chambre commerciale, 21 novembre 2000, *Lagadis Champion.*

Cass. Com. 30 janvier 2001.

CA Versailles, 29 mars 2001.

CA Paris 27 avril 2001.

CA Paris 20 juin 2001.

Cass. Com 15 janvier 2002.

CA Versailles 6 juin 2002.

Cour d'Appel de Paris, 4e chambre A, 14 mai 2003.

Cass. Com. 8 juillet 2003.

CA Paris, 4e Ch., 2 mars 2005.

Cass. Com. 5 juillet 2006.

Cass. Com, 12 juin 2007.

Cass. Com. 22 octobre 2002, *Métro c. Cartier.*

Cass. Com. 22 octobre 2002, *Go Sport c. Decathlon,*

Cour de cassation, 12 février 2008, *La Fermière c/ Yoplait.*

Cass. Com. 8 avril 2008.

CA Orléans, 18 décembre 2009, *Medikit c/ Contact Sécurité.*

Cass. Com. 9 mars 2010.

Cass. Com. 29 mars 2011.

Cass. Com. 15 novembre 2011.

Cass. Com. 21 février 2012.

CA Toulouse, 2 mai 2012.

Cass. Com., 12 juin 2012.

CA Paris, 2e ch., 9 novembre 2012.

Cass. Com. 4 février 2014.

Com. 9 juin 2015.

CA Paris, 21 octobre 2015, *Cartier c. L'Oreal*.

TC Montpellier, 16 décembre 2015.

Cass. Com. 16 février 2016, n°13-28.448, comm. Malaurie-Vignal.

JURIDICTIONS ALLEMANDES :

Reichgericht, 30 Oct. 1926, GRUR 1927.
BGH GRUR 1954, 337 – *Radschutz*.
GRUR 1964, 621 – *KlemmbausteineI.*
BGH 30. 10. 1968, I ZR 52/66.
BGH v. 12.01.1972, I ZR 60/70.
BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit.*
BGH WRP 1976, 370, 372 – *Ovalpuderdose.*
BGH GRUR 1984, 453 – *Hemdblusenkleid.*
GBH GRUR 1985, 976 – *Tchibo/Rolex I*.
GRUR 1991, 284, 291.
BGH GRUR 98, 477, 479, *Trachtenjanker.*
GRUR 98, 830, 833 – *Les Paul Gitarren.*
OLG Köln, GRUR-RR 2003, 84,86.
GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung.*
BGH GRUR 2003, 892, 893, Alt Luxembourg.
BGH GRUR 2005, 348,349, *Klemmbausteine III.*
BGH GRUR, 2007, 339 – *Stufenleitern.*
BGH GRUR 2007, 795 – Handtaschen.
BGH 28.10.2010 – *Hartplatzhelden.de.*
BGH WRP 2012, 1179 Rn. 36 – *Sandalmalkasten.*
OLG Köln GRUR-RR 2014, 210,214.
OLG Köln, GRUR-RR 2014, 393, 394.

BGH GRUR 03, *Goldbarren.*
BGH GRUR 05, 600, 602 – *Handtuchklemmen.*
BGH GRUR 06, 79 – *Jeans I.*
BGH GRUR 07, 984 Rn. 26 – *Gartenliege.*
BGH GRUR 10, 1125, *LIKEaBIKE.*
BGH GRUR 11, 134 Rn 67 – *Perlentaucher.*

DICTIONNAIRE :

CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 1Oème édition, PUF, 2014.