
La sanction du parasitisme économique en droit belge : analyse de jurisprudence de 2015 à 2020

Auteur : Dirick, Constance

Promoteur(s) : Vanbrabant, Bernard

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique : 2021-2022

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/15445>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La sanction du parasitisme économique en droit belge : analyse de jurisprudence de 2015 à 2020

Constance Dirick

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Bernard Vanbrabant

Chargé de cours - Avocat

RESUME

Le présent travail consiste en une analyse de la jurisprudence récente (2015 – 2020) en matière de parasitisme économique.

Il se divise en deux parties : la partie théorique et l'analyse de la jurisprudence.

La partie théorique est un préalable nécessaire à la compréhension de la jurisprudence. La définition, l'historique, et les conditions d'application du parasitisme économique sont notamment abordés.

L'analyse de la jurisprudence a vocation à souligner les éléments liés au parasitisme économique qui sont le plus régulièrement débattus au sein des tribunaux. A cet égard, la théorie de l'effet réflexe des lois relatives à la propriété intellectuelle, le critère de l'originalité, ou encore les liens entre le parasitisme économique et les comportements créant un risque de confusion, sont longuement étudiés.

L'objectif final de cette analyse est de savoir quelles sont les hypothèses dans lesquelles un parasitisme économique est retenu et, *in fine*, si la théorie du parasitisme économique est encore utile aujourd'hui.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Professeur Bernard Vanbrabant pour le sujet très intéressant qu'il m'a proposé et les conseils qu'il m'a prodigués.

Je remercie également Madame Natalie Vos de Wael, Juge au tribunal de l'entreprise de Liège, et Maître Johanne Ligot, avocate au barreau de Bruxelles, qui m'ont procuré certaines décisions inédites.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
I.- LE PARASITISME ECONOMIQUE.....	8
A.- DEFINITION	8
B.- INCISE HISTORIQUE	8
C.- BASES LEGALES	10
1) <i>La concurrence déloyale en général : l'article VI.104 du CDE</i>	10
2) <i>L'interdiction du parasitisme économique dans des textes légaux spécifiques</i>	10
D.- LA PIERRE D'ACHOPPEMENT DU PARASITISME ECONOMIQUE : LA LIBERTE DE COPIE	12
E.- EFFET REFLEXE DES LOIS RELATIVES A LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	12
1) <i>Point de vue de la doctrine</i>	12
2) <i>L'arrêt Engels c. Daewoo : consécration de l'effet réflexe formel en droit des marques</i>	14
F.- CONDITIONS D'APPLICATION	16
II.- LA JURISPRUDENCE BELGE DE 2015 A 2020.....	19
A.- CONTEXTE GLOBAL DU PARASITISME ECONOMIQUE : DECRYPTAGE DE L'ARTICLE VI.104 DU CDE	19
B.- EFFET REFLEXE DES LOIS RELATIVES A LA PROPRIETE INTELLECTUELLE : UNE JURISPRUDENCE CONTRADICTOIRE.....	20
1) <i>Jurisprudence majoritaire : recevabilité de l'action fondée sur l'article VI.104 du CDE.....</i>	21
2) <i>Jurisprudence minoritaire : irrecevabilité de l'action fondée sur l'article VI.104 du CDE.....</i>	23
C.- PARASITISME ECONOMIQUE ET DROITS INTELLECTUELS	25
D.- LES CRITERES LONDERS	26
E.- LE CRITERE D'ORIGINALITE	27
1) <i>Une exigence récurrente dans la jurisprudence</i>	27
2) <i>Relation entre le critère d'originalité en droit d'auteur et le critère d'originalité en droit de la concurrence déloyale.....</i>	29
F.- LE RISQUE DE CONFUSION.....	31
G.- LES CIRCONSTANCES ACCOMPAGNANTES : LE NŒUD DU PROBLEME	33
1) <i>L'appropriation du « look & feel »</i>	33
2) <i>Les autres circonstances accompagnantes.....</i>	37
H.- SYNTHESE DE LA JURISPRUDENCE.....	41
CONCLUSION	44

INTRODUCTION

Le parasitisme économique est un concept développé par la jurisprudence et la doctrine, dans la matière du droit de la concurrence déloyale, sur base de l'article VI.104 du Code de droit économique belge¹ (ci-après CDE).

De manière synthétique, le « parasitisme »² désigne le comportement par lequel un individu, appelé parasite, profite des efforts et investissements fournis par autrui.

Au vu de sa dénomination évocatrice, il semble évident que le parasitisme économique doit être combattu afin de garantir une économie saine et juste.

Ce n'est cependant pas si simple, car sanctionner le parasitisme va à l'encontre d'un principe fondamental de l'ordre juridique belge : le principe de la liberté de copie.

Dès lors, le débat fait rage entre les partisans de la sanction du parasitisme et les partisans d'une liberté de copie absolue.

C'est la raison pour laquelle une analyse de la jurisprudence récente s'avère utile, avec pour fil conducteur la question suivante : le parasitisme économique a-t-il encore lieu d'être aujourd'hui, et dans l'affirmative, à quelles conditions ?

Avant de débuter l'examen de la jurisprudence, les rudiments théoriques du parasitisme seront rappelés afin de les confronter à la pratique.

Ensuite, la jurisprudence belge en matière de parasitisme économique de 2015 à 2020 sera analysée et synthétisée.

Enfin, la conclusion.

¹ Code de droit économique belge, introduit par la loi du 28 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013.

² Les notions de « parasitisme économique », « parasitisme » et « comportement parasitaire » sont utilisées comme synonymes dans la présente étude. D'autres appellations sont également utilisées dans la doctrine telles que « accrochage parasitaire » ou encore « concurrence parasitaire ».

I.- LE PARASITISME ÉCONOMIQUE

A.- DÉFINITION

Bernard Vanbrabant définit le parasitisme économique comme « le comportement d'un agent économique qui, à l'instar du parasite du monde végétal ou animal, se contente de se placer dans le sillage d'autrui, tirant profit de son travail et de ses investissements sans déployer aucun effort personnel »³.

Le parasitisme désigne dès lors l'acte déloyal par lequel une personne, nommée « parasite », profite oisivement des efforts d'autrui.

Le parasitisme implique ainsi deux personnes : d'une part, le parasite, assimilé à un profiteur, et d'autre part, la victime du parasitisme.

Dans la pratique, le parasitisme se traduit généralement par la copie d'un produit ou d'un service⁴.

L'usage du terme « parasitisme », directement inspiré du mot « parasite »⁵, comporte en soi une connotation péjorative⁶. Il induit l'idée que le parasitisme est un comportement répréhensible et doit, de ce fait, être sanctionné.

C'est d'ailleurs pour cette raison que Jean-Ferdinand Puyraimond préfère parler « d'abus de copie » en lieu et place de « parasitisme économique »⁷.

B.- INCISE HISTORIQUE⁸

A l'origine, le parasitisme était invoqué par les plaideurs afin de bénéficier de l'action en cessation « comme en référé », action qui suit les formes et les délais du référé, mais aboutit à une décision sur le fond.

³ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, t.1 : *Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 252.

⁴ B. VANBRABANT, *ibidem*, p. 253.

⁵ Le parasite est défini par le dictionnaire Larousse comme un « organisme animal ou végétal qui se nourrit strictement aux dépens d'un organisme hôte d'une espèce différente, de façon permanente ou pendant une phase de son cycle vital » ou encore comme « une personne qui vit dans l'oisiveté, aux dépens d'autrui ou de la société ». <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/parasite/58023>.

⁶ J.-F. PUYRAIMOND, « Du parasitisme à l'abus de la liberté de copie », *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 84 à 87.

⁷ J.-F. PUYRAIMOND, *ibidem*, p. 87.

⁸ Cette partie est intégralement inspirée de : A. PUTTEMANS, « Introduction générale, principes et interrogations.

En effet, cette action particulièrement efficace et rapide, issue du droit de la concurrence déloyale, n'avait pas son pendant en droit de la propriété intellectuelle.

Dès lors, les avocats tentaient de faire cesser des actes de contrefaçon via le droit de la concurrence déloyale, au motif que la violation des droits intellectuels constituait en soi une pratique déloyale⁹.

Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt *Ca-va-seul c. Sidol*¹⁰, a interdit le recours à l'action en cessation « comme en référé » pour faire cesser des actes de contrefaçon.

C'est à la suite de cette interdiction, dite « du cumul », que les plaideurs utilisèrent la théorie du parasitisme économique, née en France précédemment, afin de contourner cette interdiction.

La concurrence déloyale s'est alors trouvée au cœur du débat. Au lieu d'invoquer des actes de contrefaçon, les plaideurs ont invoqué des actes parasites, la théorie du parasitisme économique étant directement fondée sur le droit de la concurrence déloyale.

Depuis, la loi du 10 mai 2007¹¹ a instauré une action en cessation « comme en référé » dans la matière des droits intellectuels.

Cette évolution législative est parfois utilisée pour discrépiter la théorie du parasitisme économique. Alors qu'à une époque, la théorie du parasitisme économique était indispensable pour combler l'insuffisance législative en matière de droits intellectuels, elle ne se justifierait plus depuis l'adoption de la loi du 10 mai 2007.

Réflexions autour de l'arrêt *Noël Marquet* de la Cour de cassation », *Propriété intellectuelle et concurrence Déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 13 à 18.

⁹ Cette affirmation est toujours vraie à l'heure actuelle : la violation d'un droit de propriété intellectuelle est une violation des pratiques loyales du marché. Voy. notamment Prés. Comm. Gand, div. Gand, 18 avril 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 713 ; Anvers, 24 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 640.

¹⁰ Cass., 16 mars 1939, *Pas.*, I, p. 150.

¹¹ Loi du 10 mai 2007 relative aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle, *M.B.*, 10 mai 2007, *err.*, 14 mai 2007.

C.- BASES LÉGALES

1) *La concurrence déloyale en général : l'article VI.104 du CDE*

La théorie du parasitisme économique s'est développée sur base de l'article VI.104 du CDE.

L'article VI.104 du CDE est libellé comme suit : « Est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises ».

Cet article a été adopté en application de l'article 10bis, 1), de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, lequel dispose que « [l]es pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale »¹².

L'article VI.104 du CDE est une application de la norme générale de prudence et diligence au monde des affaires.

Généralement, la jurisprudence considère que deux comportements déloyaux spécifiques découlent de l'article VI.104 du CDE : le parasitisme économique et les comportements créant un risque de confusion dans le chef des consommateurs¹³.

Les liens entre ces deux comportements déloyaux seront examinés lors de l'analyse de la jurisprudence.

2) *L'interdiction du parasitisme économique dans des textes légaux spécifiques*

Le parasitisme économique est spécifiquement visé dans plusieurs textes légaux, même si le terme « parasitisme » n'est utilisé à aucun moment.

Il s'agit des articles VI.17, §1^{er}, 7°, du CDE, 2.20.2.c. et 2.20.2.d. de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle¹⁴ (ci-après CBPI), et 9.2. c) du Règlement 2017/11 sur la marque européenne¹⁵ (ci-après RMUE).

¹² Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, signée à Paris le 20 mars 1883.

¹³ Voy. notamment Liège, 12 février 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 279 ; Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 12 mars 2019, inédit, R.G. n° A/18/00545.

¹⁴ Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles), faite à La Haye le 25 février 2005, approuvée par la loi du 22 mars 2006, *M.B.*, 26 avril 2006.

¹⁵ Règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union Européenne, *J.O.U.E.*, L154, 16 juin 2017.

- a) La publicité comparative, branche du droit de la concurrence déloyale : l'article VI.17, §1^{er}, 7°, du CDE

L'article VI.17, §1^{er} du CDE liste les conditions nécessaires à la licéité de la publicité comparative. Parmi les 8 conditions requises, la 7^{ième} constitue une application de la théorie du parasitisme économique.

L'article VI.17, §1^{er}, du CDE, dispose que « La publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites, en ce qui concerne la comparaison : [...]

7° elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de biens concurrents ; [...] ».

L'élément central du parasitisme est bien présent, puisqu'il s'agit de sanctionner le fait de tirer *indûment profit* d'un avoir d'une entreprise.

- b) Le droit des marques : l'article 2.20.2.c. de la CBPI

L'article 2.20.2.c. de la CBPI dispose qu'une marque enregistrée permet notamment à son titulaire d'interdire de faire usage d'un signe, lorsque « le signe est identique ou similaire à la marque, indépendamment du fait qu'il soit utilisé pour des produits ou des services qui sont identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans le territoire Benelux et que l'usage du signe dans la vie des affaires sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice ».

Encore une fois, le critère central du parasitisme économique est repris, il est nécessaire qu'un *profit* soit *indûment* tiré par le parasite.

Les articles 2.20.2.d. de la CBPI et 9.2. c) du RMUE traduisent la même idée.

Le parasitisme tel qu'envisagé en droit de la publicité comparative et en droit des marques est mentionné à titre d'exhaustivité. Dans un souci de synthèse, il ne sera pas analysé dans le présent travail.

En effet, les conditions d'application du parasitisme en droit de la publicité comparative et en droit des marques ont clairement été établies par le législateur, de sorte que leur application est plus aisée que celle du parasitisme fondé sur l'article VI.104 du CDE, création purement jurisprudentielle et doctrinale.

D.- LA PIERRE D'ACHOPPEMENT DU PARASITISME ÉCONOMIQUE : LA LIBERTÉ DE COPIE

La sanction du parasitisme économique s'oppose à un principe fondamental de l'ordre juridique belge : la liberté de copie.

La liberté de copie se déduit de la liberté de concurrence, elle-même issue de la liberté de commerce et d'industrie exprimée pour la première fois à l'article 7 du décret d'Allarde, et aujourd'hui reprise à l'article II.3 du CDE sous l'appellation « liberté d'entreprendre ».

Comme l'explique Vincent Cassiers, « c'est d'ailleurs en raison de ce principe de légalité de la copie que les lois en matière de propriété intellectuelle ont été adoptées pour établir, à titre exceptionnel et moyennant le respect de conditions strictes, des droits exclusifs – en ce sens que seuls leurs titulaires peuvent exploiter les objets sur lesquels ils portent (une œuvre, une invention...) – limitant la liberté de copier »¹⁶.

En créant les droits intellectuels, le législateur a fait une exception au principe de la liberté de copie. Comme toute exception, celle-ci doit s'interpréter strictement. En conséquence, au-delà des exceptions édictées par le législateur, le principe de la liberté de copie continue à s'appliquer¹⁷.

De ce constat s'est créé un effet réflexe (négatif) des lois relatives à la propriété intellectuelle¹⁸.

E.- EFFET RÉFLEXE DES LOIS RELATIVES À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1) Point de vue de la doctrine

Andrée Puttemans définit l'effet réflexe comme suit : « La règle de l'effet réflexe, sorte d'effet miroir ou même boomerang, veut, en matière de propriété intellectuelle, qu'une création intellectuelle ou un signe distinctif ne puisse bénéficier, par la seule application des dispositions générales (comme celles qui régissent la responsabilité civile ou la concurrence déloyale), et en dehors de conditions d'application de la législation spécifique, d'une

¹⁶ V. CASSIERS, « La protection du savoir-faire de l'entreprise », *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise : protection des actifs incorporels de l'employeur et droits et obligations des travailleurs*, J.-F. Neven et E. Cornu (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 93 et 94.

¹⁷ R. DUPONT et F. VAN DAMME, « La liberté de copie et le droit de la concurrence déloyale : un équilibre parfois difficile », *Retail – Aperçu juridique : hommage à André Lombart*, R. Dupont (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 272.

¹⁸ R. DUPONT et F. VAN DAMME, *Ibidem*, p. 272.

protection équivalente ou comparable à celle qui est organisée par cette législation spécifique »¹⁹.

Ainsi, deux conditions sont requises pour faire fonctionner l'effet réflexe des lois relatives à la propriété intellectuelle.

Premièrement, il faut se trouver dans le champ d'application des droits intellectuels.

Deuxièmement, il ne faut pas faire l'objet d'une protection par les droits intellectuels.

Andrée Puttemans distingue deux types d'effet réflexe²⁰. D'une part, l'effet réflexe formel, et d'autre part, l'effet réflexe matériel.

L'effet réflexe formel vise les créations intellectuelles ou signes distinctifs qui nécessitent l'accomplissement de certaines formalités afin de bénéficier d'une protection par les droits intellectuels. Par exemple, en droit des marques, il est requis d'enregistrer le signe distinctif, bien qu'il existe une exception pour les marques notoirement connues²¹. Sans enregistrement, la protection conférée par le droit intellectuel en question n'est pas octroyée. Autrement dit : « pas de protection sans enregistrement »²².

L'effet réflexe matériel vise, quant à lui, la nécessité d'une intervention spécifique du législateur pour octroyer une protection exclusive. Afin de bénéficier de cette protection, il est bien entendu nécessaire de remplir les conditions d'application de cette loi spéciale. Autrement dit : « pas de protection sans loi spéciale »²³.

La conséquence de cet effet réflexe est l'impossibilité d'obtenir une protection *équivalente* à celle conférée par les droits intellectuels, via le droit commun²⁴.

Or, l'article VI.104 du CDE est considéré comme faisant partie du droit commun, par opposition aux droits intellectuels.

En conséquence, la protection basée sur l'article VI.104 du CDE ne peut être aussi confortable que celle conférée par les lois relatives à la propriété intellectuelle.

¹⁹ A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylants, 2000, p. 13.

²⁰ A. PUTTEMANS, « L'effet réflexe du droit des marques : pas de protection, y compris par l'action en concurrence déloyale, sans enregistrement », *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 152.

²¹ Article 2.19.1 de la CBPI.

²² A. PUTTEMANS, « L'effet réflexe du droit des marques : pas de protection, y compris par l'action en concurrence déloyale, sans enregistrement », *op.cit.*, p. 152.

²³ A. PUTTEMANS, *ibidem*, p. 152.

²⁴ P. CAMPOLINI, « Brevets, secrets non brevetés et concurrence déloyale », *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 104.

En d'autres mots, une protection par le droit de la concurrence déloyale n'est pas *de facto* exclue en l'absence de protection par les droits intellectuels. Néanmoins, la protection conférée par les droits intellectuels doit rester plus avantageuse que celle conférée par le droit de la concurrence déloyale.

Or, l'avantage principal de la protection conférée par les droits intellectuels est de ne pas requérir la preuve d'un manquement au devoir général de prudence et de loyauté ou à n'importe quelle autre obligation²⁵. En effet, une fois que les conditions édictées par le droit de propriété intellectuelle en question sont remplies, la protection est automatique.

A contrario, le droit commun exigerait donc la démonstration d'un manquement dans le chef du copieur²⁶.

Une protection par le droit commun n'est donc pas exclue, mais n'est possible qu'à des conditions plus strictes que celles requises par les droits intellectuels.

A priori, le parasitisme est plus difficile à prouver qu'une simple contrefaçon²⁷.

Cependant, la théorie de l'effet réflexe fait l'objet d'une appréciation plus ou moins stricte par la doctrine et la jurisprudence. En effet, il existe une pluralité d'opinions sur le sujet²⁸.

Une partie de l'analyse de la jurisprudence sera consacrée à la réception de la théorie de l'effet réflexe par les juridictions belges lorsque celle-ci est invoquée pour s'opposer à la sanction du parasitisme.

2) *L'arrêt Engels c. Daewoo : consécration de l'effet réflexe formel en droit des marques*

La Cour de justice Benelux, dans un arrêt *Engels c. Daewoo*, du 23 décembre 2010²⁹, a confirmé la validité de l'effet réflexe formel du droit des marques.

A l'origine de cet arrêt, une question préjudicielle de la Cour de cassation belge à la Cour de justice Benelux, sur la possibilité d'octroyer la protection prévue par le droit commun, en l'occurrence l'article 10bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, au titulaire déchu de sa marque.

²⁵ P. CAMPOLINI, *ibidem*, p. 104.

²⁶ P. CAMPOLINI, *ibidem*, p. 104.

²⁷ Les conditions d'application du parasitisme seront étudiées ultérieurement (voy. p. 13 et s.).

²⁸ Il s'agit, selon nous, de la conception de l'effet réflexe la plus convaincante. Exposer les autres courants de pensée dans la partie consacrée à la théorie dépasse l'objet de la présente étude.

²⁹ C.J. Benelux, arrêt *D. Engels c. Daewoo Electronics Europe*, 23 décembre 2010, n° A 09/3, ICIP – Ing. Cons., 2010/5, p. 703.

Dans cet arrêt, la Cour de justice Benelux rappelle qu'au vu des dispositions de la CBPI, le titulaire d'un signe servant à distinguer les produits ou services d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise, ne peut se prévaloir du droit commun afin de protéger ce signe distinctif si celui-ci n'a pas été déposé et enregistré en tant que marque.

Dans le cas d'espèce, dès lors que le titulaire du signe était déchu de sa marque, le signe n'était plus enregistré, et son titulaire ne pouvait donc pas invoquer le droit commun.

La Cour rappelle néanmoins, mais hors dispositif, que : « De betrokken bepalingen van het BVIE staan er evenwel niet aan in de weg dat de houder van een merk dat niet is ingeschreven of waarop het recht ingevolge het eenvormige Beneluxrecht vervallen is, de bescherming inroeft van het gemene recht tegen gedragingen die oneerlijke mededinging opleveren als bedoeld in artikel 10bis, lid 3, 1°, Unieverdrag, indien het gebruik van dat merk of een daarmee overeenstemmend teken onderdeel vormt van de verwarringwekkende gedragingen »³⁰.

Ces deux affirmations de la Cour de justice Benelux peuvent sembler contradictoires, mais la Cour n'a sûrement pas dit, à quelques lignes d'intervalle, tout et son contraire.

Selon nous, la Cour considère qu'aucune protection par le droit des marques n'est accordée au signe distinctif en l'absence d'enregistrement. Cependant, la Cour n'exclut pas que, en présence d'autres circonstances que la simple reprise du signe distinctif, l'ensemble de ces circonstances puisse constituer une infraction aux pratiques loyales du marché.

La Cour de justice Benelux fonde l'effet réflexe formel du droit des marques sur l'article 2.19.1 de la CBPI, lequel expose que : « A l'exception du titulaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6bis de la Convention de Paris, nul ne peut, quelle que soit la nature de l'action introduite, revendiquer en justice un signe considéré comme marque, au sens de l'article 2.1, alinéas 1 et 2, sauf s'il peut faire valoir l'enregistrement de la marque qu'il a déposée ».

Dès lors, il existe une exception à l'effet réflexe formel du droit des marques : la marque notoirement connue.

Pour Bernard Vanbrabant, cette exception sera fréquemment rencontrée lorsque le parasitisme est invoqué, puisque l'article VI.104 du CDE implique une atteinte potentielle aux intérêts professionnels du demandeur. Or, cette condition sera difficilement remplie dans le

³⁰ C.J. Benelux, *ibidem*, p. 711. Traduction libre : « Les dispositions concernées de la CBPI n'excluent toutefois pas que le titulaire d'une marque, qui n'est pas enregistrée ou sur laquelle le droit est éteint en vertu du droit uniforme Bénélux, puisse invoquer la protection du droit commun contre des actes de concurrence déloyale au sens de l'article 10bis, alinéa 3, 1°, de la Convention de Paris, si l'usage de cette marque ou d'un signe ressemblant fait partie des agissements créant la confusion ».

chef du demandeur, si son entreprise ne bénéficie pas d'une certaine notoriété³¹. « [D]ans la grande majorité des cas, l'agissement parasitaire pourra être sanctionné en l'absence d'enregistrement de la marque : l'effet transversal de la règle « pas de protection sans formalités » ne pourra être opposé que dans les cas marginaux (s'il en est) où l'accrochage a lieu à l'endroit d'un signe, considéré comme marque, qui est *renommé* mais pas *notoirement connu* »³².

En ce qui concerne les autres droits intellectuels, le doute persiste puisque l'arrêt *Engels c. Daewoo* ne vise que le droit des marques. Le débat reste donc ouvert entre les partisans et les opposants de l'effet réflexe.

F.- CONDITIONS D'APPLICATION

C'est en 1996 que Ghislain Londers établit les conditions d'application du parasitisme économique³³. Elles sont au nombre de quatre. Andrée Puttemans les résume comme suit³⁴:

1° la prestation copiée est le fruit d'efforts ou d'investissements suffisamment importants. Cela induit en réalité une condition d'originalité dans le chef de la prestation ;

2° cette prestation revêt une valeur économique ;

3° l'imitateur tire un avantage direct des efforts et investissements d'autrui ;

4° l'imitateur s'est lui-même abstenu du moindre effort créatif pour distinguer sa prestation de celle de l'autre professionnel. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit ici d'une exigence de mauvaise foi dans le chef du parasite³⁵.

Ghislain Londers souligne qu'il ne suffit pas d'appliquer ces critères à la lettre pour considérer qu'il y a parasitisme ou non. La réunion de ces quatre critères n'est pas suffisante. Le juge doit réaliser, en plus, une balance d'intérêts, en tenant compte des quatre critères ci-dessus, et ce n'est que si le copié subit un préjudice démesuré par rapport à l'avantage obtenu par le parasite, qu'il y aura sanction³⁶.

³¹ B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 392.

³² B. VANBRABANT, *ibidem*, p. 392.

³³ G. LONDERS, « onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken », *Handelspraktijken anno 1996*, J. STUYCK (dir.), Diegem, Kluwer, 1996, p. 204 et 205.

³⁴ A. PUTTEMANS, « Introduction générale, principes et interrogations. Réflexions autour de l'arrêt *Noël Marquet de la Cour de cassation* », *op. cit.*, p. 18 et 19.

³⁵ Voy. notamment V. CASSIERS, « La protection du savoir-faire de l'entreprise », *op. cit.*, p. 106.

³⁶ G. LONDERS, *op. cit.*, p. 204 et 205.

Sous cet angle, le parasitisme semble se rapprocher de la théorie de l'abus de droit. En l'occurrence, il s'agit plus précisément de l'abus du droit de copier.

La Cour de cassation belge, contrairement à la Cour de cassation française, n'a jamais expressément reconnu la validité du parasitisme³⁷.

Elle a néanmoins, dans un arrêt *Noël Marquet* du 29 mars 2009³⁸, précisé le contexte dans lequel une copie peut être considérée comme illicite.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation insiste sur le fait que *la simple copie, même servile, n'est jamais illicite en soi*. Il s'agit d'une application du principe de la liberté de copie.

Il s'en déduit que les avantages découlant naturellement de la copie (par exemple, le profit tiré des investissements fournis par la personne copiée) ne peuvent donc pas non plus être considérés comme illicites.

La Cour constate, afin d'établir la présence d'un acte déloyal, la nécessité d'un élément *supplémentaire* à la copie qui soit, en lui-même, déloyal. A cet égard, la Cour évoque la nécessité d'établir des « circonstances complémentaires contraires aux usages honnêtes en matière commerciale ».

A ce sujet, le passage suivant de l'arrêt *Noël Marquet* est particulièrement instructif.

« Un acte par lequel un vendeur copie l'offre d'un autre opérateur du marché en relation avec des produits ou services est en principe autorisé, à moins que ce vendeur, soit viole un droit de propriété intellectuelle, légalement protégé, soit entoure cette offre de circonstances accompagnantes qui méconnaissent les usages honnêtes en matière commerciale.

Le vendeur qui, sans s'être livré lui-même à un effort créatif, tire directement avantage d'importants efforts ou investissements consacrés par un autre vendeur à une création ayant une valeur économique, ne commet pas par là même un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

Le juge peut cependant décider que cette pratique est déloyale du fait qu'un avantage obtenu l'est pour une autre raison que la simple copie. Ces autres raisons peuvent consister en la méconnaissance des droits de propriété intellectuelle ou en la publicité créant la confusion mais aussi en toute forme de comportement déloyal »³⁹.

³⁷ B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 281.

³⁸ Cass., 29 mars 2009, *Pas.*, I, p. 1374.

³⁹ Traduction libre proposée par Andrée Puttemans : A. PUTTEMANS, « Introduction générale, principes et interrogations. Réflexions autour de l'arrêt *Noël Marquet* de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 24.

Selon Andrée Puttemans, « [I]l y a une première grande différence entre les critères Londers et l'arrêt *Marquet* réside en ceci que, selon ce dernier, il ne suffit pas, pour fonder une interdiction, qu'un avantage – même disproportionné – ait été obtenu grâce à la copie. Il faut autre chose en plus, quelque chose de déloyal qui se trouve en dehors de la copie »⁴⁰.

Les critères Londers ne sont donc pas forcément à jeter aux oubliettes, mais il est certain que ceux-ci ne suffisent pas à établir un acte parasitaire.

Les conditions énumérées par Ghislain Londers sont, selon Jean-Ferdinand Puyraimond, « nécessaires pour apprécier une rupture d'équilibre mais pas suffisantes »⁴¹. Il faut forcément une circonstance déloyale supplémentaire à la copie, seule celle-ci pouvant justifier un profit *indûment* tiré.

Par-là, la Cour semble implicitement confirmer la théorie de l'effet réflexe des lois relatives à la propriété intellectuelle⁴². Le droit commun ne peut conférer une protection *équivalente* à celle des droits de propriété intellectuelle. Dès lors, il ne suffit pas d'établir une copie. Il faut démontrer quelque chose en plus. La protection du droit commun, et donc de la théorie du parasitisme économique, doit être plus difficile à obtenir que si le produit ou service concerné avait été protégé par un droit intellectuel.

Cependant, la Cour de cassation ne dit rien concernant la nature des circonstances accompagnant la copie pouvant légitimer la sanction du parasitisme. La Cour de cassation souligne simplement que ces circonstances ne se restreignent pas à la violation des droits de propriété intellectuelle et à la publicité créant la confusion. Elle laisse ainsi un large pouvoir d'appréciation aux magistrats.

Il est à noter que la Cour de cassation ne mentionne à aucun moment le terme « parasitisme économique ». Elle laisse ainsi planer le doute sur la légalité de cette théorie.

Selon Andrée Puttemans, le parasitisme ne peut être considéré, en soi, comme la circonstance complémentaire contraire aux usages honnêtes en matière commerciale exigée par la Cour de cassation⁴³. Dès lors, cet arrêt marquerait, selon elle, la fin du parasitisme économique.

En résumé, la Cour n'a pas, selon nous, définitivement fermé la porte au parasitisme économique, mais l'existence d'une copie parasitaire semble, *à priori*, ne pouvoir exister que dans des situations exceptionnelles.

⁴⁰ A. PUTTEMANS, *ibidem*, p. 26.

⁴¹ J.-F. PUYRAIMOND, *op. cit.*, p. 91.

⁴² A. PUTTEMANS, « Introduction générale, principes et interrogations. Réflexions autour de l'arrêt *Noël Marquet*, de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 27 ; P. CAMPOLINI, *op. cit.*, p. 110.

⁴³ A. PUTTEMANS, *ibidem*, p. 28.

En effet, la circonstance accompagnante ne doit pas être intrinsèque à la copie, ni déjà réprimée par une autre disposition du CDE, à défaut de quoi la théorie du parasitisme économique n'a plus d'utilité.

En conséquence, les hypothèses d'un comportement déloyal, justifiant la qualification de profit *indûment* tiré, et donc de parasitisme, risquent de se faire rares.

L'analyse de la jurisprudence récente nous permettra de voir s'il existe réellement des hypothèses où une circonstance accompagnante, qui n'est pas déjà visée directement par le CDE, et qui ne découle pas de la copie en elle-même, justifie la sanction du parasitisme économique.

II.- LA JURISPRUDENCE BELGE DE 2015 À 2020

Les décisions publiées en matière de parasitisme économique sont peu nombreuses et proviennent essentiellement de juridictions néerlandophones.

Dans le cadre de la présente étude, vingt-quatre décisions de justice invoquant directement le parasitisme ont été analysées⁴⁴.

Certaines décisions mentionnées dans le présent travail sont inédites et ont été collectées suite à une prise de contact avec des magistrats et avocats spécialisés en la matière.

Quelques décisions supplémentaires visant la norme générale de prudence et diligence en matière économique, mais pas directement le parasitisme, ont également été examinées.

A.- CONTEXTE GLOBAL DU PARASITISME ÉCONOMIQUE : DÉCRYPTAGE DE L'ARTICLE VI.104 DU CDE

La jurisprudence rappelle que l'article VI.104 du CDE est une application de l'article 1382 de l'ancien Code civil⁴⁵. Néanmoins, les conditions d'application de l'article VI.104 du CDE sont assouplies par rapport à celles de l'article 1382.

En effet, la jurisprudence considère que l'article VI.104 du CDE ne nécessite pas la réunion d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité, contrairement à l'article 1382.

La démonstration d'une faute reste nécessaire.

⁴⁴ Un plus grand nombre de décisions ont été lues, mais seules les décisions les plus intéressantes en rapport avec le sujet ont été retenues pour faire l'objet d'une analyse approfondie.

⁴⁵ Gand, 1^{er} octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 447 ; Gand, 29 mai 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 451.

A cet égard, le parasitisme constitue la faute exigée par l'article VI.104 du CDE. Bien entendu, n'importe quel comportement déloyal peut constituer une faute au sens de l'article VI.104 du CDE.

Par contre, la démonstration d'un dommage effectif n'est pas obligatoire⁴⁶. Les Cours et tribunaux considèrent que la simple preuve d'un préjudice *potentiel* dans le chef de l'entreprise suffit.

A fortiori, il n'est pas nécessaire de prouver un lien causal entre la faute et le préjudice potentiel⁴⁷.

Dès lors, afin d'établir un comportement déloyal, il suffira de prouver une faute et un dommage potentiel.

Il s'agit donc d'un allègement de la charge de la preuve dans le chef de la personne copiée, d'où l'intérêt d'invoquer l'article VI.104 du CDE, en lieu et place de l'article 1382 de l'ancien Code civil.

Dans la pratique, la situation est encore plus favorable puisque les juridictions ne requièrent pas non plus l'établissement d'un préjudice potentiel. A partir du moment où le parasitisme est prouvé, les juridictions semblent implicitement considérer que l'exigence d'un dommage potentiel est *de facto* rencontrée.

Il est également nécessaire de rappeler que l'article VI.104, à l'instar de l'article 1382 de l'ancien Code civil, ne vise que les litiges extracontractuels. Bien que cela semble évident, les Cours et tribunaux doivent régulièrement rejeter l'action basée sur le droit de la concurrence déloyale car la faute reprochée est en réalité un manquement contractuel⁴⁸.

B.- EFFET RÉFLEXE DES LOIS RELATIVES À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : UNE JURISPRUDENCE CONTRADICTOIRE

En pratique, l'effet réflexe est invoqué par le prétendu parasite lorsque son adversaire ne bénéficie pas d'une protection par les droits intellectuels.

⁴⁶ Bruxelles, 29 avril 2016, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 625 ; Anvers, 10 novembre 2016, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 445 ; Gand, 1^{er} octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 447 ; Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 28 mai 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 637.

⁴⁷ Gand, 1^{er} octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 447.

⁴⁸ Liège, 1^{er} juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 368 ; Gand, 29 mai 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 451.

Il entend ainsi convaincre la juridiction saisie qu'il serait contraire à la volonté du législateur d'octroyer une protection par le droit commun, alors qu'une protection par les droits intellectuels ne peut être conférée.

L'objectif de celui qui invoque l'effet réflexe est simple : empêcher la personne victime de la copie de se prévaloir du droit commun et plus spécialement, *in casu*, l'empêcher de se prévaloir du parasitisme économique.

Ainsi, le prétendu parasite espère que la juridiction saisie appliquera l'effet réflexe de manière radicale. Une telle application de l'effet réflexe peut aboutir au refus pur et simple d'examiner la demande basée sur le droit de la concurrence déloyale.

A contrario, la victime du parasitisme espère que la juridiction saisie déclarera la demande fondée sur la concurrence déloyale recevable, et ne fera que constater l'impossibilité d'obtenir, via le droit de la concurrence déloyale, une protection équivalente à celle des droits intellectuels.

Au sujet de l'effet réflexe des lois relatives à la propriété intellectuelle, les Cours et tribunaux belges n'apportent pas une réponse unanime.

Quatre décisions dans lesquelles l'effet réflexe des lois relatives à la propriété intellectuelle était invoqué par le prétendu parasite ont retenu notre attention.

1) Jurisprudence majoritaire : recevabilité de l'action fondée sur l'article VI.104 du CDE

a) L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 23 janvier 2017⁴⁹

Il s'agit d'une affaire impliquant deux fabricants de cigarettes. L'intimé soutient que l'appelant n'ayant pas de protection via le droit des marques, il serait injuste de conférer une protection identique à celle-ci via le droit de la concurrence déloyale.

La Cour d'appel d'Anvers suit partiellement le raisonnement de l'intimé et décide que « *de vrijheid van kopie en mededinging impliceert dat de norm der eerlijke handelsgebruiken geen vervanging van de merkenrechtelijke bescherming kan verlenen. Evenwel bestaat de bescherming van de intellectuele eigendom naast de bescherming van de eerlijke marktpraktijken en sluit dus niet uit dat beroep gedaan wordt op het gemene recht om een onrechtmatig gedrag te beteuigen* »⁵⁰.

⁴⁹ Anvers, 23 janvier 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 232, notes H. Abraham et P. Callens.

⁵⁰ Anvers, 23 janvier 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 241. Traduction libre : « La liberté de copie et de

En l'occurrence, la Cour confirme l'effet réflexe des lois relatives à la propriété intellectuelle, en soutenant qu'une protection *équivalente* par le droit commun n'est pas permise : le droit commun ne peut pas remplacer les droits intellectuels. Cependant, elle ne va pas jusqu'à exclure toute possibilité de protection par le droit commun lorsqu'un produit ou service n'est pas protégé par le droit des marques.

L'action fondée sur l'article VI.104 du CDE est dès lors déclarée recevable.

In fine, la Cour d'appel a considéré qu'il y avait bel et bien un comportement déloyal.

b) L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 25 octobre 2018⁵¹

Dans cette affaire s'opposent des professionnels de la vente de carreaux en céramique.

L'appelant, préputé parasite, soutient que puisqu'aucune marque n'a été enregistrée par l'intimé, préputé victime, ce dernier ne peut se prévaloir de la protection du droit de la concurrence déloyale.

C'est donc l'effet réflexe formel du droit des marques qui est invoqué par le préputé parasite.

La Cour d'appel d'Anvers⁵² rejette l'argument de l'appelant et déclare l'action basée sur l'article VI.104 du CDE recevable.

La Cour d'appel fonde sa décision, entre autres, sur l'arrêt *Engels c. Daewoo*. L'effet réflexe du droit des marques ne s'applique pas lorsque le signe distinctif s'inscrit dans un comportement plus large prêtant à confusion.

Dès lors, la Cour considère qu'une protection par le droit de la concurrence déloyale n'est pas *de facto* exclue en l'absence d'enregistrement d'un signe distinctif.

In fine, la Cour considère qu'il y a bien parasitisme.

concurrence implique que la norme des pratiques commerciales loyales ne peut remplacer la protection du droit des marques. Toutefois, la protection de la propriété intellectuelle coexiste avec la protection des pratiques loyales du marché et n'empêche donc pas d'invoquer le droit commun pour réprimer les comportements illicites ».

⁵¹ Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 625.

⁵² Autrement composée que dans l'arrêt du 23 janvier 2017.

c) L'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 10 décembre 2018⁵³

La Cour d'appel de Gand n'a pas non plus, dans un arrêt du 10 décembre 2018, déclaré la demande fondée sur l'article VI.104 du CDE irrecevable au seul motif que le signe distinctif n'est pas enregistré en tant que marque.

La Cour d'appel de Gand fonde sa décision, entre autres, sur les considérants 40 et 41 de la directive sur les marques.

Les considérants 40 et 41 de ladite directive sont libellés comme suit :

« (40) La présente directive ne devrait pas exclure l'application aux marques des dispositions du droit des Etats membres, autre que le droit des marques, telles que les dispositions relatives à la concurrence déloyale, à la responsabilité civile ou à la protection des consommateurs.

(41) Les Etats membres sont liés par la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (ci-après dénommée « convention de Paris ») et par l'accord ADPIC. Il est nécessaire que la présente directive soit en parfaite cohérence avec ladite convention et ledit accord. Les obligations des Etats membres découlant de cette convention et de cet accord ne devraient pas être affectées par la présente directive. Le cas échéant, l'article 351, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne devrait s'appliquer ».

Or, pour rappel, l'article 10bis de la Convention de Paris oblige les états membres à assurer une protection effective à leurs ressortissants contre la concurrence déloyale.

De plus, *in casu*, l'entreprise qui se dit victime de concurrence déloyale ne se prévaut à aucun moment du droit des marques. En effet, elle se base uniquement sur la Convention de Paris afin d'obtenir une protection pour son nom commercial. *A fortiori*, il n'y a pas à appliquer l'effet réflexe formel du droit des marques.

2) Jurisprudence minoritaire : irrecevabilité de l'action fondée sur l'article VI.104 du CDE

Il arrive que les juridictions appliquent l'effet réflexe de manière radicale.

C'est le cas du président du tribunal de l'entreprise de Gand, dans une décision du 26 aout 2020⁵⁴.

⁵³ Gand, 10 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 472.

⁵⁴ Prés. Trib. entr. Gand, div. Gand, 26 aout 2020, *ICIP – Ing. Cons.*, 2020/3, p. 673, note P.- Y. Thoumsin.

Dans cette affaire, le demandeur sollicite qu'il soit fait interdiction au défendeur de copier son signe distinctif, même si ce dernier n'a pas été enregistré en tant que marque. Il se fonde dès lors sur le droit de la concurrence déloyale et plus précisément sur le parasitisme économique.

Le défendeur soutient pour sa part que le demandeur utilise un signe considéré comme une marque, mais pour lequel aucun enregistrement n'a été effectué. En vertu de l'effet réflexe formel du droit des marques, basé sur l'article 2.19 de la C.B.P.I, il soutient que le demandeur ne peut donc pas invoquer l'article VI.104 du CDE.

Le président va suivre l'argumentation du défendeur et reconnaître expressément l'effet réflexe formel du droit des marques, tel qu'il découle de l'article 2.19 de la CBPI. Il déclare donc la demande basée sur l'article VI.104 du CDE *irrecevable*.

Le président se conforme ainsi pleinement à l'adage « pas de protection sans enregistrement »⁵⁵. Lorsqu'un signe distinctif n'est pas enregistré en tant que marque, la demande fondée sur l'article VI. 104 du CDE est *de facto* déclarée irrecevable. Par contre, il ne tient pas du tout compte de l'article 10bis de la Convention de Paris.

Le président du tribunal de l'entreprise de Gand justifie sa décision en ces termes : « *De regelgever heeft door het opleggen van een registratieplicht willen vermijden dat naast een volledig uitgewerkte merkenrechtelijke bescherming een parallel beschermingsregime in het leven zou geroepen worden dat via de omweg van oneerlijke marktpraktijken kan aangegrepen worden om een overeenkomstige bescherming te vragen voor een teken dat niet ingeschreven is als merk. Ware dit wel mogelijk dan zou immers het opzet van de wetgever worden doorkruist, omdat dan voor merken rechten zouden kunnen worden ingeroepen waarvan het bestaan niet uit het register kan worden afgeleid. De registratieplicht, die vooralsnog deel uitmaakt van positief recht, biedt de voordelen van publiciteit en rechtszekerheid. Enkel voor tekens die niet als merk kunnen ingeschreven worden biedt het gemene recht een uitweg (art. 2.19. 3 BVIE) : de wetgever heeft dit onderscheid willen benadrukken en verduidelijken* »⁵⁶.

⁵⁵ A. PUTTEMANS, « L'effet réflexe du droit des marques : pas de protection, y compris par l'action en concurrence déloyale, sans enregistrement », *op.cit.*, p. 152.

⁵⁶ Prés. Trib. entr. Gand, div. Gand, 26 aout 2020, *ICIP – Ing. Cons.*, 2020/3, p. 684. Traduction libre : « En imposant une obligation d'enregistrement, le législateur a voulu éviter la création d'un régime de protection parallèle en plus d'une protection par le droit des marques pleinement développée, qui pourrait être utilisé par le biais des pratiques commerciales déloyales, pour demander une protection équivalente pour un signe qui n'a pas été enregistré en tant que marque. Après tout, si cela était possible, l'intention du législateur serait contrecarrée, car des droits pourraient alors être invoqués pour des marques dont l'existence ne peut être déduite du registre. L'obligation d'enregistrement, qui relève pour l'instant du droit positif, offre les avantages de la publicité et de la sécurité juridique. Le droit commun n'offre une solution que pour les signes qui ne peuvent pas être enregistrés en tant que marques (art. 2.19. 3 CBPI) : le législateur a voulu souligner et clarifier cette distinction ».

La position du président du tribunal de l'entreprise de Gand a été vivement critiquée par Pierre-Yves Thoumsin⁵⁷.

Ce dernier s'oppose à une interprétation stricte de l'article 2.19 de la CBPI. Selon lui, cet article ne devrait être lu que comme une simple garantie processuelle de l'obligation d'enregistrement imposée par l'article 2.2 de la CBPI. Dès lors, il serait plus prudent de supprimer l'article 2.19 de la CBPI, car une application stricte de ce dernier engendre des décisions telles que celle mentionnée ci-dessus, où la prétention de parasitisme est directement déclarée irrecevable pour cause d'effet réflexe.

En conséquence, la décision ci-dessus constitue, encore une fois selon Pierre-Yves Thoumsin, une pratique contraire au droit de l'Union.

La jurisprudence en matière d'effet réflexe est donc loin d'être unanime.

C.- PARASITISME ÉCONOMIQUE ET DROITS INTELLECTUELS

Le parasitisme est régulièrement invoqué simultanément à un droit intellectuel.

La plupart du temps, lorsqu'un comportement parasitaire est constaté par la juridiction saisie, la protection conférée par le droit de la propriété intellectuelle est simultanément accordée.

Le parallélisme est particulièrement marqué avec le droit des marques. Dans quatre décisions sur six reconnaissant clairement l'existence d'un acte parasitaire, il y a également violation d'un droit intellectuel, et dans ces quatre décisions, deux retiennent une atteinte au droit des marques⁵⁸.

De manière analogue, lorsque la protection par le droit de la concurrence déloyale est rejetée, l'existence d'une atteinte à un droit intellectuel est généralement rejetée également.

Cependant, une affaire tranchée successivement par le président du tribunal de commerce d'Anvers, le 31 janvier 2018⁵⁹, et puis par la Cour d'appel d'Anvers, le 25 octobre 2018⁶⁰, confirme que le lien entre parasitisme et droit intellectuel n'est pas systématique.

Le président du tribunal de commerce d'Anvers fait droit à la demande relative au parasitisme, sans retenir pour autant une atteinte à la marque du demandeur. En effet, le président

⁵⁷ P. -Y. THOUMSIN, « l'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *ICIP – Ing. Cons.*, 2020/3, p. 688 à 697.

⁵⁸ Voir tableau synthétique mentionné p. 41 du présent travail.

⁵⁹ Nous n'avons pas su nous procurer cette décision, mais elle est expliquée dans les faits de l'arrêt du 25 octobre 2018.

⁶⁰ Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 625.

considère que la soi-disant « marque » du demandeur ne bénéficie pas du caractère distinctif nécessaire à la protection par le droit des marques, mais considère que ce signe fait bel et bien l'objet d'une copie parasitaire.

Mécontent, le défendeur interjette appel devant la Cour d'appel d'Anvers.

Il y a, selon lui, violation de l'effet réflexe du droit des marques et, dès lors, violation de l'article 2.19 de la CBPI⁶¹. Il soutient qu'il n'est pas permis de faire droit à une action fondée sur le parasitisme lorsqu'une atteinte au droit des marques n'a pas été retenue pour défaut de caractère distinctif.

La Cour d'appel ne suit pas l'argument de l'effet réflexe.

Néanmoins, elle considère, à la différence du premier juge, qu'il existe bel et bien un caractère distinctif au signe en question et octroie la protection du droit des marques. Elle confirme par contre la décision du président en ce qui concerne la concurrence parasitaire.

La décision du 31 janvier 2018 démontre dès lors qu'il n'y a pas automatiquement convergence entre protection par les droits intellectuels et protection par le droit de la concurrence déloyale⁶².

Il peut également être mentionné que certaines juridictions, en présence d'une violation d'un droit intellectuel, n'estiment pas nécessaire d'analyser une éventuelle violation du droit de la concurrence déloyale⁶³. Ces juridictions justifient leur décision par le fait que la constatation d'une atteinte à l'article VI.104 du CDE, n'apportera rien de plus qu'une atteinte au droit intellectuel.

D.- LES CRITÈRES LONDERS

En pratique, il est devenu rare de voir la jurisprudence énumérer les critères Londers.

Exceptions faites pour quelques décisions⁶⁴, les juridictions belges ne les mentionnent généralement plus explicitement.

⁶¹ A cet égard, cet arrêt a déjà été mentionné dans la partie consacrée à l'effet réflexe.

⁶² Tout comme les décisions suivantes mentionnées *infra* : Prés. Trib. entr. Liège, 23 juillet 2020, inédit, R.G. n° A/20/00795 ; Anvers, 23 janvier 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 232, notes H. Abraham et P. Callens.

⁶³ Prés. Comm. Gand, div. Gand, 18 avril 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 713 ; Anvers, 24 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 640.

⁶⁴ Liège, 12 février 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 279 ; Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 4 aout 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 677 ; Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 17 juin 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 702 ; Liège, 1^{er} juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 368.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que parmi les juridictions continuant à citer les critères Londers, aucune n'est flamande.

Parmi ces décisions exceptionnelles, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège, le 12 février 2015⁶⁵, mérite une attention particulière.

En l'occurrence, la Cour a totalement fait sienne la théorie de Ghislain Londers, et ce malgré l'arrêt *Noël Marquet* mettant fin, selon certains, à l'actualité des critères éponymes.

Dans cet arrêt, la Cour énumère les quatre critères Londers et rappelle que ceux-ci n'ont pas vocation à s'appliquer tels quels. En effet, ceux-ci ont pour but de guider le juge dans sa recherche du juste équilibre à établir entre les parties. La Cour procède dès lors à une mise en balance des intérêts, au moyen de ces quatre critères, comme le préconisait Ghislain Londers.

La Cour d'appel de Liège rejette finalement l'existence du parasitisme à défaut de preuves suffisantes.

Il s'agit de la seule décision analysée à suivre, quasiment à la lettre, le processus édicté par Ghislain Londers. C'est également la seule décision étudiée à ne pas mentionner l'exigence de circonstances accompagnant la copie⁶⁶.

Même si les critères Londers ne sont plus que rarement énumérés un par un, il est possible qu'ils conservent une influence dans la prise de décision des magistrats. Ils semblent encore être implicitement pris en compte pour établir l'existence d'une copie illicite, même si la jurisprudence s'accorde pour dire qu'ils ne suffisent pas, en accord avec l'arrêt *Noël Marquet*.

E.- LE CRITÈRE D'ORIGINALITÉ

1) *Une exigence récurrente dans la jurisprudence*

Plus d'un tiers des décisions analysées mettent en avant la nécessité d'une originalité dans le chef de la prestation ou de l'objet copié afin de bénéficier de la théorie du parasitisme⁶⁷. Le

⁶⁵ Liège, 12 février 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 279.

⁶⁶ En effet, la nécessité d'établir des circonstances accompagnantes est aujourd'hui, à une exception près, unanimement admise dans les décisions analysées dans le présent travail.

⁶⁷ Liège, 12 février 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, 279 ; Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 4 aout 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 677 ; Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, 565, note C. Gommers ; Prés. Trib. entr. Liège, 15 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/813 ; Prés. Trib. entr. Liège, 8 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/1666 ; Mons, 23 septembre 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 875 ; Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 10 décembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1322 ; Anvers, 15 janvier 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 253 ; Prés. Comm. Gand, div. Gand, 19 avril 2017, *ICIP – Ing. Cons.*, 2017/2, p. 420.

critère de l'originalité est presque systématiquement utilisé lorsque le parasitisme est invoqué à cause d'une prétendue appropriation du « *look & feel* »⁶⁸.

Or, comme déjà dit précédemment, le premier des quatre critères Londers traduit cette exigence d'originalité.

Pour rappel, le premier critère Londers exige que la prestation copiée soit le fruit d'efforts ou d'investissements suffisamment importants.

Ainsi, le titulaire d'un produit ou d'un service banal, qui ne se démarque pas spécialement de ses concurrents, ne pourra se prévaloir du parasitisme économique.

Fréquemment, la jurisprudence ne prononce pas la sanction du parasitisme car l'objet de la copie n'est pas original. Il s'agit de la raison la plus souvent invoquée par la jurisprudence pour refuser d'établir l'existence d'un comportement parasitaire dans un cas concret.

A cet effet, l'une des raisons citées par la jurisprudence pour justifier le caractère banal de l'objet de la copie est le fait que ce produit ou ce service est simplement « tendance ».

En effet, et ce spécialement dans le secteur de la mode (vêtements, accessoires, bijoux...), la jurisprudence considère qu'il est normal que les produits « à la mode » fassent l'objet d'une plus grande « diffusion » que les autres. Seuls les produits ou services réellement originaux méritent la protection conférée par la théorie du parasitisme économique.

Ainsi, si un produit est repris par de nombreux concurrents, il s'agit d'un signe du caractère « non-original » du produit copié. Le concepteur de ce produit ne bénéficiera pas de la protection du parasitisme à l'encontre de celui qui l'a copié.

On peut dès lors en déduire que les produits « à la mode » ne pourront pas se prévaloir d'un comportement parasitaire, ceux-ci devant accepter une concurrence plus accrue.

Le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles, dans sa décision du 10 décembre 2020⁶⁹, traduit très bien cette idée : « *Ondernemen houdt in dat men rekening houdt met faire en vrije concurrentie op een zelfde markt. Wanneer men producten produceert die voor de hand liggen door vormgeving, omdat zij geïnspireerd zijn op vormgevingserfgoed en stijlen die via sociale mediakanalen zeer breed gekend zijn en snel verspreid worden, en bij de productie ervan gebruikt maakt van vrij verkrijgbare materialen dan kan een ondernemer niet*

⁶⁸ Cette appropriation, considérée comme la circonstance accompagnante rendant la copie illicite, sera analysée ultérieurement dans la présente étude.

⁶⁹ Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 10 décembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1322.

verwonderd zijn dat hij een grotere mate van concurrentie moet dulden dan wanneer hij over intellectueelrechtelijke bescherming van zijn producten beschikt »⁷⁰.

Dans le même ordre d'idée, le président du tribunal de commerce de Gand⁷¹ a considéré que : « *De vormgeving en eigenschappen van de "Key Cy" joggings zijn geen vormen die de originaliteit van het product veruiterlijken maar zijn een gevolg van marketingkeuzes en modetren »⁷².*

Au vu de l'importance de ce critère de l'originalité, il est intéressant de se demander quels sont ses liens avec l'originalité requise en droit d'auteur.

2) Relation entre le critère d'originalité en droit d'auteur et le critère d'originalité en droit de la concurrence déloyale

Pour rappel, l'une des conditions d'application de la protection conférée par le droit d'auteur est le caractère original de la création⁷³.

La question peut se poser de savoir si l'originalité exigée par le droit d'auteur est identique à celle exigée en droit de la concurrence déloyale par la jurisprudence.

Si la réponse est affirmative, une action qui n'aura pas abouti en droit d'auteur pour défaut d'originalité ne pourra aboutir sur base du parasitisme, puisque la jurisprudence exige aussi cette condition d'originalité en cette matière.

Bien qu'en théorie, il n'est pas certain que le concept d'originalité soit identique en droit d'auteur et en droit de la concurrence déloyale⁷⁴, la pratique démontre une réalité bien différente.

En pratique, l'absence d'originalité au sens du droit d'auteur implique également une absence d'originalité au sens du parasitisme.

⁷⁰ Prés. trib. entr. néerl. Bruxelles, 10 décembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1333. Traduction libre :

« L'esprit d'entreprise signifie la prise en compte d'une concurrence loyale et libre sur un même marché. Si l'on fabrique des produits qui sont évidents dans le design parce qu'ils s'inspirent d'un héritage et de styles de design très largement connus et rapidement diffusés via les réseaux sociaux, et utilisent des matériaux librement disponibles dans leur production, un entrepreneur ne peut pas être surpris de devoir tolérer un plus grand degré de concurrence que s'il bénéficiait d'une protection via le droit de la propriété intellectuelle pour ses produits ».

⁷¹ Prés. Comm. Gand, div. Gand, 19 avril 2017, *ICIP – Ing. Cons.*, 2017/2, p. 420.

⁷² Prés. Comm. Gand, div. Gand, 19 avril 2017, *ICIP – Ing. Cons.*, 2017/2, p. 426. Traduction libre : « Le design et les caractéristiques des joggings « Key Cy » ne sont pas des formes qui extériorisent l'originalité du produit, mais résultent de choix marketing et de tendances de mode ».

⁷³ Article 2(5) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, faite à Berne le 9 septembre 1886. Voy. en droit belge articles XI. 166, §5, XI. 186 et XI. 295 du CDE.

⁷⁴ Voy. à ce sujet, B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 324 et 325.

Lors de la présente étude, huit des vingt-quatre décisions analysées visent à la fois et le parasitisme et le droit d'auteur.

Dans sept⁷⁵ cas sur huit, les prétentions relatives au droit d'auteur et au parasitisme ont été toutes les deux rejetées, généralement pour défaut d'originalité. Dans le dernier cas⁷⁶, les prétentions concernant le droit d'auteur et le parasitisme ont été simultanément acceptées.

Le constat statistique est saisissant : soit la protection conférée par le droit d'auteur et celle conférée par la théorie du parasitisme économique sont octroyées simultanément, soit aucune de ces deux protections n'est conférée à la prestation ou l'objet copié.

Dès lors, il existe indéniablement un lien entre la protection conférée par le droit d'auteur et celle conférée par le parasitisme, puisque, lorsque la protection par le droit d'auteur n'est pas conférée en raison d'un manque d'originalité, le parasitisme est presque systématiquement rejeté pour la même raison.

A cet égard, la Cour d'appel de Mons, dans un arrêt du 23 septembre 2019, écrit clairement, afin de rejeter l'existence du parasitisme, que « l'impact visuel n'est pas non plus déterminant en l'espèce, fût-ce à raison de l'absence d'originalité de la présentation pour des bougies, *telle qu'elle a été retenue pour écarter la protection du droit d'auteur* »⁷⁷.

La Cour elle-même, *in casu*, semble assimiler l'originalité requise en droit d'auteur à celle requise en matière de parasitisme.

En conclusion, aucune décision, qui aurait rejeté une demande basée sur le droit d'auteur pour défaut d'originalité et qui aurait par la suite fait droit à la demande relative au parasitisme, n'a été trouvée. Cela signifie que, en pratique, si la protection par le droit d'auteur est refusée pour défaut d'originalité, la protection conférée par la théorie du parasitisme économique ne sera pas non plus accordée.

⁷⁵ Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, 565, note C. Gommers ; Prés. Comm. Anvers, div. Anvers, 13 juin 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 897 ; Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 15 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/813 ; Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 8 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/1666 ; Mons, 23 septembre 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 875 ; Gand, 4 mai 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020 p. 1172 ; Prés. Comm. Gand, div. Gand, 19 avril 2017, *ICIP – Ing. Cons.*, 2017/2, p. 420.

⁷⁶ Bruxelles, 13 janvier 2017, *I.R. D.I.*, 2017/1, p. 85.

⁷⁷ Mons, 23 septembre 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 892. C'est nous qui soulignons.

F.- LE RISQUE DE CONFUSION

Bien que le parasitisme économique et la création d'un risque de confusion entre deux entreprises soient deux atteintes distinctes à l'article VI.104 du CDE, la frontière entre ces deux comportements déloyaux n'est pas toujours clairement établie par les juridictions⁷⁸.

Le risque de confusion et le parasitisme sont fréquemment invoqués simultanément devant les tribunaux. Dans la présente étude, neuf décisions ont été recensés où le parasitisme et le risque de confusion étaient analysés ensemble par les juridictions⁷⁹.

Le même constat s'impose que pour le critère de l'originalité : parasitisme et risque de confusion entretiennent des liens étroits.

Sur ces neuf décisions, cinq décisions retiennent à la fois un risque de confusion et un parasitisme⁸⁰. Cependant, une autre décision retient avec certitude un risque de confusion et peut-être un comportement parasitaire, à défaut d'une justification claire à ce sujet, il n'est pas possible d'affirmer l'existence d'un comportement parasitaire⁸¹. Une seule décision ne retient, avec certitude, que le risque de confusion, sans retenir simultanément un parasitisme⁸². Deux autres décisions ne retiennent ni risque de confusion, ni parasitisme⁸³.

A cet égard, il est parfois difficile de savoir si les Cours et tribunaux retiennent à la fois le parasitisme et le risque de confusion comme étant deux infractions distinctes à l'article VI.104 du CDE, ou si le risque de confusion est utilisé afin de justifier l'existence du parasitisme économique.

La tâche est d'autant plus complexe que les juridictions n'expliquent pas quelles circonstances accompagnantes établissent l'existence du parasitisme, de sorte que cela donne l'impression que le risque de confusion, à lui seul, justifie celui-ci.

⁷⁸ Bruxelles, 27 juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 503.

⁷⁹ Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 4 aout 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 677 ; Bruxelles, 27 juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 503 ; Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 625 ; Anvers, 24 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 640 ; Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 23 juillet 2020, inédit, R.G. n° A/20/00795 ; Prés. Trib. entr. Liège, 8 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/1666 ; Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 26 novembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1027 ; Prés. Comm. fr. Bruxelles, 25 novembre 2015, *ICIP – Ing. Cons.*, 2016/1, p. 169 ; Anvers, 23 janvier 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 232, notes H. Abraham et P. Callens.

⁸⁰ Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 625 ; Anvers, 24 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 640 ; Prés. Trib. entr. Liège, 23 juillet 2020, inédit, R.G. n° A/20/00795 ; Prés. Comm. fr. Bruxelles, 25 novembre 2015, *ICIP – Ing. Cons.*, 2016/1, p. 169 ; Anvers, 23 janvier 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 232, notes H. Abraham et P. Callens.

⁸¹ Bruxelles, 27 juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 503.

⁸² Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 4 aout 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 677.

⁸³ Prés. Trib. entr. Liège, 8 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/1666 ; Prés. Trib entr. néerl. Bruxelles, 26 novembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1027.

Ceci ne fait que souligner les difficultés que rencontrent les juridictions à justifier l'existence du parasitisme.

Cela donne l'impression que la qualification de parasitisme est souvent incertaine, et l'existence d'un risque de confusion, comme circonstance accompagnante, vient rassurer les juridictions. Cependant, la question se pose de savoir pourquoi les juridictions s'efforcent de prouver le parasitisme au moyen d'un risque de confusion, alors que le risque de confusion suffit à établir une violation de l'article VI.104 du CDE.

Ci-dessous, quelques exemples démontrent la fragilité de la frontière séparant risque de confusion et parasitisme.

Dans une décision du 8 janvier 2019, le président du tribunal de l'entreprise de Liège écrit, dans la sous-section consacrée au parasitisme, « qu'une copie d'un document qui n'est pas protégé par un droit intellectuel n'est pas en tant que telle illicite, seules des « circonstances accompagnantes » créant la confusion dans le chef de la clientèle peuvent justifier l'interdiction de l'usage d'une copie d'un concurrent »⁸⁴.

Paradoxalement lorsque l'on sait que la doctrine s'accorde généralement pour considérer que le risque de confusion n'est pas nécessaire à l'existence d'un comportement parasitaire.

Dans le même ordre d'idée, mais dans une décision du 23 juillet 2020 cette fois-ci, le même président du tribunal de l'entreprise de Liège écrit que « la jurisprudence a très souvent qualifié de concurrence déloyale ou parasitaire l'utilisation par une entreprise d'une dénomination ou d'un nom commercial entraînant la confusion avec celle d'une autre entreprise. Dans [ce] cas, la confusion porte sur l'identité même de l'entreprise, il s'agit de provoquer l'assimilation d'une entreprise à une autre »⁸⁵.

Cette précision est surprenante et semble confirmer que la frontière entre risque de confusion et parasitisme n'est pas toujours clairement délimitée.

Dans sa décision, le tribunal explique : « En choisissant un nom commercial et une dénomination sociale créant la confusion avec ceux de la demanderesse, la défenderesse a cherché à s'approprier à moindre frais une partie de sa renommée. Grâce à l'emploi du vocable [« ... »], elle est en effet bien référencée sur les moteurs de recherche, ce qui est important pour une entreprise uniquement active en ligne »⁸⁶.

Le tribunal admet une situation de parasitisme et justifie notamment ce dernier par l'existence d'un risque de confusion. Cependant, il est vrai qu'en l'espèce le tribunal ne se fonde pas

⁸⁴ Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 8 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/1666, p. 4.

⁸⁵ Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 23 juillet 2020, inédit, R.G. n° A/20/00795, p. 7.

⁸⁶ Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 23 juillet 2020, inédit, R.G. n° A/20/00795, p. 12.

exclusivement sur l'existence d'un risque de confusion pour justifier le parasitisme mais sur un ensemble de circonstances particulières.

En définitive, bien qu'il semble évident, suivant la doctrine, que le risque de confusion ne suffit pas, et n'est pas non plus nécessaire à l'existence d'une copie parasitaire, la jurisprudence étudiée démontre que le risque de confusion est un indicateur, ou une circonstance accompagnante parmi d'autres, permettant d'établir une situation de parasitisme.

Pour rappel, sur l'ensemble des décisions analysées dans la présente étude, la sanction du parasitisme économique n'a été retenue que pour six d'entre elles. Or, pour cinq décisions sur six, un risque de confusion était également présent. Statistiquement, les chances de succès sont dès lors plus grandes en présence d'un risque de confusion.

G.- LES CIRCONSTANCES ACCOMPAGNANTES : LE NŒUD DU PROBLÈME

Comme expliqué précédemment, l'arrêt *Noël Marquet* a indiscutablement mis en lumière l'exigence d'une ou de plusieurs circonstances illicites accompagnant la copie afin de considérer un comportement comme parasitaire, puisque *la simple copie, même servile, n'est jamais illicite en soi*.

L'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation semble avoir été compris⁸⁷.

Cependant, en pratique, il est rare de voir les juridictions belges trouver des circonstances accompagnantes réellement convaincantes.

Une circonstance accompagnante revient régulièrement afin de justifier un parasitisme : l'appropriation du « *look & feel* » de l'entreprise copiée.

1) L'appropriation du « *look & feel* »

L'appropriation du « *look & feel* » d'une entreprise par une autre entreprise, se lit comme l'appropriation de l'image d'une entreprise par une autre, entraînant un transfert de la renommée de celle-ci sur l'entreprise utilisant la copie.

De nombreuses juridictions considèrent que l'appropriation du « *look & feel* » est une circonstance accompagnant la copie justifiant la sanction du parasitisme économique.

⁸⁷La quasi-totalité des décisions analysées reprennent mot à mot l'enseignement de l'arrêt *Noël Marquet* dans lequel on retrouve explicitement l'exigence de circonstances illicites complémentaires à la copie.

Régulièrement, le président du tribunal de commerce de Bruxelles cite une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 mars 2011⁸⁸ pour illustrer l'appropriation du « *look & feel* »⁸⁹.

Dans cet arrêt du 21 mars 2011, la Cour s'est exprimée ainsi : « *Er moet in casu worden nagegaan of er in hoofde van appellante sprake is geweest van begeleidende omstandigheden die indruisen tegen de eisen van de eerlijke marktpaktijken of van een vorm van onrechtmatig gedrag - waar het louter nabootsen niet onder kwalificeert waardoor appellante voordeel haalt of heeft gehaald.*

Appellante heeft, niettegenstaande onnoemelijk veel andere mogelijkheden, zonder (het bewijs te leveren van) enige creatieve inspanning of investering, de look and feel die door geïntimeerde voor de betrokken producten gecreëerd werd, waarin zij in aanzienlijke mate geïnvesteerd heeft en waarvoor zij een goodwill opgebouwd heeft, voor de verpakking van haar filter tips geïmplementeerd.

Deze implementatie is gebeurd op een dergelijke wijze dat het aannemelijk is dat het betrokken publiek (de gemiddelde, zijnde de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende, consument van de betrokken waren) de waren van appellante en deze van geïntimeerde als identiek zal waarnemen.

(...) Appellante leidt de faam en de goodwill met betrekking tot de producten van geïntimeerde, die door deze laatste opgebouwd werd, naar haar eigen producten af.

Het door geïntimeerde gelaakte nabootsen door appellante, in de hiervoor omschreven omstandigheden, maakt een vorm van onrechtmatig gedrag uit »⁹⁰.

En d'autres termes, la Cour d'appel de Bruxelles considère que la copie s'accompagne d'une appropriation du « *look & feel* », ce qui constituerait dès lors la circonstance accompagnante justifiant la sanction du parasitisme. Elle ajoute que, par l'appropriation du « *look & feel* »

⁸⁸ Bruxelles, 21 mars 2011, *I.R. D.I.*, 2011/4, p. 342.

⁸⁹ Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 4 aout 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 677 ; Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 17 juin 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 702. Ces deux décisions reprennent mot à mot la décision du 21 mars 2011.

⁹⁰ Bruxelles, 21 mars 2011, *I.R. D.I.*, 2011/4, p. 346. Traduction libre : « En l'espèce, il convient de vérifier s'il y a eu des circonstances concomitantes de la part de l'appelant qui sont contraires aux exigences des pratiques loyales du marché ou une forme de comportement illicite, ce qui ne comprend pas la simple imitation dont bénéfice ou a bénéficié l'appelant. Nonobstant d'innombrables autres options, la requérante a, sans (prouver) aucun effort créatif ou investissement, recréé l'aspect et la convivialité liés aux produits de l'intimé , dans lesquels l'intimé a investi de manière significative et pour lesquels elle a bâti un goodwill pour l'emballage de ses pointes filtrantes. Cette mise en œuvre a eu lieu de telle manière qu'il est plausible que le public concerné (le consommateur moyen, étant le consommateur raisonnablement informé, avisé et observateur des produits concernés) perçoive les produits de l'appelant et ceux de l'intimé comme identiques. (...) L'appelante transfère la notoriété et l'achalandage liés aux produits de l'intimée, qui ont été développés par l'intimé, sur ses propres produits. L'imitation de l'accusé par l'intimé par l'appelant, dans les circonstances décrites ci-dessus, constitue une forme de conduite illégale ».

d'une autre entreprise, un risque de confusion naît dans l'esprit des consommateurs entre les deux entreprises.

Encore une fois, des liens étroits entre risque de confusion et parasitisme doivent être soulignés. Cela donne l'impression que le parasitisme, seul, n'est pas suffisamment convaincant dans de telles circonstances. Les juridictions s'appuient alors sur le risque de confusion pour venir confirmer la présence d'un comportement déloyal.

Dans une décision du 17 juin 2015, et suivant l'enseignement de l'arrêt du 21 mars 2011, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a considéré qu'il existait bel et bien un parasitisme, en raison d'une appropriation du « *look & feel* » d'une autre entreprise, et justifie sa décision comme suit : « *Eisende partijen bootsen de werkwijze van verwerende partijen na onder begeleidende omstandigheden die dit nabootsen onrechtmatig maken, met name door de faam en goodwill verbonden aan de massagematrassen van verwerende partijen af te leiden naar hun massagematrassen. Eisende partijen haken op onrechtmatige wijze aan op de producten van eisende partijen* »⁹¹.

Afin qu'une appropriation du « *look & feel* » soit validée par les Cours et tribunaux, il est d'usage que ceux-ci réclament la présence d'une originalité dans le chef de la prestation ou de l'objet copié, ainsi que l'existence d'une certaine renommée dans le chef de la victime de la copie⁹², sans quoi il serait impossible d'observer une appropriation du « *look & feel* ».

L'originalité revient encore à la surface et vient s'entremêler avec un autre critère souvent retenu par la jurisprudence, l'existence d'une renommée dans le chef de l'entreprise victime du parasitisme.

Cependant, à titre tout à fait exceptionnel, la Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 5 septembre 2017⁹³, a rejeté la prétendue appropriation du « *look & feel* » pour un motif pour le moins original en matière de concurrence déloyale.

Les faits sont les suivants.

Dans cette affaire s'opposent deux grands magasins de vente de vêtements. Ces deux magasins ont commercialisé une robe aux motifs similaires à une année d'intervalle : WTG l'ayant commercialisée en 2011 et Wamo en 2012. WTG se plaint d'une copie illicite de sa

⁹¹ Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 17 juin 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 725. Traduction libre : « Les parties demanderesses imitent les pratiques des défendeurs dans des circonstances d'accompagnement qui rendent cette imitation illicite, notamment en détournant la réputation et le goodwill associés aux matelas de massage des défendeurs au profit de leurs matelas de massage. Les plaignants copient de manière parasitaire les produits des plaignants ».

⁹² Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 26 novembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1027.

⁹³ Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 565, C. Gommers.

robe mais aussi de l'une de ses jupes. Wamo aurait réalisé des copies illicites en s'appropriant le « *look & feel* » de WTG.

En première instance, le tribunal a donné gain de cause à WTG et ordonne la cessation de la commercialisation des produits litigieux.

Wamo interjette appel devant la Cour d'appel de Bruxelles.

Dans un arrêt du 5 septembre 2017, la Cour d'appel de Bruxelles rejette une protection par le droit d'auteur ainsi que par le droit des modèles et dessins.

En ce qui concerne le parasitisme, la Cour d'appel considère qu'il n'y a pas d'appropriation du « *look & feel* », et donc pas de circonstance accompagnante justifiant un comportement parasitaire.

La Cour justifie l'absence d'appropriation du « *look & feel* » comme suit : « *Er kan slechts sprake zijn van imago- en goodwilltransfer en uitbuiting van de bekendheid en reputatie als het gekopieerde op zich, zijnde de kledingstukken zelf, enige onderscheidende functie zou hebben en door het algemene publiek herkend wordt als afkomstig van geïntimeerde.* »

De kledingstukken in kwestie zijn evenwel banaal »⁹⁴.

La Cour utilise dès lors un argument propre à la protection du droit des marques : le caractère distinctif du produit ou service concerné, afin de rejeter l'existence d'un acte parasitaire.

Ce critère n'est habituellement pas mentionné par les juridictions pour rejeter l'originalité dudit produit ou service.

Ce faisant, la Cour a plus que jamais semé la confusion dans les esprits.

Cet arrêt a été vivement critiqué par Carina Gommers⁹⁵. Un certain rapprochement avec le droit des marques a également été observé plus généralement par la doctrine⁹⁶.

La circonstance accompagnante d'appropriation du « *look & feel* » fait l'objet de vives critiques au sein de la doctrine. Il est reproché, en sanctionnant une appropriation du « *look*

⁹⁴ Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, 565, note. C. Gommers. Traduction libre : « On ne peut parler de transfert d'image et de goodwill, ainsi que d'exploitation de la notoriété et la réputation, que si l'article copié lui-même, à savoir les vêtements eux-mêmes, ont une fonction distinctive et sont donc reconnus par le grand public comme provenant de l'entreprise de l'intimé. Or, les vêtements en question sont banals ».

⁹⁵ C. GOMMERS, « Het volgen van modetrends of kopiëren. Waar ligt de grens ? », *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 581 à 586.

⁹⁶ Voy. notamment V. WELLENS, « La pratique déloyale du « parasitisme » redéfinie vers une convergence accrue avec le droit des marques », *Ann. Prat. marché*, 2013, p. 943 à 954.

& feel », de sanctionner la copie en elle-même. En effet, l'appropriation du « *look & feel* » est considérée, selon certains, comme une conséquence intrinsèque à la copie⁹⁷.

Nous nous joignons à cette opinion. L'appropriation du « *look & feel* » de la prestation ou de l'objet copié est, selon nous, nécessaire à la sanction du parasitisme, mais pas suffisante. Nous pensons qu'il doit encore être démontré que les circonstances dans lesquelles une telle appropriation est effectuée sont, en elle-même, contraires aux pratiques honnêtes du marché, c'est-à-dire contraires au comportement qu'aurait adopté « l'honnête acteur économique »⁹⁸.

2) *Les autres circonstances accompagnantes*

Au sein de la présente section, deux décisions dont la motivation est particulièrement intéressante seront analysées.

2.1. *La décision rendue par le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles, chambre néerlandophone, le 30 décembre 2020*⁹⁹

Dans cette affaire, deux entreprises belges actives dans le secteur de la vente de combustible pour poêle s'opposent. Il s'agit des entreprises « PVG » et « Essegé ».

Les deux parties vendent des bouteilles contenant du carburant. « PVG », à la différence « d'Essegé », a enregistré sa marque « QLIMA », associée auxdites bouteilles, à l'office européen pour la protection intellectuelle.

« PVG » explique que ce qui confère à sa marque un caractère distinctif, condition *sine qua non* de la protection par le droit des marques, est l'association du design de ladite bouteille et de sa couleur : un ton orangé caractéristique de l'entreprise « PVG ».

Alors que « Essegé » commercialisait des bouteilles grises, elle change subitement l'apparence de ses bouteilles en 2017, pour un design et une couleur beaucoup plus proche de celle de sa concurrente « PVG ».

« PVG » souhaite obtenir un jugement ordonnant la cessation du comportement prétendument illicite : la copie des bouteilles litigieuses.

⁹⁷ Voy. notamment A. PUTTEMANS, « Introduction générale, principes et interrogations. Réflexions autour de l'arrêt *Noël Marquet* de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 30 à 33.

⁹⁸ O. BATTARD, J. LIGOT et F. VANBOSSELE, « Les pratiques loyales », 2^{ième} édition, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 113.

⁹⁹ Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 30 décembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1080.

A cette fin, « PVG » se prévaut d'une atteinte à sa marque, et d'une violation des pratiques loyales du marché.

Tout d'abord, « PVG » soutient une atteinte à sa marque sur base de l'article 9.2 b) et 9.2 c) du RMUE.

Concernant l'article 9.2. b) du RMUE, permettant au titulaire d'une marque d'interdire tout usage d'un signe identique ou similaire à sa marque, pour des produits ou services similaires ou identiques, lorsque ce signe crée un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs, le tribunal rejette la demande, car le risque de confusion n'est pas prouvé à suffisance par « PVG ».

Concernant l'article 9.2. c) du RMUE, application de la théorie du parasitisme en droit des marques, la demande est également rejetée. En effet, le parasitisme en droit des marques exige que le produit ou le service copié jouisse d'une certaine renommée. Or, la Cour constate que « PVG » ne justifie pas en quoi sa marque serait renommée, en tout cas, au sens du droit des marques.

Dès lors, le président du tribunal rejette l'action fondée sur le droit des marques.

En ce qui concerne le droit de la concurrence déloyale, la demanderesse invoque à la fois un comportement parasitaire, et un comportement créant la confusion dans l'esprit des consommateurs.

En l'espèce, le président du tribunal procède à une analyse particulièrement intéressante du parasitisme. Alors que le parasitisme est rejeté en droit des marques, le tribunal l'accepte en droit de la concurrence déloyale.

Le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles commence par rappeler l'enseignement de l'arrêt *Noël Marquet* et explique que l'appropriation du « *look & feel* » est une sorte de circonstance accompagnante pouvant justifier le parasitisme.

Tout d'abord, le président du tribunal reconnaît l'existence d'une renommée dans le chef de l'entreprise « PGV ».

En effet, il souligne que l'exigence de renommée en droit des marques est plus exigeante que celle requise en droit de la concurrence déloyale, de sorte que la renommée de la marque de « PGV » est démontrée à suffisance pour l'existence d'un comportement parasitaire au sens des pratiques du marché. Afin de convaincre le juge, « PGV » prouve détenir une part de marché importante dans le secteur de la vente de combustible pour poêles, ce qui implique une certaine renommée.

A la suite, « PGV » démontre le caractère volontaire de la copie.

A cet effet, « PGV » fournit des documents probants, démontrant qu'en plus de la connaissance du RAL exact de l'orange de la marque de PGV, « Essevé » avait *la pleine intention* de copier de la manière *la plus fidèle possible* le RAL exact de l'orange de son concurrent.

« Essevé » se défend notamment en argumentant que la couleur orange est commune dans la vente des combustibles et que celle-ci doit rester dans le domaine public. Elle justifie le changement du design de ses bouteilles par une volonté de suivre la tendance du moment dans le secteur.

Le président conteste cette argumentation et rappelle à la défenderesse qu'il ne lui est pas interdit d'utiliser la couleur orange, mais bien le RAL exact qu'a utilisé son concurrent, au vu du contexte.

Selon le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles, un tel comportement peut évidemment potentiellement nuire aux intérêts professionnels de PGV.

Ce faisant, le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles établit l'existence d'une copie illicite pour cause de parasitisme.

Il est intéressant de noter que le président du tribunal signale qu'il ne procède pas à l'analyse du risque de confusion, un parasitisme étant déjà établi, l'établissement d'un risque de confusion n'apporterait rien de plus.

Pour la première fois, une juridiction épingle, via des documents probants, une circonstance accompagnante réellement convaincante : *l'intention* de s'approprier le « *look & feel* » de son concurrent afin de tirer profit de sa renommée.

Le président ne se limite pas à prouver la connaissance de l'objet copié, ce qui n'est pas une information pertinente¹⁰⁰ mais relève que le contexte dans lequel l'adoption du « *look & feel* » a été réalisée est en soi déloyal. « Essegé » avait l'intention malhonnête de profiter des efforts créatifs et de la renommée de « PGV ». Ici, l'adverbe *indûment*, dans la phrase : tirer *indûment* profit, prend tout son sens.

¹⁰⁰ En effet, la connaissance de l'objet de la copie est logique s'il s'agit d'une véritable copie, car s'il n'y a pas connaissance de l'objet de la copie, il ne s'agit tout simplement pas d'une copie, mais d'une imitation fortuite, relevant d'un pur hasard. Voy. notamment Prés. Trib entr. néerl. Bruxelles, 26 novembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1027.

2.2. L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 25 octobre 2018¹⁰¹

Dans cette affaire, deux entreprises spécialisées dans la vente de carreaux en céramique s'opposent.

En première instance, le président du tribunal de l'entreprise de Bruxelles a considéré qu'il y avait bel et bien un comportement parasitaire dans le chef de la défenderesse, mais pas atteinte à la marque « Tilestone » car celle-ci manquerait de caractère distinctif.

La défenderesse, mécontente de la décision prononcée, interjette appel.

Dans un arrêt du 25 octobre 2018, la Cour d'appel de Bruxelles confirme la décision rendue en première instance et considère qu'il y a bel et bien un comportement parasitaire.

Pour justifier sa décision, la Cour souligne trois faits qu'elle expose comme suit : « *Door slaafse kopieën van de 7 meest populaire huistegels aan te bieden in de toonzalen en te leveren aan de klanten waarbij aan elk van deze tegels van het assortiment identiek dezelfde benaming gegeven wordt als de productnamen van geïntimeerde en de timing van de lancering van de tegels weloverwogen uit te kiezen, leidt appellante onvermijdelijk het imago en de "look and feel" van geïntimeerde af naar haar eigen producten. Appellante heeft immers een volledig gamma van productnamen gekopieerd* »¹⁰².

La justification la plus intéressante est selon nous celle qui repose sur le moment où les carrelages ont été commercialisés. Ce n'est pas la première décision à retenir un tel critère.

Ici, il s'agit d'une véritable circonstance accompagnant la copie. C'est le contexte, et non simplement l'appropriation du « *look & feel* », qui justifie le caractère déloyal de la copie.

Le moment auquel on décide de commercialiser un produit n'a rien à voir avec la copie en elle-même. En fonction des circonstances, cela peut en effet traduire une réelle intention dans le chef du copieur de profiter de la notoriété d'un concurrent. Dans ces cas-là, il peut en effet s'agir d'une circonstance accompagnant la copie.

¹⁰¹ Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 625.

¹⁰² Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 634. Traduction libre : « En proposant servilement des copies des 7 carreaux de maison les plus populaires dans les salles d'exposition et en les fournissant aux clients, en donnant à chacun de ces carreaux de la gamme le même nom que ceux données par l'intimée et en choisissant délibérément le moment du lancement des carreaux, l'appelante a inévitablement détourné l'image et le "look and feel" de l'intimée vers ses propres produits. Après tout, l'appelant a copié une gamme complète de noms de produits ».

H.- SYNTHÈSE DE LA JURISPRUDENCE

Il ressort de la jurisprudence que ce n'est pas l'établissement de la copie en elle-même qui pose problème aux juridictions, mais bien l'établissement des circonstances accompagnant la copie.

Les juridictions s'accordent sur le fait que la copie, même servile, ne peut jamais, en soi, être considérée comme illicite. A cet égard, les passages les plus marquants de l'arrêt *Noël Marquet* sont quasiment systématiquement recopiés tels quels par les juridictions.

La jurisprudence exige dès lors, de manière quasi unanime, l'existence de circonstances complémentaires à la copie afin de justifier le caractère *déloyal* de la copie qui, en elle-même, est licite.

Cependant, la teneur des circonstances accompagnant la copie peine à convaincre. Les juridictions se rabattent assez souvent sur l'appropriation du « *look & feel* », sans démontrer de manière convaincante un contexte factuel justifiant réellement le caractère déloyal de la copie.

Or, c'est précisément ce contexte qui permet, ou non, de justifier l'existence d'une copie parasitaire.

Certaines rares juridictions s'attèlent dès lors, conformément à l'arrêt *Noël Marquet*, à étayer les éléments contextuels permettant de justifier le caractère *déloyal* de la copie : éléments probants démontrant le caractère intentionnel de la copie en vue de profiter des efforts et investissements d'autrui ; moment où la copie a été réalisée, ...

En guise de synthèse, il nous a semblé intéressant de classer les quelques décisions ayant retenus, avec certitude, un comportement parasitaire¹⁰³.

Sur un total de vingt-quatre décisions étudiées, seules six établissent clairement l'existence d'un parasitisme : Cour d'appel d'Anvers, 23 juillet 2017 ; Cour d'appel d'Anvers, 25 octobre 2018 ; Cour d'appel d'Anvers, 24 décembre 2018 ; président du tribunal de commerce de Bruxelles, 17 juin 2015 ; président du tribunal de commerce de Bruxelles, 5 novembre 2015 ; président du tribunal de l'entreprise de Liège, 23 juillet 2020.

La décision du 27 juin 2017, dans laquelle la qualification d'acte parasitaire est incertaine, n'est pas prise en compte¹⁰⁴.

¹⁰³ Ces décisions sont reprises dans le tableau inséré à la page suivante.

¹⁰⁴ Bruxelles, 27 juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 503.

	Violation d'un droit de propriété intellectuelle	Existence d'un risque de confusion	Justification du parasitisme par une appropriation du « <i>look & feel</i> »
Anvers, 23 juillet 2017 ¹⁰⁵	Non	Oui	Non
Anvers, 25 octobre 2018 ¹⁰⁶	Oui : droit des marques	Oui	Oui
Anvers, 24 décembre 2018 ¹⁰⁷	Oui : droit des marques	Oui	Non
Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 17 juin 2015 ¹⁰⁸	Oui : droit d'auteur	Non	Oui
Prés. Comm. fr. Bruxelles, 25 novembre 2015 ¹⁰⁹	Oui : droit des dessins et modèles	Oui	Non
Prés. Trib. entr. Liège, 23 juillet 2020 ¹¹⁰	Non	Oui	Non

¹⁰⁵ Anvers, 23 janvier 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 232, notes H. Abraham et P. Callens.

¹⁰⁶ Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 625.

¹⁰⁷ Anvers, 24 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 640.

¹⁰⁸ Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 17 juin 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 702.

¹⁰⁹ Prés. Comm. fr. Bruxelles, 25 novembre 2015, *ICIP – Ing. Cons.*, 2016/1, p. 169.

¹¹⁰ Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 23 juillet 2020, inédit, R.G. n° A/20/00795.

Le constat est clair : un comportement parasitaire n'est jamais retenu seul.

Conclusion

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que les Cours et tribunaux prononcent encore la sanction du parasitisme économique mais que le parasitisme économique n'est presque jamais le seul motif d'illicéité de la copie. Celle-ci constitue généralement également une atteinte à un droit de propriété intellectuelle ou crée un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs.

L'utilité de la théorie du parasitisme économique doit dès lors être relativisée.

Comme beaucoup de constructions jurisprudentielles, les contours de la théorie du parasitisme économique sont flous.

Pour justifier l'existence d'un parasitisme, les juridictions s'accordent sur la nécessité de prouver des circonstances complémentaires à la copie qui, seule, ne suffit pas à créer un comportement déloyal.

Afin de justifier une ou plusieurs circonstances accompagnantes, les juridictions ont recours à des notions subjectives comme l'originalité, la création d'un risque de confusion, l'appropriation du « *look and feel* », ... ce qui crée une grande insécurité juridique.

L'avocat, dont l'ordre professionnel clame à coups de spots publicitaires « qu'il faut le voir avant pour éviter les ennuis après », se trouve dans une position fort inconfortable lorsqu'il est consulté préventivement par un client pour savoir ce qui est permis, et ce qui ne l'est pas.

Par contre, au stade contentieux, il se verra pousser des ailes car l'examen de la jurisprudence donne l'impression que la capacité à convaincre des parties est très importante.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, signée à Paris le 20 mars 1883.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, faite à Berne le 9 septembre 1886.

Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles), faite à La Haye le 25 février 2005, approuvée par la loi du 22 mars 2006, *M.B.*, 26 avril 2006.

Règlement (UE) 2°17/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union Européenne, J.O.U.E., L154, 16 juin 2017.

Code de droit économique belge, introduit par la loi du 28 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013.

Loi du 10 mai 2007 relative aux aspects de droit judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle, *M.B.*, 10 mai 2007, *err.*, 14 mai 2007.

Jurisprudence

C.J. Benelux, arrêt *D. Engels c. Daewoo Electronics Europe*, 23 décembre 2010, n° A 09/3 , *Ing. Cons.*, 2010/5, p. 703.

Cass., 29 mars 2009, *Pas.*, I, p. 1374.

Cass., 16 mars 1939, *Pas.*, I, p. 150.

Gand, 4 mai 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1172.

Anvers, 15 janvier 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 253.

Mons, 23 septembre 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 875.

Anvers, 24 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 640.

Gand, 10 décembre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 472.

Anvers, 25 octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 625.

Gand, 1^{er} octobre 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 447.

Bruxelles, 5 septembre 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, 565, note C. Gommers.

- Bruxelles, 27 juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 503.
- Liège, 1^{er} juin 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 368.
- Gand, 29 mai 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 451.
- Anvers, 23 janvier 2017, *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 232, notes H. Abraham et P. Callens.
- Bruxelles, 13 janvier 2017, *I.R. D.I.*, 2017/1, p. 85.
- Anvers, 10 novembre 2016, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 445.
- Bruxelles, 29 avril 2016, *Ann. Prat. marché*, 2016, p. 625.
- Liège, 12 février 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 279.
- Bruxelles, 21 mars 2011, *I.R. D.I.*, 2011/4, p. 342.
- Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 30 décembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1080.
- Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 10 décembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1322.
- Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 26 novembre 2020, *Ann. Prat. marché*, 2020, p. 1027.
- Prés. Trib. entr. Gand, div. Gand, 26 août 2020, *ICIP – Ing. Cons.*, 2020/3, p. 673, note P.-Y. Thoumsin.
- Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 23 juillet 2020, inédit, R.G. n° A/20/00795.
- Prés. Trib. entr. néerl. Bruxelles, 28 mai 2019, *Ann. Prat. marché*, 2019, p. 637.
- Prés. Trib. entr. Liège, div. Liège, 12 mars 2019, inédit, R.G. n° A/18/00545.
- Prés. Trib. entr. Liège, 15 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/813.
- Prés. Trib. entr. Liège, 8 janvier 2019, inédit, R.G. n° A/18/1666.
- Prés. Comm. Anvers, div. Anvers, 13 juin 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 897.
- Prés. Comm. Gand, div. Gand, 18 avril 2018, *Ann. Prat. marché*, 2018, p. 713.
- Prés. Comm. Gand, div. Gand, 19 avril 2017, *ICIP – Ing. Cons.*, 2017/2, p. 420.
- Prés. Comm. fr. Bruxelles, 25 novembre 2015, *ICIP-Ing. Cons.*, 2016/1, p. 169.

Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 4 aout 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 677.

Prés. Comm. néerl. Bruxelles, 17 juin 2015, *Ann. Prat. marché*, 2015, p. 702.

Doctrine

BATTARD, O., LIGOT, J. et VANBOSSELE, F., « Les pratiques loyales », 2^{ième} édition, Bruxelles, Larcier, 2012.

CAMPOLINI, P., « Brevets, secrets non brevetés et concurrence déloyale », *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale. Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 97 à 148.

CASSIERS, V., « La protection du savoir-faire de l'entreprise », *Le patrimoine intellectuel de l'entreprise : protection des actifs incorporels de l'employeur et droits et obligations des travailleurs*, J.-F. Neven et E. Cornu (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 54 à 120.

DUPONT, R. et VAN DAMME, F., « La liberté de copie et le droit de la concurrence déloyale : un équilibre parfois difficile », *Retail – Aperçu juridique : hommage à André Lombart*, R. Dupont (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 269 à 290.

GOMMERS, C., « Het volgen van modetrends of kopiëren. Waar ligt de grens ? », *Ann. Prat. marché*, 2017, p. 581 à 586.

LONDERS, G., « onrechtmatig imiteren, kopiëren en aanhaken », *Handelspraktijken anno 1996*, J. STUYCK (éd), Diegem, Kluwer, 1996, p. 187 à 210.

PUTTEMANS, A., « Introduction générale, principes et interrogations. Réflexions autour de l'arrêt Noël Marque de la Cour de cassation », *Propriété intellectuelle et concurrence Déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra, (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 9 à 37.

PUTTEMANS, A., « l'effet réflexe du droit des marques : pas de protection, y compris par l'action en concurrence déloyale, sans enregistrement », *Propriété intellectuelle et concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 149 à 162.

PUTTEMANS, A., *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

PUYRAIMOND, J.-F., « Du parasitisme à l'abus de la liberté de copie », *Propriété intellectuelle et concurrence Déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, A. Puttemans, Y. Gendreau et J. de Werra (dir.), Bruxelles, Larcier, 2017, p. 81 à 96.

THOUMSIN, P. -Y., « l'article 2.19 CBPI : un dinosaure en voie d'extinction ? », *ICIP – Ing. Cons.*, 2020/3, p. 688 à 697.

VANBRABANT, B., *La propriété intellectuelle*, t.1 : *Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, 2016.

WELLENS, V., « La pratique déloyale du « parasitisme » redéfinie vers une convergence accrue avec le droit des marques », *Ann. Prat. marché*, 2013, p. 943 à 954.