CA Nîmes, 4e ch. com., 3 mai 2023, n° 21/02863
COUR D'APPEL
4e CHAMBRE COMMERCIALE
NÎMES
21/02863

Nature : Arrêt
Demandeur : Earsonics (SAS)
Défendeur : Earcare Developpement (SARL)

Composition de la juridiction
Président : Mme Codol
Conseillers : Mme Ougier et Mme Vareilles
Avocats : Me Vajou, Me Le Stanc et Mme Brun

Même affaire :
• T. com. Nîmes, du 25 mai 2021, n° 2019J393

Texte intégral

Selon protocole d'accord du 7 janvier 2008, Monsieur [M] [V], seul associé fondateur de la SAS Earsonics, promettait à Monsieur [N] [U] et Madame [G] [X] de leur céder un nombre d'actions lié aux résultats de la société sur les exercices 2010 et 2011, pour une valeur nominale de 10 euros par action. L'option pouvait être levée jusqu'au 31 décembre 2012 à condition que le bénéficiaire soit alors salarié et/ou mandataire social de cette société dont l'activité portait sur le commerce de retransmission sonore, 'retours de scènes' et protections auditives.

Le même jour, Madame [X] faisait immatriculer au registre du commerce et des sociétés de Nîmes son entreprise individuelle de « commerce de détail d'enregistrements musicaux et vidéo en magasin spécialisé », exploitée sous le nom de Audiphonics.

Le 1er juin 2010, la SAS Earsonics embauchait en contrat à durée indéterminée Madame [X] en qualité de responsable export.

Le 13 mai 2011, Monsieur [V] cédait 2.000 des 10.000 actions lui appartenant dans la société Earsonics à Monsieur [N] [U], devenu directeur général, et 1.000 actions à Madame [X], salariée.

Le 22 octobre 2012, la société Earsonics licenciait Madame [X] pour faute grave, lui reprochant notamment d'avoir, pendant le temps de travail, développé l'activité de son entreprise personnelle concurrente, ce qu'elle contestait devant le Conseil de prud'hommes.

Le 22 janvier 2013, la société Earsonics et Madame [X] signaient un protocole transactionnel organisant la rupture de la relation salariale et la cession des actions de Madame aux deux autres associés.

Après avoir fait radier son entreprise personnelle le 30 novembre 2012, Madame [X] créait avec une tierce personne -la société HLP- la SARL Earcare développement le 7 février 2013 pour le commerce de l'auditif médical, société dont elle était l'associée majoritaire, et dont elle prenait la gérance le 29 septembre 2015.

Par exploit du 12 septembre 2019, la société Earsonics a fait assigner la société Earcare développement devant le tribunal de commerce de Nîmes en indemnisation et interdiction, lui reprochant des actes parasitaires et des pratiques commerciales trompeuses, constitutifs d'une concurrence déloyale.

Par jugement du 25 mai 2021, le tribunal de commerce de Nîmes a, au visa de l'article 1240 du code civil :

Débouté la société Earsonics de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,

Condamné la société Earsonics à payer à la SARL Earcare développement la somme de 5.000 euros pour procédure abusive et injustifiée,

Condamné la société Earsonics à payer à la SARL Earcare développement la somme de 5.000 euros par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejeté toutes autres demandes, fins et conclusions contraires,

Condamné la SAS Earsonics aux dépens de l'instance.

La S.A.S. Earsonics a interjeté appel de cette décision aux fins de la voir réformer en toutes ses dispositions.

***

Dans ses dernières conclusions, l'appelante demande à la cour, au visa des articles 287 à 295, et 299 du code de procédure civile, des articles 1240 et suivants du code civil, des articles L. 121-1, L. 121-2, L. 131-38, L. 131-39 et suivants du code de la consommation,

D'infirmer le jugement déféré en toutes ses dispositions,

Statuant à nouveau, de:

juger que la société Earcare développement a commis des actes parasitaires à l'égard de la société Earsonics,

juger que la société Earcare développement a commis des actes de concurrence déloyale en désorganisant le marché global et en portant ainsi directement atteinte à la société Earsonics,

juger que la société Earcare développement a enfreint le Règlement 2016-425,

juger que la société Earcare développement a commis des pratiques commerciales trompeuses,

rejeter toutes les prétentions de la société Earcare développement,

En conséquence,

procéder à la vérification des écritures constituant la pièce adverse n° 20 tendant à qualifier la pièce litigieuse de faux au sens des articles L. 441-1 et suivants du code pénal et en tirer toutes les conséquences de droit,

condamner la société Earcare développement à verser à la société Earsonics la somme à parfaire de 600.000 euros à titre de dommages et intérêts pour la réparation du préjudice lié aux actes de concurrence déloyale et parasitaires ainsi causés à la société concluante,

interdire à la société Earcare développement l'importation, la fabrication, la commercialisation, l'offre à la vente, la vente des articles litigieux, dans une présentation propice à la confusion avec les articles de la requérante, et ce, sous astreinte de 500 euros par infraction constatée, à compter de la signification du jugement à intervenir, la Cour restant saisie pour statuer sur la liquidation de l'astreinte,

ordonner à la société Earcare Développement de retirer des circuits commerciaux tous les articles non conformes à la règlementation en vigueur, et ce, sous astreinte de 500 euros par infraction constatée, à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, la Cour restant saisie pour statuer sur la liquidation de l'astreinte,

condamner la société Earcare développement à verser à la société Earsonics la somme provisionnelle et à parfaire de 140.000 euros à titre de dommages et intérêts pour la réparation du préjudice lié aux actes de désorganisation du marché constituant une concurrence déloyale affectant directement la société concluante,

ordonner la publication de la décision à intervenir dans trois journaux ou périodiques au choix de la société Earsonics, sans que le coût global de ces insertions ne puisse excéder, à la charge de la société défenderesse, la somme de 5.000 euros HT,

débouter la société Earcare développement de toutes ses demandes, fins et conclusions plus amples ou contraires, outre appel incident,

condamner la société Earcare développement à payer à la société Earsonics la somme de 12.500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

condamner la même aux entiers dépens de la présente instance, dont distraction.

L'appelante reproche tout d'abord aux premiers juges de ne pas avoir fait droit à sa demande de vérification d'écriture de la pièce adverse n° 20 intitulée "attestation Agi-son", alors que celle-ci est contestable dans la forme et le contenu, de sorte qu'il est suspecté qu'il s'agisse d'un faux produit par l'intimée pour les besoins de la cause.

En effet, l'attestation litigieuse n'affiche aucune information prouvant qu'elle provient de cette association, ni en-tête ni signature ; le mail l'accompagnant confirme le doute existant quant à une collusion, et la nouvelle version produite du même document revêt la signature en qualités de président et vice-président de deux personnes qui n'occupaient pas ces fonctions à la date des faits relatés (mai 2014), ni à la date à laquelle cette nouvelle pièce "20 ter" a été réalisée.

Cette pièce énonce en outre des contre-vérités puisque la proposition de partenariat 2014-2015 du 12 mai 2014 est bien parvenue à l'association Agi-Son, et que le conseil d'administration de celle-ci a bien statué sur cette proposition pour le rejeter.

Et l'intimée qui soutenait sur le fondement de ce document que si la société Earsonics avait perdu son partenariat avec l'association Agi-son, c'était faute d'avoir reçu une proposition de sa part, affirme dans ses dernières écritures que ce serait parce que les clients étaient mécontents de ses prestations.

Sur le fond, la société Earsonics soutient en premier lieu que la société Earcare développement a commis à son détriment des actes distincts de concurrence déloyale par parasitisme.

Ainsi, elle était en relation commerciale continue avec l'association Agi-son pour la fourniture à prix négocié de bouchons filtrés et de bouchons moulés, depuis 2008, et travaillait avec elle à un projet d'élaboration d'un réseau d'audioprothésistes pour chaque région. Cette association la citait chaque année dans son rapport d'activité et la société Earsonics lui avait consenti des tarifs préférentiels compte tenu de l'ancienneté et de la pérennité de leur collaboration.

Or, soudain, en 2014, la société Earcare développement s'est substitué à elle auprès de l'association, toute la communication étant reprise à l'identique au bénéfice de cette société dans les rapports de l'association.

Compte tenu des similitudes existant entre les dénominations sociales des sociétés -et ce d'autant plus que la société Earcare développement se désigne comme simplement "Earcare" auprès de l'association et de ses adhérents, de la reprise servile des éléments de présentation des sociétés et de l'identité des produits proposés, le risque de confusion est prégnant pour les adhérents d'Agi-son, et la société Earcare développement profite ainsi, dans le sillage de la société Earsonics, de tous les investissements réalisés par elle.

Ce faisant, l'intimée cherche à établir une confusion dans l'esprit du public et à tout le moins des adhérents de l'association en se faisant passer pour elle, ce qui lui cause un préjudice majeur puisque ce marché national représentait jusqu'alors 40 % de son chiffre d'affaires.

Ces agissements parasitaires engagent la responsabilité civile de la société Eacare développement au sens de l'article 1240 du code civil.

De plus, les deux sociétés évoluent sur le même secteur d'activité et sont directement concurrentes, offrant des produits identiques, et principalement les "in-ear-monitors" et les protecteurs auditifs.

L'intimée a sollicité son importateur pour lui fournir le même assortiment de produits, et la comparaison des sites marchands des deux sociétés suffit à démontrer une reprise plagiaire de son offre, ce qui constitue également un agissement parasitaire de nature à engager sa responsabilité.

Encore, la société Earcare développement a délibérément acquis un matériel identique à celui de la société Earsonics, de même marque, avec le même logiciel, auprès du même fournisseur, et a embauché la personne détentrice du savoir-faire spécifique : l'ancien responsable de production de la société Earsonics, qui avait été son premier salarié, s'était formé et avait formé des techniciens pour la fabrication des produits Earsonics puis avait quitté la société en 2017 sur une rupture conventionnelle.

Ce faisant, l'intimée se positionnait encore dans le sillage de la société Earsonics en profitant de ses investissements passés par un comportement parasitaire.

Ces actes de concurrence déloyale ont permis à la société Earcare développement de réaliser des économies significatives en temps et en argent, celle-ci s'épargnant tous les efforts de recherche et développement, d'innovation, de tests et de prospection commerciale investis par l'appelante.

La fin de son partenariat avec l'association Agi-son et la confusion entretenue par la société Earcare développement lui ont fait perdre un chiffre d'affaires de 210.000 sur cinq ans. Les agissements déloyaux de la société Earcare développement lui ont également causé un préjudice moral certain eu égard à l'atteinte causée à son image et à sa réputation.

Son préjudice peut en conséquence être estimé à une somme provisionnelle de 600.000 euros, interdiction devant être faite sous astreinte à l'intimée de poursuivre ses agissements.

La société Earsonics soutient par ailleurs que la société Earcare Développement s'est aussi livrée à des actes de désorganisation générale du marché, caractéristique d'un comportement déloyal, en employant des moyens illicites dans le jeu de la compétition économique.

Elle vend des produits non conformes au règlement européen 2016-425 édicté le 9 mars 2016 pour les équipements de protection individuelle alors qu'une telle commercialisation est interdite depuis le 21 avril 2019. En effet, elle ne justifie pas fournir avec le dispositif la déclaration de conformité et l'attestation de certification requis, et le certificat allemand qu'elle communique ne certifie pas la conformité des produits mais seulement les procédures de contrôle qualité des produits du fabricant ACS et ne vise pas même la société Earcare développement.

Or, en commercialisant les produits sous son seul nom, la société intimée doit être considérée comme un fabricant et il lui incombe à ce titre de justifier de cette attestation de conformité.

A défaut, l'égalité dans la concurrence est rompue et le marché victime d'une désorganisation générale.

La société Earcare développement prétend pourtant, par les étiquettes des emballages des produits qu'elle commercialise, respecter le règlement sus-visé et trompe donc le consommateur sur les caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le produit et donc sur les caractéristiques de ce produit, tous éléments constitutifs pour la société comme pour sa gérante du délit de publicité trompeuse.

L'appelante fait valoir qu'à l'inverse elle s'y est pour sa part conformée et qu'elle a ainsi été désavantagée, ce dont elle réclame indemnisation à hauteur de 140.000 euros.

Enfin, aucun abus dans l'action en justice n'est démontré de sa part, de sorte que c'est encore à tort que les premiers juges ont prononcé condamnation de ce chef à son encontre.

***

Dans ses dernières conclusions, l'intimée demande pour sa part à la cour de :

confirmer dans toutes ses dispositions le jugement déféré,

prendre acte de ce qu'elle s'en rapporte à la sagesse de la Cour quant à la nécessité d'ordonner ou non une mesure d'instruction relative à la véracité de la pièce n° 20 intitulée « attestation Agi-son »,

juger qu'elle n'a commis aucun acte parasitaire à l'égard de la société Earsonics,

juger qu'elle n'a commis aucun acte de concurrence déloyale en désorganisant le marché global et en portant ainsi directement atteinte à la société Earsonics,

juger qu'elle n'a pas enfreint le règlement 2016-425,

juger qu'elle n'a pas commis de pratiques commerciales trompeuses,

débouter en conséquence Eearsonics de ses demandes de condamnation à des dommages et intérêts,

la débouter encore de ses demandes d'interdiction d'importation, fabrication, commercialisation, offres à la vente et vente, et ce sous astreinte,

la débouter de sa demande de retrait des circuits commerciaux des articles prétendument non conformes à la règlementation et ce, sous astreinte,

la débouter de sa demande de condamnation provisionnelle de 140.000 euros à titre de dommages et intérêts pour désorganisation du marché,

la débouter de sa demande de publication dans un journal d'annonces légales,

la condamner au paiement d'une somme de 50.000 euros pour procédure abusive et d'une somme de 15.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Elle fait valoir que la liberté du commerce et de l'industrie est un principe général, toute restriction devant être interprétée strictement, et qu'en l'espèce l'appelante n'apporte aucune preuve des actes anti-concurrentiels qu'elle lui reproche et au titre desquels elle demande indemnisation.

L'attestation litigieuse révèle que c'est simplement en raison du mécontentement des clients que l'association a préféré ne plus poursuivre son partenariat avec l'appelante, ce que confirment encore deux attestations.

C'est ainsi la candidature de la société Earcare développement qui a été choisie et retenue en 2014 par l'association Agi-son par préférence à celle de Earsonics, puis reconduite car donnant toute satisfaction, et l'attestation produite en pièce 20 a été rapidement établie sur sa sollicitation dans le cadre de l'instance en cours, puis corrigée puisque le premier document n'était pas signé, et envoyée par courriel.

L'association Agi-son n'est en outre pas un client mais une centrale de référencement dont le fonctionnement est annuel et qui sélectionne un partenaire privilégié pour ses adhérents, et Earsonics n'a pas seulement cherché à réintégrer le réseau les années suivantes. Bien plus, si en 2011, le société Earsonics était le seul fournisseur de protections auditives sélectionné par l'association, elle ne l'était déjà plus en 2012 et 2013, un autre concurrent étant choisi à ses côtés. Elle s'est même discréditée en adressant à l'association une lettre de reproche et en cassant ses prix dans des proportions incompatibles avec le maintien de la qualité du produit.

Aucun plagiat n'est démontré, la vente de produits similaires procédant seulement d'une libre concurrence et tous les sites marchands de ce secteur se ressemblant par nature.

L'ancien salarié de la société Earsonics n'a pas été débauché par elle, mais il avait été mis fin à son contrat de travail -dans des conditions très difficiles pour lui- et il n'était soumis à aucune clause de non-concurrence, de sorte qu'il était légitime de le recruter pour travailler dans son domaine de compétences. Il est encore erroné que de prétendre qu'il avait été formé par l'appelante et que la société Earcare développement n'aurait fait qu'en profiter, alors que le niveau technique en constante évolution exige des formations régulières et qu'il est amené à travailler sur de nouveaux matériaux.

Enfin, c'est à tort et de mauvaise foi que l'appelante, s'érigeant en « autorité administrative gendarmant la matière », lui reproche de vendre des produits non conformes au règlement européen n° 2016-425, alors qu'elle justifie de cette conformité par ses pièces 27, 33, 36 et 37.

De même, ses accusations de publicité mensongère relèvent de la diffamation commerciale et de la calomnie.

A titre reconventionnel, il est demandé indemnisation à hauteur de 50.000 euros pour procédure abusive, la société appelante n'ayant jamais recherché de solution amiable mais développé des attaques massives stigmatisant une volonté d'effrayer et d'éliminer tout concurrent.

***

Pour un plus ample exposé, il convient de se référer à la décision déférée et aux conclusions visées supra.

Motivation,

DISCUSSION,

Sur la vérification d'écritures :

L'article 287 du code de procédure civile dispose que « si l'une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée ou déclare ne pas reconnaitre celle qui est attribuée à son auteur, le juge vérifie l'écrit contesté à moins qu'il ne puisse statuer sans en tenir compte. Si l'écrit contesté n'est relatif qu'à certains chefs de la demande, il peut être statué sur les autres. Si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électronique, le juge vérifie si les conditions, mises par les articles 1366 et 1367 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électronique sont satisfaites ».

En l'espèce, la pièce n° 20 produite par l'intimée et qui est l'objet de la demande en vérification d'écriture de l'appelante -qui la produit également en pièce 35, ne comporte aucun élément ni signature ni en-tête ou mention permettant d'identifier son auteur, de sorte que l'écriture ne peut logiquement en être vérifiée.

S'agissant de la pièce 20 ter, l'appelant ne conteste pas que ce soit les deux signataires qui en soient les véritables auteurs mais dément la qualité en laquelle ils ont attesté et le contenu de leurs assertions, tous éléments qui ne peuvent faire utilement l'objet d'une vérification d'écriture.

La demande formulée en ce sens ne peut donc qu'être rejetée.

Sur les autres demandes de la société appelante :

L'action engagée par l'appelante est fondée sur l'article 1240 du code civil, et se trouve donc soumise aux conditions classiques de la responsabilité extra-contractuelle tenant à la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre eux.

En matière de concurrence déloyale, l'existence d'un rapport de concurrence entre les deux sociétés comme la preuve d'une faute intentionnelle sont indifférents, une simple négligence ou imprudence pouvant suffire (Com 29 janvier 2002 n° 99-18.213).

Le parasitisme, dont argue notamment l'appelante, est l'ensemble des comportements sur lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements consentis. (Com 10 juillet 2018 n° 16-23.794)

Il peut également être établi même en l'absence de toute situation de concurrence, mais, à la différence de l'acte de concurrence déloyale, le parasitisme est forcément intentionnel en ce que le parasite a la volonté de se placer dans le sillage du parasité. (Com 30 janvier 1996 n° 94-15.725)

Il ne peut se déduire du seul fait qu'une entreprise vend un produit imité ou identique à celui commercialisé avec succès par d'autres entreprises. A l'inverse, pour prouver la faute, il n'est pas non plus nécessaire d'établir le risque de confusion traditionnellement requis dans le cadre d'une action en concurrence déloyale. (Com 14 février 2012 n° 10-27.873)

Le principe étant la libre concurrence, pour être fautif, le comportement incriminé doit rompre indûment l'égalité des chances existant entre les concurrents dans un système d'économie libre, et cette rupture peut notamment procéder d'une démarche de parasitisme, s'appuyer sur une confusion ou un risque de confusion, ou de la désorganisation du marché par la méconnaissance d'une règlementation comme l'invoque l'appelante.

Il doit émaner du défendeur et il appartient à celui qui se prétend victime d'un acte de concurrence déloyale de rapporter la preuve de la faute, celle-ci n'étant pas présumée.(Com 8 avril 2014 n°13-13.919)

A la différence de la concurrence déloyale, le parasitisme résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité. (Com 4 février 2014 n° 13-11.044)

En l'espèce, la société Earsonics se prévaut tout d'abord d'un comportement parasitaire de la société Earcare développement.

Elle aurait détourné sa clientèle en la supplantant dans sa relation commerciale avec l'association Agi-son et, par la similitude de sa dénomination, la reprise servile des éléments de présentation et l'identité des produits proposés, en suscitant un risque de confusion dans l'esprit des adhérents de l'association au profit de la société Earcare développement.

A cet égard, le simple départ de clients vers un concurrent ne suffit pas à caractériser une faute de celui-ci en l'absence de preuve de manœuvres de détournement de sa part. (Civ 1è 18 janvier 2005 n° 03-15.911)

En effet, une entreprise commerciale ne peut se prévaloir d'aucun droit privatif sur sa clientèle ; le démarchage d'un concurrent est donc licite tant qu'il n'est pas accompagné de procédés déloyaux.

S'agissant de la dénomination sociale, la société Earsonics justifie sans que cela soit contesté d'une antériorité d'utilisation tenant à la date de sa création.

L'existence d'un risque de confusion s'apprécie par référence au consommateur moyen des services concernés, consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

En l'espèce, la dénomination de l'appelante est composée d'un seul mot constitué de deux termes de langue anglaise : "Ear" (oreille) et "sonics" (sonique, relatif au son) qui se rattachent directement à son activité et sont donc purement descriptifs.

La dénomination sociale adoptée par l'intimée est quant à elle composée de deux termes. Le premier anglais comprend lui aussi le même radical "Ear" relatif à l'activité exploitée ; le second, identique en langues française et anglaise, vise l'action revendiquée par la société dans son domaine d'activité.

L'appelante ne démontre nullement enfin que son ancienneté lui a permis de conférer à sa dénomination un caractère distinctif qui, s'il n'est pas intrinsèque, tient à l'usage répandu qu'elle en a fait et à sa notoriété.

Ces deux dénominations sont ainsi purement descriptives des services et produits que proposent ces sociétés.

Si elles commencent par le même mot "Ear", elles comportent des sonorités radicalement différentes et ce, quand bien même l'intimée ferait usage courant du premier terme seulement de cette dénomination -comme dans son nom de domaine, de telle sorte qu'un consommateur moyen ne peut d'évidence confondre les deux à l'écrit pas plus qu'à l'oral.

De même, l'adjonction d'un second terme à la dénomination sociale de la société intimée tend à établir une volonté de distinction par rapport à l'appelante et non pas une intention parasite.

La société Earsonics ne peut par ailleurs reprocher à la société Earcare développement de se substituer à elle dans la présentation faite de leurs produits et services par l'association Adi-son dans son rapport d'activité, alors qu'elle n'en est pas l'auteur et que cette reprise ne lui est pas imputable.

Elle échoue également à démontrer la collusion qu'elle invoque entre l'association et l'intimée. En effet, le courriel produit en pièce 20 bis révèle seulement la proximité que peuvent avoir des partenaires commerciaux travaillant ensemble.

Et il n'est encore justifié d'aucune démarche de la société Earcare développement auprès de cette association pour obtenir son référencement en 2014 par préférence à la société Earsonics, qui ne s'inscrive pas seulement dans le cadre d'une proposition commerciale normale.

Comme le fait valoir à juste titre la société intimée, la société Earsonics ne justifie en outre pas avoir renouvelé sa candidature les années suivantes auprès de cette association et est donc mal fondée à se plaindre de la perte définitive de ce marché.

Enfin, si un produit dépourvu d'originalité peut être protégé par la concurrence déloyale dès lors qu'une faute est caractérisée, cette originalité permet, entre autres, d'apprécier ladite faute et le risque

de confusion.

En l'espèce, la distinction faite entre les produits sur mesure et ceux universels parmi ceux proposés pour les "in-ear-monitors" comme pour les protections auditives, procède manifestement d'une logique commerciale basique et non pas du "plagiat" d'une idée spécialement originale ou attractive.

L'appelante ne démontre pas davantage que la similitude des produits vendus tiendrait de l'imitation par la société Earcare développement des siens, et non pas de la nature de ces produits, aucune comparaison pour distinction n'étant par exemple effectuée avec les produits d'une autre société concurrente du même secteur d'activité.

Bien au contraire, la pièce 21 qu'elle produit révèle que les accessoires proposés par les deux sociétés sont des câbles, des produits de nettoyage et d'entretien, des housses et des embouts ("tips"), ce qu'induit nécessairement la vente d'écouteurs et de protections auditives, et leur présentation sur les sites internet sont bien différentes : treize résultats affichés en vignettes pour la société Earsonics, quatre sous-catégories pour la société Earcare développement.

De même, l'utilisation des mêmes machines de la même marque, acquises auprès du même fournisseur et avec le même logiciel, outre qu'elle n'est pas démontrée par les pièces communiquées aux débats, ne suffit pas à établir que cette similitude résulterait d'un plagiat et non pas d'une activité identique nécessitant des outils techniques identiques.

Enfin, le comportement parasitaire de l'intimée résulterait, selon la société Earsonics, de l'embauche de son ancien cadre.

Sans qu'il soit utile d'analyser les motifs et conditions du départ de ce salarié de la société Earsonics, il est acquis qu'il a procédé d'une rupture conventionnelle intervenue en juin-juillet 2017.

S'il n'est pas davantage contesté que ce salarié disposait de compétences résultant de cette expérience professionnelle et des formations reçues dans le cadre de cet emploi, il pouvait légitimement en faire usage dans le cadre de son activité professionnelle ultérieure dès lors qu'il avait été mis fin à son contrat de travail avec la société Earsonics et que celle-ci ne pouvait se prévaloir d'aucune clause de non-concurrence.

Il n'est démontré de la part de la société Earcare développement aucune démarche qui serait à l'origine de ce départ et à l'inverse, les pièces produites par les parties comme le temps écoulé entre la rupture conventionnelle du contrat avec la société Earsonics et l'embauche par la société Earcare développement démontrent que ce salarié n'a pas quitté la première pour aller dans la seconde.

Dès lors, le fait de recruter ce salarié qui était sur le marché du travail pour exercer dans un domaine d'activité où il était compétent ne peut être retenu comme fautif.

A l'examen de tous ces éléments, il n'est pas établi que la société Earcare développement ait commis des actes caractérisant une concurrence déloyale ni parasitaire à l'égard de la société Earsonics et c'est donc à juste titre que les premiers juges ont débouté l'appelante de ce chef.

La société Earsonics argue également d'actes de désorganisation générale du marché commis par la société Earcare en s'affranchissant des règles et en se livrant à de la publicité trompeuse.

Le professionnel qui exerce son activité sans respecter la règlementation se trouve dans une situation nettement plus favorable par rapport aux concurrents qui la respectent et cet avantage concurrentiel illicite, source de perturbation du marché, est constitutif d'une concurrence déloyale. (Com 28 septembre 2010 n° 09-69.272)

Le règlement (UE) 2016/425 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 relatif aux équipements de protection individuelle (EPI) « établit des exigences applicables à la conception et à la fabrication des EPI destinés à être mis à disposition sur le marché, en vue de garantir la protection de la santé et de la sécurité des utilisateurs ainsi que d'établir des règles relatives à la libre circulation dans l'Union » (article premier).

Le fabricant, défini comme « toute personne physique ou morale qui fabrique un EPI, ou le fait concevoir et fabriquer, et le commercialise sous son propre nom ou sa propre marque », est tenu de s'assurer, avant mise sur le marché, que l'EPI est conforme à des exigences spécialement énoncées (annexe II), d'établir une documentation technique spécialement décrite (annexe III), et de mettre en œuvre la procédure d'évaluation de conformité visée à l'article 9.

Le distributeur, défini comme « toute personne physique ou morale faisant partie de la chaîne d'approvisionnement, autre que le fabricant ou l'importateur, qui met un EPI à disposition sur le marché », a notamment obligation de vérifier que l'EPI porte le marquage CE, qu'il est accompagné des documents, instructions et informations requises (annexe II) rédigées dans une langue compréhensible pour l'utilisateur.

L'article 12 du règlement ajoute qu'un distributeur est considéré comme un fabricant lorsqu'il met un EPI sur le marché sous son nom ou sa marque.

La déclaration UE de conformité est établie selon un modèle (annexe IX), contient des éléments précisés (annexes IV, VI, VII et VIII), et le marquage CE doit être apposé "de manière visible, lisible et indélébile" sur l'EPI ou à défaut sur l'emballage et les documents accompagnants (articles 15 et 17 du règlement).

L'article 20 prévoit encore que "les Etats membres notifient à la Commission et aux autres Etats membres les organismes autorisés à effectuer des tâches d'évaluation de la conformité par un tiers".

Et aux termes de l'article 41, la non-conformité peut résulter, sur constatations d'un Etat membre, de ce que :

- le marquage CE a été apposé en violation de l'article 30 du règlement (CE) n°765/2008 ou de l'article 17 du présent règlement,

- le marquage CE n'a pas été apposé,

- le numéro d'identification de l'organisme notifié intervenant dans la phase de contrôle de la production a été apposé en violation de l'article 17 (précité) ou n'a pas été apposé,

- la déclaration UE de conformité n'a pas été établie ou n'a pas été établie correctement,

- la documentation technique n'est pas disponible ou n'est pas complète,

- les informations visées à l'article 8 §6 (coordonnées du fabricant) ou à l'article 10 §3 (coordonnées de l'importateur d'un EPI provenant d'un pays tiers) sont absentes, fausses ou incomplètes,

- une autre prescription administrative prévue à l'article 8 (obligations des fabricants) ou à l'article 10 (obligations des importateurs) n'est pas remplie.

L'annexe IV précise que "le fabricant appose le maquage CE sur chaque EPI conforme aux exigences applicables du présent règlement" et qu'il "établit une déclaration UE de conformité écrite concernant un modèle d'EPI et la tient, accompagnée de la documentation technique, à la disposition des autorités nationales pendant une durée de dix ans à partir du moment où l'EPI a été mis sur le marché", une copie de cette déclaration pouvant être fournie sur demande aux autorités compétentes.

Enfin, si le règlement est applicable à partir du 21 avril 2018, il spécifie que les attestations d'examen et les décisions d'approbation CE de type délivré en vertu de la directive 89/686/CEE du 21 décembre 1989 restent valides jusqu'au 21 avril 2023, à moins que leur validité n'expire avant cette date.

En l'espèce, il apparait à la lecture du constat dressé les 26 et 30 aouts, 14 septembre et 3 octobre 2019 à la demande de la société Earsonics que dans l'emballage accompagnant les protecteurs auditifs vendus par la société Earcare développement à un particulier, se trouvent :

- un document portant l'identité et les coordonnées du fabricant (ACS Ltd) avec une vignette "CE",

- un autre "CE" précisant que les protecteurs auditifs ACS-Pro sont "certifiés CE conformément au règlement UE 2016/425, module D" avec une "certification n°1471803 délivrée par PZT GmbH", et les nom et adresse du distributeur Earcare développement,

- une documentation technique d'utilisation "mode d'emploi".

L'équipement étant ainsi vendu avec l'indication du nom et des coordonnées du fabricant, la société Eacare développement n'est ainsi, contrairement à ce que soutient l'appelante, qu'un distributeur au regard de la règlementation européenne précitée. Et elle n'a donc pas dès lors à produire une certification à son nom de la conformité des produits vendus.

La société Earcare développement communique aux débats plusieurs pièces justifiant du respect des prescriptions règlementaires :

un certificat n° 1471803 délivré au fabricant ACS Ltd et attestant de la conformité au règlement (EU) 2016/425, couvrant le site de production de la société Eacare développement dans le Gard notamment, expirant au 11 septembre 2023 et émanant de la société PZT GmbH, organisme notifié allemand (pièces 27 et 37),

des déclarations de conformité à l'en-tête de la société ACS Ltd concernant divers produits auditifs, mentionnant le certificat de conformité au visa du même règlement délivré par l'organisme certificateur PZT GmbH (pièces 36).

Pour affirmer que les produits vendus par la société Earcare développement ne sont pas, malgré tous ces éléments, conformes à ce règlement européen, l'appelante produit aux débats en pièces 31 et 32, un courriel envoyé par le président de la société Alienor se livrant à l'analyse des éléments communiqués -sans qu'ils soient joints ni précisés pour être identifiables- pour les estimer non réguliers, et une attestation de conformité délivrée par cet organisme à la société Earsonics.

Pour autant, ce dernier ne fait pas autorité en la matière et le document établi par ses soins n'est pas nécessairement une référence qui doit s'imposer aux autres organismes certificateurs européens et notamment à la société PZT GmbH auquel a eu recours le fabricant ACS Ltd pour les produits vendus par la société Earcare développement.

Rien ne permet donc de retenir que la société Earcare développement commercialiserait des produits non-conformes à la règlementation européenne, ni, par conséquent, qu'elle userait de publicité trompeuse en les déclarant faussement conformes.

C'est ainsi encore à juste titre que les premiers juges ont débouté la société Earsonics de ses prétentions.

Sur la demande reconventionnelle de la société Earcare développement :

C'est en revanche à tort qu'il a été retenu que la société Earsonics avait abusé de son droit d'agir en justice, alors qu'elle a seulement fait de ses droits une appréciation erronée.

Le jugement déféré sera donc infirmé à cet égard et la demande en dommages et intérêts de la société Earcare développement à ce titre rejeté.

Sur les frais de l'instance :

L'appelante, qui succombe, devra supporter les dépens de l'instance et payer à l'intimée une somme équitablement arbitrée à 2.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Dispositif,

PAR CES MOTIFS :

La Cour, statuant par arrêt contradictoire et en dernier ressort,

Infirme le jugement déféré en ce qu'il a condamné la société Earsonics à payer à la SARL Earcare développement la somme de 5.000 euros pour procédure abusive et injustifiée ;

Et statuant à nouveau de ce chef,

Déboute la société Earcare développement de sa demande d'indemnisation ;

Confirme le jugement déféré en toutes ses autres dispositions ;

Y ajoutant,

Dit que la SAS Earsonics supportera les dépens d'appel et payera à SARL Earcare développement une somme de 2.000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile.