

ASPECTS JURIDIQUES DE LA PARODIE DE MARQUE

Nicolas CUZACQ
Docteur en Droit
Agrégé d'économie et gestion

I – Les palinodies jurisprudentielles relatives à la parodie de marque	2
A. - Les décisions hostiles à la parodie des marques	2
B. - Les décisions favorables à la parodie des marques	5
II – Conditions et sanction de la parodie de marque.....	6
A.- Les conditions de validité de la parodie de marque	6
B. - L'évaluation du préjudice d'image de marque.....	9

Au Moyen Age, la marque avait pour fonction d'identifier les produits défectueux ou provenant d'artisans non dignes de confiance.¹ Aujourd'hui, elle est au contraire un actif incorporel fondamental qui permet d'authentifier et de protéger l'offre de son propriétaire. En effet, elle est une source d'information pour le consommateur qui atteste l'origine et la qualité du produit. La marque permet également à une entreprise de différencier son offre et d'ajouter ainsi de la valeur à un bien. Cette capacité à débanaliser un produit est la source d'un surprix au profit du propriétaire qui n'est pas sans rappeler celui qui existe dans l'hypothèse d'un monopole ou d'un oligopole de paix. Le surprix, encore appelé prime de marque, correspond à la différence de prix qu'autorise la marque par rapport au « juste prix » que les consommateurs sont normalement prêts à payer pour ce type de produit.² Le rôle névralgique de la marque est reconnu par le droit qui accorde à son propriétaire une protection juridique. Ainsi, l'article L. 713-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits ou services qu'il a désignés.

En décidant d'apparier le droit des marques à la propriété, le législateur a favorisé une jurisprudence absolutiste puisque le célèbre article 544 du code civil énonce que : « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Certes, la marque obéit au principe de spécialité selon lequel le signe n'est indisponible que pour désigner les produits et services figurant dans l'acte de dépôt. Un tiers peut donc déposer le même signe comme marque de produits ou services différents. Néanmoins, les marques renommées bénéficient d'une protection spécifique fondée sur l'article L. 713-5 du CPI³ qui permet à leur

¹ B. Heilbrunn, *Marque*, Encyclopédie de gestion, Article 106, p. 1972.

² *Idem*.

³ Article 16 de la loi n° 91-7 du 4-01-1991 sur les marques.

titulaire de la défendre lorsqu'elle est reprise, en dehors de la spécialité, dans des conditions fautives ou préjudiciables.⁴

Ce cadre législatif a souvent incité la jurisprudence à la sévérité à l'égard de la parodie de marque qui concerne en principe des marques renommées. Le caractère absolu de la protection légale a néanmoins été érodé par la jurisprudence qui a admis un droit de citation et de critique de la marque dans un souci d'information du consommateur.⁵ Faut-il également admettre un droit de parodie des marques ? Cette question est fondamentale puisque se développe dans notre société une contestation de leur hégémonie.⁶ Ces mouvements citoyens dénoncent les effets pervers de ce que l'on a pu appeler « la tyrannie des marques ».⁷ Comment concilier la liberté d'expression et le droit des marques ? Peut-on transposer le régime la parodie prévu par le droit de la propriété littéraire et artistique dans le domaine des marques ? Il est tendant de considérer que le droit d'auteur est, par essence et grâce à l'article L. 711-4 du CPI, supérieur au droit des marques.⁸ Une telle solution à l'inconvénient de favoriser une dilution des régimes juridiques. Il faut donc légitimer autrement la caricature de marque sans omettre de préciser les limites d'un tel droit. La sanction d'une caricature illicite implique également de définir le préjudice d'image. Ces questions sont complexes, ce qui explique les palinodies jurisprudentielles en la matière qu'il convient de présenter dans un premier temps.

I – LES PALINODIES JURISPRUDENTIELLES RELATIVES A LA PARODIE DE MARQUE

Initialement réticente à l'égard de la parodie de marque, la jurisprudence avait néanmoins évolué au fil des affaires. Le point d'orgue de cette transfiguration est l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 dans l'affaire des Guignols de l'information.⁹ Pourtant, de récentes décisions mettent en exergue la résistance de certains juges du fond à cette évolution.

Dans un premier temps, il convient d'étudier les principales décisions hostiles à la parodie des marques.

A. - Les décisions hostiles à la parodie des marques

Les juges ont d'autant plus facilement joué ce rôle de cerbère qu'il n'y a pas en droit des marques une disposition équivalente à celle de l'article L. 122-5, 4° du CPI qui autorise la

⁴ Il ne s'agit pas d'une exception à la règle de spécialité car l'article L. 713-5 du CPI autorise une action en responsabilité civile spéciale et non pas une action en contrefaçon. Cette dernière ne joue donc pas en dehors de la spécialité et spécialement dans son aspect de droit pénal.

⁵ C. Levacher, Liberté d'expression et droit des marques : tempéraments à l'interdiction d'usage de la marque d'autrui, Mémoire de DESS de la propriété industrielle, Université de Paris II, 2000.

⁶ Il existe désormais une revue intitulée « Casseurs de Pub » qui est inspirée de son homologue canadien : « Adbusters ».

⁷ N. Klein, No logo, La tyrannie des marques, Actes Sud 2001.

⁸ Cet article dispose que « ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment : (...) aux droits d'auteur ».

⁹ Voir infra.

parodie, le pastiche et la caricature en droit de la propriété littéraire et artistique¹⁰. Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris a annulé la marque « *Attention, j'accoste* » accompagnée de deux crocodiles à skis enlacés.¹¹ Dans une telle hypothèse, la solution est logique car cette parodie a une finalité commerciale. C'est la motivation de cette solution qu'il faut regretter puisque le tribunal de grande instance affirme péremptoirement que : « *le droit de faire rire de l'œuvre d'autrui par le pastiche ou la caricature ne peut trouver application en ce domaine (des marques) strictement commercial, axé sur la recherche du profit* »¹².

Cette exclusion, *a priori* de la parodie en droit des marques, pour des raisons économiques, n'est pas satisfaisante. Les propriétaires des marques ont logiquement invoqué cette jurisprudence qui leur permettait d'échapper aux conséquences de l'article L. 122-5, 4° du CPI. Ainsi, le tribunal de grande instance de Nanterre a jugé que les « *invraisemblables aventures d'Istérix* », éditées par les éditions Vents d'Est constituaient une parodie licite de l'œuvre littéraire intitulée les « *Aventures d'Astérix le Gaulois* ». Pourtant, la diffusion des ouvrages est interdite par le juge, car le nom « *Istérix* » constitue une contrefaçon de la marque « *Astérix* »¹³.

L'absolutisme de cette jurisprudence suscite un dilemme cornélien lorsque les auteurs de la parodie exercent une mission d'intérêt général. Par exemple, la ville de Quimper avait décidé d'organiser une campagne anti-tabac illustrée par des affiches réalisées par des élèves, en section d'arts plastiques, d'un collège de Saint-Brieuc. Ces derniers avaient fait montre d'imagination en représentant des paquets de cigarettes où les bras de la Gitane se terminaient par des pinces de crabe et où sous le casque de la Gauloise figurait une tête de mort, ensuite Marlboro était symbolisé par une flaque de goudron, enfin le dromadaire Camel était représenté avec son squelette en transparence. Les propriétaires des marques, inquiets de l'impact d'une telle campagne, ont demandé en référé son interdiction en faisant valoir qu'elle avait pour effet de dénigrer leurs produits et portait atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Cet argument, dont la quintessence est économique, a prospéré puisque le tribunal de grande instance de Paris considère « *qu'il importe peu que le but de ces usurpations soit d'engager une action à des fins de protection de la santé publique contre la consommation de tabac, laquelle serait soutenue par des campagnes publicitaires ; que, de même, le droit des marques ne reconnaît pas leur utilisation à des fins de caricature* »¹⁴. Le juge consacre ainsi l'absence de contre-pouvoir face à la publicité des fabricants de cigarettes, ce qui n'est guère satisfaisant. Un droit de nuire aux intérêts économiques des fabricants de tels produits, sous certaines conditions, devrait au contraire être admis¹⁵. D'ailleurs, la jurisprudence en la matière a parfois été moins rigide¹⁶.

Plus récemment, un particulier a été sanctionné pour avoir reproduit sur son site Internet des marques dont est titulaire la RATP. L'objet du site consistait à donner des informations sur les dysfonctionnements du métropolitain parisien. Les marques concernées avaient été caricaturées, ce qui a incité ce particulier à invoquer l'exception de parodie. Le tribunal de

¹⁰ En droit de la propriété littéraire et artistique la parodie vise les œuvres musicales, le pastiche concerne les œuvres littéraires, la caricature a trait aux œuvres d'art. En droit des marques, ces trois expressions peuvent être considérées comme synonymes.

¹¹ TGI Paris, 17-02-1990, Jurisclasseur Marques, Fascicule 7140, n° 15.

¹² Idem.

¹³ TGI Nanterre, 6-04-1994.

¹⁴ Ordonnance de référé, TGI Paris, 24-10-1991.

¹⁵ Voir infra.

¹⁶ Voir infra.

grande instance de Paris lui répond de manière péremptoire qu'« aucune disposition du CPI régissant les marques ne prévoit cette exception ; que la transposition de l'article L. 122-5 du même code au droit des marques se heurte à la différence de nature des droits d'auteur et du droit des marques, ces dernières ayant par essence pour objet d'accompagner un produit ou un service destiné à être vendu et possédant de ce fait une valeur commerciale intrinsèque susceptible d'être atteinte par toute utilisation illicite ». ¹⁷ Derechef, cette motivation ne convainc pas car elle considère que la valeur commerciale de la marque justifie une protection absolue. De plus, la formule « toute utilisation illicite » est lapidaire alors que l'essence du débat consiste à déterminer, avec précisions, les frontières qui séparent la caricature licite de celle qui ne l'est pas.

Dans la récente et médiatisée affaire relative au boycott des produits Danone, le tribunal de grande instance de Paris a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence. Rappelons que la société Danone, bien que bénéficiaire, a décidé l'an passé de restructurer sa branche biscuiterie avec pour conséquences la fermeture de six usines en Europe et la suppression d'environ 1400 emplois afin de réduire les coûts de production. Cette décision a suscité de vives controverses ainsi qu'un appel au boycott des produits Danone. A cette fin, l'association Voltaire et le journaliste O. Malnuit ont décidé de créer deux sites Internet dont les noms de domaine étaient : « *jeboycottedanone.com* » et « *jeboycottedanone.net* ». Ces sites, en sus de vilipender la politique sociale des dirigeants de Danone, proposaient la liste des produits que le consommateur ne devait plus acheter. Sur la page d'accès figurait le logo usuel de Danone, à savoir un logo en forme de polygone de couleur bleue comportant dans sa partie inférieure un trait incliné rouge et, au centre, en lettres blanches la dénomination Danone. La différence provenait du fait que le trait incliné rouge était noirci et que le logo était accompagné des slogans « *je boycotte.net* » et « *les êtres humains ne sont pas yaourts* ». L'entreprise Danone a donc demandé la fermeture des sites en invoquant la contrefaçon de ses marques verbales et semi-figuratives. Le tribunal de grande instance de Paris lui donne partiellement raison en interdisant certes la caricature du logo mais refuse de radier les deux noms de domaine précités.¹⁸ Le tribunal de grande instance de Paris admet ainsi la précellence du droit de citation de la marque et relève que le nom de domaine choisi est une « *référence nécessaire pour indiquer la nature du site polémique consacré à la politique sociale du groupe* ». Ensuite, il ajoute qu'aucune confusion n'était possible dans l'esprit du public sur la nature du service offert sur les sites Internet.¹⁹ Par contre, le tribunal de grande instance de Paris admet la contrefaçon du logo en rappelant que « *l'exception de parodie, de pastiche, ou de caricature, propre à la législation des droits d'auteur n'existe pas en droit des marques* ».

Cette décision a inspiré la motivation et la solution de l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris relative à l'affaire Esso.²⁰ En effet, le tribunal sanctionne également la caricature du logo Esso réalisée par *Greenpeace* France sur son site Internet. Ces différentes décisions sont finalement assez surprenantes puisqu'elles s'opposent à un arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 qui a associé la parodie de marque à la liberté d'expression.²¹ Cet arrêt constituait l'aboutissement d'une jurisprudence favorable à la parodie de marque.

¹⁷ TGI Paris, 21-03-2000, Communication-Commerce électronique, Septembre 2000, p. 15, Observations C. Caron.

¹⁸ TGI Paris, 4-07-2001, Petites affiches 2001, n° 186, p. 11, note N. Cuzacq.

¹⁹ Il était effectivement difficile pour un internaute de confondre ces sites polémiques avec ceux de Danone.

²⁰ Ordonnance du 8-07-2002.

²¹ Cass. Ass. Plé., 12-07-2000, Dalloz 2001, n° 3, p. 259 note B. Edelman.

B. - Les décisions favorables à la parodie des marques

Les campagnes de lutte contre le tabagisme ont logiquement favorisé la mansuétude de certaines juridictions. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles refuse d'admettre la contrefaçon de films publicitaires réalisés par un fabricant de cigarettes, alors que des organismes publics, dans le cadre d'une campagne anti-tabac, avaient diffusé un film, sur le même fond de western et de grands espaces américains, présentant un cow-boy et affirmant un slogan anti-tabac.²² La Cour d'appel non seulement admet le pastiche des films publicitaires mais également distingue le fond et la forme en relevant qu'un tel film humoristique est « *parfaitement compatible avec une intention de fond étrangère à tout humour* ». ²³ Le rire n'est donc pas forcément la finalité de la caricature mais le moyen de favoriser le débat d'idées. Cette assertion a inspiré la Cour de Riom dans l'affaire Michelin. En l'espèce, les syndicats de cette entreprise avaient représenté sur des affiches le bidendum en homme préhistorique accompagné des légendes : « *les idées du passé ne font pas tourner la roue du progrès* » et « *Monsieur Michelin, le gouffre qui sépare votre avance technologique de votre retard social, est-il assez grand pour englober le numéro 1 mondial des pneumatiques ? Vos salariés le redoutent. Vos concurrents l'espèrent* ». La Cour d'appel de Riom admet la parodie de la marque en considérant qu'il s'agit d'un hommage à la marque inversement proportionnel à la critique de la politique sociale de l'entreprise.²⁴ Une telle dissociation permet de considérer qu'il y a caricature sans dénigrement de la marque ou du produit.

La célèbre affaire des Guignols de l'information a permis à l'Assemblée plénière de se prononcer sur la caricature des marques. Le notoire journal satirique d'informations décrivait régulièrement M. Calvet, à l'époque président directeur général de PSA, comme une personne ayant « *un problème de voiture* ». PSA assignait en justice Canal plus pour dévalorisation de ses produits. La Cour de cassation accueillait favorablement une telle prétention sur le fondement de l'article 1382 du code civil en considérant que le caractère outrancier, provocateur et renouvelé des propos constituait une faute.²⁵ Une parodie étant par définition outrancière et provocatrice, c'est le caractère renouvelé des propos qui, semble-t-il, a emporté la conviction de la Cour de cassation. Une telle solution érode le droit de caricature qui est pourtant l'une des manifestations de la liberté d'expression. La Cour d'appel de Reims, qui était la Cour de renvoi, n'a pas été insensible à cet argument puisqu'elle a refusé de s'incliner devant la Cour de cassation en considérant que « *s'agissant d'une parodie de journal télévisé le fait de citer telle ou telle entreprise nationalement connue ne constitue pas une appropriation de la marque* ». ²⁶ L'Assemblée plénière de la Cour de cassation récompense la ténacité des juges du fond en rejetant le pourvoi de PSA car « *les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression* ». ²⁷ En conclusion de sa note, B. Edelman affirmait que l'on « *peut légitimement en conclure que la parodie de marque est, désormais, acquise* ».

²² CA Versailles, 17-03-1994, Dalloz 1995, 7^{ème} cahier, Somm. p. 56, Observations C. Colombet.

²³ On notera que cet arrêt concerne, *stricto sensu*, le droit de la propriété littéraire et artistique mais confirme d'autres arrêts qui concernaient explicitement le droit des marques. Voir CA Rennes, 17-03-1992, inédit, cité in B. Ader, Le droit à l'humour, Légicom 1994, n° 3, p. 63.

²⁴ CA de Riom, 15-09-1994, Dalloz 1995, 30^{ème} cahier, p. 429, note B. Edelman.

²⁵ Cass., 2^{ème} civ., 2-04-1997, Dalloz 1997, 32^{ème} cahier, p. 411, note B. Edelman ; JCP 1998 éd. G, n° 5, p. 185, note C. Bigot.

²⁶ CA Reims, 9-02-1999, Dalloz 1999, 31^{ème} cahier, p. 449 note B. Edelman.

²⁷ Voir supra.

Cette conclusion logique a pourtant été contredite par le tribunal de grande instance de Paris dans les affaires relatives aux marques RATP, Danone ou Esso. Pourtant, la même juridiction, dans une ordonnance de référé du 2 août 2002, admet la validité de la caricature du logo du groupe nucléaire français Areva réalisée par Greenpeace !²⁸ De telles palinodies jurisprudentielles corrodent la sécurité juridique des sujets de droit. Il convient donc de tracer les linéaments d'une théorie de la caricature, susceptible de recevoir l'onction du législateur, à l'aide du travail de la doctrine et de la jurisprudence.²⁹ Cela implique de définir les conditions de validité ainsi que les sanctions éventuelles de la parodie de marque.

II – CONDITIONS ET SANCTION DE LA PARODIE DE MARQUE

La parodie de marques suscite *a priori* un élan de sympathie notamment lorsqu'elle est utilisée par des associations de citoyens. Néanmoins, dans un souci d'équilibre entre le droit des propriétaires des marques et celui des parodistes, il est nécessaire de déterminer les conditions de sa validité et l'éventuelle sanction de leur non-respect.

A.- Les conditions de validité de la parodie de marque

L'article L. 122-5, 4° du CPI admet la licéité de la parodie en droit d'auteur sous réserve qu'elle respecte « les lois du genre ». Sur ce fondement, la jurisprudence et la doctrine, en la matière, considèrent que l'objectif de la parodie doit être de faire rire et non de nuire et, qu'aucune confusion entre l'œuvre parodiant et l'œuvre parodiée ne soit susceptible d'exister.³⁰ Concernant le droit des marques, la jurisprudence, qui n'a pas une hostilité de principe à l'égard de la parodie, considère que ces deux conditions doivent être respectées. Ainsi, la cour d'appel de Paris a, avec pertinence, considéré que le jeu Tak-o-Tak n'était pas une parodie du célèbre jeu Tac-o-Tac en raison du risque de confusion « *de nature à tromper l'utilisateur d'attention moyenne, distrait ou insuffisamment informé* ». ³¹ Dans l'affaire Danone précitée, le tribunal de grande instance de Paris admet que les noms de domaine « *jeboycottedanone.com* » et « *Jeboycottedanone.net* » n'engendrent pas de « *confusion possible dans l'esprit du public sur l'origine du service offert* » mais sanctionne pourtant la caricature du logo en considérant qu'elle « *ne peut manquer d'entraîner l'association de ce signe par l'internaute avec les marques invoquées (...) et dès lors un risque de confusion dans l'esprit du public* ». ³² A moins de considérer que l'internaute soit schizophrène, un tel raisonnement ne convainc guère puisqu'il signifie que la confusion n'existe pas lors de la connexion mais apparaît ultérieurement lors de la consultation. ³³

Le critère relatif à l'absence d'intention de nuire suscite encore davantage de difficultés. Selon la doctrine : « *les juges doivent alors distinguer, par analogie, avec le droit d'auteur, entre la parodie licite, qui a une finalité humoristique justifiée par son contexte, et la parodie*

²⁸ Le juge fonde essentiellement sa solution sur la liberté d'expression et l'absence de confusion dans l'esprit du public entre le logo et sa parodie.

²⁹ Le projet de loi sur la société de l'information n° 3143 du 14-06-2001 aurait pu être le support de cette réforme. Les contraintes du calendrier parlementaire n'ont pas permis son étude. La nouvelle législature sera peut être marquée du sceau de la consécration légale de la parodie en droit des marques.

³⁰ D. Durrande, La parodie, le pastiche et la caricature, *in* Mélanges Françon, Dalloz 1995, p. 133.

³¹ CA Paris, 2-05-1989, inédit.

³² Voir supra.

³³ Voir notre note précitée.

illicite qui n'a d'autre objectif que de ternir la réputation d'une marque ». ³⁴ Cette distinction est intéressante mais suscite des difficultés d'application puisque « le véritable rire, ambivalent et universel, ne récuse pas le sérieux, il le purifie et le complète. ³⁵ Ainsi, le véritable objectif de la caricature des marques Danone ou Michelin consistait principalement à critiquer une politique sociale et accessoirement à faire rire. Faut-il pour autant en conclure que ces parodies sont illicites ? Une réponse positive conduit à bâillonner la liberté d'expression. De plus, l'humour est une valeur par définition subjective. L'affaire Danone le démontre puisque le juge considère que la caricature du logo ne procure pas un effet humoristique.

Si les solutions juridiques dépendent de la plus ou moins grande hilarité des juges, la sécurité des sujets de droit est obérée. Aussi, le constructeur automobile Lada a assigné en justice les producteurs et auteurs du film « Maman » en raison de l'un de ses dialogues. La phrase était la suivante : « *et toi, tu connais la différence entre une Lada et le Sida ?... essaie de refiler ta Lada* ». Le tribunal de grande instance de Paris refuse de les sanctionner au motif que cette phrase était « *une réplique dont le but est d'amuser les spectateurs du film, que cette plaisanterie ne constituait pas un acte de dénigrement et qu'il ne s'en dégageait aucune volonté de la part de ses auteurs de nuire à l'image de la marque Lada* ». ³⁶

Par contre, la même juridiction a sanctionné la parodie d'une publicité BASF. Dans la version originale le buste de Puccini, durant l'audition d'une cassette reproduisant un air célèbre de « *Manon Lescaut* » laissait échapper une larme alors qu'une voix « off » déclarait : « *BASF, l'émotion intacte* ». Une émission humoristique de Canal plus avait parodié ce spot en représentant Kurt Waldheim laissant échapper une larme à l'écoute d'un chant hitlérien. Le tribunal de grande instance de Paris interdit la diffusion de cette parodie en considérant qu'elle favorisait une assimilation entre la société allemande et l'Allemagne nazie. ³⁷

Le Sida est-il un sujet plus risible que l'Allemagne nazie ? On peut en douter car dans les deux cas l'évocation de la marque était étroitement liée à l'un des pires fléaux de notre histoire. ³⁸ Un tel subjectivisme confirme que le critère humoristique ne peut être le fondement de l'absence d'intention de nuire. Le critère du dénigrement est-il plus pertinent ? En son absence, il n'y aurait pas intention de nuire. Ce critère suscite également des difficultés car le dénigrement est souvent inhérent à la parodie. L'interdiction de l'un engendre la sanction de l'autre. Afin d'éviter cette difficulté, les juges ont parfois réalisé des distinctions cohérentes d'un point de vue conceptuel mais antinomiques avec les études mercatiques. Ainsi, dans l'affaire Michelin précitée le juge relève que la critique concerne la politique sociale de l'entreprise et non pas la marque ni les produits. Cette dissociation est critiquable puisque l'attachement du consommateur à la marque peut également dépendre de la politique sociale de l'entreprise. ³⁹ Dès lors la critique de la politique sociale constitue une forme de dénigrement. Faut-il pour autant l'interdire ? La réponse est négative en raison de l'utilité sociale d'une telle critique.

³⁴ E. Baud et S. Colombet, La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ?, Dalloz 1998, 23^{ème} cahier, p. 227, spéc. p. 229.

³⁵ M. Bakhtine, L'œuvre de F. Rabelais, Gallimard, Bibliothèque des idées 1970, p. 127.

³⁶ TGI Paris, 19-09-1990, PIBD 1991, III, 57.

³⁷ TGI Paris, 9-03-1987, Gaz. Pal. 1987, jur., p. 267.

³⁸ E. Baud et S. Colombet, op. cit., spéc. p. 229.

³⁹ Sur la notion d'attachement à la marque voir infra.

La troisième condition, exigée par la jurisprudence afin d'admettre la validité de la parodie de marque, est l'absence de finalité commerciale. Cette exigence est logique mais ses contours sont difficiles à déterminer. Logique, car la liberté d'expression ne doit pas être le paravent d'intérêts purement mercantiles. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a sanctionné une société de sérigraphie qui avait reproduit sans autorisation le célèbre personnage de « *Monsieur Propre* » sur des tee-shirts, en l'affublant de couleurs et de légendes douteuses.⁴⁰ Elle refuse logiquement l'exception de parodie en rappelant que la finalité de cette opération est commerciale (la vente des tee-shirts support de la caricature). Pourtant, les contours de l'absence de finalité commerciale ne sont pas limpides puisque dans l'affaire qui opposait PSA aux Guignols de l'information, on peut soutenir que la séquence humoristique est elle-même devenue un produit commercial.⁴¹ Il est donc difficile de déterminer les frontières du commerce.

A l'aune des observations précédentes, il résulte une déception intellectuelle puisque les trois conditions de validité de la caricature (absence de confusion, d'intention de nuire et de finalité commerciale) suscitent des difficultés d'application. Il est donc tentant de chercher de nouveaux critères. Ainsi, il semble que les deux dernières conditions peuvent être remplacées par l'absence de détournement de pouvoir, notion empruntée au droit administratif. Si l'on accepte cette théorie, le parodiste sera sanctionné lorsqu'il n'aura pas respecté la finalité sociale qui justifie son droit de nuire. Effectivement, la caricature peut constituer un contre-pouvoir nécessaire face à ce que l'on a pu appeler la tyrannie des marques.⁴² Ce rôle est d'autant plus important qu'actuellement le conditionnement publicitaire atteint désormais l'école primaire, où des manuels, sponsorisés par des marques, sont proposés aux instituteurs.

D'une manière générale, les budgets publicitaires ne cessent d'augmenter.⁴³ D'ailleurs, la Cour d'appel de Reims dans son arrêt précité relève que « *les Guignols de l'info s'étant attribué, à l'époque moderne, le rôle du bouffon, qui, ainsi que le Tribunal correctionnel de Paris l'a si bien précisé dans son jugement du 9 janvier 1992, remplit une fonction sociale éminente et salutaire qui s'exerce par principe, légitimement, au détriment des puissants, des personnages publics, de ceux dont on parle ou dont les idées sont connues ; il participe, à sa manière, à la défense des libertés* ». Le parodiste mérite donc d'être sanctionné seulement s'il détourne le pouvoir de nuire que le droit lui octroie. Il en serait ainsi si l'objectif de la caricature était de régler des conflits personnels, d'avantager un concurrent, ou uniquement de faire des profits.⁴⁴ Ce critère du détournement de pouvoir semble donc permettre de résoudre, avec sagesse, l'opposition entre la liberté d'expression et le droit des marques qui semble actuellement inextricable. En effet, la liberté d'expression a certes une valeur constitutionnelle, mais il en est de même du droit de propriété que l'on est tenté d'apparier au droit des marques.⁴⁵ Afin de mettre un terme aux palinodies jurisprudentielles actuelles, le

⁴⁰ CA Paris, 9-09-1998, Dalloz affaires, n° 141, p. 1960.

⁴¹ J.P. Gridel, Brèves remarques approbatives de la cassation intervenue dans l'affaire dite des Guignols de l'info, Dalloz 1998, 17^{ème} cahier, p. 183, spéc. p. 184.

⁴² N. Klein, No logo, La tyrannie des marques, Actes Sud 2001.

⁴³ On peut néanmoins se demander si, à terme, cette augmentation n'engendrera pas un affaiblissement du pouvoir des marques en raison d'une forme d'immunité croissante du public. Il y aurait, en quelque sorte, un phénomène de rendements décroissants de l'investissement publicitaire.

⁴⁴ Ainsi, il est logique que la jurisprudence ait interdit la caricature de « Monsieur propre » dont l'utilité sociale était inexistante. La Cour d'appel de Reims dans son arrêt précité prend le soin de relever que les véhicules Renault ont également fait l'objet de saynètes satiriques de la part des guignols de l'information.

⁴⁵ L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26-08-1789 dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme » alors que son article

législateur pourrait donc consacrer la validité de la parodie de marque sous réserve qu'il n'y ait pas de confusion ni de détournement de pouvoir.

Dans l'hypothèse où ces conditions ne sont pas respectées se pose la question de l'évaluation du préjudice d'image de marque.

B. - L'évaluation du préjudice d'image de marque

La sanction de la contrefaçon est de nature civile et pénale. L'indemnisation du préjudice d'image implique son évaluation. Cette question n'est d'ailleurs pas spécifique à la sanction de la caricature puisqu'elle peut également concerner l'hypothèse d'une concurrence déloyale ou de parasitisme. L'évaluation du préjudice de marque n'est pas toujours réalisée d'une manière rigoureuse par les demandeurs voire les tribunaux. Ainsi, dans l'affaire Danone, l'entreprise demandait 2 millions de francs de dommages-intérêts à l'association Voltaire. Une telle querulence vise manifestement davantage à être dissuasive qu'à réparer un préjudice, ce qui traduit une confusion entre la responsabilité pénale et civile. Par contre, Danone demandait seulement 100 000 francs à une personne physique qui avait créé le même site⁴⁶. Comment mieux démontrer la subjectivité de cette évaluation ?

Dans l'affaire précitée relative à la parodie des marques de la RATP, l'utilisateur, créateur du site a été condamné à payer 160 000 francs de dommages-intérêts, au titre de la contrefaçon et 100 000 francs pour réparer le préjudice résultant du dénigrement, ce qui semble excessif.⁴⁷ Le principe de la réparation intégrale du préjudice implique de prendre en compte non seulement la perte subie mais également le manque à gagner. Cette évaluation est difficile mais indispensable puisqu'il ne suffit pas d'alléguer un préjudice de marque pour en obtenir réparation devant le juge, il faut en plus le déterminer. Parfois, l'atteinte à l'image de marque est considérée comme un élément accessoire du préjudice principal, les indemnités accordées par les tribunaux sont alors symboliques.⁴⁸ L'évaluation du préjudice de marque est logiquement difficile puisque sa réparation est fondée sur l'image de marque qui est une notion complexe.⁴⁹ La complexité de cette valeur incorporelle et son manque de perception proviennent de la diversité de ses supports puisqu'il peut s'agir du nom commercial, de l'enseigne, de la marque, du slogan publicitaire, d'un logo.⁵⁰ L'évaluation de ce que les spécialistes du marketing appellent le capital marque⁵¹ varie selon que l'on privilégie une perspective comptable, financière ou marketing.⁵² Ainsi, une marque n'est pas évaluée de

17 énonce que « la propriété est un droit inviolable et sacré ». Néanmoins, le droit de propriété classique ne concerne pas les propriétés incorporelles.

⁴⁶ Finalement, le TGI a condamné chaque contrefacteur à payer 60 000 francs de dommages-intérêts sans procéder à une évaluation rigoureuse du préjudice de marque.

⁴⁷ Sur le caractère excessif d'une telle condamnation, S. Rozenfeld, Expertises 2000, n° 239, p. 210.

⁴⁸ M. Nussenbaum, Evaluation du préjudice de marque, JCP 1993, éd. E, n° 50, spéc. n° 11.

⁴⁹ H. Maccioni la définit ainsi : « l'image de marque est un bien incorporel constitué par l'ensemble des représentations tendant à singulariser aux yeux du public, la notoriété d'une marque – ou de tout autre élément pouvant avoir une valeur économique – et qui résulte de nombreux investissements notamment publicitaires et marketing ». H. Maccioni, L'image de marque, Emergence d'un concept juridique, JCP 1996, éd. G, n° 21, spéc. n° 3.

⁵⁰ H. Maccioni, op. cit., spéc. n° 54 et suivants.

⁵¹ L'image de marque est une notion très proche de celle du capital marque défini comme « l'ensemble des associations et des comportements (...) qui permettent aux produits marqués de réaliser des volumes de ventes et des marges plus importants que ceux qu'ils pourraient atteindre sans la mention de la marque ». Marketing Science Institute, Defining, measuring, and managing brand equity, papier de recherche, éd. L. Leuthesser, 1988.

⁵² B. Heilbrunn, Marque in Encyclopédie de gestion, Article 106, spéc. p. 2000.

manière similaire lors d'une fusion ou lors d'un préjudice de marque. Dans cette dernière hypothèse, même si les autres critères ne doivent pas être négligés, l'approche marketing doit être privilégiée. Ainsi, la doctrine a proposé une méthode d'évaluation du préjudice d'image en distinguant d'une part le montant des investissements des demandeurs qui ont subi une dépréciation ; d'autre part le taux de dépréciation, c'est à dire la perte d'image du produit imité dans l'esprit de la clientèle.⁵³ Cette présentation est intéressante mais suscite diverses questions.

Quels sont les investissements que l'on doit prendre en considération ?⁵⁴ Quelle est la période de référence ?⁵⁵ Concernant la perte d'image, la doctrine propose de déterminer un indicateur global d'image de la marque ou du produit imité sur une échelle de 1 à 10 en considérant des caractéristiques-types telles la réputation, la confiance du consommateur.⁵⁶ Ensuite, une segmentation est réalisée entre les clients potentiels qui ont eu connaissance de l'imitation et les autres. Il en résulte un taux de dépréciation qui est appliqué au montant des investissements précités. D'autres méthodes peuvent être proposées. Ainsi, si l'on considère que le capital marque est la différence entre la préférence pour le produit avec marque et la préférence pour le produit sans la marque, des études, à la condition d'être effectuées régulièrement, permettront de déterminer le taux de dépréciation précité.⁵⁷

Par ailleurs, la compréhension de la relation consommateur-marque a été enrichie par la notion d'attachement qui permet de mieux appréhender la contribution des facteurs affectifs dans l'existence de relation stable entre un sujet et une marque.⁵⁸ Il est évident qu'une parodie de marque peut éroder cet attachement à la marque. Une difficulté peut également résulter de la mesure de la part respective de l'événement lui-même (par exemple les restructurations réalisées par Danone) et de sa caricature sur la dépréciation du capital marque. Il en résulte des questions stimulantes pour les spécialistes du marketing.

Cette étude a notamment permis de mettre en exergue des synergies possibles entre le droit et le marketing. Le premier a besoin du second pour évaluer le préjudice de marque alors que celui-ci ne peut ignorer l'environnement juridique. Ce sont d'ailleurs les spécialistes du marketing qui ont conseillé aux entreprises propriétaires d'une marque, objet d'une caricature, de privilégier une stratégie de conciliation au détriment d'un contentieux juridique. Cela au grand dam de certaines associations qui considèrent que le procès est un vecteur de communication. Ainsi, comme ont pu l'affirmer les pourfendeurs de McDonald's : *« si les sociétés choisissent d'utiliser des lois répressives pour faire taire les critiques, les affaires judiciaires n'ont pas à se cantonner à la procédure juridique et à ses verdicts. On peut les transformer en forum public, et mettre l'accent sur la protestation et sur la nécessité d'une*

⁵³ M. Toporkoff, Le préjudice d'image dans le contentieux d'imitation illicite des produits de grande consommation, Petites affiches 1991, n° 103, p. 6.

⁵⁴ L'auteur propose de prendre en considération les investissements relatifs au conditionnement, au référencement et les frais de publicité.

⁵⁵ L'auteur propose de se fonder sur les dépenses publicitaires des cinq dernières années, les frais de référencement des dix dernières années et sur la totalité des dépenses de conditionnement.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Dans une telle hypothèse, chaque sujet évalue deux fois le même produit dont on manipule la marque en absence-présence. P. Jourdan, Le capital marque : proposition d'une mesure individuelle et essai de validation, Recherche et applications en Marketing 2001, n° 4, p. 3 spéc. p. 7 et 10.

⁵⁸ Une proposition de définition et de mesure de ce concept est présentée par J. Lacoëuilhe, L'attachement à la marque : proposition d'une échelle de mesure, Recherche et applications en Marketing 2000, n° 4, p. 61.

diffusion plus large de la vérité ». ⁵⁹ Afin d'éviter un tel débat, certaines entreprises ont invoqué le droit des marques et non pas la diffamation. ⁶⁰ Une protection absolue de la marque induit une société monolithique, ce qui n'est guère satisfaisant. Il est donc effectivement fondamental que le droit définisse un juste équilibre entre la protection légitime de la marque et la liberté d'expression.

⁵⁹ Cités par N. Klein, op. cit., p. 459.

⁶⁰ Cette dernière favorise la controverse puisque *l'exceptio veritatis* est admise.