

PROTECTION CONTRE LA CONCURRENCE DÉLOYALE



ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
(OMPI)

PROTECTION CONTRE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

Analyse de la situation mondiale actuelle

présentée par le Bureau international de l'OMPI



GENÈVE
1994

PUBLICATION OMPI
N° 725(F)

ISBN 92-805-0493-2

OMPI 1994

PRÉFACE

Cette étude, présentée par le Bureau international de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), constitue la première d'une série d'activités concernant la protection contre la concurrence déloyale. La première version de cette étude s'appuyait sur un texte rédigé par deux membres de l'Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence (Munich, Allemagne), Mme Frauke Henning-Bodewig et M. Heijo Ruijsenaars. La version définitive tient compte des avis des experts suivants (donnés lors d'une réunion qui s'est tenue en 1992 et sous la forme d'observations formulées par écrit en 1993) :

— *John Adams (directeur du Common Law Institute of Intellectual Property (CLIP), Londres);*

— *Ernesto Aracama-Zorraquín (juriste, Buenos Aires);*

— *Ivan Cherpillod (juriste, Lausanne);*

— *Gu Ming (vice-président de la Commission juridique du Congrès national du peuple, Beijing);*

— *Desmond Guobadia (juriste, Lagos);*

— *Frauke Henning-Bodewig (Mme) (Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence, Munich);*

— *Baldo Kresalja (juriste, Lima);*

— *Yoshiharu Kunogi (directeur du Bureau de la politique en matière de propriété intellectuelle au Ministère du commerce international et de l'industrie, Tokyo);*

— *Krishnaswami Ponnuswami (professeur de droit de la propriété industrielle à la Faculté de droit de l'Université de Delhi);*

— Heijo Ruijsenaars (*Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence, Munich*);

— Imre Voros (*juge à la Cour constitutionnelle, Budapest*);

— Glen Weston (*ancien professeur de la Faculté de droit de l'Université George Washington, Washington; Naples, Floride*).

Le Bureau international exprime sa gratitude à ces experts pour leur précieuse contribution.

Décembre 1993

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. INTRODUCTION	1-3
II. LA NÉCESSITÉ D'UNE PROTECTION	4-11
III. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PROTECTION ..	12-27
A. Genèse du droit de la concurrence déloyale	12-17
B. Protection internationale : l'article 10 <i>bis</i> de la Convention de Paris pour la protection de la pro- priété industrielle	18-22
C. Protection nationale : les trois grandes approches du droit de la concurrence déloyale	23-26
1) La protection est fondée essentiellement sur des lois spéciales	24
2) La protection est fondée sur les règles générales de la responsabilité civile et/ou la législation concernant le <i>passing-off</i> et les secrets d'affaires	25
3) Les deux approches précédentes sont combinées	26
D. Rôle de la jurisprudence	27
IV. LES ACTES DE CONCURRENCE DÉLOYALE	28-134
A. Définition générale	28-38
B. Les différentes catégories d'actes de concurrence dé- loyale	39-134
1) Généralités	39-40
2) Les actes expressément mentionnés à l'article 10 <i>bis</i>	41-92
a) Les actes de nature à créer une confusion	42-63

i) Les circonstances dans lesquelles peut se produire une confusion	42-44
ii) Les différents types de confusion	45-47
iii) La confusion tenant à l'utilisation d'indications	48-58
– Limitations quant à l'applicabilité des lois spéciales	49-53
– Limitation quant à l'étendue de la protection offerte par la loi sur les marques	54-57
– Noms commerciaux	58
iv) La confusion tenant à la forme des produits	59-63
b) Les actes de nature à induire le public en erreur	64-83
i) Généralités	64-68
ii) La notion de tromperie	69-73
iii) La communication des déclarations trompeuses	74-77
iv) Les exagérations	78
v) L'objet de la tromperie	79-80
vi) Conditions subjectives	81-82
vii) Charge de la preuve	83
c) Les actes de nature à discréditer les concurrents : le dénigrement	84-92
i) Généralités	84-85
ii) Référence à un concurrent déterminé ..	86-87
iii) L'objet de l'attaque	88
iv) L'intention ou le préjudice effectif	89
v) Affirmation de faits	90
vi) Fausses déclarations	91-92
3) Les actes qui ne sont pas expressément mentionnés à l'article 10 <i>bis</i>	93-134
a) Généralités	93-94
b) Violation des secrets d'affaires	95-103
i) Généralités	95-96
ii) Qu'est-ce qu'un secret d'affaires?	97-99
iii) Utilisation et divulgation de l'information par des employés ou anciens employés	100-101

iv) Utilisation et divulgation de l'information par des concurrents	102-103
c) Le profit indûment tiré des réalisations d'autrui : le parasitisme commercial	104-115
i) Généralités	104-108
ii) Affaiblissement du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire d'une marque	109
iii) Exploitation de la réputation d'autrui	110-111
iv) Imitation servile	112-114
v) Concurrence parasitaire proprement dite	115
d) La publicité comparative	116-125
i) Définition	116
ii) Restrictions générales : les comparaisons susceptibles d'induire en erreur ou dénigrantes	117-118
iii) La tendance à admettre les comparaisons véridiques	119
iv) Les dangers spéciaux de la publicité comparative	120
v) Publicité comparative et droit des marques	121-122
vi) Les comparaisons faites par des tiers ..	123-125
e) Autres actes de concurrence déloyale	126-134
i) Généralités	126
ii) Publicité importune, exploitation de la peur, pressions psychologiques, etc. ...	127-130
iii) Promotion des ventes : primes, cadeaux publicitaires, loteries, etc.	131-132
iv) Les entraves au commerce	133-134
 V. LES SANCTIONS DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE	135-160
A. Généralités	135-137
B. Sanctions civiles	138-153
1) Catégories de sanctions	138-144
a) Décisions d'injonction	139-140
b) Dommages-intérêts	141-143
c) Rectification; publication du jugement	144

2) Le droit d'agir	145-148
3) Administration de la preuve du caractère déloyal de l'acte et mesures conservatoires	149-151
4) Procédures accélérées	152-153
C. Sanctions pénales	154-155
D. Sanctions administratives	156-158
E. Sanctions prévues par les codes d'autodiscipline ..	159-160

ANNEXE : Liste de textes législatifs concernant la protection
contre la concurrence déloyale

I. INTRODUCTION

1. La protection contre la concurrence déloyale est reconnue depuis près d'un siècle comme un aspect de la protection de la propriété industrielle. C'est en 1900, à la Conférence diplomatique de Bruxelles pour la révision de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (ci-après dénommée « Convention de Paris »), que cette reconnaissance s'est manifestée pour la première fois avec l'adoption de l'article 10*bis* de ladite convention. Dans la première version, adoptée à la conférence diplomatique de Bruxelles, cet article était libellé comme suit : « Les ressortissants de la convention (articles 2 et 3) jouiront, dans tous les Etats de l'Union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale. » A la suite des conférences de révision tenues ultérieurement, cet article est désormais libellé comme suit (Acte de Stockholm (1967) de la Convention de Paris) :

« 1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.

2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

3) Notamment devront être interdits :

- 1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;
- 2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;
- 3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises. »

2. A première vue, il semble y avoir des différences fondamentales entre la protection des droits de propriété industrielle (brevets, dessins et modèles industriels enregistrés, marques enregistrées, etc.) et la protection contre les actes de concurrence déloyale. Alors que les titres de propriété industrielle, les brevets par exemple, sont délivrés sur requête par les offices de propriété industrielle et confèrent des droits exclusifs sur un objet, la protection contre la concurrence déloyale repose non pas sur la délivrance d'un titre, mais sur l'idée, énoncée dans des dispositions législatives ou reconnue comme un principe général du droit, que les actes contraires aux pratiques commerciales honnêtes doivent être interdits. Il suffit cependant de se pencher sur certains cas de concurrence déloyale pour voir le lien qui existe entre ces deux formes de protection. Nombreux sont, par exemple, les pays qui considèrent comme illicite l'utilisation non autorisée d'une marque non enregistrée, en vertu de principes généraux empruntés au domaine de la protection contre la concurrence déloyale (dans un certain nombre de pays, cette utilisation non autorisée est connue sous le nom de *passing-off*). Autre exemple, dans le domaine des inventions cette fois : lorsqu'une invention n'est pas divulguée au public et constitue un secret d'affaires, le fait, pour des tiers, d'accomplir sans autorisation certains actes en rapport avec ce secret d'affaires peut être illicite. En fait, même s'ils se rapportent à des inventions divulguées au public mais non brevetées, ou pour lesquelles le brevet délivré a expiré, certains actes peuvent aussi, dans des circonstances particulières, être considérés comme illicites (en tant qu'actes d'« imitation servile »).

3. Ces exemples montrent que la protection contre la concurrence déloyale complète efficacement la protection par un titre de propriété industrielle (brevet ou marque enregistrée, par exemple) pour les inventions ou les signes qui ne sont pas protégés par un tel titre. Mais il existe évidemment d'autres cas de concurrence déloyale, comme celui qui est visé à l'article 10*bis*.3)^{2°} de la Convention de Paris (allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer un concurrent), pour lesquels la protection contre la concurrence déloyale n'a pas ce caractère complémentaire. La raison en est que la notion de concurrence déloyale recouvre des actes d'une grande diversité, comme on le verra ci-après.

II. LA NÉCESSITÉ D'UNE PROTECTION

4. A la suite des événements politiques survenus récemment, un certain nombre de pays se préparent aujourd'hui à adopter un système d'économie de marché qui autorise la libre concurrence entre entreprises industrielles et commerciales dans certaines limites définies par la loi. Cette évolution se produit non seulement dans les pays d'Europe centrale et orientale, mais aussi dans un certain nombre de pays en développement. La libre concurrence entre entreprises apparaît comme le meilleur moyen de satisfaire l'offre et la demande économiques tout en protégeant les intérêts des consommateurs et de l'économie dans son ensemble. Mais qui dit concurrence dit risque de concurrence déloyale. Ce phénomène est de tous les pays et de toutes les époques, quel que soit le système politique ou social en place.

5. On a parfois comparé la concurrence économique à la compétition sportive, car, dans l'une comme dans l'autre, c'est normalement le meilleur qui gagne. En économie, ce devrait être théoriquement l'entreprise qui fournit le produit ou le service le plus utile et le plus efficace dans les conditions les plus rentables et (pour le consommateur) les plus satisfaisantes. Mais cela suppose que tous les participants respectent les règles du jeu; or, comme dans le sport, il est parfois tentant de violer ces règles. Dans la concurrence économique, ces violations peuvent prendre diverses formes, qui vont de l'acte illicite mais inoffensif (celui que même le plus honnête et le plus prudent des entrepreneurs peut commettre) à la faute volontaire visant à nuire aux concurrents ou à induire les consommateurs en erreur. Ce peut être une attaque directement dirigée contre un concurrent donné ou une manœuvre destinée à tromper l'« arbitre » – dans la concurrence économique, c'est généralement le consommateur qui joue ce rôle. Mais, quelle que soit la forme que prennent ces violations, il est dans l'intérêt de l'entrepreneur honnête, du consommateur et du public d'empêcher aussi tôt et aussi efficacement que possible qu'elles ne se produisent.

6. L'expérience montre qu'il y a peu d'espoir de voir s'installer la loyauté entre concurrents par le *seul mécanisme des forces du marché*.

Théoriquement, les consommateurs devraient pouvoir, en tant qu'arbitres du jeu économique, dissuader les entrepreneurs malhonnêtes en boycottant leurs biens ou services et en préférant ceux des concurrents honnêtes. Mais les choses ne se passent pas ainsi. Car plus la situation économique est complexe, et moins le consommateur pourra jouer son rôle d'arbitre. Souvent, il ne pourra même pas déceler par lui-même les actes de concurrence déloyale, et encore moins réagir en conséquence. Il a donc – tout autant que le concurrent honnête – besoin d'être protégé contre la concurrence déloyale.

7. On présente parfois l'*autodiscipline* comme une solution, mais il ne semble pas qu'il y ait là une protection suffisante contre la concurrence déloyale. Sans aucun doute, l'autodiscipline des associations d'entreprises peut contribuer de façon importante à garantir la probité des affaires; si elle est bien développée et respectée par tous, elle peut même offrir un système de protection plus rapide, moins coûteux et plus efficace que tous les tribunaux du monde. Mais elle suppose que tous les participants respectent à tout moment les règles du jeu.

8. Si l'on veut prévenir la concurrence déloyale, on doit compléter l'autoréglementation, du moins dans certains domaines, par un système de sanctions légales. Seul un tel système peut garantir à l'entrepreneur honnête que ses chances de succès ne dépendront que de ses propres efforts, et aux consommateurs qu'ils feront les meilleurs choix en achetant, évitant ainsi le gaspillage de ressources rares et assurant une meilleure transparence du marché et le maximum de bien-être économique.

9. Les règles de droit qui visent à prévenir la concurrence déloyale et celles qui visent à prévenir les pratiques commerciales restrictives (lois *antitrust*) sont liées. En effet, elles ont un but identique, qui est d'assurer le bon fonctionnement de l'économie de marché. Mais leurs méthodes sont différentes. Alors que la législation antitrust cherche à préserver la *liberté de la concurrence* en combattant les entraves au commerce et les abus de puissance économique, le droit de la concurrence déloyale cherche à assurer la loyauté de la concurrence en obligeant tous les participants à jouer le jeu selon les mêmes règles. Cependant, l'un et l'autre sont également importants, bien que sous des aspects différents, et ils sont complémentaires. En effet, si la législation antitrust est nécessaire aux économies en transition, elle ne pourra jamais à elle seule garantir du même coup la loyauté de la concurrence : il faut pour cela des règles distinctes prévoyant une protection contre la concurrence déloyale.

10. Les lois sur la propriété industrielle, qui protègent les inventions, dessins et modèles industriels, marques, noms commerciaux, indications géographiques, etc., ne sont pas suffisamment complètes pour assurer l'honnêteté des pratiques commerciales. Il est vrai que la protection des droits de propriété industrielle sert non seulement l'intérêt des titulaires de ces droits, mais aussi celui des consommateurs et du public en général, et contribue donc aussi à assurer la loyauté de la concurrence. Par exemple, celui qui utilise une marque pour un produit concurrent sans y être autorisé non seulement exploite abusivement la réputation du propriétaire de la marque, mais trompe également le public sur l'origine commerciale du produit (et donc sur ses caractéristiques). En ce sens, on peut dire que le droit des marques participe du droit de la concurrence déloyale et que, en faisant respecter la législation sur les marques, on prévient des actes de concurrence déloyale comme le *passing-off* et la dilution du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire d'une marque. Cela est vrai aussi, dans une moindre mesure, d'autres titres de propriété industrielle, comme les brevets, qui protègent les inventeurs contre l'exploitation abusive de leurs efforts.

11. Mais, malgré cette communauté d'objectifs, la protection des droits de propriété industrielle est impuissante à assurer à elle seule la loyauté des affaires. En effet, nombreux sont les actes déloyaux (publicité mensongère, violation des secrets d'affaires, etc.) qui généralement restent en dehors du champ des lois de propriété industrielle. Le droit de la concurrence déloyale est donc nécessaire, soit pour compléter les lois sur la propriété industrielle, soit pour offrir un type de protection que ces lois ne peuvent assurer. Mais cela exige de la souplesse, et la protection offerte par ce droit ne devra être subordonnée à aucune formalité, d'enregistrement ou autre. Le droit de la concurrence déloyale devra, notamment, s'adapter à toutes les nouvelles formes de comportement économique. Cependant, souplesse ne veut pas dire imprévisibilité. Naturellement, le droit de la concurrence déloyale ne pourra jamais rivaliser en précision avec une loi sur les brevets ou sur les marques, mais l'expérience de nombreux pays montre qu'il est tout à fait possible d'organiser de façon efficace et souple la répression de la concurrence déloyale tout en maintenant une prévisibilité suffisante.

III. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PROTECTION

A. *Genèse du droit de la concurrence déloyale*

12. Tous les pays qui ont adopté l'économie de marché ont pris des mesures pour prévenir les pratiques commerciales déloyales, mais ils ont pour cela suivi des *voies très différentes*. Alors que, dans d'autres domaines du droit de la propriété industrielle comme le droit des brevets, des dessins et modèles ou des marques, on admet généralement que la meilleure protection est celle offerte par une loi spécifique détaillée, la répression de la concurrence déloyale peut avoir pour base légale aussi bien une disposition générale et succincte sur la responsabilité civile qu'une loi spéciale régissant la question de manière détaillée. Cette diversité d'approche s'explique souvent par des raisons purement historiques.

13. C'est en *France*, vers 1850, qu'est apparue pour la première fois la notion de concurrence déloyale. Même si, à cette époque, les pratiques commerciales malhonnêtes ne faisaient pas l'objet d'une prohibition expresse, les tribunaux français réussirent à élaborer une théorie complète et efficace de la concurrence déloyale sur la base de la *disposition générale* de l'article 1382 du Code civil, selon lequel tout acte illicite entraîne pour son auteur une obligation de réparer. Pour ce qui est de la protection des concurrents, les principes établis par la jurisprudence sur la base de l'article 1382 sont aujourd'hui encore la base principale de l'action en concurrence déloyale en France. S'agissant de la protection des consommateurs, il existe depuis 1905 une loi sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises, que sont venus compléter de nombreux textes de lois et décrets, notamment la loi de 1973, connue sous le nom de loi Royer, qui interdit la publicité mensongère, et les lois de 1978 et 1989 sur l'information des consommateurs.

14. En *Allemagne*, les choses se sont passées différemment. Les tribunaux ayant refusé d'étendre aux pratiques commerciales déloyales

les dispositions du Code civil sur la responsabilité, il a fallu promulguer des *lois spéciales* sur ce sujet. C'est ainsi que la loi de 1909 contre la concurrence déloyale est devenue la principale base légale de la répression des actes de concurrence déloyale. Cette loi contient deux dispositions générales sur les pratiques commerciales malhonnêtes et trompeuses, que complètent des dispositions spéciales comme celles sur la protection des secrets d'affaires. En outre, elle s'en remet presque exclusivement aux plaintes des particuliers, conférant la capacité d'agir aux concurrents, consommateurs et organisations professionnelles. Sur la base, notamment, des deux dispositions générales contenues dans les articles 1^{er} et 3 de la loi, les tribunaux allemands ont élaboré un système complet de répression des pratiques commerciales déloyales qui vise à protéger non seulement les concurrents mais aussi les consommateurs et l'ensemble du public.

15. Les différentes entités qui composent le *Royaume-Uni* (Angleterre, Ecosse, pays de Galles et Irlande du Nord) ont suivi une approche différente, fondée sur la *common law* et l'équité, et n'ont pas élaboré de régime légal spécifique de protection contre la concurrence déloyale. L'approche traditionnellement libérale explique l'hésitation à édicter des règles générales qui laissent place à une appréciation subjective de ce qui est « loyal » et de ce qui ne l'est pas. La reconnaissance du délit de *passing-off* (datant de 1824) est considérée comme une protection suffisante pour les *concurrents*. Aussi les actions civiles ouvertes à ces derniers restent-elles limitées à des cas isolés, sur la base des principes non codifiés de la responsabilité délictuelle, comme la protection contre le *passing-off*, la diffamation (*injurious falsehood*) ou la divulgation d'informations confidentielles (*breach of confidence*). En revanche, en ce qui concerne les *consommateurs*, des dispositions visant à les protéger contre les actes susceptibles de les induire en erreur ont été adoptées dès 1862 et complétées ultérieurement par une série de lois autonomes sur la protection des consommateurs, comme le *Trade Descriptions Act* (loi sur les descriptions commerciales) de 1968, le *Fair Trading Act* (loi sur la loyauté du commerce) de 1973, les *Unsolicited Goods and Services Acts* (lois sur les ventes forcées de produits et services) de 1971 et 1975 et le *Consumer Protection Act* (loi sur la protection des consommateurs) de 1987. En 1988 a été adopté, conformément à la directive de la CEE de 1984, un règlement sur la répression de la publicité mensongère. En outre, plusieurs codes d'autodiscipline publicitaire ont pleine valeur juridique.

16. Comme celui du Royaume-Uni, le droit de la concurrence déloyale des *Etats-Unis d'Amérique* est une construction jurisprudentielle ayant en particulier comme base le délit civil de *common law* portant le nom de *passing-off*. Pas plus qu'au Royaume-Uni, il n'existe, dans ce pays, un délit général de concurrence déloyale en *common law*. Mais, depuis 1946, le commerçant dispose, en vertu de l'article 43.a) de la loi sur les marques (loi Lanham), d'un moyen d'action légal limité contre les fausses allégations sur son produit faites dans l'exercice du commerce interétatique. En 1988, cette disposition a été étendue aux déclarations fausses ou fallacieuses portant sur les produits ou services d'autrui. En 1914 avait en outre été créé un organisme fédéral, la Commission fédérale du commerce (FTC), qui est généralement compétent pour poursuivre tous les actes ou pratiques déloyaux ou trompeurs commis dans l'exercice du commerce interétatique ou affectant ce commerce. Cependant, l'article 5.a) de la loi sur la FTC ne donne pas aux concurrents ou consommateurs lésés le droit d'agir en justice, alors que les lois visant à réprimer les pratiques commerciales déloyales que tous les Etats ont promulguées pendant cette deuxième moitié de siècle (et qui sont généralement calquées sur la loi sur la FTC) le font.

17. On voit, à travers ces exemples, que le droit de la concurrence déloyale s'est formé de manière différente selon les pays. Depuis, de nombreux pays ont adopté des *lois spéciales* sur ce sujet ou ont remplacé leurs anciennes lois sur la concurrence déloyale. Pour ce qui est de l'activité législative récente, on retiendra que la Suisse a adopté en 1986 une loi contre la concurrence déloyale qui contient une disposition générale très large et régleme en détail certains comportements économiques comme l'imitation servile, et que la Hongrie a adopté en 1990 une loi sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, qui interdit la concurrence déloyale et régleme les concentrations économiques. Quant à la loi espagnole de 1991 sur la concurrence déloyale, elle contient des dispositions détaillées sur les pratiques préjudiciables aux consommateurs et aux concurrents. En 1991 aussi, la Belgique a adopté une loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, qui met l'accent sur la protection des consommateurs.

B. *Protection internationale : l'article 10bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*

18. L'article 1.2) de la Convention de Paris mentionne parmi les objets de la protection de la propriété industrielle la répression de la concu-

rence déloyale, en même temps que les brevets, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, le nom commercial, les indications de provenance et les appellations d'origine, et l'article 10bis contient une disposition (dont le texte est reproduit au paragraphe 1 ci-dessus) qui vise expressément à réprimer la concurrence déloyale. Dans la centaine d'Etats qui sont parties à la Convention de Paris, la protection contre la concurrence déloyale trouve donc son fondement juridique non seulement dans le droit national, mais aussi dans le droit international.

19. En vertu de l'article 10bis.1) de la Convention de Paris, les pays de l'Union sont tenus d'assurer une *protection effective contre la concurrence déloyale*. En outre, l'article 10ter.1) prévoit l'obligation d'assurer des «recours légaux appropriés». Notamment, des mesures doivent être prises pour permettre aux syndicats et associations représentant les industriels, producteurs ou commerçants intéressés d'agir en justice dans la mesure où cela n'est pas contraire aux lois du pays concerné et n'outrepasse pas les droits normalement accordés aux associations de ce pays.

20. L'article 10bis.2) de cette convention définit la concurrence déloyale comme tout acte de concurrence contraire aux *usages honnêtes* en matière industrielle ou commerciale. Cette définition laisse aux tribunaux et autorités administratives de chaque pays le soin de préciser le contenu de la notion d'«honnêteté commerciale». Les Etats membres de l'Union de Paris sont libres aussi d'accorder une protection contre certains actes même en dehors de tout rapport de concurrence entre les parties concernées.

21. L'article 10bis.3) de cette convention donne trois exemples d'actes qui devront «notamment» être interdits. Ces *exemples* ne constituent pas une liste exhaustive, mais représentent plutôt le niveau de protection minimale que tous les Etats membres doivent assurer. Les deux premiers (faits de nature à créer une confusion et allégations de nature à discréditer un concurrent) relèvent en quelque sorte du domaine «traditionnel» du droit de la concurrence, celui de la protection des concurrents. Le troisième (indications ou allégations susceptibles d'induire en erreur), qui a été ajouté par la Conférence de révision tenue à Lisbonne en 1958, tient compte des intérêts et des concurrents et des consommateurs.

22. Outre les articles 10*bis* et 10*ter*, la Convention de Paris contient plusieurs dispositions qui visent à protéger contre les actes de concurrence déloyale au sens large, en particulier ceux qui concernent les *marques* et les *noms commerciaux*. Ainsi, les articles 6*sexies* et 8 prévoient respectivement la protection des marques de service et celle des noms commerciaux. Dans la mesure où elle n'est pas prévue par l'article 10*bis*.3), la protection des *indications d'origine géographique* découle des dispositions de l'article 10 et de l'article 9, auquel renvoie l'article 10¹. Des arrangements particuliers conclus dans le cadre de la Convention de Paris, à savoir l'Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits et l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, ainsi que des traités bilatéraux, prévoient expressément la protection internationale des indications géographiques.

¹ Les articles 9 et 10 de la Convention de Paris sont libellés comme suit (le texte de l'article 10*bis* est cité au paragraphe 1 ci-dessus) :

« Article 9

1) Tout produit portant illicitement une marque de fabrique ou de commerce ou un nom commercial, sera saisi à l'importation dans ceux des pays de l'Union dans lesquels cette marque ou ce nom commercial ont droit à la protection légale.

2) La saisie sera également effectuée dans le pays où l'apposition illicite aura eu lieu, ou dans les pays où aura été importé le produit.

3) La saisie aura lieu à la requête soit du Ministère public, soit de toute autre autorité compétente, soit d'une partie intéressée, personne physique ou morale, conformément à la législation intérieure de chaque pays.

4) Les autorités ne seront pas tenues d'effectuer la saisie en cas de transit.

5) Si la législation d'un pays n'admet pas la saisie à l'importation, la saisie sera remplacée par la prohibition d'importation ou la saisie à l'intérieur.

6) Si la législation d'un pays n'admet ni la saisie à l'importation, ni la prohibition d'importation, ni la saisie à l'intérieur, et en attendant que cette législation soit modifiée en conséquence, ces mesures seront remplacées par les actions et moyens que la loi de ce pays assurerait en pareil cas aux nationaux.

Article 10

1) Les dispositions de l'article précédent seront applicables en cas d'utilisation directe ou indirecte d'une indication fausse concernant la provenance du produit ou l'identité du producteur, fabricant ou commerçant.

2) Sera en tout cas reconnu comme partie intéressée, que ce soit une personne physique ou morale, tout producteur, fabricant ou commerçant engagé dans la production, la fabrication ou le commerce de ce produit et établi soit dans la localité faussement indiquée comme lieu de provenance, soit dans la région où cette localité est située, soit dans le pays faussement indiqué, soit dans le pays où la fausse indication de provenance est employée. »

C. *Protection nationale : les trois grandes approches du droit de la concurrence déloyale*

23. Aux termes de l'article 10bis.1) de la Convention de Paris, les Etats membres de l'Union de Paris sont tenus d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale. S'ils ne sont pas obligés d'adopter des *lois spéciales*, ils doivent du moins prévoir sur la base de la législation générale une protection effective contre tous les actes contraires aux usages commerciaux honnêtes, et notamment contre les pratiques visées à l'article 10bis.3). On distinguera, dans les grandes lignes, trois manières de s'acquitter de ces obligations conventionnelles.

1) *La protection est fondée essentiellement sur des lois spéciales*

24. Plusieurs pays ont adopté des *lois spéciales*² ou inclus dans des lois de portée plus large des *dispositions spécifiques*³ qui, doublées parfois de dispositions figurant dans des textes généraux comme le Code civil, assurent une protection contre la concurrence déloyale. Ces lois prévoient des sanctions civiles ou pénales et édictent une règle générale très large (souvent sur le modèle de l'article 10bis.2) de la Convention de Paris), complétée par des dispositions détaillées sur différentes formes de pratiques commerciales déloyales; elles prévoient généralement des sanctions civiles, mais aussi, pour certains cas, des sanctions pénales. Bien que de nombreux pays aient aussi adopté des lois qui visent plus spécialement les actes liés à certains types de produits (produits alimentaires et pharmaceutiques, par exemple), aux médias (télévision) ou aux procédés de vente (cadeaux, primes), la loi sur la concurrence déloyale demeure la *principale base de protection*. On a même souvent étendu la portée de cette loi en partant du principe que toute violation d'une autre loi qui procure un avantage concurrentiel injustifié sur le concurrent respectueux du droit peut être considérée comme une pratique commerciale déloyale. Dans certains pays, l'idée d'une loi spéciale sur la concurrence a débouché sur celle d'une loi plus

² C'est le cas, notamment, des pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Japon, Luxembourg, Pérou (voir aussi la note 3), République de Corée, Suède et Suisse.

³ C'est le cas, notamment, des pays suivants : Bolivie, Brésil, Bulgarie, Canada, Colombie, Hongrie, Mexique, Pérou, Roumanie et Venezuela (en ce qui concerne la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, voir aussi la note 5).

générale sur le comportement économique⁴. D'autres pays soulignent le lien avec la législation antitrust en adoptant des lois qui traitent aussi bien de l'instauration de la concurrence que de la loyauté de celle-ci⁵.

2) *La protection est fondée sur les règles générales de la responsabilité civile et/ou la législation concernant le passing-off et les secrets d'affaires*

25. Dans un certain nombre de pays de tradition civiliste⁶, qui ont choisi l'approche consistant à protéger le commerçant honnête, ce type de protection est normalement assuré par les *règles générales de la responsabilité civile*. Dans les pays de *common law*⁷, les actions pour *passing-off* et pour violation de secrets d'affaires créées par les tribunaux (du moins à l'origine) demeurent la principale base de protection des concurrents. Pour ce qui est de la protection des *consommateurs*, certains pays de ces deux groupes ont adopté, par ailleurs, plusieurs lois visant des cas particuliers de comportements économiques répréhensibles, comme la publicité mensongère, les comparaisons de prix, les loteries, les jeux publicitaires et les primes; ces lois sont essentiellement indépendantes de la protection des concurrents par les règles du droit civil ou de la *common law*.

3) *Les deux approches précédentes sont combinées*

26. La plupart des pays qui sont parties à la Convention de Paris – et même ceux qui ont tenté dans un premier temps de réglementer la concurrence déloyale en s'appuyant sur les règles générales de la responsabilité civile – *combinent* les principes généraux du code civil, les principes jurisprudentiels et les lois spéciales. Dans beaucoup de pays à *structure fédérale*, le partage des compétences législatives entre fédération et Etats fédérés produit un mélange encore plus complexe

⁴ C'est le cas, notamment, en Belgique, en Suède et, jusqu'à un certain point, en Suisse.

⁵ C'est le cas, notamment, de la Bulgarie, de la Hongrie (dont la loi pertinente porte le nom de « loi sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales »), de la Roumanie et du Venezuela.

⁶ Notamment la France, l'Italie et les Pays-Bas.

⁷ Notamment les différentes entités territoriales du Royaume-Uni.

des différentes formes de protection. Dans certains de ces pays, le législateur fédéral n'a même aucune compétence en matière de concurrence déloyale, celle-ci étant considérée comme un délit civil de *common law* relevant de l'État. Lorsque, dans ces pays, la protection est accordée par les États fédérés, elle est généralement plus poussée que lorsqu'elle l'est au niveau fédéral. Aux États-Unis d'Amérique, par exemple, pour compenser l'insuffisance des moyens d'action existant en *common law* contre la concurrence déloyale, on a d'abord créé, au niveau fédéral, une autorité administrative (la Commission fédérale du commerce), avant d'étendre l'application de l'article 43.a) de la loi fédérale sur les marques (loi Lanham) à toute une série d'actes de publicité trompeuse. Mais c'est dans les lois sur le commerce, « petites lois FTC », lois sur la protection du consommateur et autres adoptées par les différents États que l'on trouve la réglementation la plus progressiste.

D. *Rôle de la jurisprudence*

27. Malgré ces différences d'approche, tous les pays qui ont pris des mesures efficaces de protection contre la concurrence déloyale ont le souci de voir *effectivement appliquer* la loi, et laissent généralement à leurs tribunaux une latitude considérable. Le succès d'une loi sur la concurrence déloyale dépend en effet dans une large mesure de ce qu'en font les tribunaux. Quelques mots d'une disposition générale sur la responsabilité civile constituent parfois une base suffisante pour élaborer un système efficace de droit de la concurrence déloyale, alors qu'un texte de loi admirablement rédigé peut apporter des résultats décevants. Ce qui ne signifie pas qu'une réglementation explicite et détaillée des pratiques commerciales déloyales soit inutile : une telle réglementation aura du moins un certain effet préventif sur le comportement des acteurs économiques; cependant, elle risque de rester lettre morte sans l'intervention des tribunaux. Dans le monde mouvant de la concurrence, même le législateur le plus perspicace ne pourra jamais prévoir toutes les formes futures de comportement économique déloyal, et il doit donc s'en remettre aux tribunaux pour l'interprétation de la loi. C'est pourquoi de nombreux pays ont complété les dispositions qui visent expressément certaines pratiques commerciales par une *disposition générale* qui permet aux tribunaux de tenir compte des nouvelles formes de pratiques commerciales déloyales.

IV. LES ACTES DE CONCURRENCE DÉLOYALE

A. Définition générale

28. L'article 10bis.2) de la Convention de Paris définit la concurrence déloyale comme « tout acte de concurrence contraire aux *usages honnêtes* ». La plupart des pays qui ont adopté des lois spéciales sur la concurrence déloyale ont repris cette définition ou une définition similaire dans leurs dispositions générales, avec des expressions comme « les usages honnêtes en matière commerciale » (Belgique et Luxembourg), « le principe de bonne foi » (Espagne et Suisse), « la correction professionnelle » (Italie) et « les bonnes mœurs » (Allemagne, Grèce et Pologne). En l'absence de lois spéciales, les tribunaux définissent la concurrence déloyale par des expressions comme « les principes d'honnêteté et de loyauté » ou « la morale des affaires » (Etats-Unis d'Amérique).

29. Il est vrai que définir la concurrence déloyale comme un ensemble d'actes contraires aux « usages honnêtes en matière commerciale », à « la bonne foi », etc., ne permet pas d'établir des normes de comportement bien claires et acceptées universellement, le sens de ces expressions étant assez flou. Le critère de la « loyauté » ou de l'« honnêteté » de la concurrence n'est rien d'autre que le reflet des conceptions sociologiques, économiques, morales et éthiques d'une société, et peut donc varier d'un pays à l'autre (et parfois même à l'intérieur d'un même pays). Ce critère est également susceptible d'évoluer dans le temps. En outre, on voit toujours apparaître de nouveaux actes de concurrence déloyale car, en matière de concurrence, il n'y a apparemment pas de limites à l'inventivité. Toutes les tentatives tendant à faire entrer tous les actes actuels et futurs de concurrence dans une définition générale unique – qui recouvre tous les types de comportement interdits *tout en étant* suffisamment souple pour s'adapter aux nouveaux usages commerciaux – ont échoué jusqu'ici.

30. Mais il ne faut pas pour autant conclure que la concurrence déloyale est irréductible à toute définition générale et que l'on peut, au mieux, énumérer des types concrets de comportements économiques en les qualifiant de déloyaux. Nous allons montrer au contraire qu'il existe certains éléments permettant de distinguer clairement quelles sont les pratiques « loyales » et quelles sont les pratiques « déloyales ».

31. Il est généralement admis que certains comportements commerciaux sont toujours (« notamment », pour reprendre l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris) considérés comme des actes de concurrence déloyale. Les principaux sont les actes de nature à créer une confusion ou à discréditer un concurrent, et l'utilisation d'indications trompeuses. Dans ces exemples de comportements économiques déloyaux extrêmement importants – mais dont la liste n'est pas limitative – on retrouve un *élément commun* : la tentative (faite par un entrepreneur) pour réussir dans la concurrence non pas en s'appuyant sur ses propres réalisations en termes de qualité et de prix de ses produits et services, mais en tirant indûment profit du travail d'un tiers, ou en influençant la demande des consommateurs par des déclarations fausses ou fallacieuses. De telles pratiques apparaîtront donc d'emblée comme suspectes du point de vue de la loyauté de la concurrence.

32. Un autre point pourrait être l'*élément subjectif* de l'acte déloyal. A première vue, la notion d'« honnêteté » paraît renvoyer à une norme morale, et un *critère juridico-éthique* est incontestablement présent. Mais cette question doit être distinguée de celle de savoir s'il peut y avoir concurrence déloyale sans qu'il y ait faute, mauvaise foi ou négligence. Certes, dans les pays où le droit de la concurrence déloyale s'est dégagé à partir des règles générales de la responsabilité civile, le « délit de concurrence déloyale » n'est constitué qu'en présence d'un élément subjectif comme la « faute » ou la « mauvaise foi ». Cependant, dans la pratique, les tribunaux présument souvent l'existence de la faute ou de la mauvaise foi. L'élément subjectif n'est donc pas fondamental dans la notion de loyauté de la concurrence. En fait, sauf exception, ce sont plutôt des critères objectifs qui servent à établir l'existence d'un acte de concurrence déloyale – les conditions subjectives pouvant, toutefois, entrer en ligne de compte dans la détermination de la sanction à appliquer. Cette conception objective est parfois inscrite dans la législation. Ainsi, la loi espagnole de 1991 vise « tout acte contraire à la bonne foi entendue *objectivement* ».

33. Cependant, le principal critère pour déterminer la « déloyauté » en affaires doit être cherché dans l'*objectif* que poursuit la législation sur la concurrence déloyale. Si, à l'origine, le droit de la concurrence déloyale avait pour objet de protéger le commerçant honnête, la protection des consommateurs est apparue ensuite comme tout aussi importante. De plus, certains pays insistent spécialement sur la protection du public en général, et surtout sur le fait que la liberté de la concurrence sert les intérêts de celui-ci. Aussi le droit moderne de la concurrence déloyale vise-t-il un triple objectif : la protection des concurrents, la protection des consommateurs et la sauvegarde de la concurrence dans l'intérêt du public. Ainsi qu'il est dit dans la loi suisse de 1986 et dans la loi espagnole de 1991, la législation sur la concurrence déloyale vise à garantir une concurrence loyale et non faussée dans l'intérêt de toutes les parties concernées. Ce qui revient à dire qu'il entre aussi, dans la définition de la concurrence déloyale, un critère *fonctionnel* qui tient compte, en particulier, des intérêts des parties « concernées » – à savoir les acteurs économiques.

34. Une partie est toujours « concernée » : c'est le *commerçant* (aujourd'hui le chef d'entreprise) honnête. Le droit de la concurrence déloyale visant à l'origine à protéger le commerçant honnête, c'est évidemment la *norme de comportement du commerçant* qui sert de point de départ. Un usage que condamneraient tous les commerçants ne peut donc être qualifié d'acte de concurrence « loyale ».

35. D'autre part, un usage peut fort bien être admis généralement dans un secteur d'activité donné et jugé « répréhensible » par les autres acteurs économiques. Il faut bien alors apprécier les comportements constituant l'usage par rapport à une *norme morale*. Et la morale commande, en particulier, de ne pas léser inutilement les intérêts du consommateur, que ce soit en manquant au principe de la véracité (sur lequel se fonde le consommateur dans ses transactions), en poussant le consommateur vers des comportements antisociaux, voire nuisibles, ou en faisant intrusion dans sa vie privée.

36. Un usage peut aussi n'être dommageable, à première vue, ni pour les autres commerçants ni pour les consommateurs, et avoir pourtant des effets pervers sur l'*économie en général*. C'est ainsi que la pratique du dumping peut à la longue entraîner la destruction des petites et moyennes entreprises et nuire ainsi au principe de libre concurrence. Lorsque la législation sur la concurrence déloyale englobe ces aspects

économiques⁸, ce type de comportement y est souvent qualifié expressément de « déloyal ».

37. Pour juger de l'« honnêteté » en matière commerciale, il faut tenir compte de tous ces facteurs. La notion de concurrence déloyale est d'ailleurs de plus en plus une *pondération d'intérêts*. Si le mot « loyal » n'a pas le même sens pour tous, c'est, en général, parce que les aspects que nous avons évoqués ci-dessus n'ont pas la même importance pour tous. Un même comportement commercial pourra donc être jugé différemment dans un pays où le droit de la concurrence déloyale continue à être axé sur la protection du concurrent honnête et dans un pays où l'accent est plutôt mis sur la protection des consommateurs ou du public.

38. Tout le monde s'accorde cependant à considérer que certains actes et usages sont toujours contraires à la notion de loyauté de la concurrence. Ces actes et usages seront analysés de manière approfondie ci-après.

B. *Les différentes catégories d'actes de concurrence déloyale*

1) *Généralités*

39. Les actes de concurrence déloyale peuvent être classés différemment selon le critère utilisé ou l'importance donnée à tel ou tel aspect d'un acte ou d'un type de comportement. L'acte jugé « déloyal » se sera souvent produit dans des circonstances complexes et qui nécessitent un examen et une appréciation attentifs sur la base des normes en vigueur. Un même acte peut être qualifié de déloyal à plusieurs titres, selon le point de vue qu'on adopte. Un même acte peut donc appartenir à plusieurs des catégories suivantes. Dans toute classification systématique des actes de concurrence déloyale, des chevauchements entre les concepts et catégories utilisés seront d'ailleurs toujours inévitables.

40. Afin de définir les catégories d'actes de concurrence déloyale et de faciliter leur analyse dans cette étude, on distinguera deux grands

⁸ C'est le cas en Belgique et en Hongrie.

groupes d'actes de concurrence déloyale : ceux qui sont expressément mentionnés à l'article 10bis de la Convention de Paris et ceux qui ne le sont pas.

2) *Les actes expressément mentionnés à l'article 10bis*

41. L'article 10bis.3) (voir le paragraphe 1 ci-dessus) énumère de façon non limitative trois types d'actes de concurrence déloyale, à savoir : ceux qui sont de nature à créer une confusion, ceux qui sont de nature à discréditer un concurrent et ceux qui sont susceptibles d'induire le public en erreur. Les actes de nature à créer une confusion et les actes susceptibles d'induire le public en erreur étant assez voisins et se chevauchant parfois, on les examinera avant d'aborder les actes de nature à discréditer un concurrent.

a) **Les actes de nature à créer une confusion**

i) *Les circonstances dans lesquelles peut se produire une confusion*

42. L'article 10bis.3)1° de la Convention de Paris fait obligation aux Etats membres d'interdire tous les actes qui sont de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent. Cette disposition a une portée très large, car elle s'applique à tout acte fait dans le commerce qui touche à une marque, un signe, un label, un slogan, l'emballage, la forme ou la couleur des produits ou à tout autre signe distinctif utilisé par un entrepreneur. Sont donc visés non seulement les *indications* utilisées pour distinguer les produits, services ou entreprises, mais aussi l'*aspect extérieur des produits* et la présentation des services. Ainsi, l'article 2598.1) du Code civil italien prévoit expressément que quiconque utilise des noms ou des signes distinctifs susceptibles de créer une confusion avec ceux d'un tiers, ou imite servilement le produit d'un concurrent, ou crée, par tout autre moyen, une confusion avec les noms, signes, produits ou activités de concurrents, commet un acte de concurrence déloyale. De même, en vertu de l'article 6 de la loi espagnole sur la concurrence déloyale, est considéré comme déloyal tout acte qui risque de créer une confusion avec l'activité, les prestations ou l'entreprise d'autrui, et notamment une

association dans l'esprit du consommateur quant à l'entreprise d'origine. Dans les pays de *common law*, la notion de *passing-off* est assez large pour protéger contre le risque de confusion tous les types d'indications, produits et autres objets.

43. Selon l'article 10bis.3)1° de la Convention de Paris, l'« intention » de créer une confusion n'entre pas en ligne de compte dans l'appréciation du caractère déloyal d'un acte de concurrence, même si la mauvaise foi de l'imitateur peut peser sur les sanctions à appliquer. En principe, il n'est pas exigé non plus qu'il y ait réellement eu confusion, le *risque de confusion* suffisant souvent à fonder l'action en concurrence déloyale. Enfin, la protection contre la confusion est assurée *sans limite de durée*. Elle dure tant qu'existe le risque de confusion, à condition que subsiste, pour les indications qui ne risquent pas de créer une confusion avec d'autres produits, services et entreprises, une liberté d'utilisation suffisante pour ne pas étouffer la concurrence. Cependant, dès lors que le produit commercialisable devient générique ou banal, il perd son caractère original ou distinctif, si bien que le risque de confusion devient plus difficile à présumer.

44. La confusion touche essentiellement deux domaines : les indications d'origine commerciale et l'aspect extérieur des produits. Mais cela n'empêche pas que d'autres attributs ou réalisations puissent bénéficier d'une égale protection contre la confusion.

ii) *Les différents types de confusion*

45. Le risque de confusion peut être établi de différentes manières. Pour la *forme la plus élémentaire de confusion*, la question à se poser est la suivante : la marque en question ressemble-t-elle à la marque protégée au point de pouvoir créer, dans l'esprit d'un nombre important de consommateurs moyens, une confusion quant à l'*origine commerciale* des produits ou services ? Pour apprécier le risque de confusion, on tient souvent compte du pouvoir distinctif de la marque protégée, de l'importance et de la réputation de son propriétaire, du niveau d'information des consommateurs intéressés et, naturellement, de la ressemblance entre les marques et les biens ou services en cause. Dans beaucoup de pays, la notion de confusion dépasse la simple confusion quant à l'origine commerciale, et comprend aussi celle qui fait croire à l'existence d'un lien commercial étroit entre les deux utilisateurs de

la même marque ou de marques semblables, autrement dit la confusion quant à l'*affiliation*. En revanche, l'utilisation par un concurrent d'une marque identique ou similaire pour des produits que manifestement rien ne rapproche ne permet généralement pas d'invoquer la protection, car les consommateurs supposeront, du fait de cette dissemblance, que ces produits ou services n'ont pas la même origine et qu'aucun lien commercial particulier n'unit les utilisateurs de la marque.

46. Troisième forme de confusion qui est visée, notamment, à l'article 43.a) de la loi Lanham des Etats-Unis d'Amérique et à l'article 53 de la loi australienne sur les pratiques commerciales : la confusion quant au *parrainage* (« *sponsoring* »). Dans ce type de confusion, le consommateur présume que les produits ou services n'ont pas la même origine et que les deux entreprises en question n'ont pas de relations commerciales suffisamment étroites et continues pour qu'il puisse y avoir confusion quant à l'affiliation; mais devant la similitude des marques, des types de produits ou services pour lesquels la seconde marque est utilisée et la manière dont elle est utilisée, il est amené à croire que cette utilisation a été *autorisée par contrat* pour une durée déterminée. Ce type de confusion peut se produire, par exemple, lorsque le tiers utilise la marque sur des produits (sans autorisation) à des fins décoratives. Toutefois, contrairement à la confusion quant à l'origine ou quant à l'affiliation, ce troisième type de confusion ne constitue pas un moyen de recours reconnu au même titre que les autres par les lois sur les marques, car ses contours sont encore mal définis.

47. Cette forme de confusion peut peut-être aussi trouver une application dans le domaine des droits dits de « *publicité* », qui concernent des artistes et célébrités du monde des médias et des sports, et des droits dits de « *merchandising* », qui concernent des personnages de fiction empruntés à des œuvres littéraires ou artistiques. Ces droits sont liés à des techniques de commercialisation relativement nouvelles par lesquelles les entreprises sont autorisées à exploiter, pendant un certain temps, la popularité ou la réputation, symbolisée par le nom ou l'image, d'une personnalité ou d'un personnage de fiction de manière à stimuler la demande du consommateur pour le produit ou le service de cette entreprise. Lorsque le nom ou l'image d'une personnalité ou d'un personnage sont ainsi utilisés pour un produit ou un service, le consommateur aura tendance à croire que cette personnalité ou le titulaire des droits sur ce personnage (qui peut aussi faire l'objet d'une marque enregistrée) ont *expressément autorisé* cette utilisation, même si tel n'est pas le cas.

iii) *La confusion tenant à l'utilisation d'indications*

48. L'indication est un signe, un symbole ou un élément figuratif quelconque qui fait comprendre au consommateur qu'un produit ou un service offert sur le marché provient d'une entreprise commerciale particulière, même s'il n'en connaît pas le nom. Elle peut donc prendre toutes sortes de formes : signes à deux ou trois dimensions, labels, slogans, types d'emballage, couleurs, mélodie, etc. Les lois sur les marques de produits, les marques de services et les noms commerciaux protègent déjà les indications contre le danger de confusion. Cette protection, cependant, est souvent limitée, du point de vue de l'*applicabilité* de la loi à certains types d'indications ou de l'*étendue* exacte de la protection. Aussi la protection contre la confusion sur le terrain de la concurrence déloyale garde-t-elle son intérêt lorsque les lois spéciales sur les signes distinctifs n'offrent pas une protection générale contre la confusion. Cela est vrai aussi pour la protection des *marques notoirement connues* contre la confusion, qui est exigée par l'article 6bis de la Convention de Paris.

[Limitations quant à l'applicabilité des lois spéciales]

49. La législation sur les marques de produits ne concerne en général que certains types d'indications. Dans certains pays, par exemple, la loi ne protège pas les titres d'œuvres littéraires ou de films, l'aspect (ou présentation) des produits, l'agencement des boutiques, les couleurs ou combinaisons de couleurs et l'habillement commercial. S'agissant des marques de services, la plupart des pays ont un système prévoyant l'enregistrement de ces marques au même titre que les marques de produits, mais dans les autres, la protection par le droit de la concurrence déloyale est nécessaire. En outre, même lorsque les marques tridimensionnelles sont admises à l'enregistrement, certaines formes peuvent être exclues de la protection. C'est ainsi que la directive de la CEE rapprochant les législations sur les marques refuse expressément toute protection aux formes imposées par la nature même du produit, ou par sa fonction technique ou industrielle, et aux configurations qui confèrent au produit sa valeur essentielle. L'application de la doctrine de la « fonctionnalité », qui est particulièrement développée aux Etats-Unis d'Amérique, aboutit aux mêmes résultats.

50. De plus, seules bénéficient parfois de la protection prévue par la loi spéciale les marques qui ont été dûment enregistrées dans le

pays où cette protection est demandée. L'article 6bis de la Convention de Paris établit à cet égard une exception en prévoyant que les *marques notoirement connues*, même si elles n'ont pas été enregistrées, peuvent être protégées contre l'utilisation pouvant prêter à confusion d'une marque qui en constitue une reproduction ou une imitation et qui est utilisée pour des articles identiques ou similaires. Précisons que, en raison de la publicité ou de la réputation dont elle jouit à l'étranger, une marque peut être notoirement connue dans un pays avant d'y avoir été enregistrée, ou même utilisée.

51. Les indications ou signes qui ne peuvent pas être protégés par la législation sur les marques peuvent bénéficier d'une protection contre la confusion sur le terrain de la concurrence déloyale. Toutefois, la *possibilité* pour les signes non enregistrés de bénéficier d'une telle protection dépendra en partie des raisons pour lesquelles la protection leur est refusée par les lois spéciales. Dans le cas où un signe, bien que pouvant en principe être protégé par une loi spéciale, ne répond pas aux conditions de fond prévues par cette loi, il ne paraît pas compatible avec un système équilibré de protection de lui accorder une protection équivalente au titre de la concurrence déloyale. C'est pourquoi, selon certains, ne devraient pouvoir être protégés contre la confusion en vertu du droit de la concurrence déloyale que les indications ou signes possédant un *pouvoir distinctif suffisant* pour distinguer les produits, services ou autres activités commerciales concernés des activités identiques ou similaires d'autres commerçants. Mais, pour encourager l'enregistrement des marques, certaines lois sur la concurrence déloyale exigent, pour les indications non enregistrées, un pouvoir distinctif supérieur au simple minimum. L'article 2.1) de la loi sur la prévention de la concurrence déloyale de la République de Corée, par exemple, exige que l'indication soit «notoirement connue», ce qui peut, dans certains cas, limiter la protection effective à une région donnée.

52. Pour apprécier le *caractère distinctif* d'une indication non protégée par la législation sur les marques, on utilise les mêmes critères que pour une marque enregistrée, notamment la signification et l'aspect de l'indication, et son originalité par rapport à d'autres indications pour une activité identique ou similaire. Mais même si elle n'a pas de caractère distinctif inhérent, par exemple si elle est descriptive pour certains produits et services, l'indication peut être protégée dans la mesure où elle a acquis un «caractère distinctif par l'usage», autrement dit une *signification secondaire*, dans le pays où la protection est de-

mandée. On dit d'une marque qu'elle a acquis une signification secondaire lorsque, à la suite d'une utilisation continue et exclusive sur le marché, un nombre important de consommateurs la connaissent et qu'ils associent toute activité menée sous cette marque à une origine commerciale précise. C'est ainsi qu'en Allemagne, il a été jugé que la marque « 4711 » utilisée pour un parfum avait un caractère suffisamment distinctif car le public connaissait l'origine des produits fabriqués sous cette marque. En pratique, le degré de signification secondaire dépend du marché des produits ou services en question et du degré de distinctivité de l'indication pour ces produits et services. Le degré de signification secondaire (ou le pourcentage de consommateurs) nécessaire pour que le caractère soit jugé suffisamment distinctif dépend de la pratique du tribunal saisi. Si, dans certains pays⁹, le degré de signification secondaire est souvent apprécié compte tenu des données empiriques fournies par les sondages d'opinion et les *études de marché* sur les réactions des consommateurs, dans d'autres¹⁰, ce sont les tribunaux eux-mêmes qui jugent du degré de distinctivité de l'indication.

53. La notion de signification secondaire s'applique également aux indications qui sont *expressément exclues* du champ d'application de la législation sur les marques. Ainsi, les configurations ou formes de produits qui, selon la directive de la CEE rapprochant les législations sur les marques, doivent être exclues du champ d'application des lois sur les marques peuvent néanmoins acquérir une signification secondaire auprès des consommateurs sur un marché donné. La protection contre la confusion est alors justifiée si les consommateurs risquent de croire à tort que d'autres produits de même configuration émanent du premier utilisateur. Mais il n'est pas toujours facile d'établir le degré de signification secondaire nécessaire, la configuration des produits devant être reconnue par les consommateurs concernés comme indiquant une provenance particulière. Si une indication a été exclue du champ d'application de la loi sur les marques parce que le législateur a manifestement considéré qu'elle n'était pas digne de protection, par exemple parce qu'elle était constituée de termes purement descriptifs, il est probable que la protection lui sera aussi refusée sur le terrain de la concurrence déloyale.

⁹ Dont l'Allemagne.

¹⁰ Dont l'Italie et la France.

[Limitation quant à l'étendue de la protection offerte par la loi sur les marques]

54. Les limitations apportées à l'*étendue de la protection* accordée par la législation sur les marques peuvent également conduire à faire protéger les indications par le droit de la concurrence déloyale. Bien qu'en principe, les lois sur les marques assurent une protection contre tout usage d'une marque enregistrée pouvant prêter à confusion, l'étendue de cette protection peut n'être pas partout la même. C'est ainsi que la protection contre l'utilisation d'une marque identique ou similaire est parfois limitée aux seuls produits ou services pour lesquels la marque a été enregistrée. Il peut donc arriver qu'une marque identique ou similaire à la marque enregistrée soit utilisée pour d'autres produits ou services d'une manière qui risque de créer une confusion, mais que la protection ne puisse cependant être recherchée que dans le droit de la concurrence déloyale ou les principes du *passing-off*. En règle générale, les marques sont protégées non seulement contre l'utilisation de signes identiques ou similaires pour des produits ou services identiques, mais aussi contre leur utilisation pour des produits ou services *similaires*. Cette protection découle de ce que l'on appelle parfois le « principe de spécialité », qui relie la protection à la fonction première de la marque, à savoir distinguer les produits d'une entreprise de ceux de ses concurrents et d'autres opérateurs économiques. Dans les cas où la protection est refusée à la marque au motif que les produits ou services en cause ne sont pas similaires (même s'il existe un risque de confusion quant à l'origine), on se tournera donc vers le droit de la concurrence déloyale. Certaines lois sur les marques font du risque de confusion le seul critère de la protection, considérant la similitude des produits ou services comme un simple facteur parmi d'autres. Dans ce cas, il existe une protection légale contre toutes les formes de confusion.

55. Les *critères* utilisés par les tribunaux pour apprécier la similitude de deux indications sont, à peu de chose près, les mêmes partout dans le monde. Ce sont notamment l'aspect extérieur, les consonances et le sens ou la traduction verbale des marques considérées, et surtout l'*impression générale produite sur le consommateur moyen* des produits et services en question. Or, le consommateur moyen est peu attentif aux détails d'une marque, surtout lorsque le produit est un bien de consommation de masse. Comme, en général, il n'a pas sous les yeux les deux marques pour les examiner côte à côte, les ressemblances compteront en fait plus que les différences. Pour apprécier la similitude

entre deux produits ou services, la question est surtout de savoir si, en général, les consommateurs leur attribueront la même origine. Et peu importe que ces produits ou services ne soient ni interchangeables fonctionnellement ni concurrents.

56. Pour ce qui est des marques dites « *notoirement connues* », et notamment des marques de haute renommée, la protection accordée est parfois trop limitée. L'article 6*bis* de la Convention de Paris exige des Etats membres qu'ils protègent les marques notoirement connues sur leur territoire contre tout usage de marques similaires susceptible de créer une confusion, mais uniquement pour des produits identiques ou similaires. Or, l'utilisation non autorisée de marques notoirement connues pour des produits ou services différents peut aussi créer une confusion dans l'esprit des consommateurs. Par exemple, une marque qui a été utilisée pour une large gamme de produits et qui a fait l'objet d'une vaste publicité ou qui est connue en raison de l'« image de marque » particulière de son propriétaire peut être associée par les consommateurs à une certaine origine et à une certaine régularité de qualité plutôt qu'à un type précis de produits ou services. Ce type d'association peut aussi être source de confusion. L'article 6*bis* n'oblige pas les Etats membres à accorder la protection étendue qui serait ici nécessaire, mais le droit de la concurrence déloyale peut peut-être offrir cette protection. La question de savoir si une marque est « notoirement connue » dans un pays donné aux fins de l'article 6*bis* de la Convention de Paris doit être tranchée dans chaque cas compte tenu des circonstances de fait. Normalement, la notoriété d'une marque se mesure à sa réputation et à son image dans les milieux commerciaux et les groupes de consommateurs intéressés, au lieu et au moment considérés en l'espèce. Sont souvent pris en considération des facteurs comme le pouvoir distinctif inhérent de la marque, la durée de son utilisation dans le pays, l'importance de la publicité qui lui a été faite dans différents médias et l'association bien établie entre la marque et certains produits ou services.

57. La loi sur les marques pose souvent comme condition que l'utilisation d'une marque similaire soit une *utilisation en tant que marque*, autrement dit en tant qu'indication de l'origine commerciale des produits ou services. L'utilisation d'une marque à des fins ornementales, par exemple sur du matériel publicitaire ou comme simple motif décoratif sur un objet tel qu'un stylo à bille ou un cendrier, ou même comme forme d'un produit tel qu'une boucle d'oreille, n'est pas toujours considérée comme tombant sous le coup de la loi sur les marques.

Mais le titulaire peut, dans un tel cas, chercher à obtenir une protection sur le terrain de la concurrence déloyale. Certaines lois sur les marques offrent une protection très étendue à cet égard, par exemple la loi uniforme Benelux de 1971 sur les marques, qui donne une définition très large des marques enregistrables et prévoit une protection contre tout emploi par un tiers d'une marque identique ou similaire fait sans juste motif et susceptible de causer un préjudice au propriétaire de la marque.

[Noms commerciaux]

58. Les limitations apportées à la protection contre l'utilisation non autorisée des indications des commerçants ou entreprises se retrouvent dans la protection des *noms commerciaux*. Le nom commercial sert à identifier une entreprise et à distinguer ses activités de celles des autres entreprises. L'article 8 de la Convention de Paris oblige à protéger le nom commercial dans tous les pays de l'Union de Paris, sans préciser le type de protection à accorder ou les modalités de cette protection : il indique seulement que celle-ci doit être indépendante de toute obligation de dépôt ou d'enregistrement. En fait, le nom commercial bénéficie déjà d'une protection contre le risque de confusion dans la plupart des pays, que ce soit en vertu d'une loi spéciale, de dispositions spéciales de la loi sur la concurrence déloyale ou de dispositions de droit civil, de droit des sociétés ou de droit commercial. En règle générale, l'existence d'une relation de concurrence directe entre les entreprises concernées n'est pas exigée, mais il en est tenu compte pour déterminer si l'utilisation d'un nom commercial identique ou similaire risque de créer une confusion dans l'esprit des consommateurs quant à l'identité des entreprises ou aux relations existant entre elles. La protection s'étend parfois au-delà du domaine dans lequel le nom commercial antérieur est utilisé, les tribunaux tenant souvent compte de la pratique commerciale ou de la probabilité d'expansion et de diversification des activités de l'entreprise. La protection du nom commercial contre la confusion est donc parfois un peu plus étendue que celle qu'accorde aux marques la législation sur les marques.

iv) *La confusion tenant à la forme des produits*

59. La forme même d'un produit peut aussi provoquer la confusion dans l'esprit des consommateurs. Lorsque cette forme est connue au point que les consommateurs associent le produit à une *origine*

commerciale particulière (comme dans le cas de la bouteille de Coca-Cola, par exemple), elle peut être considérée comme une indication protégeable.

60. On notera également que beaucoup de pays ont adopté des lois spéciales concernant les *dessins et modèles industriels*, soit pour compléter, soit pour remplacer la protection par le droit d'auteur des œuvres des arts appliqués. Ces lois interdisent généralement l'utilisation d'une forme identique ou similaire pour des produits identiques ou similaires. Toutefois, comme dans le cas des marques, la protection des dessins et modèles industriels par des lois spéciales est limitée de plusieurs manières, qui varient sensiblement d'un pays à l'autre. Et, comme pour les marques, ces limitations peuvent concerner l'*applicabilité, de manière générale*, de la loi sur les dessins et modèles à certaines formes de produits, mais aussi l'*étendue exacte de la protection* accordée. Si, par exemple, un motif décoratif n'est protégé en tant que dessin industriel que pour les produits pour lesquels le dessin industriel a été enregistré, il faudra invoquer le droit de la concurrence déloyale pour obtenir une protection en cas de copie du dessin pour la décoration d'autres produits, si le dessin copié suscite ou peut susciter la confusion quant à l'origine commerciale du produit.

61. Pour ce qui est de la confusion sur les *produits* eux-mêmes, les conditions de protection par le droit de la concurrence déloyale sont le plus souvent fixées par la jurisprudence, souvent par référence à la pratique de l'*« imitation servile »*. Dans ce domaine particulier du droit de la concurrence déloyale, on a souvent dit que, en application même du principe de libre concurrence, les acteurs économiques sont libres d'imiter les dessins et modèles ou la forme, la présentation ou les caractéristiques visuelles des produits qui ne sont pas protégés par des lois spéciales comme celles sur les brevets, le droit d'auteur, les dessins et modèles ou les marques¹¹. Certaines de ces lois excluent d'ailleurs expressément toute protection par le droit de la concurrence déloyale pour les actes qui entrent dans leur champ d'application lorsque le dessin ou modèle pouvait être protégé en tant que tel. C'est ainsi que l'article 14.5) de la loi uniforme Benelux de 1975 en matière de dessins ou modèles refuse le bénéfice de l'action en concurrence

¹¹ Ainsi, l'article 11.1) de la loi espagnole sur la concurrence déloyale autorise l'imitation des prestations et initiatives d'un tiers, à moins qu'elles ne soient protégées par un droit exclusif. L'article 11.2) prévoit toutefois une exception à cette règle en cas d'imitation déloyale.

déloyale pour les dessins ou modèles enregistrables qui auraient pu être protégés s'ils avaient été dûment enregistrés. Par conséquent, le simple risque de confusion tenant à la forme des produits ne suffit pas pour que la concurrence déloyale soit constituée dans le cas où le dessin ou modèle aurait pu être protégé par une loi spéciale et où une protection contre l'imitation du produit aurait pu être obtenue en vertu de cette loi. Mais ce risque de confusion peut suffire pour obtenir une protection par le droit de la concurrence déloyale lorsque, bien que possédant un certain degré d'originalité, le dessin ou modèle en question ne peut pas être enregistré en tant que tel parce qu'il ne remplit pas les autres conditions requises par la loi sur les dessins et modèles, ou lorsque l'enregistrement a été demandé mais n'a pas encore été obtenu.

62. Lorsque les consommateurs associent largement la présentation, la forme ou d'autres caractéristiques non fonctionnelles d'un produit à une provenance ou une origine particulière, le risque de *confusion quant à l'origine* du produit est généralement considéré comme un acte de concurrence déloyale. Dans les cas d'imitation, ce risque de confusion s'apprécie en fonction des critères étudiés ci-dessus au sujet des indications. Autrement dit, on se demandera si les caractéristiques du produit ont acquis un degré suffisant de signification secondaire, et on tiendra compte des ressemblances entre les dessins ou modèles en question. Certains pays¹² estiment que le risque de confusion quant à l'origine peut être réduit par une *mise en garde* sous forme, par exemple, d'une note bien visible visant à dissiper tout risque d'assimilation entre le produit ou service et celui d'un autre. Il est rare cependant que l'on considère ces mises en garde comme suffisant à écarter le risque de confusion.

63. La loi sur les marques peut aussi assurer une protection contre la confusion quant à *l'origine commerciale* d'un produit si elle prévoit la protection des marques tridimensionnelles ou de la présentation des produits. Mais lorsque la présentation du produit n'est pas enregistrée en tant que marque, ou pour les formes qui ne sont pas admises à la protection de la loi sur les marques, la protection contre la confusion quant à la forme d'un produit pourra être recherchée sur

¹² Dont le Japon.

le terrain de la concurrence déloyale selon les principes déjà exposés ci-dessus.

b) Les actes de nature à induire le public en erreur

i) Généralités

64. L'acte de nature à induire le public en erreur peut être défini en gros comme l'acte d'un commerçant qui donne une fausse impression de *ses propres* produits ou services. C'est probablement la forme la plus courante de concurrence déloyale, et elle n'est certainement pas inoffensive. Elle peut même avoir des conséquences très sérieuses : le consommateur, qui se fonde sur des informations inexacts, peut subir un préjudice financier (et même plus grave), le concurrent honnête perd des clients et le marché perd de sa transparence, avec des retombées négatives sur l'économie dans son ensemble et sur le bien-être économique.

65. Le principe de la bonne foi étant considéré à juste titre comme l'un des grands principes d'une pratique commerciale honnête, il est généralement admis que l'interdiction de la tromperie est essentielle à la loyauté de la concurrence. Ou, pour reprendre les termes de l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris, que doit « *notamment* » être considérée comme contraire aux usages honnêtes toute indication ou allégation qui est « susceptible d'induire le public en erreur ».

66. Aussi la plupart des Etats membres de l'Union de Paris ont-ils inclus l'interdiction des actes ou pratiques susceptibles d'induire le public en erreur dans leur système de droit (adoptant même parfois des lois spéciales à cet effet). En outre, les tribunaux ont élaboré une jurisprudence particulièrement abondante sur ce sujet. Et même les pays où jusqu'ici la protection contre la tromperie était moins forte qu'ailleurs semblent s'orienter vers une plus grande sévérité. Toutefois, dans leur recherche de solutions juridiques efficaces, les pays ont emprunté des voies très différentes. Ces différences sont dues, notamment, au fait que les actes de tromperie visent essentiellement les *consommateurs* et non pas directement les concurrents. Lorsque la protection du consommateur est considérée comme relevant surtout du droit pénal, l'application de la loi est confiée au système répressif de l'Etat. Cependant, les pays qui ont adopté des lois spéciales sur la concurrence

déloyale y ont pour la plupart inclus une disposition interdisant la tromperie¹³, se fondant ainsi sur les principes du droit civil.

67. Bien qu'en fin de compte, la réglementation des actes susceptibles d'induire en erreur varie considérablement selon les pays, rares sont ceux qui n'établissent pas une distinction, parmi ces actes, entre les actes «normaux», qui peuvent être accomplis de bonne foi, et les *actes spéciaux de tromperie*, dont les conséquences peuvent être particulièrement graves. Pour les cas les plus graves, comme la publicité mensongère ou la fraude dans le domaine de la santé et des médicaments, plusieurs pays ont prévu, en plus des réparations civiles, des sanctions pénales. De plus, certaines pratiques potentiellement trompeuses comme les ventes avec primes, les cadeaux publicitaires, les ventes-liquidations et les ventes ambulantes sont souvent réglementées de manière détaillée. Des restrictions encore plus grandes sont fréquemment imposées par les organismes d'autodiscipline qui, dans certains pays¹⁴, ont atteint un niveau de développement particulièrement avancé en ce qui concerne la protection contre la tromperie.

68. Dans certains pays, la protection contre les pratiques de nature à induire le public en erreur résulte jusqu'à un certain point de l'*harmonisation* internationale. En raison de l'internationalisation des échanges commerciaux et des moyens de communication comme la télévision, les actes et pratiques susceptibles d'induire le public en erreur, surtout dans la publicité, franchissent souvent les frontières nationales. Les divergences entre les législations nationales produisent non seulement des différences dans les niveaux de protection des consommateurs (et, du moins dans certains cas, le niveau de protection est insuffisant), mais elles mettent aussi un frein à la libre circulation des biens et services. Les pays qui font partie d'un marché économique commun ont particulièrement besoin d'harmoniser leurs législations nationales concernant les actes de tromperie. C'est pourquoi la Communauté européenne a adopté en 1984 une directive sur la publicité trompeuse en vue de définir un critère objectif minimum pour déterminer si une publicité est mensongère. Les pays nordiques et africains ont eux aussi réalisé une certaine harmonisation.

¹³ C'est le cas de l'Allemagne, de la Belgique, de la Bulgarie, de la Hongrie, du Luxembourg, des Pays-Bas et de la Suisse.

¹⁴ Par exemple au Royaume-Uni.

ii) *La notion de tromperie*

69. Il est généralement admis que les actes de nature à induire le public en erreur ne se limitent pas aux déclarations intrinsèquement fausses ni à celles qui ont effectivement créé une impression fautive dans l'esprit des consommateurs et qu'il suffit, pour qu'une indication soit considérée comme trompeuse (notamment selon l'article 10bis.3)^{3°} de la Convention de Paris), qu'elle soit *susceptible* d'induire en erreur : par conséquent, même une déclaration littéralement exacte peut être trompeuse. Supposons qu'il soit interdit d'utiliser des ingrédients chimiques pour la fabrication du pain. Toute publicité qui dirait qu'un pain ne contient « aucun ingrédient chimique » serait qualifiée de mensongère par les tribunaux de la plupart des pays parce que, bien que littéralement exacte, elle donnerait l'impression trompeuse qu'il y a là quelque chose d'exceptionnel.

70. Il n'est pas non plus nécessaire que le produit en question soit objectivement de mauvaise qualité. Il suffit que l'indication ou l'argument exerce un *pouvoir d'attraction* sur le consommateur. Par exemple, si le public préfère les produits nationaux aux produits étrangers, le fait de déclarer que les produits importés sont des produits nationaux relève de la tromperie même si les produits importés sont d'excellente qualité.

71. Il est généralement admis que le caractère trompeur d'une déclaration doit être apprécié en fonction de la *réaction de son destinataire*, et non de l'intention de son auteur. Cependant, cette réaction peut être appréciée différemment selon le pays et aussi selon la qualité du destinataire (consommateur ou commerçant) et le type de produits ou services. Sur ce point, la Convention de Paris (comme la directive de la CEE sur la publicité trompeuse) laisse toute liberté aux Etats membres. Les divergences d'opinion sur les *critères* à appliquer reflètent la diversité des réponses données aux questions suivantes :

- L'interdiction des actes de nature à induire le public en erreur vise-t-elle à protéger le consommateur moyen ou (également) le consommateur moins bien informé et moins critique ?
- Comment est appréciée la réaction du public ? De manière empirique ou par une estimation globale faite par le juge lui-même ?
- Pour qu'une déclaration soit considérée comme fallacieuse, à combien doit s'élever le nombre des personnes qui risquent d'être trompées ?

72. Dans un certain nombre de pays¹⁵, les critères utilisés reposent sur la notion de *consommateur moyen*. Lorsque les juges fondent leur appréciation sur leur expérience personnelle, ils ont tendance à considérer que le consommateur moyen est en général bien informé et suffisamment intelligent pour être à l'abri de la plupart des risques de tromperie. Dans ces pays, le seuil est en outre placé beaucoup plus haut. Bien que la jurisprudence souligne souvent qu'il suffit qu'une « proportion non négligeable des personnes visées » risque d'être trompée, elle a tendance à retenir un taux de tromperie moyen.

73. En Allemagne, c'est au contraire le consommateur moins bien informé et moins critique, celui qui se laisse facilement influencer par des déclarations mensongères, qui est pris pour référence. En outre, pour prouver le caractère fallacieux, il est souvent fait appel à des méthodes empiriques, essentiellement des enquêtes faites auprès des consommateurs, et le seuil est fixé à un niveau très bas (10 à 15 % des consommateurs).

iii) *La communication des déclarations trompeuses*

74. Comme, en matière de commerce, la tromperie s'exerce surtout par la publicité, la plupart des pays qui ont adopté des lois spéciales ont mis l'accent sur la *publicité mensongère*¹⁶. D'autres, suivant l'article 10bis.3) de la Convention de Paris, ont retenu la notion plus large d'*indication ou allégation*¹⁷. Mais, dans les pays qui ont adopté une disposition générale sur la concurrence déloyale, cette différence est minime, car on admet généralement que les actes de tromperie autres que la publicité mensongère sont contraires aux « usages honnêtes en matière commerciale » et tombent, par conséquent, sous le coup de la disposition générale.

75. Peu importe par ailleurs la manière dont est faite l'allégation, l'indication ou la présentation, et la forme du message. Tous les modes de *communication* doivent être pris en considération, et la communication peut être écrite, orale ou même symbolique (pictographique).

¹⁵ Dont la Belgique, l'Espagne, les Etats-Unis d'Amérique (article 43.a) de la loi Lanham), la France, l'Italie et les Pays-Bas.

¹⁶ C'est le cas de l'Allemagne, de la Belgique, de la France, de la Grèce, du Luxembourg et du Pérou, mais aussi de la CEE dans sa directive sur la publicité trompeuse.

¹⁷ C'est le cas de l'Allemagne et de la Suisse.

Elle peut aussi prendre toutes sortes de formes : marques, étiquettes, brochures, publicité radiophonique, spots publicitaires télévisés, affiches, etc. Seul compte, en définitive, l'effet produit par la déclaration sur le destinataire, et non pas les modalités de sa communication.

76. Peu importe également que la communication contienne ou non des « informations », au sens neutre et objectif du terme. Seul compte le fait qu'elle peut faire naître des *idées fausses* dans l'esprit du consommateur. L'allégation, l'indication ou la présentation doit donc avoir le pouvoir de créer une *impression concrète* – qui s'avérera juste ou fausse. Une publicité subjective, ou suggestive, qui ne ferait que donner une impression vaguement positive d'un produit ne sera donc pas considérée comme mensongère. Et si, dans certains pays¹⁸, certains types de suggestions sont interdits, ce n'est pas en tant que publicité mensongère, mais en vertu des dispositions générales sur les usages commerciaux honnêtes.

77. La communication mensongère ne prend pas toujours la forme d'une affirmation. En effet, une demi-vérité n'est jamais rien d'autre qu'un demi-mensonge. Prenons l'exemple d'une publicité qui affirme qu'une tranche du pain X contient moins de calories qu'une tranche d'un autre pain sans préciser que c'est uniquement parce qu'elle est plus fine. L'*omission* d'une telle information peut donner une impression fausse aussi forte qu'une affirmation expresse. C'est pourquoi, dans certains pays¹⁹, l'omission de faits pertinents est expressément mentionnée dans la loi parmi les actes de tromperie, tandis que dans d'autres, ce sont les tribunaux qui reconnaissent qu'une telle omission peut constituer un acte de tromperie²⁰. Mais une omission ne peut pas toujours être assimilée à une affirmation. En effet, le commerçant n'étant pas soumis à une obligation générale de révéler tous les défauts du produit qu'il vend, il ne peut y avoir tromperie que lorsque le public, en l'absence d'information expresse, s'attend à ce que le produit présente une caractéristique particulière.

iv) *Les exagérations*

78. C'est dans la façon dont sont traitées les exagérations que les conséquences des différentes conceptions de la tromperie sont le plus

¹⁸ Dont l'Allemagne.

¹⁹ Dont la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne et la Hongrie.

²⁰ Notamment en Allemagne, aux Etats-Unis d'Amérique et aux Pays-Bas.

apparentes. Certes, dans tous les pays, on considère qu'une exagération évidente n'est pas trompeuse (même si les informations données sont fausses) car il est facile d'y reconnaître le « boniment » d'un vendeur; mais quand il s'agit de savoir ce qui relève du boniment, de l'outrance publicitaire, et ce qui doit être pris au sérieux, chaque pays donne une réponse différente. Certains (comme l'Allemagne) partent du principe que le public prend au sérieux toutes les affirmations de la publicité, surtout celles qui présentent le produit comme unique (« le meilleur », « le premier », etc.), et ils appliquent donc un critère très strict. D'autres (comme les Etats-Unis d'Amérique et l'Italie) adoptent l'attitude diamétralement opposée et tolèrent les formules générales, en particulier celles qui affirment que le produit est unique. Aux Etats-Unis d'Amérique, par exemple, les tribunaux n'interviennent généralement que si le produit vanté comme étant le meilleur s'avère être de qualité franchement mauvaise.

v) *L'objet de la tromperie*

79. La déclaration mensongère peut porter sur *tous les aspects pertinents d'une opération commerciale*. Néanmoins, en principe, l'interdiction de la tromperie devra être formulée de manière à la fois assez large pour englober même les nouvelles formes de tromperie auxquelles le législateur n'a pas pensé, et assez précise pour guider les tribunaux. Dans les pays qui se fondent essentiellement sur les règles du droit civil, la loi indique souvent expressément quels sont, « notamment », les actes qui constituent une tromperie, ce qui permet aux tribunaux d'en considérer d'autres comme tels. Sont généralement expressément cités au moins les exemples de l'article 10bis.3)3° de la Convention de Paris, à savoir « la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises », auxquels s'ajoutent souvent les services et les indications d'origine géographique. Les lois récentes sur la concurrence déloyale mentionnent également certains exemples « modernes » de tromperie. C'est ainsi que le décret grec sur la publicité mensongère vise expressément les déclarations mensongères faites par une personne qui recommande un produit et le fait de faire passer une publicité pour un article de presse. Il en va de même en Belgique. En Hongrie, toute référence trompeuse à l'environnement, notamment, est expressément interdite. Selon la loi d'autres pays (et selon la directive de la CEE sur la publicité trompeuse), toute tromperie concernant l'*identité* de l'annonceur est interdite. Cela est d'autant plus intéressant que les erreurs concernant

l'identité sont normalement plutôt considérées (malgré l'élément de tromperie) comme relevant de la *confusion* ou du *passing-off*, auxquels les lois spéciales sur les marques et les noms commerciaux consacrent pourtant des dispositions détaillées. Il n'est pas indifférent en effet que les actes visant à tromper quant à l'origine commerciale soient expressément qualifiés de publicité mensongère, car cela permet d'appliquer en matière de procédure les dispositions particulières des lois sur la concurrence déloyale. Par exemple, les associations de consommateurs pourront intenter une action en justice en cas de tromperie touchant les marques alors que, selon la loi sur les marques, seul le propriétaire de la marque aurait qualité pour agir.

80. Cette technique d'une liste d'exemples d'actes de tromperie complétée par une disposition générale ne peut toutefois être utilisée que si les sanctions appliquées relèvent essentiellement du droit civil. En *droit pénal*, l'interdiction doit normalement prendre la forme d'une énumération limitative (d'actes strictement définis), même si dans la pratique la différence est atténuée par le fait que la liste des agissements expressément interdits est généralement assez complète.

vi) *Conditions subjectives*

81. Même le commerçant le plus prudent peut faire une déclaration que le public interprétera autrement que prévu. Les déclarations pouvant induire en erreur, surtout dans le domaine de la publicité, ne sont donc pas toujours faites de mauvaise foi. Cependant, même sans faute de la part de l'annonceur, l'intérêt du consommateur et des autres commerçants commande qu'il soit mis fin à la tromperie. La directive de la CEE sur la publicité trompeuse, par exemple, oblige les Etats membres à faire cesser cette publicité « même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel, ou d'une intention ou négligence de la part de l'annonceur ». Pour les pays qui se fondent essentiellement sur les règles de droit civil pour réprimer la concurrence déloyale, cela va généralement sans grandes difficultés, mais lorsque la répression des actes trompeurs relève essentiellement du droit pénal²¹, un élément subjectif est requis, du moins en théorie. La preuve en étant difficile à fournir, cet élément « subjectif » constitue un obstacle. Aussi les tribunaux ont-ils progressivement réduit l'exigence de l'élément intentionnel. Cela est particulièrement évident en France, où, bien

²¹ Comme en France, au Pérou et, en partie, au Royaume-Uni.

que l'interdiction (pénale) de la publicité mensongère par l'article 44 de la loi Royer repose encore, théoriquement, sur un élément de « mauvaise foi », les tribunaux ont commencé par ramener cette condition à une simple connaissance des faits, pour se contenter finalement d'une simple présomption de connaissance.

82. Cette *approche* essentiellement *objective* de la répression des déclarations mensongères limite, évidemment, la protection à une action en cessation (avec parfois publication du jugement). Dans tous les pays, l'action en dommages-intérêts n'a de chances d'aboutir que s'il y a au moins négligence. Dans les cas où l'acte constitue un véritable délit pénal, par exemple lorsqu'il touche au domaine des produits alimentaires ou pharmaceutiques, un élément intentionnel, voire une intention de nuire, est requis.

vii) *Charge de la preuve*

83. La question de savoir qui doit apporter la preuve de la véracité d'une déclaration ou de la probabilité de tromperie peut revêtir une importance capitale dans les cas de publicité mensongère. En vertu des principes généraux du droit procédural, c'est, dans la plupart des pays, au demandeur (ou au ministère public ou aux autorités administratives) qu'incombe la charge de la preuve. Mais il existe des exceptions à cette règle en ce qui concerne les actes de tromperie, et plus spécialement la publicité mensongère. C'est ainsi que la directive de la CEE sur la publicité trompeuse oblige les Etats membres à exiger que l'annonceur apporte des preuves concernant l'exactitude des données de fait si « une telle exigence paraît appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce ». Certains pays vont jusqu'à renverser la charge de la preuve²² ou à obliger l'annonceur à « prouver dans une mesure raisonnable » toutes ses affirmations²³.

c) **Les actes de nature à discréditer les concurrents : le dénigrement**

i) *Généralités*

84. Par « acte de nature à discréditer un concurrent », on entend généralement toute fausse allégation sur un concurrent qui est susceptible

²² C'est le cas de la Belgique, du Danemark, de la France et des Pays-Bas.

²³ Comme le fait la Commission fédérale du commerce des Etats-Unis d'Amérique.

de nuire à sa réputation commerciale. Comme les actes de tromperie, les actes de nature à discréditer le concurrent visent à séduire le consommateur par des informations inexactes. La différence est que, au lieu de faire des déclarations fausses ou fallacieuses sur son propre produit, l'auteur de ces actes répand des calomnies sur son concurrent ou sur les produits ou services de celui-ci. Le dénigrement est donc toujours une *attaque dirigée directement contre un commerçant* ou une catégorie de commerçants donnée, mais ses conséquences vont plus loin puisque, l'information donnée sur le concurrent ou ses produits étant inexacte, le consommateur risque d'être lésé lui aussi.

85. L'article 10bis.3)2° de la Convention de Paris oblige les Etats membres à interdire toutes «les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent». Une disposition analogue figure dans la plupart des lois nationales sur la concurrence déloyale²⁴. Mais même lorsqu'il n'est pas expressément interdit, le dénigrement apparaît généralement comme contraire à la notion de loyauté de la concurrence. Lorsque la répression de la concurrence déloyale repose sur les règles générales de la responsabilité délictuelle²⁵, il est considéré comme l'une des formes «classiques» de concurrence déloyale. Tous les pays de *common law* reconnaissent le délit civil (en *common law*) de dénigrement; certains²⁶ prévoient même, depuis peu, des moyens de recours légaux. Comme c'est surtout le commerçant individuel qui subit un préjudice, les sanctions prévues sont surtout civiles (ordonnance de cessation ou dommages-intérêts). Toutefois, dans les cas les plus graves, et surtout lorsqu'il y a diffamation, des sanctions pénales sont également prévues, souvent dans le cadre général du code pénal.

ii) *Référence à un concurrent déterminé*

86. Comme on l'a déjà vu (au paragraphe 84), le dénigrement, par sa nature, vise soit un commerçant particulier, soit *une catégorie particulière de commerçants*. Il n'est cependant pas nécessaire que la

²⁴ Dont celles des pays suivants : Allemagne, Argentine, Bulgarie, Colombie, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Grèce, Hongrie, Italie, Japon, Pérou, Pologne et Suisse.

²⁵ Comme c'est le cas en France, aux Pays-Bas et dans les différentes unités constituant le Royaume-Uni.

²⁶ Dont les Etats-Unis d'Amérique : voir l'article 43.a) de la loi Lanham et les lois des Etats.

« cible » soit nommément désignée. Il suffit qu'elle soit facilement identifiable, par une mention comme « une entreprise située à X », ou même simplement en raison des particularités du marché, par exemple s'il n'y a qu'un seul concurrent.

87. La personne visée est souvent un *concurrent*. Suivant en cela l'article 10bis.3)2° de la Convention de Paris, les pays n'accordent généralement de protection contre le dénigrement au titre de la concurrence déloyale que lorsqu'il existe au moins un certain rapport de concurrence entre le demandeur et le défendeur. Certains pays²⁷ ont pourtant totalement renoncé à cette condition, adoptant une notion beaucoup plus large du dénigrement, qui permet de condamner pour concurrence déloyale non seulement les concurrents, mais aussi les associations de consommateurs et les médias lorsqu'ils font des déclarations de nature à discréditer un commerçant déterminé.

iii) *L'objet de l'attaque*

88. Comme objet de l'attaque, l'article 10bis.3)2° de la Convention de Paris mentionne l'établissement, les produits et l'activité industrielle ou commerciale (d'un concurrent). Mais *n'importe quelle* remarque pouvant nuire à la *réputation* d'un entrepreneur devrait être interdite, et la manière dont le préjudice est causé devrait être indifférente. On peut nuire à la réputation commerciale d'un commerçant par toutes sortes de déclarations sur l'entreprise ou ses produits, ses prix, son personnel, sa solvabilité, ses qualifications, etc. On peut aussi le faire par des propos sur sa personne même, par exemple sa race, sa nationalité, sa religion ou ses opinions politiques. Ces *déclarations touchant à la personne*, qui n'ont rien à voir avec les activités commerciales, sont expressément interdites dans certains pays²⁸ comme constitutives de dénigrement; dans d'autres²⁹, elles sont considérées comme illicites en vertu des dispositions générales sur la protection contre la concurrence déloyale.

iv) *L'intention ou le préjudice effectif*

89. Une déclaration sur un concurrent qui nuit à sa réputation commerciale peut fort bien avoir été faite de bonne foi. C'est le cas

²⁷ Dont la Belgique, la Suède et la Suisse.

²⁸ Dont la Hongrie.

²⁹ Dont l'Allemagne, la Belgique, la France et les Pays-Bas.

lorsque celui qui l'a faite croit à sa véracité. C'est pourquoi la protection contre le dénigrement n'est généralement pas subordonnée à la preuve de l'*existence d'un préjudice effectif ou d'un élément intentionnel*. Toutefois, dans certains pays (par exemple aux Etats-Unis d'Amérique), le délit de dénigrement (en *common law*) exige, théoriquement, la preuve de l'intention de nuire et du préjudice. Bien que les tribunaux des Etats-Unis d'Amérique aient progressivement assoupli cette condition, elle demeurerait trop restrictive, ce qui a conduit à adopter des dispositions législatives prévoyant des moyens de recours légaux contre le dénigrement en l'absence de toute preuve de l'existence d'un préjudice ou d'un élément intentionnel (voir l'article 43.a) de la loi Lanham).

v) *Affirmation de faits*

90. Sur le point de savoir si la qualification de dénigrement doit être réservée ou non à l'*affirmation de faits*, les avis sont partagés. Dans certains pays³⁰, la loi englobe dans le dénigrement l'*expression d'opinions*. Dans d'autres³¹, il a été du moins reconnu par les tribunaux que l'expression d'opinions tombe sous le coup de la disposition générale sur les usages commerciaux malhonnêtes. Dans d'autres encore, le dénigrement concerne essentiellement l'affirmation de faits.

vi) *Faussees déclarations*

91. La question de savoir si l'expression d'une opinion peut discréditer un concurrent renvoie à la question de savoir si la protection doit s'étendre au cas où les déclarations sont *véridiques*. L'article 10bis.3)2° de la Convention de Paris vise les allégations *fausses*. Mais beaucoup de pays vont plus loin, et les remarques de nature à discréditer un tiers y tombent sous le coup de l'interdiction expresse du dénigrement³², ou constituent tout au moins une violation des dispositions générales sur les usages commerciaux honnêtes, même lorsque les faits allégués sont exacts³³. Une remarque sur un concurrent, même littéralement exacte, sera donc considérée comme un acte de

³⁰ Dont la Hongrie et la Suisse.

³¹ Notamment en Allemagne, en Belgique et aux Pays-Bas.

³² Notamment au Danemark, en Hongrie et en Suisse.

³³ Notamment en Allemagne, en Belgique, en France et aux Pays-Bas.

concurrency déloyale si, par exemple, l'« attaque » prend des proportions démesurées, ou si les mots utilisés sont inutilement offensants. D'autres limitent au contraire expressément la notion de dénigrement aux *déclarations fausses ou du moins fallacieuses*. Aux Etats-Unis d'Amérique, par exemple, les déclarations dénigrantes mais exactes ne sont pas considérées comme constitutives du délit civil de dénigrement en *common law* et n'ouvrent pas non plus les recours légaux prévus par l'article 43.a) de la loi Lanham ou, au niveau des Etats, par les lois sur les pratiques commerciales.

92. On peut expliquer ces différences d'attitudes par des conceptions différentes de l'« honneur commercial ». Dans les pays où le droit de la concurrence déloyale trouve son fondement dans la protection de la réputation commerciale du commerçant individuel – par exemple dans les pays d'Europe continentale – est apparu un délit civil spécial, le dénigrement commercial, auquel s'appliquent en principe des conditions beaucoup plus strictes qu'aux déclarations diffamatoires faites en dehors de toute concurrence, pour lesquelles il faut tenir compte aussi de principes constitutionnels comme celui de la liberté d'expression. Dans d'autres pays³⁴, et surtout dans ceux où n'existe pas un système complet de protection contre la concurrence déloyale, l'attitude adoptée est exactement opposée : on pense que les attaques dirigées contre des concurrents déterminés sont la contrepartie inévitable d'un régime de concurrence, qu'elles doivent être largement tolérées et que seules devraient être condamnées celles qui reposent sur des allégations mensongères. Dans ces pays, c'est généralement le demandeur qui doit démontrer le caractère mensonger de la déclaration (ce qui lui interdit parfois toute action).

3) *Les actes qui ne sont pas expressément mentionnés à l'article 10bis*

a) **Généralités**

93. En dehors des actes créant une confusion ou induisant en erreur et des allégations de nature à discréditer un tiers, qui sont mentionnés à l'article 10bis de la Convention de Paris, il existe un certain nombre

³⁴ Notamment aux Etats-Unis d'Amérique.

d'actes qui sont reconnus par les tribunaux comme des pratiques déloyales et qui font de plus en plus l'objet de dispositions législatives. Il faut mentionner à cet égard la tendance à protéger expressément les secrets d'affaires en insérant dans les lois sur la concurrence déloyale des dispositions spéciales à cet effet, ainsi que l'évolution constante des dispositions sur la publicité comparative. On reconnaît aussi de plus en plus la nécessité d'accorder aux concurrents une protection contre l'appropriation abusive de leurs réalisations, autrement dit le « parasitisme », et ce en dehors de tout droit de propriété industrielle, dès lors que, eu égard aux circonstances, ces actes sont jugés déloyaux.

94. Toutes ces catégories d'actes de concurrence déloyale, ainsi que d'autres, seront examinées dans les paragraphes qui suivent. Précisons qu'il peut y avoir – et qu'il y a souvent – chevauchement entre ces catégories et celles de l'article 10*bis* de la Convention de Paris et que, par exemple, certains aspects d'un acte de parasitisme peuvent en même temps relever de la catégorie des actes prêtant à confusion ou de nature à discréditer les produits ou l'établissement d'un tiers.

b) Violation des secrets d'affaires

i) Généralités

95. La compétitivité repose généralement sur des *techniques novatrices* et sur le *savoir-faire lié à ces techniques* dans le domaine industriel ou commercial. Or, ces techniques et ce savoir-faire ne peuvent pas toujours être protégés par le droit des brevets. Tout d'abord, seules les inventions techniques peuvent faire l'objet d'un brevet, à l'exclusion des méthodes novatrices de gestion des entreprises, etc. De plus, certaines découvertes ou innovations techniques, tout en conférant un avantage commercial précieux à un commerçant, peuvent ne pas répondre aux conditions de nouveauté et d'activité inventive nécessaires pour être brevetées. En outre, pendant l'instruction d'une demande de brevet, et tant que l'information contenue dans la demande n'a pas été divulguée au public, le détenteur de cette information devrait être protégé contre toute divulgation illicite par des tiers – que la demande débouche ou non sur la délivrance d'un brevet. Bien que la Convention de Paris ne mentionne pas les secrets d'affaires, on reconnaît généralement qu'il est nécessaire de les protéger contre toute divulgation illicite. L'utilisation non autorisée d'une information confidentielle

précieuse par des personnes autres que son propriétaire est considérée comme une appropriation abusive d'une valeur économique de celui-ci, qui perd l'avantage concurrentiel et économique qu'il avait sur ses concurrents aussitôt que l'information est utilisée ou divulguée par un tiers.

96. Différents moyens légaux offrent une protection contre l'utilisation et la divulgation non autorisées des secrets d'affaires. Certains pays insèrent des *dispositions spéciales* à cet effet soit dans leurs lois spéciales sur la concurrence déloyale³⁵, soit dans d'autres lois³⁶. D'autres pays protègent ces secrets par le *droit commun de la responsabilité civile*³⁷. Ailleurs encore, des *dispositions de droit pénal, administratif, commercial ou civil* interdisent l'utilisation ou la divulgation non autorisée des secrets d'affaires. Mais les dispositions de droit pénal ont finalement assez peu d'importance pratique, car elles exigent normalement la preuve que la personne avait connaissance du caractère confidentiel de l'information, et qu'elle était animée par une intention frauduleuse ou par l'intention de nuire. Cependant, lorsque la divulgation d'un secret d'affaires constitue un délit pénal, elle constituera aussi normalement un acte de concurrence déloyale. En outre, comme les employés, consultants, entrepreneurs indépendants et associés sont souvent dans le secret, plusieurs aspects du droit civil touchant aux *contrats de travail* et au droit général des contrats peuvent aussi être pertinents. Enfin, il est souvent possible de cumuler plusieurs de ces moyens. La violation d'un secret d'affaires, par exemple, peut constituer une concurrence déloyale ou engager la responsabilité civile de son auteur, et donner lieu en même temps à des sanctions pénales. Inversement, dans le cas où des *non-concurrents* auraient usé de moyens d'intimidation ou de pression sur des agents ou employés, ou les auraient incités autrement, eux-mêmes ou d'autres personnes tenues au secret, à divulguer l'information confidentielle, il se peut que seules les règles de la responsabilité civile soient applicables.

ii) *Qu'est-ce qu'un secret d'affaires?*

97. Même si la loi définit rarement les secrets d'affaires, plusieurs pays (à l'instar de la France) font la distinction entre secrets *de fa-*

³⁵ Notamment l'Allemagne, l'Espagne, le Japon et la Suisse.

³⁶ Par exemple, certains Etats des Etats-Unis d'Amérique, le Mexique et le Pérou.

³⁷ Par exemple, la France et les Pays-Bas.

brique (ou secrets *industriels*) et secrets *commerciaux*, ce qui peut avoir des conséquences du point de vue de l'application du droit pénal. La première catégorie de secrets concerne les informations de caractère purement *technique*, comme les méthodes de production, formules chimiques, plans ou prototypes. Les informations de ce type peuvent constituer une invention brevetable mais, en général, la brevetabilité, et en particulier la nouveauté au sens du droit des brevets, n'est pas une condition de protection du secret. Sont considérés comme *secrets commerciaux* les techniques de vente, les méthodes de distribution, les formules de contrat, les plans d'opérations, les détails des accords sur les prix, les profils de consommateurs, les stratégies publicitaires et les listes de fournisseurs ou de clients. En général, le contenu des secrets d'affaires est défini assez largement, et le type d'information qui pourra être considéré comme tel dépendra des circonstances de l'espèce. C'est ainsi que la loi japonaise contre la concurrence déloyale définit le secret d'affaires comme toute information se rapportant à une méthode de production, une technique de vente ou toute autre information sur la technique ou l'entreprise qui n'est pas connue du public. On trouve une définition similaire dans la loi uniforme des Etats-Unis d'Amérique sur les secrets d'affaires, qui a été adoptée par une vingtaine d'Etats.

98. Pour déterminer si une information peut être considérée comme constituant un secret d'affaires, on se demandera dans quelle mesure cette information est connue du public ou des commerçants ou industriels d'un secteur donné, quelle est l'importance des efforts et des dépenses faits par le commerçant pour mettre au point ce qui constitue l'information confidentielle, la valeur de cette information pour le commerçant et ses concurrents et les mesures qu'il a prises pour la garder secrète, et s'il est facile ou difficile pour les tiers de l'obtenir de manière licite. D'un point de vue subjectif, le commerçant doit avoir un *intérêt considérable* à garder secrètes certaines informations et, sans que cela se traduise nécessairement par des obligations contractuelles, il doit avoir manifesté l'*intention* de voir respecter le caractère confidentiel de l'information. Souvent, il est exigé que des mesures spéciales aient été prises pour préserver le secret. Il ne suffit pas toujours que l'information ait été communiquée sous le sceau du secret. Dans certains pays (comme les Etats-Unis d'Amérique et le Japon), les efforts déployés par le propriétaire de l'information pour préserver le secret sont considérés par les tribunaux comme un critère déterminant pour conclure à l'existence d'un secret d'affaires.

99. D'un point de vue objectif, l'information ne peut être considérée comme un secret d'affaires que si elle n'est connue que d'un *petit groupe de personnes*, autrement dit si elle n'est pas généralement connue des experts ou des concurrents du domaine considéré. Même une demande de brevet pourra être considérée comme constituant un secret d'affaires si elle n'a pas été publiée par l'office des brevets. Les informations publiées à l'extérieur et les autres informations facilement accessibles ne seront donc pas considérées comme confidentielles. Par exemple, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires par une personne qui l'a obtenu dans le cadre d'une *transaction commerciale légale* et sans qu'il y ait eu négligence ne sera pas jugée déloyale. Mais on n'exigera pas non plus que le secret soit absolu, l'information pouvant fort bien avoir été découverte indépendamment par des tiers. De même, les partenaires commerciaux pourront être mis dans le secret sans que l'information perde son caractère confidentiel s'il est bien clair qu'elle doit rester secrète. Pour savoir si une information a un degré de confidentialité suffisant pour constituer un secret d'affaires protégeable, on pourra se poser les questions suivantes : contient-elle des éléments qui ne sont pas confidentiels lorsqu'on les examine séparément? Les employés doivent-ils nécessairement la connaître pour pouvoir travailler convenablement? Est-elle réservée aux membres de la direction ou est-elle connue également des autres cadres? Mais la meilleure preuve reste encore le caractère strictement confidentiel de l'information et l'obligation contractuelle de garder le secret.

iii) *Utilisation et divulgation de l'information par des employés ou anciens employés*

100. Même lorsqu'il existe des dispositions spéciales sur la divulgation illicite ou déloyale, les *contrats de travail* peuvent venir renforcer et compléter la protection des secrets d'affaires par le droit de la concurrence déloyale ou les règles de la responsabilité civile. Il est généralement admis que les employés ont fondamentalement le droit d'utiliser et d'exploiter, pour gagner leur vie, toutes les compétences, l'expérience et les connaissances qu'ils ont pu acquérir dans un emploi précédent, même à l'aide de secrets d'affaires. Un employé est cependant tenu d'agir de *bonne foi envers son employeur* tant qu'il est à son service, et de n'utiliser ou de divulguer, après son départ, aucune information confidentielle sur les affaires de celui-ci dont il aura eu connaissance pendant la durée de son contrat. Ainsi, en vertu de

l'article 85 de la loi mexicaine de 1991 sur la promotion et la protection de la propriété industrielle, quiconque a eu, du fait de son travail, de son emploi, de sa charge ou de son poste, de la pratique de sa profession ou de ses relations commerciales, connaissance d'un secret d'affaires et a été averti de son caractère confidentiel, doit s'abstenir de révéler ce secret sans juste motif et sans le consentement du détenteur du secret ou de l'utilisateur autorisé de celui-ci. Aussi l'utilisation ou la divulgation d'une information constitue-t-elle souvent une violation du contrat de travail par l'ancien employé lorsque cette information devait rester secrète. Mais la frontière entre l'utilisation des compétences, des connaissances et de l'expérience légitimement acquises dans le cadre d'un emploi, qui est autorisée, et l'utilisation ou la divulgation des secrets industriels ou commerciaux de l'ancien employeur, qui sont interdites, est souvent difficile à tracer. Cependant, il est évident qu'en cas de vol, de détournement de fonds, d'espionnage industriel ou de collusion avec un concurrent, la divulgation d'informations confidentielles sera présumée.

101. Les contrats de travail contiennent souvent des *clauses spéciales* interdisant la divulgation des secrets d'affaires. Cependant, ces clauses, ainsi que la clause de non-concurrence, ne doivent pas limiter pour l'avenir les capacités professionnelles de l'employé au point de constituer une *entrave à la liberté du commerce*. Des obligations liées à la relation entre employeur et employé peuvent aussi être créées par le droit pénal, le droit civil et le droit du travail. Ainsi, l'article 237 du Code pénal des Pays-Bas qualifie de délit la divulgation d'un secret d'affaires par l'employé d'un commerçant, et l'article 2622 du Code civil italien interdit la divulgation des secrets d'affaires par le président, le directeur ou le vérificateur des comptes d'une société, quelle que soit la forme juridique de celle-ci. Les dispositions de ce type peuvent être très importantes lorsque l'employé n'est pas tenu au secret par des clauses contractuelles, ou que l'utilisation de l'information par d'anciens employés n'est pas faite dans un *but de concurrence*. Si l'ancien employé peut être considéré comme un concurrent de son ancien employeur, par exemple s'il a créé sa propre entreprise dans le même secteur, la divulgation d'informations confidentielles constituera normalement un acte de concurrence déloyale. C'est ainsi que le fait, pour un ancien employé, de *démarcher la clientèle* de son ancien employeur sera probablement considéré comme déloyal, surtout s'il utilise les listes de clients de son ancien employeur ou des détails sur la marche de son entreprise pour faire des offres plus alléchantes. Mais il peut

aussi y avoir utilisation abusive de l'information confidentielle si l'ancien employé utilise ce qu'il sait des activités de son ancien employeur ayant un rapport avec les affaires des clients pour inciter ces derniers à lui retirer leur clientèle.

iv) *Utilisation et divulgation de l'information par des concurrents*

102. Un commerçant est généralement très intéressé par les secrets d'affaires de ses concurrents. Cependant, le secret d'affaires n'étant pas exactement assimilable à un droit exclusif de propriété industrielle, on se fondera, pour déterminer si son utilisation ou sa divulgation par un concurrent constitue un acte déloyal, sur les *moyens par lesquels l'information a été obtenue*. Par exemple, la loi japonaise contre la concurrence déloyale précise que les règles protégeant les secrets d'affaires ne s'appliquent pas aux secrets dont une personne aura eu connaissance dans le cadre d'une activité commerciale légale à condition qu'elle n'ait pas usé de moyens malhonnêtes, ou méconnu par négligence le caractère malhonnête de ces moyens. Un compétiteur qui n'aura pas usé d'intimidation pour obtenir la divulgation d'une information secrète et qui aura seulement tiré profit de la violation de contrat d'un ancien employé ou associé d'un concurrent, sera donc rarement tenu pour responsable. Le fait, pour le concurrent, de savoir que la divulgation du secret par cet ancien employé ou associé constitue une violation de contrat est considéré comme un degré d'intention *minimal* pour conclure à la responsabilité. C'est ainsi que la loi mexicaine qualifie de délit l'utilisation d'un secret d'affaires divulgué par un tiers lorsque celui à qui il a été révélé savait que ce tiers n'était pas autorisé à le faire. En tout cas, il n'est pas permis à un concurrent de s'immiscer inconsidérément dans les relations contractuelles d'autrui. Par exemple, celui qui aura soudoyé un employé ou ancien employé d'un concurrent pour l'inciter à divulguer un secret d'affaires, ou qui l'y aura *incité par d'autres moyens illicites*, pourra être jugé pour concurrence déloyale.

103. Néanmoins, très souvent, les circonstances de fait sont déterminantes. Si, par exemple, l'utilisation d'un secret d'affaires s'inscrivait dans le cadre d'une relation commerciale qui existait antérieurement entre deux concurrents, le fait que l'information en question était confidentielle ne signifie pas nécessairement que son utilisation par le concurrent sera jugée déloyale. Inversement, l'absence

d'une clause contractuelle concernant l'utilisation des secrets d'affaires ne permet pas nécessairement de conclure qu'il n'y a pas concurrence déloyale. Lorsque la divulgation de secrets d'affaires par un employé ou un ancien employé a été provoquée délibérément par un concurrent, celui-ci a commis un délit s'il pouvait raisonnablement savoir ou soupçonner, au moment où il a reçu cette information, que sa divulgation constituait une violation de contrat. Très souvent, celui qui incite un employé à divulguer un secret d'affaires cherche également à le débaucher, ce qui est toujours considéré comme une violation de la législation sur la concurrence déloyale.

c) Le profit indûment tiré des réalisations d'autrui : le parasitisme commercial

i) Généralités

104. En dehors du risque de confusion, il existe d'autres circonstances qui, en vertu de diverses théories, doivent être prises en considération en matière d'imitation des indications, produits ou autres créations commercialisables. Parmi ces circonstances, on peut citer l'acte consistant à tirer indûment profit des réalisations d'autrui qui sont reconnues par les consommateurs et les autres agents économiques (négociants, commerçants et fournisseurs) – autrement dit, le parasitisme commercial. Ces réalisations concernent souvent une indication ou un produit, mais elles peuvent aussi être de nature purement technique.

105. Dans ces cas, la protection est subordonnée à un certain nombre de conditions, qui varient d'un pays à l'autre. Le caractère déloyal est jugé résulter non seulement de l'*exploitation évidente* de la notoriété de l'indication, du succès commercial du produit ou d'une réalisation technique du concurrent *sans effort réel* pour s'écarter sensiblement des caractéristiques de cette réalisation, mais aussi du risque d'*atteinte à la réputation* de l'entreprise en question. Et l'indication ou le produit doit présenter, au moins dans une certaine mesure, un *caractère distinctif* (qui peut ne pas suffire aux fins de la protection en vertu de la loi spéciale). L'étendue de la protection dépendant parfois du degré de distinctivité, les indications ou produits parfaitement banals n'ont généralement pas droit à une protection contre les actes de simple imitation.

106. D'un point de vue purement intellectuel, la notion de parasitisme a des points communs avec celles de confusion et de tromperie. Tirer profit des réalisations commerciales d'autrui, c'est, pour un commerçant ou autre opérateur économique, agir dans l'intention d'exploiter directement les réalisations industrielles ou commerciales d'un concurrent pour sa propre affaire *sans se distancier nettement* des réalisations originales. C'est, dans ce sens, la forme la plus large de la concurrence par imitation. Cependant, en régime de libre concurrence, l'exploitation ou « appropriation » des réalisations d'autrui n'est déloyale que dans des circonstances particulières. Par contre, un acte qui crée la confusion ou qui induit en erreur (et qui comporte aussi normalement l'utilisation des réalisations d'autrui) sera *toujours* considéré comme déloyal.

107. Quant à la question de savoir si, en l'absence de confusion, il est possible d'invoquer les règles de la concurrence déloyale pour se protéger contre l'appropriation par un tiers de ses réalisations commerciales, il a souvent été dit que la *simple exploitation* des réalisations d'autrui est compatible avec les principes de la libre concurrence. On ne peut donc pas considérer la protection au titre de la concurrence déloyale simplement comme une autre façon d'obtenir la protection, sans avoir à remplir les différentes conditions imposées par les lois spéciales sur la propriété industrielle. Le même équilibre que l'on a réussi à réaliser entre les différents intérêts économiques en adoptant des lois spéciales sur les brevets, les dessins et modèles industriels, les marques, etc., doit aussi être recherché dans l'application du droit de la concurrence déloyale. En règle générale, la protection au titre de la concurrence déloyale sera refusée lorsque la réalisation qui a été copiée ou usurpée est protégée par les lois spéciales sur la propriété industrielle et que le type de protection demandée au titre de la concurrence déloyale aurait pu être obtenu, du moins pour une durée déterminée, au titre d'une loi spéciale (principe de la *primauté de la loi spéciale*).

108. Ainsi qu'il a déjà été dit, la protection *au titre de la concurrence déloyale* peut être demandée si la loi spéciale ne s'applique pas à la réalisation en question – par exemple, si cette loi n'est pas applicable aux réalisations antérieures à une certaine date, ou si la protection qu'elle accorde ne permet pas d'obtenir réparation en l'espèce. Certaines lois de propriété industrielle prévoient expressément que les réalisations qui n'entrent pas dans leur champ d'application peuvent bénéficier d'une protection au titre de la concurrence déloyale. D'autres

excluent expressément toute protection supplémentaire au titre de la concurrence déloyale pour les inventions, indications, signes ou formes de produits entrant dans leur champ d'application. Cependant, on ne sait pas toujours très bien quels sont les intérêts qu'a voulu concilier le législateur en adoptant une loi spéciale. Même les commentaires de lois ne donnent pas de réponse vraiment satisfaisante à cette question. Généralement, *la protection contre l'exploitation des efforts d'autrui* n'est accordée au titre de la concurrence déloyale que dans des *conditions particulières*, qui doivent différer à certains égards des conditions dans lesquelles la protection est accordée en vertu de la loi spéciale. Ces conditions ne peuvent souvent être définies que par une disposition générale, et elles sont donc généralement précisées par la jurisprudence. En ce qui concerne les formes suivantes d'appropriation des réalisations d'autrui, les conditions particulières de l'existence d'une concurrence déloyale sont déjà reconnues dans de nombreux pays. Ce sont l'affaiblissement du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire d'une marque, l'usurpation d'une réputation, l'imitation servile et la concurrence parasitaire proprement dites. Ces conditions seront examinées dans les paragraphes qui suivent.

ii) *Affaiblissement du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire d'une marque*

109. En règle générale, lorsque l'utilisation non autorisée d'une marque pour des produits ou services différents ne risque pas de créer de confusion, il n'y a ni contrefaçon d'une marque de produits ou de services ni concurrence déloyale. C'est ce qui découle du « principe de spécialité » du droit des marques, qui est une conséquence de la fonction d'identification des marques de produits et de services. Toutefois, dans certains pays, comme le Canada, les Etats membres de la CEE – en application de la directive de la CEE rapprochant les législations sur les marques – et plusieurs Etats des Etats-Unis d'Amérique, les marques qui ont acquis une certaine renommée bénéficient d'une protection supplémentaire contre l'affaiblissement de leur *caractère distinctif* ou de leur *valeur publicitaire*, c'est-à-dire la « dilution » de la marque. On entend par là la perte progressive de sa capacité d'être immédiatement associée par les consommateurs ou le grand public à une origine déterminée. L'utilisation de marques identiques ou similaires pour des biens ou services totalement différents entraînant fatalement une certaine dilution, l'idée est que les marques qui ont acquis une certaine renommée doivent être protégées contre le désir évident

des autres opérateurs économiques d'exploiter à leur profit le caractère « unique » d'une marque. Le fait que la marque ne sera peut-être plus associée automatiquement à certains produits fait présumer un risque de préjudice grave. Le degré de renommée requis est fonction du public ou des groupes de consommateurs considérés. Lorsque la marque concerne des produits n'intéressant qu'un groupe restreint de consommateurs, elle aura plus de chances d'atteindre le degré de renommée nécessaire que s'il s'agit d'articles de consommation de masse. Mais le degré de renommée requis peut tout de même varier considérablement d'un pays à l'autre.

iii) *Exploitation de la réputation d'autrui*

110. Une autre forme d'usurpation a été reconnue ces dernières années comme contraire aux usages commerciaux honnêtes : c'est le fait de tirer indûment profit de la réputation ou du prestige des réalisations commerciales d'autres entreprises industrielles ou commerciales. Cette notion s'applique tout spécialement aux indications notoires. Lorsque, par exemple, la qualité d'un produit ou d'un service d'une certaine marque a amené les consommateurs à associer cette marque avec une certaine origine ou une certaine régularité dans la qualité, l'utilisation de la même marque pour d'autres produits ou services sans autorisation, même si elle ne crée pas de confusion quant à l'origine des produits ou services, peut constituer une appropriation déloyale de la réputation d'autrui. La notion peut aussi s'appliquer à la présentation d'un produit, mais uniquement lorsque cette présentation est reconnue comme dénotant une qualité, une image ou un prestige particuliers. Précisons toutefois que les pays n'ont pas tous la même attitude à l'égard de ce type d'usurpation. Alors qu'en France, l'appropriation du prestige de la marque ou du produit d'autrui est généralement présumée déloyale, en Espagne, elle est purement et simplement prohibée par l'article 12 de la loi de 1991 visant à réprimer la concurrence déloyale. En Allemagne, elle ne peut être autorisée que dans les cas où l'on ne peut pas raisonnablement y voir une exploitation secondaire de la marque. Aux Etats-Unis d'Amérique, il n'y a aucune objection de principe à l'appropriation, à moins que ne soit établie l'existence d'un risque de confusion, par exemple quant au « parrainage », auquel cas il est tenu compte du prestige de la marque.

111. L'usurpation de la marque de produits ou de services d'autrui peut se faire de manière plus ou moins voilée. Un commerçant peut,

par exemple, utiliser une marque généralement similaire mais sensiblement différente tout en empruntant sciemment les caractéristiques particulières et connues de la première marque. Il peut aussi utiliser cette première marque dans la publicité de ses propres produits dans l'intention de transférer sur eux l'image de la marque notoire, ou encore utiliser la marque d'autrui accompagnée de termes comme « modèle », « type », « style », etc. (notons toutefois que certains pays autorisent l'emploi de mots comme « convient pour » s'appliquant aux pièces de rechange et accessoires). Pour qu'il y ait usurpation, il n'est pas nécessaire que le compétiteur soit un concurrent direct du propriétaire de la marque : il suffit qu'il y ait risque d'atteinte à l'image exclusive ou à la réputation de la marque ou de l'entreprise en question.

iv) *Imitation servile*

112. L'idée que l'imitation servile constitue un acte de concurrence déloyale est apparue dans plusieurs pays d'Europe. Cette forme d'exploitation déloyale des valeurs d'autrui est généralement considérée comme une exception au principe général selon lequel on peut librement s'approprier les produits ou indications qui ne sont pas protégés, dont la durée de protection en vertu d'une loi spéciale a pris fin, ou pour lesquels il n'y a pas risque de confusion quant à l'origine. En l'absence de risque de confusion, l'acte ne peut être considéré comme déloyal que si les circonstances de fait revêtent un caractère exceptionnel. En général, le caractère déloyal de l'acte se manifeste dans le manque de recherche, d'investissement, de créativité et de dépenses de la part de l'imitateur, qui se contente de copier la réalisation d'autrui, alors qu'il avait à sa disposition d'autres moyens efficaces de concurrence. Les produits ou indications imités doivent toutefois posséder un pouvoir distinctif particulier, qui ne doit pas simplement découler des caractéristiques techniques imposées par le fonctionnement du produit, mais doit aussi tenir à des particularités esthétiques ou ornementales résultant d'un libre choix entre différentes formes et différents dessins.

113. Les critères de l'imitation servile ne sont cependant pas les mêmes partout. En outre, interviennent parfois dans la qualification les notions de dilution, d'usurpation de réputation ou de « concurrence parasitaire ». Bien souvent, l'imitation n'est qualifiée de déloyale que si les efforts fournis par le concurrent pour mettre au point son produit, le lancer

sur le marché et obtenir un certain succès commercial ou une certaine réputation sont très supérieurs à ceux qu'a faits l'imitateur pour copier et exploiter ce produit. On mentionnera comme exemple de disposition légale visant à réprimer ce type d'appropriation abusive et déloyale l'article 5.c de la loi suisse contre la concurrence déloyale, qui qualifie de déloyal tout acte qui consiste à reprendre, grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant, le résultat du travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et à l'exploiter comme tel. On trouve une disposition similaire à l'article 11.2) de la loi espagnole sur la concurrence déloyale, qui considère l'imitation des prestations d'un tiers comme un acte déloyal dès lors que l'imitateur tire indûment profit de la réputation ou des efforts de ce tiers.

114. Il convient de distinguer les actes d'imitation servile de ce que l'on désigne sous le terme d'«ingénierie inverse». Celle-ci consiste généralement à examiner ou analyser un produit ou une substance en les démontant ou en les décomposant pour en comprendre la structure, la composition ou le fonctionnement et voir comment ils ont été fabriqués ou construits, et à en produire ensuite une version améliorée. C'est une pratique courante dans le monde de l'industrie, où l'on cherche à acquérir le savoir-faire que renferment les produits des concurrents pour produire ensuite un produit concurrent (amélioré ou différent mais équivalent). Cette pratique relève en fait de l'exercice normal de la liberté de la concurrence, cette liberté reposant elle-même sur des considérations d'intérêt public. Elle n'a donc rien de déloyal en soi. Cependant, le produit ou le résultat obtenu par ingénierie inverse pourra, dans certaines conditions, porter atteinte à un droit de propriété industrielle. Lorsque, par exemple, un produit fabriqué par ce moyen est couvert par les revendications d'un brevet valable (compte tenu, le cas échéant, de la doctrine de l'équivalence), il y aura contrefaçon de brevet. Et, même s'il n'y a pas contrefaçon, mais que la manière dont le produit original a été copié s'avère être malhonnête ou déloyale (qu'il y ait eu ou non ingénierie inverse), l'auteur de l'acte pourra toujours être poursuivi pour concurrence déloyale.

v) *Concurrence parasitaire proprement dite*

115. Parmi toutes les formes d'exploitation déloyale des efforts d'autrui, certaines sont plus spécialement qualifiées dans quelques pays de «concurrence parasitaire». Cette notion a beaucoup de points communs

avec celle d'imitation servile. Ici, la simple imitation des réalisations d'autrui apparaît toujours comme normale dans un système de libre concurrence, mais elle peut devenir déloyale en raison de circonstances exceptionnelles. Par exemple, alors que l'imitation d'un produit qui n'a rien de particulièrement nouveau ou original pourra être autorisée, dès qu'un tel produit apparaît comme novateur ou qu'il a du succès auprès des consommateurs, l'imitateur peut moins facilement protester de sa bonne foi, et il ne le peut plus du tout s'il s'est *systématiquement et méthodiquement* approprié les valeurs caractéristiques d'un concurrent *particulier*³⁸. En outre, certains éléments concernant le *modus operandi* d'un compétiteur peuvent révéler de la déloyauté. Le fait, par exemple, de commander des échantillons à un concurrent en vue d'imiter ses produits plus facilement et systématiquement pourra être considéré comme un comportement parasitaire déloyal. Certains pays³⁹ adoptent une approche assez souple dans ces cas, et adaptent en particulier la portée des ordonnances de cessation et la durée de la protection à chaque cas d'espèce, en utilisant, par exemple, l'amortissement des dépenses de recherche-développement comme critère pour déterminer si une imitation est loyale ou pas : en conséquence, la protection peut n'être accordée qu'en cas d'imitation à l'identique et pour un délai beaucoup plus court que celui qui est prévu par les lois de propriété industrielle. On notera toutefois que dans certains pays (comme les Etats-Unis d'Amérique), la simple copie du produit d'un tiers (même systématique et même si ce tiers est un concurrent particulier) n'est considérée comme un acte de concurrence déloyale que si elle porte sur des caractéristiques non fonctionnelles ayant un caractère distinctif ou ayant acquis une signification secondaire.

d) La publicité comparative

i) Définition

116. C'est dans le domaine de la *publicité comparative* qu'apparaissent le mieux les différences d'attitude à l'égard des déclarations dépréciatives quoiqu'exactes. Il existe deux types de publicité comparative, selon que la comparaison avec le produit d'un tiers est positive (l'annonceur affirme que son produit est aussi bon que celui

³⁸ Ce critère est particulièrement appliqué en Belgique, en France, en Italie, aux Pays-Bas et en Suisse.

³⁹ Dont l'Allemagne.

de son concurrent) ou négative (l'annonceur affirme que son produit est meilleur que celui du concurrent). Dans le premier cas, où le produit du concurrent est généralement un produit renommé, la question essentielle est de savoir s'il n'y a pas appropriation abusive de la réputation d'autrui. Dans le deuxième cas, où le produit du concurrent est critiqué, c'est la question du dénigrement qui se pose. Mais dans un cas comme dans l'autre, il y a *référence* (non autorisée) à un *concurrent*, qui est soit nommément désigné, soit implicitement identifiable par le public.

ii) *Restrictions générales : les comparaisons susceptibles d'induire en erreur ou dénigrantes*

117. Il va sans dire que la publicité comparative doit respecter les conditions qui s'appliquent à toute publicité, et qu'elle ne doit, en particulier, ni induire en erreur ni constituer un dénigrement. Toute comparaison s'appuyant sur des déclarations fausses ou fallacieuses concernant le produit de l'annonceur ou celui du concurrent est interdite dans tous les pays.

118. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il existe des différences dans la manière de concevoir ce qui est «*fallacieux*» et surtout ce qui constitue un «*dénigrement*». Comme nous l'avons vu, alors que certains pays⁴⁰ considèrent comme trompeuse toute publicité qui vante la supériorité ou les qualités uniques d'un produit (comme les expressions «*le meilleur*», etc.) si sa véracité ne peut être prouvée, d'autres n'y voient rien d'autre qu'une exagération anodine. Et les différences de conception sont encore plus importantes en ce qui concerne le dénigrement et l'appropriation abusive. Dans les pays qui ont une attitude plutôt permissive à l'égard des déclarations exactes mais dépréciatives, la publicité comparative est généralement tolérée⁴¹. Tant que les faits allégués sont exacts, les tribunaux n'interviennent pas, même si l'allusion au concurrent ou à son produit est manifestement dénigrante ou exploite sa renommée. Dans les pays qui insistent traditionnellement sur la protection du commerçant honnête et de sa réputation, la publicité comparative est interdite, ou du moins entourée de conditions très strictes. Parfois, le simple fait de désigner nommément un concurrent contre sa volonté apparaît comme un acte de dénigrement et donc

⁴⁰ Dont l'Allemagne.

⁴¹ Notamment au Canada, aux Etats-Unis d'Amérique et au Royaume-Uni.

de concurrence déloyale. Appliquant le principe selon lequel « le commerçant honnête a le droit d'exiger que l'on ne parle pas de lui, même pour dire la vérité », le législateur, dans certains pays⁴², a même expressément interdit toute comparaison dans laquelle est inutilement cité un concurrent. Le même raisonnement a conduit les tribunaux d'autres pays⁴³ à considérer la publicité comparative comme plus ou moins automatiquement contraire aux usages commerciaux honnêtes (et donc à la disposition générale sur la concurrence déloyale). Bien que l'on ait parfois fait valoir que les comparaisons, si elles sont exactes, peuvent être utiles au consommateur, la doctrine et la jurisprudence ne les admettent en pratique que dans certaines circonstances très spéciales, par exemple si elles ont été expressément réclamées par un client, si elles répondent à une attaque illicite dirigée contre l'annonceur, ou si elles sont nécessaires pour expliquer le fonctionnement d'un système ou, plus généralement, de nouvelles techniques.

iii) *La tendance à admettre les comparaisons véridiques*

119. Cependant, depuis quelques années, la publicité comparative est perçue de façon moins négative. On reconnaît de plus en plus que les comparaisons véridiques de faits pertinents peuvent non seulement réduire le coût pour les consommateurs de la recherche d'informations, mais aussi influencer positivement sur l'économie en améliorant la transparence du marché. Les tribunaux des pays qui, traditionnellement, considéraient la publicité comparative comme un acte de dénigrement ont progressivement assoupli l'interdiction absolue de parler d'un concurrent. En France, par exemple, sont autorisées les comparaisons de prix qui reposent sur des informations exactes, pertinentes et suffisantes. Et surtout, les lois récentes sur la concurrence déloyale autorisent, du moins indirectement, la publicité comparative⁴⁴. Au niveau de la Communauté économique européenne (CEE), une nouvelle directive a été proposée⁴⁵, en application de laquelle, si elle était acceptée, les Etats membres seraient tenus d'autoriser la publicité comparative véridique. Dans l'ensemble, une tendance très nette semble se dessiner en faveur de la publicité comparative véridique.

⁴² Dont la Belgique et le Luxembourg.

⁴³ Dont l'Allemagne, la France, l'Italie et les Pays-Bas.

⁴⁴ Notamment en Espagne, en Hongrie et en Suisse.

⁴⁵ Proposition de directive du Conseil concernant la publicité comparative et modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse (1991).

iv) *Les dangers spéciaux de la publicité comparative*

120. Il faut cependant bien reconnaître que la publicité comparative peut, plus facilement que la plupart des autres formes de publicité, induire en erreur ou discréditer un tiers, notamment si la comparaison repose sur des aspects non pertinents (ou qui ne sont pas vraiment comparables), ou si l'impression générale produite est de nature à induire en erreur. C'est pourquoi elle nécessite des *mesures spéciales de garantie* contre les abus. Les pays qui autorisent la publicité comparative⁴⁶ insistent sur le fait qu'aucune affirmation, même exacte, ne doit être inutilement blessante⁴⁷ ou que la comparaison ne doit porter que sur des faits pertinents⁴⁸. La proposition de directive de la CEE sur la publicité comparative faite en 1991 va encore plus loin, puisqu'elle prévoit que la comparaison ne doit porter que sur des caractéristiques pertinentes, objectives et vérifiables, que l'impression générale ne doit pas être trompeuse, qu'il ne doit pas y avoir de risque de confusion entre les produits comparés, que le concurrent et son produit ne doivent en aucun cas être discrédités ou dénigrés et que l'annonceur pourra même être tenu de prouver toute assertion faite dans les enquêtes qui ont servi de base à la comparaison.

v) *Publicité comparative et droit des marques*

121. Bien souvent, la comparaison n'est pas possible sans référence à la marque d'un produit, d'un service ou d'une entreprise. Il faut alors tenir compte non seulement du droit de la concurrence déloyale, mais aussi du *droit des marques*.

122. Dans les pays où les marques ne sont protégées qu'en tant qu'indication de l'origine d'un produit ou d'un service, l'utilisation de la marque d'autrui dans une publicité comparative ne relève pas toujours du droit des marques. Néanmoins, dans certains pays, cette utilisation peut être considérée comme une atteinte à la marque⁴⁹. Ainsi, l'article 13A de la loi uniforme Benelux sur les marques protège la valeur publicitaire de la marque contre toute utilisation faite dans des condi-

⁴⁶ Notamment l'Espagne, la Grèce, la Hongrie et la Suisse.

⁴⁷ Par exemple en Suisse.

⁴⁸ Par exemple en Espagne.

⁴⁹ Notamment au Benelux, aux Etats-Unis d'Amérique (lois antidilution), en France et au Royaume-Uni.

tions pouvant être défavorables (il peut s'agir d'une référence non souhaitée faite à la marque dans une publicité comparative), la législation canadienne sur les marques protège de manière générale la réputation de la marque, et l'actuelle loi sur les marques du Royaume-Uni interdit, en principe, toute référence à la marque d'un tiers. Même aux Etats-Unis d'Amérique, où la publicité comparative est généralement autorisée, les « lois antidilution » adoptées par de nombreux Etats peuvent, en théorie, s'appliquer à l'utilisation de la marque d'un tiers dans une publicité comparative puisqu'elles accordent – en dehors de tout risque de confusion – une protection par le droit des marques contre tout acte qui est de nature à nuire à la réputation commerciale d'un tiers ou qui affaiblit le caractère distinctif d'une marque. Cependant, ces lois n'ont encore jamais été appliquées à la publicité comparative véridique, et il est possible que les principes constitutionnels s'y opposent. Il est intéressant de noter que la proposition de directive de la CEE sur la publicité comparative autorise ce type de publicité à condition que, notamment, elle n'engendre pas la confusion entre les marques de l'annonceur et celles d'un concurrent, et qu'elle n'entraîne pas le discrédit, le dénigrement ou le mépris de ses marques.

vi) *Les comparaisons faites par des tiers*

123. Dans de nombreux pays, les associations de consommateurs et certains organes privés ou publics comme la presse, la télévision et autres médias font des essais comparatifs de produits. En général, deux questions se posent à ce sujet : ces organismes sont-ils soumis au droit de la concurrence déloyale, et les résultats de leurs essais peuvent-ils être utilisés dans la publicité ?

124. Dans les pays où n'est plus exigée l'existence d'un rapport de concurrence entre le demandeur et le défendeur⁵⁰, le droit de la concurrence est applicable à ces organismes. Dans les autres pays⁵¹, les tests « déloyaux », qui nuisent à la réputation d'un commerçant, relèvent essentiellement du droit commun de la responsabilité civile.

125. Sur le point de savoir si un annonceur peut utiliser les résultats de ce genre d'essais comparatifs, et dans quelles conditions, les avis

⁵⁰ Notamment en Belgique, au Danemark, aux Pays-Bas, en Suède et en Suisse.

⁵¹ Notamment en Allemagne et en France.

semblent partagés. Dans les pays (comme l'Allemagne) qui, de façon générale, n'acceptent pas la publicité comparative, la licéité de ce type de comparaison indirecte est en principe admise. Dans d'autres pays (comme la Belgique), il est expressément interdit à un concurrent de mentionner les essais réalisés par des associations de consommateurs, et dans d'autres encore (comme la Suisse), cette pratique est soumise à des conditions très strictes. En vertu de la proposition de directive de la CEE sur la publicité comparative, un annonceur ne pourra utiliser les essais faits par un tiers qu'avec le consentement exprès de cette personne, et il assumera la responsabilité de tout argument publicitaire reposant sur ces essais.

e) **Autres actes de concurrence déloyale**

i) *Généralités*

126. Comme on l'a déjà dit, le droit de la concurrence déloyale n'est que le reflet des conceptions sociologiques, économiques et morales d'une société. En plus des catégories d'actes que l'on vient d'examiner et qui sont considérées partout comme constituant une concurrence déloyale, il existe toute une série d'actes et de pratiques qui peuvent relever du droit de la concurrence déloyale dans un pays, mais pas nécessairement dans un autre. Dans l'analyse qui suit, seuls seront abordés les aspects que la plupart des pays semblent considérer (à des degrés différents, peut-être) comme contraires aux « usages commerciaux honnêtes », et qui sont expressément interdits soit par une loi spéciale, soit, le plus souvent, par les dispositions générales sur la concurrence déloyale ou par d'autres lois et règlements spéciaux. Il convient de noter que les paragraphes qui suivent ne donnent que des exemples, et non pas une énumération exhaustive de ces pratiques déloyales.

ii) *Publicité importune, exploitation de la peur, pressions psychologiques, etc.*

127. Le droit moderne de la concurrence vise à protéger tous ceux qui sont touchés par les pratiques commerciales déloyales. C'est pourquoi les pratiques qui influencent abusivement le *consommateur* (ou qui tentent de le faire) peuvent être considérées comme contraires à

l'honnêteté de la concurrence. Il n'est toutefois pas facile de fixer concrètement les critères qui permettent de déterminer qu'une pratique est « abusive » à l'égard du consommateur. Le but même de toute stratégie de commercialisation et de toute publicité étant d'influencer les consommateurs pour obtenir leur faveur, il faut, pour qu'il y ait abus, que certaines limites aient été dépassées. C'est ce qui est souvent jugé dans les cas de violation de la sphère privée du consommateur ou de manipulation de celui-ci par des techniques publicitaires.

128. Par exemple, le procédé des *envois forcés*, qui consiste à envoyer à une personne une marchandise qu'elle n'a pas commandée, l'obligeant à payer cette marchandise si elle ne la refuse pas expressément ou ne la renvoie pas, est considéré par de nombreux pays comme un acte de concurrence déloyale, parce que le commerçant table sur le fait que beaucoup de consommateurs oublient de renvoyer la marchandise ou même se croient obligés de la garder. En revanche, beaucoup de pays tolèrent le *démarchage à domicile* (le « porte-à-porte ») tant qu'il ne comporte ni tromperie ni harcèlement du consommateur. Sur la question du *démarchage par téléphone*, les avis sont partagés. Si certains pays le considèrent en soi comme une intrusion dans la vie privée du consommateur, la plupart le tolèrent tant qu'il n'exploite pas le manque d'expérience du consommateur et qu'il respecte sa vie privée. Il en va de même des *envois forcés de matériel publicitaire*.

129. Nombreux sont aussi les pays qui considèrent comme un acte déloyal le fait d'abuser *des superstitions, de la crédulité, de la peur ou de l'altruisme* du consommateur. Pourra ainsi être considérée comme contraire aux pratiques commerciales « honnêtes » la publicité qui joue de la crainte des personnes âgées de finir leurs jours dans une maison de retraite, ou qui inspire inutilement la peur de la mort ou de la maladie. Il en va de même de l'exploitation à des fins commerciales d'une situation de vulnérabilité particulière du consommateur. C'est le cas, par exemple, lorsque les victimes d'accidents de la route sont harcelées par des services de remorquage ou lorsque les proches d'une personne récemment décédée sont sollicités par des services de pompes funèbres. La plupart des pays prennent en outre des mesures spéciales contre ceux qui tentent d'abuser de l'inexpérience des enfants.

130. En dehors de ces cas particuliers, qui sont souvent réglementés par des lois spéciales, les tribunaux de certains pays⁵² rattachent à la disposition générale sur la concurrence déloyale certains cas dans lesquels on peut parler de « *pression psychologique exercée sur l'acheteur* » ou d'« incitation à la consommation ». Mais ces cas se présentent généralement en liaison avec des procédés de vente particuliers comme l'offre de cadeaux publicitaires ou de remises et les loteries.

iii) *Promotion des ventes : primes, cadeaux publicitaires, loteries, etc.*

131. Un procédé couramment utilisé pour attirer la clientèle est celui qui consiste à offrir des primes, cadeaux et autres avantages et à organiser des concours, loteries ou jeux publicitaires. Ce type de *promotion des ventes* peut être un moyen de distribution nouveau et efficace et donc stimuler la concurrence. Mais il peut aussi détourner l'attention du consommateur des qualités essentielles d'un produit ou service et l'inciter à acheter un article qui ne vaut pas le prix payé ou dont il n'a pas vraiment besoin. Cela est particulièrement vrai des jeux, loteries et autres concours qui exploitent à des fins publicitaires le goût pour le *jeu* du consommateur. La plupart de ces techniques sont donc réglementées d'une manière ou d'une autre, et sont même parfois expressément interdites. Elles font aussi l'objet de mesures d'autodiscipline. Mais lorsqu'il s'agit de savoir quelles pratiques doivent être considérées comme des actes de concurrence déloyale, le désaccord est grand et on ne peut dégager aucune règle générale. C'est ainsi que les primes et les remises ou autres avantages subordonnés à l'achat d'un produit sont interdits en principe dans certains pays⁵³, autorisés en principe dans d'autres⁵⁴, et plus ou moins strictement réglementés ailleurs. Les *loteries*, dans lesquelles les gains résultent uniquement du hasard, sont généralement interdites lorsqu'elles sont liées à l'achat d'un produit, et soumises à des conditions très strictes lorsqu'elles sont autorisées. Les *concours*, dont le résultat dépend jusqu'à un certain point des capacités du participant, sont généralement mieux tolérés, à condition qu'il n'y ait pas tromperie et qu'aucune pression ne soit exercée sur le consommateur pour le faire acheter. Au contraire, les ventes « à la boule de neige » et autres procédés similaires sont

⁵² En particulier de l'Allemagne.

⁵³ L'Allemagne, la Belgique, la France et la Suède.

⁵⁴ Les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni.

souvent considérés comme potentiellement frauduleux, et donc interdits (et parfois même sanctionnés pénalement) ou du moins strictement réglementés, alors que les *sweepstakes* sont souvent considérés comme licites.

132. Dans l'ensemble, on peut dire que dans la plupart des pays, et même dans ceux qui permettent les procédés de vente décrits ci-dessus, les tribunaux font particulièrement attention aux *conditions concrètes* dans lesquelles ces procédés sont utilisés : si le consommateur est soumis à des pressions psychologiques ou autres ayant pour but de le faire acheter, si les lots sont d'une très grande valeur et d'autant plus alléchants, un procédé qui est en principe accepté pourra fort bien être considéré comme contraire aux « usages commerciaux honnêtes ».

iv) *Les entraves au commerce*

133. Enfin, il convient de citer aussi les actes qui peuvent *gêner ou entraver* un concurrent dans ses activités commerciales, directement ou indirectement. Une entrave directe serait par exemple le fait d'*empêcher matériellement* le commerce sur un marché donné, qui sera normalement considéré comme déloyal. Autre exemple : le fait de détruire de propos délibéré des bouteilles destinées à être recyclées et réutilisées par un fabricant de boissons non alcoolisées, de manière à réduire sa capacité de répondre à la demande du consommateur. Les autres entraves (obstacles indirects) sont souvent combattues par la *loi anti-trust*, mais le droit de la concurrence peut offrir une protection supplémentaire dans certains cas. Par exemple, la *discrimination*, le *boycottage* et le *dumping*, qui relèvent normalement de la législation antitrust, peuvent toutefois se voir appliquer le droit de la concurrence déloyale, du moins si les actes incriminés ont été commis de manière individuelle. C'est ainsi que l'ingérence dans les activités commerciales des concurrents, les ventes à des prix anormalement bas, comme les *ventes à perte*, ou l'imposition des prix de détail, que la Commission japonaise de la loyauté du commerce considère comme des actes contraires à la loi japonaise contre le monopole, pourraient aussi être considérées, en théorie, comme des formes de concurrence déloyale. Dans certains pays⁵⁵, le droit de la concurrence déloyale interdit expressément la vente à perte ou la vente à un prix qui « ne procure

⁵⁵ Dont la Belgique, l'Espagne, la France, le Luxembourg et la Suisse (sous certaines conditions).

qu'une marge bénéficiaire exceptionnellement réduite». Aux Etats-Unis d'Amérique, au Royaume-Uni et ailleurs, le « *predatory pricing* » (fixation de prix anormalement bas dans l'intention de nuire à un concurrent) peut être interdit en vertu du droit de la concurrence.

134. D'autres pratiques déloyales relevant de cette catégorie sont le *détournement de clientèle* et le fait d'inciter *les salariés ou les agents commerciaux* des concurrents à rompre leur contrat de travail. Comme nous l'avons déjà vu, ces actes de concurrence déloyale se doublent souvent d'une violation de *secrets d'affaires*, mais ils peuvent fort bien constituer en eux-mêmes des actes de concurrence déloyale. Le fait d'inciter simplement les clients ou les employés d'un concurrent à changer de fournisseur ou d'employeur en leur offrant des conditions plus avantageuses est inhérent au principe même de la liberté de la concurrence et ne doit donc pas être considéré comme déloyal. Cependant, l'emploi de moyens comme ceux qui consistent à soudoyer ou à tromper des clients, agents ou employés, à les inciter à violer une clause valide de non-concurrence, ou encore à débaucher le personnel d'un concurrent pour porter préjudice à ce dernier sera jugé déloyal.

V. LES SANCTIONS DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

A. Généralités

135. La mise en œuvre de la protection contre la concurrence déloyale est tout aussi importante que les règles de fond qui régissent cette concurrence, la protection n'ayant de sens que s'il existe des mesures effectives permettant de faire cesser les violations, de prévenir le dommage ou la poursuite du dommage et éventuellement d'en obtenir réparation. C'est pourquoi la plupart des lois spécifiques régissant la concurrence déloyale prévoient des *sanctions spéciales*. Il s'agit généralement de sanctions *civiles* et *pénales*, mais des sanctions *administratives* peuvent parfois aussi être imposées par les autorités gouvernementales⁵⁶. Certaines lois prévoient également des règles de procédure spéciales précisant par exemple qui a *qualité pour agir* ou quel est le *délai de prescription* de l'action.

136. Lorsque le droit de la concurrence déloyale repose essentiellement sur les principes de la responsabilité civile, les *règles normales de la procédure civile* s'appliquent. Bien que le droit de la responsabilité civile impose normalement des conditions relativement strictes, notamment en ce qui concerne la preuve du préjudice et celle de l'intention ou de la négligence du défendeur, ces conditions sont souvent assouplies dans les cas de concurrence déloyale, où ces éléments sont même parfois présumés dans la pratique. En revanche, lorsque les règles de la responsabilité civile ne sont invoquées qu'à titre *subsidaire* dans une action en concurrence déloyale, le demandeur se fondant essentiellement sur une loi spéciale contre la concurrence déloyale, les conditions normales de la responsabilité civile s'appliquent.

137. D'autres sanctions peuvent aussi s'appliquer en cas de violation d'un code d'*autodiscipline professionnelle*. Le contrôle de l'application

⁵⁶ C'est le cas en Australie, en Bulgarie, aux Etats-Unis d'Amérique, en Hongrie, en Inde, au Mexique, au Pérou et en Roumanie.

de ces codes étant généralement confié à des organes spéciaux composés de représentants des différentes industries, des médias et des consommateurs, la procédure suivie et les sanctions prévues sont différentes de la procédure et des sanctions administratives et de celles de la justice civile. Les sanctions ne s'appliquent qu'aux personnes qui ont accepté le code d'autodiscipline en question, mais leur importance pratique pour la protection contre la concurrence déloyale est pleinement reconnue. Aussi seront-elles examinées séparément.

B. *Sanctions civiles*

1) *Catégories de sanctions*

138. Il existe plusieurs types de sanctions civiles, mais certaines ne sont pas appliquées partout dans le monde. L'article 13.a) de la loi allemande contre la concurrence déloyale, telle que modifiée en 1987, autorise, par exemple, les consommateurs à résilier un contrat conclu sous l'influence d'une publicité mensongère. Les conditions d'exercice de ce droit sont difficiles à réunir, et la sanction est tout à fait inhabituelle en droit de la concurrence déloyale. Dans la pratique, seules quelques-unes des nombreuses sanctions existantes sont fréquemment appliquées dans les affaires de concurrence déloyale. C'est ainsi que les *jugements déclaratifs*, c'est-à-dire des jugements reconnaissant que le demandeur a le droit d'accomplir tel ou tel acte ou que le défendeur n'a pas le droit d'accomplir tel ou tel acte, sont rares en concurrence déloyale.

a) **Décisions d'injonction**

139. Dans la pratique, il est surtout demandé au tribunal de prescrire des mesures par voie d'ordonnance (*injunction*). L'ordonnance peut être *définitive*, mais elle est le plus souvent *provisionnelle*. C'est le moyen d'action qui a la préférence du demandeur, car il permet de faire cesser l'acte incriminé, même si le préjudice reste difficile à prouver. Dans la plupart des cas, l'ordonnance a l'effet d'une interdiction, puisqu'elle enjoint au défendeur de mettre fin immédiatement à un acte de concurrence déloyale donné. Une ordonnance peut être solli-

citée dans les cas où il est probable qu'un acte déloyal va être commis ou se poursuivre, sans que le requérant ait à prouver l'intention frauduleuse ou la mauvaise foi du défendeur, ni son propre préjudice. Lorsqu'un acte déloyal a été commis, les tribunaux présumant généralement qu'il va se poursuivre, sauf si le défendeur s'est formellement engagé à y mettre fin. Dans certains pays, l'ordonnance est assortie d'une *astreinte*⁵⁷. Dans d'autres pays, le refus d'exécuter une ordonnance peut constituer le délit, civil ou même pénal, de « *contempt of court* » (refus d'obéir à une décision d'un tribunal)⁵⁸.

140. L'ordonnance peut s'accompagner d'une injonction faite au défendeur de *remettre les choses dans l'état où elles étaient* avant l'infraction : par exemple, il peut lui être enjoint de faire radier des demandes d'enregistrement ou des enregistrements de marques ou de noms commerciaux, ou de supprimer des indications qui risquent d'induire en erreur ou de créer la confusion, ou de retirer du marché les produits incriminés, ou encore de remettre à la justice ou de détruire les produits illicites ou le matériel publicitaire. Les tribunaux ont recours à ce type d'injonction lorsque les conséquences des actes de concurrence déloyale ne peuvent pas être effacées par une ordonnance de cessation. Dans les cas flagrants de concurrence déloyale, ils peuvent également enjoindre au défendeur de divulguer sa source d'approvisionnement ou de remettre une liste des clients fournis. En application de certaines lois, comme la loi hongroise de 1990 sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, la destruction des instruments spéciaux qui ont permis de fabriquer les produits incriminés peut être ordonnée dans certains cas. En général, le choix des mesures à ordonner est laissé à l'appréciation souveraine des tribunaux, car ces mesures doivent être proportionnées à la gravité de la déloyauté manifestée dans le cas d'espèce, et le tribunal doit donc peser tous les intérêts en jeu.

b) Dommages-intérêts

141. Tous les pays prévoient la possibilité de réclamer des dommages-intérêts. Toutefois, contrairement à ce qui se passe lorsqu'il sollicite une ordonnance, le demandeur doit généralement, lorsqu'il

⁵⁷ Notamment en Allemagne et aux Pays-Bas.

⁵⁸ Notamment en Australie, aux Etats-Unis d'Amérique, en Inde et au Royaume-Uni.

demande des dommages-intérêts, rapporter la preuve de la *faute ou de l'intention frauduleuse*, ou du moins de la *négligence ou de l'imprudence* du défendeur. Cela est évident en France, où, bien que l'article 1382 du Code civil fasse du préjudice une condition de la responsabilité civile, les tribunaux font preuve d'une grande tolérance dans la reconnaissance de l'existence du préjudice, et même du préjudice potentiel; comme le préjudice réel est en général difficile à prouver, les juges condamnent souvent le coupable au versement d'un franc symbolique de dommages-intérêts, en même temps qu'ils lui ordonnent de cesser l'acte incriminé. Parfois est instituée une présomption réfragable de négligence pour les actes de concurrence déloyale, par exemple à l'article 2600.3) du Code civil italien. L'intéressé doit alors établir sa bonne foi en montrant que, bien qu'il ait fait preuve de la diligence voulue, il n'a pas pu savoir qu'il s'agissait d'un acte de concurrence déloyale. En général, la réparation des dommages dus à la concurrence déloyale est purement pécuniaire mais, dans certains cas, par exemple s'il y a eu publication diffamatoire ou atteinte aux droits de la personnalité, une réparation peut aussi être obtenue pour le préjudice moral. Dans tous les cas, la demande d'indemnisation doit s'appuyer sur la preuve d'une perte pécuniaire réelle et évaluable.

142. *Les préjudices pécuniaires* qui peuvent être réparés sont divers. Les plus courants sont le *manque à gagner* et le préjudice causé par la *désorganisation du marché du demandeur*. Dans certains pays⁵⁹, le demandeur peut, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, obtenir le versement non pas de dommages-intérêts correspondant à son préjudice, mais des *bénéfices réalisés par le défendeur*; celui-ci perd ainsi les gains que lui ont effectivement procuré ses actes déloyaux et, dans certains pays, il peut être condamné à verser un montant supérieur à celui de la perte subie par le demandeur. Le montant des bénéfices peut également servir à évaluer le manque à gagner de ce dernier⁶⁰. Il existe un autre type de dommages-intérêts, surtout connu aux Etats-Unis d'Amérique et dans la plupart des pays du Commonwealth : ce sont les dommages-intérêts *sanction (punitive damages)*, qui viennent *s'ajouter* au montant prévu à titre de réparation du préjudice en cas de malveillance caractérisée. Dans les cas extrêmes, le montant des dommages-intérêts peut même être triplé (*treble damages*). Dans d'autres pays, la malveillance ou l'intention de nuire peut influencer

⁵⁹ Dont l'Espagne, le Royaume-Uni et la Suisse.

⁶⁰ Notamment au Japon.

sur le montant des dommages-intérêts alloués par le tribunal. Enfin, dans les cas flagrants de concurrence déloyale, la partie qui triomphe peut, si le tribunal en décide ainsi, se faire payer par son adversaire ses *frais d'avocat et d'expertise* (les frais de procédure, eux, sont généralement fixés par le tribunal au moment du jugement), si cela est jugé nécessaire pour empêcher d'autres infractions ou la désorganisation du marché. Cette possibilité est d'une importance considérable, car c'est seulement dans quelques pays que les frais d'avocat et autres frais doivent ainsi être payés par la partie perdante.

143. En règle générale, les dommages-intérêts sont considérés uniquement comme un moyen d'*indemnisation*, c'est-à-dire que le demandeur doit se retrouver dans la situation qui aurait été la sienne si l'acte déloyal n'avait pas été commis. Toutefois, leur *montant* est souvent difficile à évaluer avec précision. Pour le manque à gagner, par exemple, les conditions de preuve sont parfois rigoureuses. Même dans les cas d'atteinte à des droits privatifs de propriété intellectuelle, il est rare que le calcul des dommages-intérêts donne lieu à des recherches approfondies, et les parties optent généralement pour un arrangement à l'amiable une fois la responsabilité établie. Très souvent aussi, dans ces cas, le montant des dommages-intérêts est calculé sur la base des redevances qui auraient été perçues s'il y avait eu un contrat de *licence*. La doctrine reproche à cette méthode de ne pas être suffisamment dissuasive. En concurrence déloyale, elle ne serait acceptable que pour les cas qui s'apparentent à la violation d'un droit de propriété industrielle et pour les cas classiques de *passing-off*, où les parties en cause sont des concurrents directs. Le montant des dommages-intérêts alloués par les tribunaux peut donc varier sensiblement.

c) Rectification; publication du jugement

144. Une autre sanction est prévue dans presque tous les pays : la diffusion d'une rectification ou la publication du jugement condamnant le défendeur. Dans certains pays d'Asie, la rectification peut prendre la forme d'une *lettre d'excuses* publiée dans des quotidiens. Autre type de rectification souvent utilisé (par exemple aux Etats-Unis d'Amérique) : la *publicité rectificative*. La diffusion d'une rectification est généralement ordonnée en cas de tromperie ou de dénigrement, mais elle peut aussi constituer une sanction appropriée dans d'autres cas de publicité déloyale. Dans certains pays, le tribunal peut aussi ordonner la

publication du jugement aux frais du défendeur. Ces deux types de sanctions peuvent être demandés *en sus* de l'ordonnance de cessation et, dans la plupart des pays, indépendamment de la réparation du dommage.

2) *Le droit d'agir*

145. Comme on l'a vu plus haut, la protection contre la concurrence déloyale sert non seulement les intérêts des concurrents, mais aussi ceux des consommateurs et du public. Par conséquent, il est essentiel, pour l'efficacité du droit de la concurrence déloyale, que le droit d'agir *ne soit pas réservé aux concurrents*, même si ceux-ci constituent peut-être le groupe le plus puissant à pouvoir invoquer la loi. Mais il n'est pas nécessaire que tous les opérateurs du marché aient le droit d'agir à titre *individuel* devant les tribunaux civils. Comme tout acte de concurrence a une influence directe sur la situation économique des *concurrents*, on ne peut en tout cas raisonnablement priver ceux-ci de leur droit fondamental de poursuivre en justice un concurrent déloyal. Cependant, dans beaucoup de pays, la capacité d'agir n'est pas subordonnée à l'existence d'une relation de concurrence directe dès lors que les conséquences indirectes de l'acte déloyal *affectent* sérieusement la position des autres concurrents, notamment sur des marchés parallèles ou secondaires. C'est pourquoi, dans la plupart des pays, l'exigence est limitée à l'existence de relations de concurrence *potentielles*. En outre, dans les pays où la protection contre la concurrence déloyale repose essentiellement sur les règles de la responsabilité civile, toute personne dont les intérêts risquent d'être lésés, et notamment le *consommateur individuel*, peut normalement agir en justice : dans ces pays⁶¹, aucune relation de concurrence, même potentielle, n'est exigée. Diverses lois récentes donnent aussi le droit d'agir au consommateur individuel, mais l'importance des frais de justice peut dissuader celui-ci d'exercer ce droit. Aussi la plupart des actions introduites par des consommateurs à titre individuel le sont-elles devant les organes d'autodiscipline qui offrent une procédure dont le règlement, le coût et les conditions sont moins impressionnants.

146. Outre qu'elles ont de plus en plus tendance à considérer les intérêts des consommateurs comme un des objets de la protection

⁶¹ Notamment en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

contre la concurrence déloyale, les lois adoptées récemment dans ce domaine confèrent aux *associations de consommateurs* le droit de requérir la cessation des actes déloyaux. En vertu de l'article 10^{ter} de la Convention de Paris, les Etats membres doivent prévoir des mesures pour permettre aux syndicats et associations représentant les industriels, producteurs ou commerçants intéressés d'agir en justice, dans la mesure où la loi du pays dans lequel la protection est réclamée le permet. Certains domaines de la protection des consommateurs étant entrés dans le droit de la concurrence déloyale, les associations de consommateurs devraient également pouvoir invoquer la protection de la loi contre les violations intervenant dans ces domaines. La directive de la CEE sur la publicité trompeuse dispose par exemple que les organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime doivent pouvoir intenter une action contre la publicité trompeuse soit devant les tribunaux, soit devant un organe administratif compétent pour statuer sur les plaintes ou pour engager les poursuites judiciaires appropriées. En outre, dans certains pays, certains fonctionnaires ou organismes publics sont habilités *par la loi* à intenter une action devant les tribunaux au nom des consommateurs : c'est le cas de l'Ombudsman des consommateurs en Suède et en Norvège et du Bureau fédéral de la consommation au Mexique.

147. Il y a *différentes* façons de conférer le droit d'engager une action civile. Par exemple, pour empêcher que l'on abuse de ce droit, certains pays l'ont réservé aux organisations qui ont *pour objet statutaire* de protéger leurs membres contre la concurrence déloyale, ou qui sont officiellement agréées en tant qu'associations de consommateurs. Bien que, généralement, l'existence d'un préjudice subi par certains de leurs membres ne soit pas une condition de leur action, les sanctions qu'elles peuvent obtenir se limitent généralement à une décision d'*injonction* ou à la *diffusion d'une rectification* en cas de publicité mensongère, et il est très rare qu'elles puissent réclamer des dommages-intérêts au nom de leurs membres.

148. L'attitude adoptée à l'égard d'*autres organisations*, comme les groupements professionnels, est beaucoup moins uniforme. Dans certains pays, ces organisations ont qualité pour agir lorsque leur objet statutaire est gravement menacé par l'acte déloyal en question⁶². Dans d'autres pays, il faut que certains de leurs membres aient subi un pré-

⁶² Notamment en Allemagne, en Belgique, en France et en Italie.

judice et leur aient cédé leurs droits⁶³; dans d'autres encore, elles n'ont pas du tout le droit d'agir en justice⁶⁴. Aux Etats-Unis d'Amérique, les *actions* dites *collectives* sont admises. Enfin, les *organes* chargés du contrôle de la concurrence et qui sont soit des organismes semi-publics ou publics⁶⁵, soit des organismes d'autodiscipline⁶⁶, peuvent parfois intenter l'action civile.

3) *Administration de la preuve du caractère déloyal de l'acte et mesures conservatoires*

149. Souvent, l'action en concurrence déloyale échoue pour *défait de preuve* du caractère déloyal de l'acte incriminé. Il existe un moyen informel mais souvent utilisé de constituer cette preuve : c'est de passer une « commande piège » sous un nom d'emprunt, de manière à acquérir les produits en cause et obtenir ainsi, éventuellement, une preuve évidente du caractère déloyal d'au moins une partie de l'acte. Pour les actes tendant à induire en erreur ou à discréditer le concurrent, c'est parfois au défendeur qu'incombe la charge de la preuve, car il est censé pouvoir accéder facilement aux informations qui permettront d'étayer ses déclarations. La plupart des pays ne prévoient pas de règles de preuve particulières, car ils n'ont pas jugé utile de le faire au moment de l'adoption des lois sur la concurrence déloyale : ce sont alors les *règles générales de la procédure civile* qui s'appliquent. La pratique peut toutefois varier considérablement d'un pays à l'autre. Certains codes de procédure prévoient des mesures adéquates pour l'obtention des preuves, comme la communication des pièces, les expertises ou l'audition de témoins, mais ces mesures servent seulement à prouver le préjudice, et non pas l'acte déloyal proprement dit. Certains pays⁶⁷ autorisent la *saisie conservatoire* ou provisoire des produits, mais souvent à seule fin de garantir l'indemnisation, les produits saisis étant destinés à être vendus, ce qui n'est évidemment pas dans l'intérêt du défendeur.

⁶³ Notamment aux Pays-Bas.

⁶⁴ Notamment au Japon.

⁶⁵ Notamment en France, en Hongrie, en Inde et au Royaume-Uni.

⁶⁶ Notamment au Royaume-Uni.

⁶⁷ Dont la Belgique et les Pays-Bas.

150. La plupart des mesures prévues par les règles de procédure civile ne peuvent être ordonnées que *pendant le procès*, et rares sont les pays où ces règles de procédure permettent d'obtenir des preuves *ex parte*, c'est-à-dire sans que le défendeur soit avisé au préalable ou avant que le procès ait commencé. Toutefois, comme pour les actions en contrefaçon, il y a une tendance générale à prévoir un maximum de mesures très larges permettant de recueillir des preuves avant que le défendeur ne puisse les faire disparaître, mais aussi d'identifier les fournisseurs (ou d'autres personnes ayant inconsidérément participé à l'acte déloyal), ce qui est particulièrement important en cas de confusion, d'appropriation abusive et d'abus de secrets d'affaires. Un exemple de la prise de conscience par les législateurs de la nécessité de prévoir des moyens de preuve appropriés est l'article 24 de la nouvelle loi espagnole de 1991 sur la concurrence déloyale, qui prévoit la possibilité pour une partie de demander au tribunal d'ordonner toutes les mesures utiles pour établir les faits dont la connaissance est nécessaire à l'ouverture de la procédure, y compris (en vertu des règles pertinentes de la loi espagnole sur les brevets) l'inspection des locaux et des instruments incriminés.

151. Autre mesure d'apparition récente, existant au Royaume-Uni et dans les pays qui suivent la tradition juridique britannique : l'*ordonnance Anton Piller*. Cette ordonnance, qui est une création jurisprudentielle, donne au demandeur un moyen de recours avant l'assignation de son adversaire et *sans notification à celui-ci*. Dans cette ordonnance, le tribunal peut interdire la vente, la destruction ou la suppression des produits, autoriser l'avocat du demandeur et quelques autres personnes à pénétrer dans les locaux professionnels du défendeur, et même dans son domicile privé, et à les fouiller, ou exiger que certains documents ou produits soient remis aux personnes chargées de signifier l'ordonnance, ou que soient révélés les noms et adresses des fournisseurs. Il peut également interdire au défendeur de révéler aux tiers l'existence du procès. Pour qu'une telle ordonnance soit rendue, le demandeur doit montrer qu'il dispose d'arguments extrêmement solides et que le montant du préjudice risque d'être considérable. Il doit également fournir au tribunal la preuve que le défendeur est en possession des produits incriminés, et qu'il existe un risque réel que ces produits soient détruits ou disparaissent avant qu'une action en justice (entre les deux parties) ait pu être engagée. Le demandeur doit révéler tous les faits connus de lui, et fournir un cautionnement pour les dommages-intérêts qu'il pourrait avoir à payer au défendeur. Toutefois, cette procédure

se prêtant facilement à des abus, elle a été entourée de conditions très strictes. De plus, la nature de l'ordonnance doit être expliquée clairement à la personne à laquelle elle est notifiée, elle ne doit contenir que les dispositions minimales nécessaires pour atteindre le but recherché, et un relevé détaillé des objets saisis doit être établi par les avocats chargés de l'exécuter.

4) *Procédures accélérées*

152. La plupart du temps, c'est selon une procédure civile ordinaire que les affaires de concurrence déloyale sont portées devant les tribunaux. Toutefois, dans certains pays, certaines sections des tribunaux ou certaines juridictions peuvent avoir compétence exclusive en matière commerciale, par exemple. En tout cas, la protection contre la concurrence déloyale ne peut être efficace que si le coupable présumé peut être actionné selon une *procédure rapide et simplifiée*. C'est pourquoi de nombreux pays ont prévu une procédure accélérée permettant d'obtenir des mesures immédiates. Il existe plusieurs types de mesures provisoires (par exemple pour la rectification d'une publicité mensongère), mais la procédure la plus souvent utilisée dans les cas de concurrence déloyale est celle du *référé* ou, dans les pays anglo-saxons, de l'*interlocutory injunction*. Ces procédures se caractérisent généralement par le délai très bref entre assignation et procès, l'assouplissement des règles de preuve, la simplification des règles de procédure et le délai relativement bref dans lequel la décision est rendue.

153. Pour qu'il y ait procédure de référé, il faut que les circonstances de la cause fassent ressortir non seulement la gravité de l'affaire (et des chances raisonnables pour le demandeur de triompher dans le procès sur le fond), mais aussi la nécessité d'une décision urgente. Cette nécessité peut être déduite de la *probabilité* de la survenance d'*un dommage irréparable* si les actes reprochés au défendeur ne cessent pas immédiatement. La procédure devant être rapide et efficace, les formes sont simplifiées et seul est requis un commencement de preuve, autrement dit des éléments de preuves dont peuvent être tirées des présomptions sérieuses. Ainsi, lorsque les faits ne laissent aucune place au doute et que l'urgence est évidente, les tribunaux ont parfois la possibilité d'ordonner la cessation sans entendre le défendeur. On signalera à cet égard l'existence en droit suisse d'une forme spéciale

de procédure accélérée, qui permet d'ordonner et d'exécuter en quelques heures des mesures provisionnelles tendant à faire retirer temporairement les articles incriminés d'un point de vente, ou même d'une exposition ou d'une vente aux enchères. Mais il ne faut pas non plus que le défendeur soit privé de ses droits lorsque le doute existe. Aussi les tribunaux *pèsent-ils* soigneusement *le pour et le contre* avant de rendre une ordonnance de référé : ils examinent les intérêts des deux parties, les arguments de chacune, et se demandent si la garantie du demandeur serait suffisante pour indemniser le défendeur le cas échéant. Dans certains pays, toute affaire qui a fait l'objet d'une procédure accélérée doit être portée devant un tribunal civil, parfois dans un certain délai, pour être jugée selon la procédure ordinaire.

C. *Sanctions pénales*

154. La plupart des pays prévoient des sanctions pénales pour certains actes de concurrence déloyale, souvent parallèlement aux sanctions civiles, mais parfois à l'exclusion de toute autre sanction, comme dans certains domaines de la *protection du consommateur*. Ces sanctions pénales sont souvent appliquées dans les cas graves de pratiques déloyales et d'utilisation abusive de secrets d'affaires, mais aussi dans des domaines particuliers de la protection des consommateurs, par exemple en cas d'omission ou d'utilisation fallacieuse d'une indication, en particulier pour les boissons et les produits alimentaires. La plupart des sanctions pénales prévues vont de l'amende (parfois sans montant maximum) à l'emprisonnement (généralement pour une période maximale de deux à trois ans). Cependant, lorsqu'il est facile d'obtenir des sanctions civiles et que celles-ci sont efficaces, les sanctions pénales sont moins utilisées dans la pratique. Le principe fondamental du droit pénal étant que seuls les actes précisément définis par la loi sont punissables, les sanctions des violations des dispositions générales sur la concurrence déloyale ne peuvent être que civiles.

155. Dans certains systèmes juridiques⁶⁸, les personnes physiques et les personnes morales ou les organes administratifs peuvent engager des poursuites pénales. Dans certains pays⁶⁹, la victime peut demander

⁶⁸ Notamment au Royaume-Uni.

⁶⁹ Dont l'Allemagne et les Pays-Bas.

une indemnisation, dont le montant est plafonné, dans le cadre de la procédure pénale. La loi française prévoit un mélange intéressant de sanctions pénales et de sanctions civiles, qui permet à la partie lésée par un acte déloyal constituant une infraction pénale de se constituer partie civile et de réclamer des dommages-intérêts sans limite de montant devant la juridiction pénale saisie.

D. *Sanctions administratives*

156. Très souvent, la législation prévoit des sanctions administratives, qui peuvent venir s'ajouter aux sanctions civiles ou pénales prévues par le droit de la concurrence déloyale⁷⁰. La répression de certains agissements répréhensibles nécessite parfois l'intervention des pouvoirs publics lorsqu'il est peu probable que les concurrents s'opposent à ces agissements et que les consommateurs ne sont pas en mesure d'agir en justice. L'existence de plusieurs types de sanctions permet donc de protéger tous les intérêts légitimes. Mais les sanctions administratives peuvent être réservées à certains actes de concurrence déloyale particulièrement préjudiciables à l'intérêt public, par exemple les actes de nature à créer la confusion. Dans certains pays, les organes administratifs ont des pouvoirs discrétionnaires très larges en ce qui concerne le choix et la portée des mesures à appliquer : c'est le cas par exemple de la Commission fédérale du commerce des Etats-Unis d'Amérique.

157. Dans le cadre de la procédure administrative, l'organe responsable est généralement habilité à enquêter sur les entreprises soupçonnées de se livrer à des pratiques commerciales déloyales, et peut ordonner la cessation ou prendre toute autre mesure nécessaire pour qu'il soit mis fin à ces pratiques. Dans certains pays, l'organe administratif peut même être investi de pouvoirs juridictionnels comparables à ceux des tribunaux civils (c'est le cas de la Commission des monopoles et des pratiques commerciales restrictives en Inde et de l'Office de la concurrence économique en Hongrie). Dans d'autres pays, il peut poursuivre au pénal ou au civil les auteurs de tels actes.

⁷⁰ Notamment en Australie, en Belgique, en Bulgarie, en France, en Hongrie, en Inde et en Roumanie.

L'action civile permet d'obtenir une mesure d'interdiction définitive et parfois aussi, mais assez rarement, des dommages-intérêts pour le compte du demandeur (c'est le cas en Hongrie).

158. La réglementation de la concurrence dans l'intérêt public prévoit généralement d'autres sanctions et procédures administratives, notamment dans les dispositions sur le colportage, les produits pharmaceutiques, les ventes-liquidations et les indications devant obligatoirement figurer sur les produits alimentaires et les boissons. Mais ces procédures administratives, qui débouchent normalement sur l'imposition d'une amende, ne peuvent pas être considérées comme des recours ouverts aux concurrents.

E. *Sanctions prévues par les codes d'autodiscipline*

159. Dans certains pays, une très grande proportion des sanctions visant à *protéger les consommateurs* a son origine dans le système d'autodiscipline élaboré par l'industrie publicitaire pour son propre usage⁷¹. Là où ces systèmes fonctionnent de façon satisfaisante, les pouvoirs publics sont beaucoup moins appelés à intervenir dans les secteurs commerciaux ou industriels concernés. Cependant, aux Etats-Unis d'Amérique, la législation antitrust entoure ces sanctions de conditions très strictes pour éviter qu'elles ne soient utilisées pour entraver la concurrence. Les « codes » d'autodiscipline offrent traditionnellement aux concurrents individuels et aux autres opérateurs économiques et consommateurs les mêmes moyens de prévention ou de répression des abus, car ils ne soumettent normalement à aucune restriction l'intérêt pour agir. En outre, les conditions de forme sont peu nombreuses, et les décisions sont prises rapidement.

160. Les plaintes déposées en vertu de ces codes sont examinées par des organes spéciaux qui, comme on l'a vu, peuvent même avoir un caractère semi-public. Ces organes peuvent exiger que la publicité incriminée soit *retirée ou modifiée*, mais les codes d'autodiscipline ne permettent généralement pas de réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice subi. Ils prévoient une autre sanction efficace : la publi-

⁷¹ Notamment en Italie, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

tion de la décision de l'organe de contrôle compétent, avec le nom de l'annonceur en cause. De plus, si les médias concernés ont adhéré à un code d'autodiscipline, ils peuvent décider de ne pas publier le message publicitaire qui a été reconnu violer les dispositions de ce code, et refuser les annonces provenant des agences qui défient l'autorité de l'organe de contrôle. Toutefois, s'il apparaît peu probable que l'annonceur s'incline, ou si l'auteur de la plainte n'obtient pas satisfaction, les décisions de ces organes doivent pouvoir être soumises à un tribunal civil ou administratif. Au Royaume-Uni, par exemple, l'Office des normes publicitaires peut demander à la Direction générale du commerce équitable de solliciter une *final injunction* en vertu du règlement de 1988 sur le contrôle de la publicité mensongère (ou de tout autre texte pertinent) s'il n'arrive pas à convaincre l'annonceur de son tort.

ANNEXE

LISTE DE TEXTES LÉGISLATIFS CONCERNANT LA PROTECTION CONTRE LA CONCURRENCE DÉLOYALE*

Législation nationale

- | | |
|-----------|---|
| Allemagne | <ul style="list-style-type: none">– Loi contre la concurrence déloyale, 1909– Ordonnance relative aux avantages gratuits, 1932– Loi sur les remises (avec décret d'application), 1933– Loi sur les aliments et produits de consommation, 1974– Loi sur la publicité des médicaments, 1975 |
| Argentine | <ul style="list-style-type: none">– Loi n° 22802 sur la loyauté commerciale et règlement d'application, 1983– Code pénal, article 159 |
| Australie | <ul style="list-style-type: none">– Loi sur les pratiques commerciales (articles 1-6, 52-55A, 75B-87A), 1974 |
| Autriche | <ul style="list-style-type: none">– Loi fédérale sur la concurrence déloyale, 1923 |
| Belgique | <ul style="list-style-type: none">– Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, 1991 |
| Bolivie | <ul style="list-style-type: none">– Code de commerce, articles 66 à 71– Code pénal, articles 235 à 238 |
| Brésil | <ul style="list-style-type: none">– Code de la propriété industrielle (loi n° 7903 de 1945), article 178– Code de la propriété industrielle (loi n° 5772 de 1971), articles 2.d) et 128 |

* Ces informations ne sont pas exhaustives. Les titres ne sont pas des traductions officielles.

-
- | | |
|-----------------------|--|
| Bulgarie | - Loi relative à la protection de la concurrence, 1991 |
| Canada | - Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, 1976
- Loi sur la concurrence, 1986
- Loi sur les pratiques industrielles ou commerciales (Ontario), 1974
- Loi sur les pratiques commerciales (Colombie britannique), 1974
- Loi sur les pratiques commerciales déloyales (Alberta), 1975 |
| Chili | - Loi n° 18223 relative à la protection des consommateurs, 1983, article 7 |
| Chine | - Loi sur la protection contre la concurrence déloyale, septembre 1993 |
| Colombie | - Code de commerce (loi n° 410) de 1971, titre I, articles 75 à 77
- Code pénal, articles 236, 238 et 280 |
| Costa Rica | - Convention centraméricaine pour la protection de la propriété industrielle, articles 65 à 71 |
| Danemark | - Loi sur les pratiques de commercialisation, 1974 |
| Egypte | - Loi sur les noms commerciaux, 1951 |
| El Salvador | - Code de commerce, 1970, articles 488 à 497
- Convention centraméricaine pour la protection de la propriété industrielle, articles 65 à 71 |
| Equateur | - Code civil, article 2331 |
| Espagne | - Loi sur la concurrence déloyale, 1991
- Loi générale sur la publicité, 1988 |
| Etats-Unis d'Amérique | - Code des Etats-Unis d'Amérique, titre 15, chapitre 22, 1946 (articles 1125.a) et 1126.h) et i)), « loi Lanham »
- Loi sur la Commission fédérale du commerce, 1914 (article 5a-c)
- Loi type sur les marques pour les Etats, 1964 |

- Loi uniforme sur les pratiques commerciales trompeuses, 1964
 - Loi uniforme sur les secrets d'affaires, 1979
 - Loi uniforme sur les ventes aux consommateurs, 1971
 - Loi du Massachusetts sur la protection des consommateurs, lois générales du Massachusetts, Ch. 93A1
 - Code général de l'industrie et du commerce de l'Etat de New York, 1954 (/ 349-350i, 368a-e)
 - Code des activités industrielles, commerciales et libérales de Californie (/14330/17000, /17200, /17500)
- Ethiopie
- Code de commerce, 1960 (articles 1-149)
- Fédération de Russie
- Résolution n° 835 du Conseil des ministres de l'URSS relative à la suppression des monopoles industriels, 1990
- Finlande
- Loi n° 1061 sur la déloyauté en affaires, 1978
 - Loi n° 38 sur la protection des consommateurs, 1978
- France
- Code civil, article 1382
 - Loi d'orientation du commerce et de l'artisanat (« loi Royer ») n° 73-1193, 1973
 - Loi n° 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, 1978
 - Décret n° 78-464 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23, 1978
 - Loi n° 89-421 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, 1989
 - Loi n° 88-14 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, 1988
 - Décret n° 88-586 portant application de l'article 2 de la loi n° 88-14, 1989
 - Loi n° 92-60 renforçant la protection des consommateurs (publicité comparative), 1992

-
- | | |
|------------|---|
| Grèce | <ul style="list-style-type: none">- Loi n° 146 sur la concurrence déloyale, 1913/1914- Décret n° 5206/89 sur la publicité trompeuse, 1990- Loi sur la protection des consommateurs, 1991 |
| Guatemala | <ul style="list-style-type: none">- Convention centraméricaine pour la protection de la propriété industrielle, articles 65 à 71 |
| Honduras | <ul style="list-style-type: none">- Loi sur la propriété industrielle, 1993, articles 159 à 163 |
| Hongrie | <ul style="list-style-type: none">- Loi sur l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, 1990 |
| Inde | <ul style="list-style-type: none">- Loi sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives, 1969 (articles 1-18, 31-44, 48-67)- Loi sur la protection des consommateurs (avec notifications), 1986- Loi sur les marques, 1958 |
| Irlande | <ul style="list-style-type: none">- Loi sur l'information des consommateurs, 1978 |
| Israël | <ul style="list-style-type: none">- Loi n° 5741 sur la protection des consommateurs, 1981 |
| Italie | <ul style="list-style-type: none">- Code civil (articles 2595-2601), 1942 |
| Jamaïque | <ul style="list-style-type: none">- Loi sur la concurrence déloyale, 1993, article 37 |
| Japon | <ul style="list-style-type: none">- Loi interdisant la concurrence déloyale, 1934- Code civil, articles 703, 704 et 709- Loi interdisant les primes injustifiables et la publicité mensongère, 1962 |
| Luxembourg | <ul style="list-style-type: none">- Loi réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale, 1986 |
| Mexique | <ul style="list-style-type: none">- Loi sur la promotion et la protection de la propriété industrielle, 1991, articles 213 à 227- Loi fédérale sur la protection des consommateurs, 1992, article 32 |

-
- Nicaragua – Convention centraméricaine pour la protection de la propriété industrielle, articles 65 à 71
- Nigéria – Décret relatif aux sociétés et questions connexes, 1990
- Nouvelle-Zélande – Loi sur la loyauté du commerce, 1986
- Paraguay – Loi n° 751 sur les marques, 1979, articles 69 à 72
- Pays-Bas – Code civil, 1992 (articles 6:162 et 6:194 à 6:196)
- Pérou – Loi n° 26122 sur la répression de la concurrence déloyale, 1992
– Normes relatives à la publicité pour la protection des consommateurs, décret-loi n° 691 de 1991
– Loi sur la protection des consommateurs, décret-loi n° 716 de 1991
– Code pénal, 1991, articles 238 à 241
- Philippines – Loi n° 3740 visant à réprimer la publicité frauduleuse, les fausses étiquettes ou marques sur des produits, actions, obligations, etc., 1936
- Pologne – Loi sur la répression de la concurrence déloyale, 1993
- Portugal – Code de la propriété industrielle n° 39679, 1938 (articles 211-213)
- République de Corée – Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, 1986
– Réglementation sur les monopoles et loi sur le commerce loyal, n° 3320 de 1980 (articles 15 et 16)
- Roumanie – Loi sur la répression de la concurrence déloyale, 1991
- Royaume-Uni – Loi sur les descriptions commerciales, 1968
– Loi sur la loyauté du commerce, 1973
– Loi sur la protection des consommateurs, 1987
– Loi sur l'arbitrage des litiges de consommation, 1988

- Loi sur les ventes forcées de produits et services, 1971 et 1975
 - Ordonnance relative aux transactions conclues par les consommateurs, 1976
 - Ordonnance sur les publicités commerciales, 1977
 - Règles relatives à l'annulation des contrats conclus hors des locaux commerciaux, 1987
 - Règlement sur le contrôle de la publicité trompeuse, 1988
- Suède
- Loi sur la protection des secrets d'affaires, 1990
 - Loi sur les pratiques commerciales, 1975
 - Loi n° 1418 sur la distribution commerciale, 1975
- Suisse
- Loi fédérale contre la concurrence déloyale, 1986
- Venezuela
- Loi visant à promouvoir et protéger l'exercice de la libre concurrence, 1991, article 17
- Zaïre
- Ordonnance législative n° 41/63 réprimant la concurrence déloyale, 1950

Législation régionale

- Communautés européennes
- Directive 84/450 du Conseil sur la publicité trompeuse, 1984
 - Proposition de directive du Conseil concernant la publicité comparative et modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse, 1991

Accord relatif à la création d'une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, annexe V, article 17; Bangui, 1977

Convention générale interaméricaine pour la protection des marques de fabrique et commerciale, articles 20 à 23; Washington, 1929

Convention centraméricaine pour la protection de la propriété industrielle, articles 65 à 71; 1968.

