

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THÈSE

En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

---

**Présentée et soutenue par :**  
Madame Oumoul Khaïry Ndao

le 14 décembre 2015

**Titre :**  
Le droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale: l'exemple de la France et du Sénégal

---

**École doctorale et discipline ou spécialité :**

ED SJP : Droit

**Unité de recherche :**  
Centre de Droit des Affaires

**Directeur/trice(s) de Thèse :**  
Madame la professeur Alexandra Mendoza-Caminade

**Jury :**  
Monsieur le professeur Jacques Larrieu, Université Toulouse 1 Capitole  
Examineur  
Madame la professeur Pascale Tréfigny, Université Pierre-Mendès France de Grenoble  
Rapporteur  
Monsieur le professeur Abdoulaye Sakho, Université Cheikh Anta Diop de Dakar  
Rapporteur

Imprimer le formulaire

**L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions  
particulières du candidat**

# Remerciements

**Je remercie :**

-Ma directrice, **Madame la professeur Alexandra Mendoza-Caminade**, pour avoir accepté d'encadrer ce travail. La confiance dont elle m'a témoignée, ses directives, sa disponibilité et ses encouragements ont fortement déterminés la réalisation de cette thèse.

-Monsieur le professeur **Abdoulaye Sakho** dont l'aide a été précieuse dans le bon déroulement de mes voyages de recherche au Sénégal.

-mes relecteurs et correcteurs, spécialement les Philippon, Collet et Niang

-Monsieur le professeur Moussa Thioye de l'Université Toulouse 1 Capitole pour ses encouragements;

-Monsieur le professeur Mouhamed Bachir Niang de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar pour son soutien;

-Madame la professeur Amsatou Sow Sidibé de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar pour ses orientations.

-mes chers collègues des bibliothèques universitaires de l'UT1 et ceux de la bibliothèque municipale José Cabanis de Toulouse

*A ma chère mère, qui fut une honnête et brave commerçante.*

*A mon père, à toute ma famille.*

*A mes amis.*

# Sommaire

PARTIE PREMIERE : LE DROIT COMPARE DE LA POURSUITE JUDICIAIRE EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE .....	33
TITRE PREMIER : LE CADRE ORDINAIRE DE MISE EN ŒUVRE DES ACTIONS EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE .....	35
<b>Chapitre premier : Les personnes et les tribunaux des actions judiciaires comparées en contrefaçon et en concurrence déloyale .....</b>	<b>37</b>
<b>Chapitre second : Identification du contenu des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale en droit comparé .....</b>	<b>71</b>
TITRE SECOND : LE CADRE ANNEXE A LA CONTREFAÇON ET A LA CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE .....	137
<b>Chapitre premier : Les procédures accessoires à l'action en contrefaçon en droit comparé .....</b>	<b>139</b>
<b>Chapitre second : Le parasitisme économique ou un troisième degré de protection des droits immatériels ? .....</b>	<b>185</b>
PARTIE SECONDE : LES SANCTIONS DU DROIT COMPARE DES ACTIONS EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE .....	233
TITRE PREMIER : LES EFFETS DES ACTIONS EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE FRANÇAIS ET SENEGALAIS .....	235
<b>Chapitre premier : Le résultat de l'action pénale en contrefaçon en droit comparé.....</b>	<b>237</b>
<b>Chapitre second : Les mesures civiles des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale.....</b>	<b>271</b>
TITRE SECOND : LE CONCOURS DES SANCTIONS DE CONTREFAÇON ET DE CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE.....	331
<b>Chapitre premier : La complémentarité des sanctions de contrefaçon et de concurrence déloyale.....</b>	<b>333</b>
<b>Chapitre second : Les sanctions subsidiaires de la concurrence déloyale et du parasitisme .....</b>	<b>379</b>
CONCLUSION GENERALE .....	417
<b>Bibliographie .....</b>	<b>421</b>
<b>Index.....</b>	<b>443</b>
<b>Annexes .....</b>	<b>447</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>455</b>



# Liste des principales abréviations

ADPIC	Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
Al.	Alinéa
Art.	Article
ASPIT	Agence Sénégalaise pour la Propriété Industrielle et l'Innovation Technologique
BNLCP	Brigade Nationale de Lutte contre la Piraterie et la Contrefaçon
BSDA	Bureau Sénégalais du Droit d'Auteur
c. /	Contre
CA	Cour d'appel
Cass. com.	Chambre commerciale de la cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la cour de cassation
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
Comm.	Commentaire
Comm.Com.électr.	Revue Communication-commerce électronique
Cont.Conc. Cons. :	Revue Communication-commerce électronique
CPI :	Code de la propriété intellectuelle
Dalloz	Recueil Dalloz
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais



Ibid.	Au même endroit dans l'ouvrage précédent
INPI	Institut National de la Propriété industrielle
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP G	Revue de la semaine juridique, édition générale
JCP E	Revue de la semaine juridique, édition Entreprises et Affaires
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
obs.	Observation
OAPI	Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle
Op. cit.	Ouvrage précédemment cité
PIBD	Propriété industrielle Bulletin documentaire
Préc.	Précédent
Propr. Intell.	Revue des propriétés intellectuelles
Propr. Ind.	Revue Propriété industrielle
RDC	Revue de droit des contrats
RDPI	Revue du droit de la propriété intellectuelle
Rép. civ.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil
Rép. com.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial
Rép. proc. civ.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile
RIPIA	Revue international de la propriété industrielle et artistique
Rldc	Revue Lamy droit de la concurrence
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
RTD civ.	Revue trimestriel de droit civile
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant

somm.	Sommaire
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance



# Introduction

1. L'émergence du capitalisme a eu pour conséquences la production et la consommation de masse, phénomènes qui datent de la révolution industrielle<sup>1</sup>. Il s'en est suivi un accroissement considérable des échanges économiques<sup>2</sup>. La mondialisation a en outre amplifié leurs effets dans nos sociétés contemporaines<sup>3</sup>. Elle est assimilée à ce titre, à un : « phénomène étroitement lié à la libéralisation des marchés et à l'abolition des frontières nationales »<sup>4</sup>. Il s'avère que le développement des échanges s'est accompagné d'un véritable bouleversement social<sup>5</sup>. Ce dernier se manifeste par un changement de mœurs qui se reflète par la suite au niveau des différentes structures sociales, dont le milieu des affaires<sup>6</sup>.

2. Comme le précise justement Ripert, le capitalisme est de nature libérale<sup>7</sup>. La mise en place de son régime prend source dans le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

---

<sup>1</sup> K. Marx, *Le capital: critique de l'économie politique*, Livre III, 1867 : « *Si le marché mondial sert de base à la production capitaliste, inversement cette dernière (...) pousse à une extension continue du marché mondial* » ; L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, p. 37 : « *Des différentes caractérisations du capitalisme (ou souvent aujourd'hui des capitalismes) depuis un siècle et demi nous retiendrons une formule minimale mettant l'accent sur une exigence d'accumulation illimitée du capital par des moyens formellement pacifiques* » ; M. Beau, *Histoire du capitalisme*, éd. Seuil, 2010, p. 18 : « (...) *le capitalisme est principalement une logique sociale complexe, porteuses de forces transformatrices, qui a émergé encore d'une manière invisible aux XV-XVIe siècles, s'est imposée au XIXe à travers l'industrialisation et tend aujourd'hui à dominer la plupart des sociétés et le monde* » ; selon une découverte récente, l'origine du capitalisme pourrait être datée du 14<sup>e</sup> siècle, période à travers les premières sociétés par action de Toulouse: <http://www.ladepeche.fr/article/2015/07/18/2145933-est-toulouse-est-capitalisme-xive-siecle.html>.

<sup>2</sup> G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1951, n° 2 : « (...) *on peut dater l'avènement du régime capitaliste en France de la Révolution de 1789. En détruisant l'ordre ancien qui aurait pu s'opposer au développement du capitalisme, elle a permis la création d'un régime nouveau qui devait en assurer le triomphe* ».

<sup>3</sup> P. Boccara, *Transformations et crise du capitalisme mondialisé, Quelle alternative ?*, 2<sup>e</sup> éd., éd. Espère et le Temps des Cerises, 2009, p. 262.

<sup>4</sup> C. Deliyanni-Dimitrakou, *Le droit comparé à l'épreuve du pluralisme juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 27.

<sup>5</sup> Ph. Hugon, « *Crise et mondialisation, la place du second monde émergent et du Tiers monde* », in W. Andreff, *La mondialisation stade suprême du capitalisme ?*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 243 ; J.-P. Zanco, *La mondialisation*, éd. Rue des écoles, 2015, p. 24 et s.; R. Reich, *L'économie mondialisée*, Dunod, 1997 ; E. Milliot et N. Tournois (coordonné par), *Les paradoxes de la globalisation des marchés*.

<sup>6</sup> W. Andreff, *Ibid.*

<sup>7</sup> L'Afrique n'échappe pas à cette tendance libérale mais elle apporte des enjeux spécifiques sur le plan international. V. en ce sens F. Ferdinand Bakoup, *L'Afrique peut-elle gagner sa place dans la mondialisation ?* l'Harmattan, 2009, p. 228 : « (...) *l'ouverture aux échanges permet à un pays d'adopter les méthodes modernes de gestion grâce aux nombreux contacts avec le monde extérieur, notamment les firmes internationales qui sont supposées être à l'avant-garde de la technologie et des méthodes modernes de gestion* » ; S. Brunel, *L'Afrique, un continent en réserve de développement*, éd. Bréal, 2004, p. 192 : « *Loin de la vision d'une Afrique en décomposition, que tend à accréditer tout un discours extrêmement défaitiste* ».

Ce dernier a consacré la liberté d'entreprendre<sup>8</sup>. Cette idée de libéralisation des affaires continue de nos jours à teinter d'une manière forte les activités économiques<sup>9</sup>.

3. Le processus de mise en œuvre du libéralisme peut dans certains cas, être en contradiction avec le principe du respect de la propriété<sup>10</sup>. Il a donc fallu que le droit vienne encadrer la pratique économique afin de permettre de concilier ces deux réalités<sup>11</sup>. La nécessité d'une telle intervention tire son origine du « *contrat social* », qui, tel que relaté par Rousseau devait allier la réalisation de l'individu dans le cadre de l'intérêt général du groupe<sup>12</sup>. Cette situation devait induire l'aliénation d'une partie de la liberté de l'individu au profit de l'ordre social<sup>13</sup>.

4. C'est dans le sens même du respect du droit de la propriété ainsi que la promotion de la liberté d'entreprendre, que se situe la justification de la protection des droits de propriété intellectuelle<sup>14</sup>. Cette dernière est aujourd'hui fortement impliquée dans la recherche de compétitivité des entreprises, qui cherchent à protéger leurs innovations créatrices de valeurs, contre les usurpateurs<sup>15</sup>. Elles sont constitutives de prérogatives permettant aux inventeurs ainsi qu'aux créateurs, de bénéficier d'une exclusivité dans

---

*sur le continent propagé autant par les agences d'aides internationales et les ONG, qui plaident ainsi pour leurs programmes, que par certains chefs d'Etats africains, soucieux de négocier annulation de dette, traitement de faveur dans les négociations internationales, et assistance financière, il faut au contraire insister sur les potentialités immenses et encore inexploitées de ce continent « en réserve de développement », pour paraphraser une formule employée à propos de l'agriculture » ; E.-M. Ndiaye, l'économie sénégalaise : Enjeux et problématiques, éd. l'Harmattan, 2010, p. 17 : « (...) avec le nouvel ordre mondial, la position de l'Afrique n'est pas favorable, la réussite économique des pays riches repose sur les débouchés de leur production et l'Afrique est une cliente très significative des industries occidentales ».*

<sup>8</sup> G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit., p. 12. Selon ses dispositions : « *A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

<sup>9</sup> C. Jessua, Le capitalisme, PUF, 2001, p. 53.

<sup>10</sup> F. Danos, Propriété, possession et opposabilité, *Economica*, 2007, n°167 : « *La propriété se définit comme l'attribution privative d'une chose à une personne afin que cette personne, à qui est attribuée la chose, par opposition à ceux qui en sont exclus, puisse en jouir, tirer profit de toutes ses utilités, pleinement et efficacement* ».

<sup>11</sup> F. Orsi et J.B. Zimmermann, « Propriété intellectuelle et globalisation : des TRIPS au modèle open-source. Les exemples des médicaments et du logiciel », in W. Andreff (Sous la direction de), *La mondialisation stade suprême du capitalisme ?*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2013, p. 193.

<sup>12</sup> J.-J. Rousseau et B. Bernardi (Contributions), *Du contrat social*, Flammarion 2012.

<sup>13</sup> A. Bertrand, *Droit français de la concurrence déloyale*, Cédat, 1998.

<sup>14</sup> J. Julien et A. Mendoza-Caminade, *Droit commercial*, LGDJ, 2013, 282 et s. ; D. Fasquelle et alli, *Droit de l'entreprise 2014-2015*, 19<sup>e</sup> éd., éd. Wolters kluwer, 2014, n° 1688.

<sup>15</sup> J. Gasbaoui, « La valeur comptable de l'innovation », in J. Mestre (Sous la direction de), *Droit et innovation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 61 : « *Pour de nombreuses entreprises l'innovation est la clé de leur réussite. Leur capacité à innover va déterminer leurs résultats futurs. Partant donner une image fidèle de leur situation financière implique d'informer sur l'innovation* ».

l'exploitation de leurs créations intellectuelles<sup>16</sup>. La protection de ces derniers est en relation avec un paramètre important du système capitaliste et qui est en l'occurrence la promotion de l'innovation. Cette dernière est définie comme consistant en : « l'introduction d'une idée nouvelle dans un domaine de la vie économique et sociale »<sup>17</sup>. Cet état de fait entraîne que la propriété intellectuelle présente au-delà du souci de préservation du bien individuel, un caractère d'intérêt général<sup>18</sup>.

5. Il en découle que le législateur, a dans certains pays, pris le soin d'ériger un corps de règles destiné à la fois à encourager la recherche et l'innovation, mais également la défense judiciaire des fruits provenant de ces dernières<sup>19</sup>. C'est dans cette perspective, qu'il s'est opéré un certain interventionnisme qui se manifeste notamment par la création de différentes infractions destinées à organiser et encadrer la mise en œuvre des droits intellectuels<sup>20</sup>.

6. La protection des droits intellectuels par les actions judiciaires en contrefaçon et en concurrence déloyale répond à deux paramètres clés du droit économique. Il s'agit de la protection des biens et la recherche d'une loyauté dans la pratique des affaires<sup>21</sup>. Ces deux notions peuvent résumer la nécessité d'une intervention de l'autorité étatique dans l'économie pour réguler les comportements antisociaux<sup>22</sup>. La

---

<sup>16</sup> Y. Moulier Boutang, « Innovation/Mondialisation: Le droit de la propriété intellectuelle à la croisée des chemins », J. Mestre (Sous la direction de), op. cit. p. 125.

<sup>17</sup> E. Cohen, in Y. Moulier Boutang, op. cit. p. 206.

<sup>18</sup> Il convient de rapprocher l'intérêt économique de ces types de droits subjectifs que l'on nomme propriété intellectuelle de l'ordre concurrentiel. Les économistes font le lien entre la nécessité de l'innovation par la mise en place de services de Recherche/Développement dans les entreprises. Ce dernier point devrait favoriser le marché de telle sorte que la croissance économique en serait améliorée. V. en ce sens, J. Tirole, *Théorie de l'organisation industrielle*, t. 2, Economica, 1998, p. 379 : « (...) *En raison de ce rôle central, une attention particulière devrait être accordée aux mécanismes incitant les firmes à innover et à adopter de nouvelles technologies.*

*On distingue habituellement trois niveaux de recherche : la recherche fondamentale dont l'objectif est de produire des connaissances de base (elle est faite principalement dans universités et dans des organismes publics) ; la recherche appliquée associée à l'ingénierie ; et le développement qui amène produits et processus au stade commercial. Ensuite vient une étape post-recherche pendant laquelle l'innovation se diffuse dans l'industrie par licences, imitation d'innovations brevetées, ou adoption d'innovations non brevetées ».*

<sup>19</sup> B. Warusfel, « La propriété intellectuelle comme politique publique », in *Mélanges en l'honneur de Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, 2014, p. 391 ; Ph. le Tourneau, *l'Éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000, n° 113, 181.

<sup>20</sup> P. Tafforeau et C. Monnerie, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4<sup>e</sup> édition, Gualino éd., 2015, n° 17 et s..

<sup>21</sup> F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 43 ; A propos de l'exigence de loyauté, il a été soutenu que : « *le commerçant a essayé de protéger sa propriété contre les méfaits de la liberté. Il a tout d'abord exigé la loyauté et l'action en concurrence déloyale lui a été donnée pour défendre son droit* » : G. Ripert, op. cit, n°86.

<sup>22</sup> L'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Aout 1789 dispose à ce propos que : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

mise en place d'une responsabilité civile ou pénale engagée dès lors qu'il y aurait atteinte à l'une de ces exigences phares constitue la raison d'être des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale en droit français et sénégalais<sup>23</sup>. M. le Tourneau définit ce terme comme « *l'obligation de réparer le dommage causé à autrui, dont un intérêt légitime a été injustement lésé par un acte contraire à l'ordre juridique (donc par un acte illicite)* »<sup>24</sup>. Les effets produits par cette responsabilité visent à corriger le déséquilibre ainsi créé par les délits occasionnés<sup>25</sup>. Le résultat des actions judiciaires consacrées peut concerner autant la prévention, la cessation de l'illicite, la répression, que la réparation des conséquences négatives de l'une de ces infractions<sup>26</sup>.

7. Contrairement à ce qui est clamé par Joseph Proudhon, dans son célèbre ouvrage, et consistant en l'affirmation suivante : « *la propriété c'est le vol* », l'idée du contentieux de la propriété intellectuelle serait plutôt renfermée dans la formule opposée : « *l'usage illicite d'une propriété est du vol* »<sup>27</sup>. L'appropriation exclusive est de ce fait, un principe essentiel de l'étude du régime de la contrefaçon, au sens de l'article 544 du Code

---

<sup>23</sup> S. Rétif, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 101 : « Droit à Réparation », 3 juin 2015, n°1 : « *la responsabilité désigne en droit civil l'obligation de répondre, d'être garant de ses actes, de réparer les dommages causés à autrui* » ; G. Viney, Traité de droit civil, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1995, n°1. Cette responsabilité est dite délictuelle dans le cadre des actions civiles en contrefaçon et en concurrence déloyale, c'est pourquoi c'est ce régime qui s'applique lorsque la victime saisit les juridictions civiles pour que justice soit faite devant un cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ou de déloyauté industrielle et commerciale. Cette définition se confond parfaitement avec les dispositions des articles 1382 du Code civil français ainsi que l'article 118 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales. Ils portent le droit de la responsabilité civile délictuelle, ils prévoient respectivement que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* », « *Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui* » ; M. Viley, « *Esquisse historique sur le mot responsable* », Archives de philosophie du droit, n° 22, Sirey, 1977, p. 55 : « *le droit pénal fut le policier d'une morale hédonistique. Y règnera donc la notion morale de responsabilité. Seul l'individu « responsable » à l'action duquel le délit puisse être « imputé », à la condition qu'il dispose de ses facultés cérébrales, est justifiable d'une peine (...)* Le droit civil des temps modernes a été refondu comme un prolongement de la morale (...) chacun de nous serait obligé s'il a fait tort à son prochain, de « restituer », de remettre les choses en état, de « réparer » tous les dommages commis par sa faute » ; F. Terré, « *Propos sur la responsabilité civile* », Ibid, p. 4 : « *Pour comprendre la responsabilité civile, considérer que celle-ci est fille de la responsabilité pénale* ».

<sup>24</sup> Ph. le Tourneau (sous la direction de), Droit de la responsabilité et des contrats, 10<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2014, n°1.

<sup>25</sup> G. Viney et J. Ghestin (sous la direction de), Traité de droit civil : Les effets de la responsabilité, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2011, n° 2 à 13 : « (...) *la fonction principale de la responsabilité consiste à assurer à la personne lésée la réparation de son dommage. Cette place essentielle de l'idée de réparation ou de compensation s'accompagne d'ailleurs d'une prééminence de fait, sinon de droit, de l'indemnisation pécuniaire* ». Cette tentative judiciaire de compensation du dommage causé est fortement défendue par M.-E. Roujou de Boubée : Essai sur la notion de réparation, thèse, Toulouse, LGDJ, 1974.

<sup>26</sup> G. Viney et J. Ghestin (sous la direction de), Introduction à la responsabilité, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n° 36 à 37.

<sup>27</sup> P. J. Proudhon, Qu'est ce que la propriété ?, Librairie Générale Française, 2009, p. 67; F. Terré et Ph. Simler, op. cit., n° 62, sur l'extension de la notion de propriété aux droits incorporels; C. Atias, Droit civil Les biens, 10<sup>e</sup> éd., Litec, 2009, n° 92 : « *L'approprié, c'est le réservé. L'attribution d'une chose, en propre, à une personne, caractérise la propriété. Elle seule supprime toute concurrence de principe sur la chose qui en est l'objet* ».

civil<sup>28</sup>. On est certes en présence d'une « chose immatérielle » mais la réalité d'une nécessité d'appropriation à l'effectivité de la jouissance du bien intellectuel ne fait aucun doute<sup>29</sup>.

8. En ce qui concerne la concurrence déloyale, nous constatons que certains auteurs placent cette action judiciaire dans le cadre de la protection d'un bien qui se veut être la clientèle<sup>30</sup>. L'idée serait que cette dernière s'assimile à un droit subjectif du commerçant, et la concurrence déloyale permettrait d'en sanctionner le détournement illicite. Dès lors l'assimilation de la fonction de cette infraction à celle du contentieux de la propriété intellectuelle ne fait que renforcer cette position<sup>31</sup>. Au regard de cet élément un rapprochement peut être tenté dans la mesure où la contrefaçon sanctionne l'atteinte illicite d'un droit intellectuel d'autrui<sup>32</sup>.

9. Le principe des deux actions judiciaires répondrait ainsi à la nécessité de la loyauté dans la pratique des affaires<sup>33</sup>. Ce dernier terme se veut être une exigence d'honnêteté appréciée dans le cadre général de la vie, a plus forte raison dans les échanges de natures économiques. S'il semblerait que ce concept est uniquement présent au niveau du contentieux de la concurrence déloyale, ne serait-ce qu'en considération de la terminologie de ce dernier, nous remarquons qu'il peut également être associé à la contrefaçon<sup>34</sup>. Dans cette dernière infraction, la prise en compte de la loyauté apparaît dans

---

<sup>28</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, Les biens, 19<sup>e</sup> éd., PUF, 2000, n° 45 ; F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1998, n° 2, p. 8.

<sup>29</sup> J. Laurent, *La propriété des droits*, LGDJ, 2009, n° 252 ; R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in, Jean Carbonnier et alii, *Le Code de commerce 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297. Cet auteur considère au même titre que M. Laurent, que l'absence de prise en compte du bien immatériel dans le Code civil de 1804 ne fut qu'une marque du contexte économique de l'époque. C'est donc tout naturel que l'on puisse parler de biens intellectuels même si ces derniers ne revêtent pas un caractère matériel.

<sup>30</sup> G. Ripert, *op. cit.*, n° 86. L'auteur déclare à propos de l'action en concurrence déloyale, que : « *Le commerçant qui l'intente défend sa clientèle contre le détournement dont elle est l'objet ; il défend son fonds* » ; G. Ripert et R. Roblot par M. Germain et L. Vogel, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 17<sup>e</sup> éd., 1998, n° 544.

<sup>31</sup> M. A. Frison-Roche, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, 1994, 483 et s.

<sup>32</sup> Y. Reinhard et alii, *Droit commercial*, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, n° 604 : « *L'article L. 145-5 du Code de commerce distingue clientèle et achalandage et la doctrine a parfois été tentée de donner un sens à cette distinction : le mot clientèle désignerait les personnes qui s'approvisionnent habituellement auprès d'un fonds de commerce, en raison de la compétence ou du savoir-faire du commerçant ; l'achalandage serait constitué de la clientèle de passage, attirée par la commodité ou la proximité de l'établissement* ».

<sup>33</sup> M. Toporkoff, *Droit de la concurrence déloyale*, Gualino, 2010, p. 26. En référence à ce principe de loyauté, l'auteur parle notamment de « *morale des affaires* » et de « *morale professionnelle* », dans le sens où la concurrence déloyale vient indiquer une certaine moralité dans la pratique des affaires. Il cite en ce sens la Convention d'Union de Paris de 1883 qui parle notamment « *D'usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* ».

<sup>34</sup> J.-P. Gasnier, « Éthique et propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, *op. cit.*, p. 153.



le souci de faire respecter par autrui la propriété d'un tiers. Il s'agit en l'occurrence du respect de l'exclusivité liée à l'exploitation matérielle ou dans certains cas de la jouissance d'un droit moral lié à la prérogative subjective<sup>35</sup>.

10. **Historique des infractions** : L'origine de la contrefaçon remonterait à plus de 8000 ans<sup>36</sup>. Certains fixent cette période à 1474, période durant laquelle une loi vénitienne consacrait un droit exclusif d'exploitation à un inventeur<sup>37</sup>. D'autres parlent d'une loi de Sybaris qui attribuait déjà, six siècles avant Jésus-Christ, un droit exclusif à l'inventeur d'un plat<sup>38</sup>. La contrefaçon était déjà punie de peine de mort ou encore d'une amputation de la main du contrevenant<sup>39</sup>.

11. En France, sous l'ancien régime, les auteurs bénéficiaient de « *privilèges* » de la part du souverain ou des mécènes<sup>40</sup>. A partir de la révolution industrielle, des lois ont été adoptées et ont accru par la même occasion la légitimité des auteurs ainsi que celle des inventeurs, dans une société qui se veut désormais moderne<sup>41</sup>. Le brevet put de ce fait, bénéficier d'une réglementation de nature législative, notamment avec la loi du 7 Janvier 1791<sup>42</sup>. La durée de protection pour ce droit intellectuel était alors de quinze ans<sup>43</sup>. Plusieurs lois portant sur la propriété intellectuelle ont été adoptées par la suite. Il y eut

---

<sup>35</sup> V. en ce sens, F. Danos, op.cit, n° 4. Cet auteur rejette l'assimilation de la propriété à la seule notion de jouissance dans la mesure où cette dernière pourrait être concédée à l'occasion d'un contrat : « *ni la jouissance effective ni même la possibilité actuelle de jouissance ne caractériseraient la propriété puisque l'une et l'autre peuvent être concédées à un autre que le propriétaire* ».

<sup>36</sup> A. de Bouchony, La contrefaçon, PUF, Collection, 2006.

<sup>37</sup> P. Mathély, le nouveau droit français des brevets d'invention, Librairie du journal des Notaires et des Avocats, 1991, p. 27 : « *le 19 mars 1474, le Conseil des Dix de la République de Venise promulgua un Edit sur le statut des inventeurs* ».

<sup>38</sup> F. et J. M. Wagret, Brevets d'invention, marques et propriété industrielle, 7<sup>e</sup> éd., PUF, 2001, p. 8.

<sup>39</sup> B. Butr Indr., La contrefaçon des droits de propriété intellectuelle : Etude comparative en droit français et thaïlandais, thèse, Paris, 2012, n°1. Nous remarquons que la sanction de l'amputation de la main de l'usurpateur est similaire à celle qui est infligée au voleur dans le sens de la Charia islamique. Par ailleurs cette assimilation de la contrefaçon au vol fait remonter son origine encore plus loin dans le temps d'après les écrits religieux, puisque comme le souligne M. Halpérin, Histoire du droit des biens, Economica, 2008, p. 3-4 : « *Tu ne voleras pas* », le huitième commandement de la Table de la loi (Exode, 20, 15 répété au Lévitique, 19, 11) n'est pas seulement une réponse au péché originel, le vol défendu par Dieu du fruit de l'arbre originel du jardin (Genèse, 3). Cette protection contre le vol constitue, avec l'établissement des juges, une des pièces essentielles de la fondation d'un ordre juridique qui suppose une délimitation des propriétés et l'existence même d'une propriété individuelle ».

<sup>40</sup> P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t. 1, Sirey, 1952, p. 63 : « *Le privilège représentait un avantage économique, mais il reposait sur une concession toujours révocable du prince ; il était considéré comme une véritable faveur, dérogeant au droit commun* ».

<sup>41</sup> La réglementation de la propriété intellectuelle observée sur cette période a été préparée par un droit communautaire en la matière. Il s'agit de La Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, ainsi que de l'Arrangement de Madrid du 14 avril 1891 pour la protection internationale des marques.

<sup>42</sup> P. Roubier, t. 1, op. cit., p. 67.

<sup>43</sup> Ibid.

notamment la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles, les lois n° 64-1360 du 31 décembre 1964 et n° 91-7 du 4 janvier 1991 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service, ainsi que la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'inventions.

12. Sur le plan du droit d'auteur, les arrêts du Conseil du roi des 28 mars et 30 août 1777 consacrent la reconnaissance judiciaire de ces droits<sup>44</sup>. Il en fut de même pour les dessins d'étoffes de soie, par un arrêt du Conseil du roi du 14 juillet 1787<sup>45</sup>. La loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 sur le droit d'auteur et des artistes interprètes fut précédée par la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

13. Ces lois seront abrogées au profit de la loi de codification de la propriété intellectuelle par la loi n° 92-597 du 1<sup>er</sup> Juillet 1992. Cette dernière met en place le Code de la propriété intellectuelle qui regroupe tout le droit français en la matière. Il est organisé sous forme d'articles. Les dispositions de ce dernier ne cessent d'évoluer depuis cette période. Le Code a notamment été renforcé par les lois visant la lutte contre la contrefaçon. On peut citer à cet effet, la loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon, et la loi n° 2014/315 de renforcement de la lutte contre la contrefaçon du 11 mars 2014. Cette dernière fait suite à la loi 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007.

14. La protection s'est étendue de nos jours dans de nouveaux domaines. Il s'agit du droit des Obtentions végétales, le droit des indications géographique ainsi que certaines créations informatiques.

15. En droit sénégalais, le cadre juridique de la lutte contre la contrefaçon est récent, à l'image de la date d'accès à l'indépendance du pays, intervenue le 4 avril 1960<sup>46</sup>. Au niveau interne, le Sénégal a adopté l'ordonnance du 14 avril 1943, créant le Bureau Africain des Gens de Lettres et Auteurs de Conférences. Il sera remplacé, plus tard, par le Bureau Sénégalais du Droit d'Auteur ou BSDA, créé par la loi 72-40 du 8 mai 1972. Ce dernier va favoriser la loi 73-52 du 4 décembre 1973 sur la défense des intérêts moraux et

---

<sup>44</sup> Ibid., p. 66.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> F. K. Camara, « Pour une méthode scientifique de recherche, d'identification et d'interprétation du droit coutumier Négro-africain, in M. Badji et O. Devaux (Sous la direction de), De la justice coloniale aux systèmes judiciaires africains contemporains, Revue de Droit Sénégalais, n°5, novembre 2006, p. 13 et s. A cette époque le législateur sénégalais a tout simplement repris les dispositions juridiques françaises. Cet état de fait n'a pas changé, on parle encore de la très forte ressemblance qui se dégage entre les textes juridiques français et les textes existants dans le droit des pays francophones, notamment le Sénégal. Le droit OHADA qui est venu harmoniser les règles juridiques africaines dans la pratique des affaires n'a pas échappé à cette réalité au même titre que le droit OAPI. Les professionnels du droit continuent encore en ce sens à se poser la question de l'effet de ce mimétisme juridique sur l'efficacité des règles de droits africains.

matériels des auteurs d'œuvres de l'esprit, notamment en ce qui concerne la littérature, la cinématographie, l'audiovisuel et les arts appliqués. Il est important de noter que de nos jours, la lutte contre la contrefaçon menée par le BSDA, est en pratique, fortement liée aux actions de la Brigade Nationale de Lutte contre la Piraterie et la Contrefaçon ou BNCLP. Celle-ci est une antenne spécialisée de la police nationale ayant pour mission, d'assister le BSDA lors de ses actions de contrôle et de recouvrement, menées dans le cadre de la protection de la propriété littéraire et artistique. Elle a été créée en 2006 par le décret n° 2006-1398 et son arrêté ministériel n° 004074 du 4 juin 2007.

16. Le décret 2009-1380 crée l'Agence Sénégalaise pour la Propriété Intellectuelle et l'Innovation Technologique (ASPIT)<sup>47</sup>. Elle consacre la fusion du Service de Propriété Intellectuelle (SPI) et l'Agence Sénégalaise pour l'Innovation Technologique (ASIT). Elle représente au même titre que le BSDA, une antenne nationale de l'OAPI. Elle gère le dépôt d'enregistrement lié à la propriété industrielle et intervient dans la protection de ces droits.

17. Ainsi, au niveau communautaire<sup>48</sup>, le Sénégal a ratifié l'Accord de Bangui, intitulé, Accord relatif à la création d'une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI), conclu à Bangui le 2 mars 1977 puis révisé en 1999<sup>49</sup>. Cet Accord consacre l'uniformisation du droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OAPI. Avant ce texte, les pays africains de la zone franc avaient conclu en 1962 un accord relatif à la création d'un Office Africain et Malgache de la Propriété Intellectuelle (OAMPI), pour protéger sur leurs territoires, les droits de la propriété intellectuelle<sup>50</sup>. Le retrait de Madagascar de ce dernier a entraîné la signature de cet Accord dit de Bangui<sup>51</sup>. Ses dispositions sont d'application directe dans les territoires des pays signataires.

18. Aujourd'hui le Sénégal a ajouté à ces dispositions deux lois destinées à renforcer la protection du droit d'auteur ainsi que celle des technologies de l'information et de la communication. Il s'agit des lois n° 2008-09 du 25 janvier 2009 sur le droit d'auteur et les droits voisins, et n° 2008-11 du 25 janvier 2008 portant sur la Cybercriminalité.

---

<sup>47</sup> [www.aspit.sn](http://www.aspit.sn).

<sup>48</sup> Cet Accord regroupe au total 16 Etats africains.

<sup>49</sup> Cet Accord est aujourd'hui signé par 16 Etats qui sont : le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, Le Centrafrique, le Congo, la Côte-D'ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Niger, le Togo.

<sup>50</sup> R.-C. Mba, La protection des inventions en droit OAPI, Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, thèse, Lille, 2003, p. 26.

<sup>51</sup> A Sakho, « *La protection de la propriété intellectuelle en Afrique* », *Africajuris*, n° 40, 7 au 13 nov. 2002, p. 8.

19. En matière de concurrence déloyale, l'origine du régime de cette dernière peut être associée à la consécration du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791<sup>52</sup>. Ce dernier point est justifié par le fait que le droit de la concurrence déloyale vient poser une limitation à la liberté d'entreprendre en imposant l'usage de moyens loyaux dans l'exercice des affaires<sup>53</sup>. En droit sénégalais l'origine d'une telle infraction peut être située à l'avènement de l'Accord de Bangui ayant consacré une annexe spécifique à la lutte contre la concurrence déloyale, au même titre que les différents droits intellectuels. Etant donné que le régime juridique applicable n'est autre que celui de la responsabilité civile délictuelle, on peut supposer que le juge sénégalais s'est toujours conformé, avant l'avènement de l'Accord de Bangui, à cette dernière dans le traitement du contentieux civil de la déloyauté économique.

20. On constate que depuis leurs origines, en droit français comme en droit sénégalais, la contrefaçon la concurrence déloyale demeurent plus que jamais d'actualité<sup>54</sup>. La contrefaçon a en effet pris une ampleur considérable dans l'économie. Les activités contrefaisantes représenteraient « 10% du commerce mondial contre 5% il y a 15 ans »<sup>55</sup>. Elle causerait par ailleurs la perte de 200 000 emplois par an au niveau mondial<sup>56</sup>. Les professionnels reconnaissent que la nocivité de la contrefaçon est largement sous-estimée car il s'agit essentiellement d'une activité souterraine dont les autorités ont du mal à évaluer l'impact réel<sup>57</sup>.

21. Au niveau de la France, le pays enregistrerait un manque à gagner s'élevant à 6 milliards d'euros du fait de la contrefaçon<sup>58</sup>. Un rapport de l'UNIFAB, élaboré en 2010

---

<sup>52</sup> R. Krasser, La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la Communauté Economique Européenne, t. 4, Dalloz, 1972, p. 1.

<sup>53</sup> A. Bertrand, Droit français de la concurrence déloyale, Cédat, 1998, n° 1.1. : « *La liberté d'entreprendre est une prérogative donnée à chaque opérateur économique de mener l'activité lucrative qu'il choisit. Elle permet ainsi la licéité du préjudice concurrentielle car dans ce cadre, tout concurrent peut développer les moyens qu'il choisit pour attirer à sa faveur la clientèle d'autrui. C'est le principe même du marché libéral instauré par le système capitaliste. Dès lors une fois cette liberté instaurée, il s'est également fait sentir le besoin de la cantonner dans certaines limitations pour permettre une compétitivité* ». C'est donc dire que la liberté ne pouvant être absolue, une limitation fut de ce fait naturellement apportée par le biais de l'infraction de la concurrence déloyale. L'un ne va pas sans l'autre. C'est pourquoi un auteur comme L. Josserand va appréhender la concurrence déloyale comme un abus de droit, dans le sens où c'est dans l'exercice de la liberté d'entreprendre que le sujet a dépassé les limites de ses prérogatives en employant des moyens illicites.

<sup>54</sup> En matière de contrefaçon, V. : <http://www.blogpresidentcnac.fr/category/revue-de-presse/>; [http://www.legalis.net/spip.php?page=recherchegoogle&recherche\\_google=concurrence%20d%C3%A9loyale](http://www.legalis.net/spip.php?page=recherchegoogle&recherche_google=concurrence%20d%C3%A9loyale), consulté le 01/09/2015.

<sup>55</sup> A. Lemaire, Secrétaire d'Etat français au numérique devant l'assemblée générale du CNAC, in : <http://www.blogpresidentcnac.fr/category/actualites/>, site consulté le 22/09/2014.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> M. R. Roudaut, « Contrefaçon : un crime invisible », in Cahiers de la Sécurité, n°15, n°2015, p. 25.

<sup>58</sup> <http://www.lefigaro.fr/conso/2015/06/05/05007-20150605ARTFIG00006-etat-des-lieux-de-la-contrefaçon->

fixe à 27% les entreprises françaises qui dépensent plus d'un million d'euros par an pour se protéger de la contrefaçon<sup>59</sup>.

22. Au Sénégal également, la lutte contre la contrefaçon est devenue un enjeu majeur de l'actualité économique et judiciaire. Les journaux relatent fréquemment des faits portant sur l'appréhension de marchandises contrefaisantes, ou encore la disparition d'emplois artisanaux due par l'arrivée massive des copies chinoises sur le marché interne<sup>60</sup>. Dans un pays où le niveau de vie est bas, les populations sont attirées par les produits contrefaisants qui constituent des substituts bien que souvent de piètres qualités<sup>61</sup>.

23. **Sources juridiques des infractions en droit comparé.** Les droits de la contrefaçon et de la concurrence déloyale proviennent de sources de nature diverse en droit français. La réglementation civile et pénale de la contrefaçon, provient uniquement de textes législatifs, alors que le droit civil de la concurrence déloyale peut varier selon le pays<sup>62</sup>. Dans le même sens les règles civiles du délit sont également d'origine textuelle. Cette situation est commune aux droits français et sénégalais. Par ailleurs, il convient de remarquer que les dispositifs existants en droit français et sénégalais sont à la fois d'origines communautaire et interne.

24. Actuellement le droit français de la contrefaçon se trouve dans le Code de la propriété intellectuelle qui regroupe dans ses différents articles les lois relatives à la protection des biens intellectuels<sup>63</sup>. La partie législative du Code regroupe deux composantes formées par la propriété littéraire et artistique ainsi que la propriété industrielle<sup>64</sup>.

25. Les articles du Code de la propriété intellectuelle prennent en compte l'ensemble des dispositions qu'elles soient de natures internes ou supranationales. Il est fréquent de constater des lois visant la mise en conformité des dispositions du code avec

---

[en-5-chiffres.php](#), site consulté le 22/09/2015.

<sup>59</sup> <http://www.unifab.com/fr/publications/analyses-a-rapports.html>, site consulté le 22/09/2015.

<sup>60</sup> [http://www.lesoleil.sn/index.php?option=com\\_content&view=article&id=24366:la-chambre-de-commerce-sensibilise-les-industriels-sur-la-fraude-et-la-contrefacon&catid=51:economy&Itemid=63](http://www.lesoleil.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=24366:la-chambre-de-commerce-sensibilise-les-industriels-sur-la-fraude-et-la-contrefacon&catid=51:economy&Itemid=63), consulté le 02/10/2015.

[http://www.rewmi.com/la-contrefacon-ce-mal-qui-gangrene-la-societe-senegalaise\\_a67866.html](http://www.rewmi.com/la-contrefacon-ce-mal-qui-gangrene-la-societe-senegalaise_a67866.html), consulté le 12 sept. 2012; <https://www.youtube.com/watch?v=J6GmWplg4wA>, consulté le 15 mai 2013;

<http://www.enqueteplus.com/content/absence-de-cadre-juridique-ce-qui-encourage-la-contrefa%C3%A7on-au-s%C3%A9n%C3%A9gal-0>, consulté le 19 sept. 2012.

<sup>61</sup> <http://www.ansd.sn/>, consulté le 05/10/2015.

<sup>62</sup> Nous faisons référence ici à la divergence en ce domaine entre la France et le Sénégal principalement.

<sup>63</sup> Loi française n° 92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle.

<sup>64</sup> Ibid.

les engagements internationaux de la France, ainsi que les textes adoptés au niveau de l'Union européenne.

26. Au niveau de la propriété industrielle, le droit des brevets d'inventions se situe au niveau des articles L. 611-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle, les dispositions sur les marques de fabrique, de commerce ou de service débutent à l'article L.711-1 du même code. Le régime des dessins et modèles est codifié à partir de l'article L.511. Le droit des appellations et indications géographiques ainsi que celui consacré aux obtentions végétales est également situé à ce niveau, plus précisément et respectivement, aux articles L. 721-1 et L. 623-1 du Code de la propriété intellectuelle.

27. La propriété littéraire et artistique regroupant le droit d'auteur et les droits voisins est règlementée dans le livre premier de la partie première du Code de la propriété intellectuelle. Ses dispositions concernent le droit d'auteur et les droits voisins. Les articles L. 111-1 à L. 343-7 du même Code, règlementent le régime juridique concerné. On retrouve dans cette catégorie, la propriété littéraire, la propriété artistique, ainsi que le droit relatif aux bases de données.

28. Le droit français ne dispose cependant pas de dispositions législatives sur la concurrence déloyale<sup>65</sup>. Pour connaître la réglementation relative à cette infraction, il faut se référer à la doctrine et à la jurisprudence qui en constituent les principales sources. C'est en ce sens que M. Ripert affirmait à propos de cette action judiciaire que : « *le législateur n'en parle pas, et, faute de texte, la jurisprudence a été obligée de la fonder sur l'article 1382 du code civil* »<sup>66</sup>. L'article 1382 du Code civil dont les dispositions s'appliquent au traitement judiciaire de la concurrence déloyale en France, est une mesure commune à tous les délits constatés sur la base de la responsabilité civile délictuelle.

29. Il convient de remarquer, qu'il existe aujourd'hui des textes au niveau interne européen ou international, qui sont des sources indirectes de la concurrence déloyale<sup>67</sup>. Cela découle du fait qu'ils évoquent la notion de loyauté dans les pratiques industrielles et commerciales. A cet égard, nous constatons, à l'instar de certains auteurs, que ces derniers ne peuvent qu'indirectement, être reliés à l'infraction de concurrence déloyale<sup>68</sup>. Une loi française de 1973 dispose que : « *La liberté et la volonté d'entreprendre*

---

<sup>65</sup> R. Krasser, La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la CEE, t. IV, France, Dalloz, 1972, p. 10 et s.

<sup>66</sup> G. Ripert, op. cit, n° 86.

<sup>67</sup> Y. Picod et alii, Concurrence déloyale, Rép. Com. Dalloz, n° 30 et s., octobre 2014.

<sup>68</sup> Ibid.

sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale »<sup>69</sup>. Il en est ainsi du préambule du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne qui parle de l'élimination des obstacles de l'Union, notamment par : « l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans le concurrence »<sup>70</sup>. Bien avant ces textes la Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle, dans son article 10 bis consacrant aujourd'hui la définition des actes de concurrence déloyale. Cette disposition fut insérée bien après la signature du texte initial<sup>71</sup>. Par ailleurs la directive de l'Union européenne n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, transposée en droit interne aux articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation, portent en ses dispositions, ce que certains auteurs appellent un début de catalogage de la concurrence déloyale<sup>72</sup>.

30. En droit sénégalais, il existe une source directe d'origine communautaire. Il s'agit de l'Accord de Bangui qui regroupe la législation des Etats membres à l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle<sup>73</sup>. Les dix annexes composant l'Accord constituent la législation interne des pays considérés en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale. Chaque annexe porte sur une catégorie de droit intellectuel, sauf l'annexe 8 qui est consacré à la « *protection contre la concurrence déloyale* ». Le Sénégal porte par ailleurs au niveau interne une loi sur le droit d'auteur, il s'agit de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008.

31. Il existe par ailleurs des sources indirectes en droit sénégalais. Il s'agit des textes internationaux qui encadrent la mise en place des règles d'origines communautaires ou internes<sup>74</sup>. Les sources citées par l'Accord de Bangui sont ainsi au nombre de douze,

---

<sup>69</sup> Article 1 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre, dite d'orientation du commerce et de l'artisanat.

<sup>70</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR>, consulté le 05/09/2015.

<sup>71</sup> Cette remarque vise à montrer qu'à l'origine le texte ne visait pas la réglementation de la concurrence déloyale, mais plutôt celle de la propriété intellectuelle comme l'intitulé du texte le souligne.

<sup>72</sup> J. Larrieu, « Le droit interne de la concurrence déloyale : Quoi de neuf en dix ans ? », Propr. Ind., n° 1, janvier 2013, dossier 6.

<sup>73</sup> L. Y. Ngombé, « 30 ans de droit d'auteur dans l'espace Oapi », [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca), consulté le 05/09/2015.

<sup>74</sup> Selon le texte de l'Accord, il s'agit de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, telle que révisée en dernier lieu à Stockholm, le 14 juillet 1967, de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du 9 septembre 1886, telle que révisée en dernier lieu à Paris, le 24 juillet 1971, et/ou à la Convention universelle sur le droit d'auteur révisée à Paris le 24 juillet 1971, de l'Arrangement de la Haye concernant le dépôt international des dessins et modèles industriels, du 6 novembre 1925, tel que révisé à la Haye le 28 novembre 1960 et à Stockholm, le 14 juillet 1967, de l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement

elles sont constituées de trois types d'actes internationaux, en l'occurrence, des traités, conventions ou arrangements. L'existence de cet arsenal de protection internationale des droits intellectuels, ainsi que le nombre considérable de pays qui l'ont signé, montre l'enjeu mondial que revêtent les prérogatives en cause<sup>75</sup>. C'est en ce sens que l'Accord de Bangui dans sa révision de 1999 visait notamment la mise en conformité de ses dispositions avec l'Accord ADPIC<sup>76</sup>.

32. **Droits intellectuels** : La propriété intellectuelle est un ensemble de prérogatives octroyées à des personnes physiques ou morales sur leurs créations ou leurs inventions<sup>77</sup>. Si au sens commun cette terminologie peut renvoyer autant aux droits subjectifs, qu'aux biens immatériels constitutifs de simples valeurs économiques, il convient de faire remarquer qu'au sens juridique, et dans nos analyses, ce terme recouvre uniquement les droits subjectifs sur la propriété intellectuelle. Le professeur Yves Reinhard résume parfaitement notre choix en ces termes : « *Brevets d'invention, marques de fabrique, de commerce ou de service, dessins et modèles forment, avec l'enseigne, la propriété industrielle. Le droit de l'inventeur ou du créateur portant sur une œuvre de l'esprit (...), forment avec la propriété littéraire et artistique la propriété dite*

---

international, du 31 octobre 1958, tel que révisé à Stockholm, le 14 juillet 1967, de la Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, signée à Stockholm, le 14 juillet 1967, du Traité de coopération en matière de brevets, signé à Washington, le 19 juin 1970, du Traité de Nairobi concernant la protection du symbole olympique de 1981, du Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale des dépôts des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de Brevet de 1977, de la Convention Internationale pour la protection des Obtentions Végétales du 02 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991, du Traité de Marrakech portant création de l'Organisation Mondiale du Commerce, notamment l'Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994, du Traité concernant l'enregistrement des marques fait à Vienne le 12 juin 1973, de la Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes ou des organismes de radiodiffusion de 196.

<sup>75</sup> J. S. Bergé, La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle, Larcier, 2015, n° 4 et s.

<sup>76</sup> P. Edou Edou, Les incidences de l'Accord ADPIC sur la protection de la propriété industrielle au sein de l'OAPI, thèse, Strasbourg, 2005, p. 188 ; M.-A. Frison-Roche, Droit et économie de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2005, p. 136.

<sup>77</sup> Il convient ici de faire une distinction essentielle et qui convient à placer le concept de « droit intellectuel » à sa juste valeur. Autrement dit le droit intellectuel est ancrée dans la nuance juridique qui consiste en la distinction de la notion de propriété de celle du bien. V. J.-I. Halpérin, Histoire du droit des biens, Economica, 2008, p. 2 : « *Faut-il recourir au mot propriété, un terme à la fois plus précis (de n'est qu'un droit sur les biens parmi d'autres) et plus général dans la mesure où il est utilisé dans le vocabulaire courant, y compris pour désigner les biens objets de propriété* ». L'article 544 du Code civil nous éclaire en ce sens. Selon ce dernier : « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* ». Il nous semble ainsi que le terme « Droit Intellectuel » fait plutôt référence au droit que le titulaire détient sur le bien intellectuel dont il est le créateur ou l'inventeur. Les différentes catégories de droits intellectuels seraient des biens, au sens où la « chose » décrit par l'article précité est un bien appropriable : V. P. Berlioz, Droit des biens, Ellipses, 2014, n°13.



*intellectuelle* »<sup>78</sup>. Ils visent à favoriser l'innovation en protégeant et en défendant les auteurs, créateurs ou inventeurs<sup>79</sup>.

33. **La propriété littéraire et artistique** regroupe tout ce que recouvre le droit d'auteur ainsi que ceux que l'on nomme « *droits voisins* » au droit d'auteur<sup>80</sup>. Elle concerne également le droit d'auteur sur les logiciels. Cette catégorie de droits intellectuels présente la spécificité de protéger l'art pur, l'art appliqué et les sciences littéraires. La protection des œuvres d'art appliqué concerne celles qui portent une utilité pratique. C'est en ce sens que le régime de la propriété littéraire et artistique est également applicable aux dessins et modèles. Il s'agit de la notion de l'unité de l'art, également appelé principe de double degré de protection pour les droits intellectuels précités.

34. **La propriété industrielle** a un champ d'application tout aussi vaste puisqu'elle regroupe les créations de forme, les créations techniques et les signes distinctifs<sup>81</sup>. Le brevet, la marque et certains signes, les dessins et modèles, les indications géographiques et les obtentions végétales sont en gros les principaux titres concernés. La protection s'attache principalement à la nouveauté en ce qui concerne les signes distinctifs. Pour le brevet, on prend en compte l'applicabilité industrielle en plus du caractère inventif du produit ou processus. L'économie commerciale et industrielle est aujourd'hui très largement impactée par ces derniers. En matière industrielle, le nombre de brevets enregistrés révèle la position d'un pays par rapport à l'innovation technologique. La marque est devenue aujourd'hui un signe intellectuel très déterminant dans les pratiques économiques industrielles et commerciales. Un projet de réforme européenne vise d'ailleurs à en étendre la protection, en supprimant l'exigence de la représentation graphique jusque-là nécessaire à la protection du signe. Cet élément aura peut-être pour effet, une extension du droit de la marque sur la protection de nouvelles catégories de biens tels que les senteurs ou le goût.

---

<sup>78</sup> Y Reinhard et alii, op. cit., n° 614.

<sup>79</sup> Denis Bertin, préface, in J. Mestre, Droit et innovation, op. cit., p. 15 : « le terme « Innovation » peut se décliner de différentes façons. La notion est protéiforme. Tout d'abord, dans son acception large, « innover », c'est créer de la valeur en mettant sur le marché des produits, des biens ou des services nouveaux, dotés d'une valeur marchande certaine qui donc, en d'autres termes, rencontrent un marché économique pertinent » ; Y. Moulier Boutang, « Innovation/mondialisation : Les droits de la propriété intellectuelle à la croisée des chemins », in J. Mestre (Sous la direction de), Droit et innovation, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 126 : « (...) depuis l'analyse qu'avait fait Joseph Schumpeter de la « destruction créatrice » et du rôle de l'entrepreneur. L'introduction de nouvelles technologies, de nouveaux produits et services pour satisfaire de nouveaux besoins, permettait à l'entreprise, explique-t-il, d'échapper au spectre d'un taux de profit moyen nul avec la généralisation de la concurrence ».

<sup>80</sup> On retrouve dans cette catégorie, le droit des artistes interprètes, le droit des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et le droit des entreprises de communication audiovisuelle.

<sup>81</sup> D. Fasquelle, Droit de l'entreprise 2014-2015, op cit. , n° 1690.

35. **La contrefaçon.** Le terme simpliste de contrefaçon désigne en réalité plusieurs cas de figure d'atteinte, liés à différents droits de propriété intellectuelle. La diversité de la contrefaçon relève également des formes diverses que peut prendre l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Cette dernière peut recouvrir plusieurs modalités ou réalités<sup>82</sup>. C'est ainsi que, appliquée au droit d'auteur, elle correspond à « *Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs* »<sup>83</sup> ; en droit des marques, il s'agira de « *la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : formule, façon, système, imitation, genre, méthode* », ainsi que l'usage d'une marque « *reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement* »<sup>84</sup>. En droit sénégalais, l'Accord de Bangui procède de la même démarche, la définition OAPI de la contrefaçon recoupe celle du Code de la propriété intellectuelle.

36. **La concurrence déloyale.** Le terme composé de concurrence déloyale fait intervenir deux mots dont les sens se veulent complémentaires. Est déloyal, « *ce qui n'est pas loyal* »<sup>85</sup>. La loyauté serait « *l'état d'esprit d'un honnête homme* »<sup>86</sup>. Associée à l'exercice de la concurrence, la déloyauté équivaut de notre point de vue, au respect effectif de la réglementation et des usages existants en matière industrielle et commerciale.

37. Il convient de signaler par ailleurs que la concurrence déloyale est également une infraction polymorphe, au sens où elle renferme trois types d'actes majeurs. Ces derniers qui ont été essentiellement dégagés par la doctrine française, plus précisément à l'initiative du professeur Paul Roubier, se résument à la recherche de confusion par imitation, au dénigrement et à la désorganisation<sup>87</sup>. Aujourd'hui une quatrième catégorie est retenue à l'initiative du professeur Yves Saint-Gal, et il s'agit notamment de la

---

<sup>82</sup> T. Kern, *Les marchandises contrefaisantes*, éd. Lamy, 2010, n° 11 et s.

<sup>83</sup> Article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>84</sup> Article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle. La marque est un droit de propriété industrielle dont les différentes fonctions a pu susciter l'intérêt de la doctrine française. V. en ce sens J. Larrieu, « Les nouvelles fonctions de la marque », in J. Larrieu (Sous la direction de) *Les métamorphoses de la marque*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 55 et s.; Y. Basire, *Les fonctions de la marque : Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, thèse, Strasbourg, 2014.

<sup>85</sup> Dictionnaire le Petit Robert 2013, p. 664.

<sup>86</sup> J. L. Respaud, « loyauté et concurrence », in F. Petit (Sous la direction de), *Droit et loyauté*, Dalloz, 2015, p. 87 ; Y. Picod, « Concurrence déloyale. Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées marocaines du 18 au 22 septembre 2006, Casablanca et Fès, Société de législation comparée*, 2010, p. 152 : « *le qualificatif loyal renvoie traditionnellement aux règles d'honneur et de probité* ».

<sup>87</sup> P. Roubier, t. 1, p. 536 et s.

concurrence parasitaire<sup>88</sup>. Ces formes de concurrence déloyale ne sont pas restrictives car l'article 10 bis de la Convention de Paris, qui donne une définition de cette infraction, parle de la sanction de pratiques contraires « *aux usages du commerce et de l'industrie* ». Grâce aux termes vagues de cet article, les juges français et sénégalais disposent d'un vaste champ d'appréciation. Un acte de concurrence déloyale peut dès lors être identifié lorsqu'il est effectué dans le cadre industriel et commercial et qu'il répond aux exigences des règles de mise en œuvre de la responsabilité civile<sup>89</sup>. Il s'agit de l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien entre ces deux derniers éléments<sup>90</sup>.

38. **Eléments économiques sur les systèmes comparés** : Il serait important avant tout de noter dans le cadre de cette étude comparée, que nous sommes dans la réglementation juridique de deux systèmes économiques aux problématiques assez éloignés<sup>91</sup>. Il s'agit en effet de voir les secteurs économiques que la protection de la propriété intellectuelle permet de favoriser dans les différents Etats. L'économie de la France est largement tournée vers les préoccupations typiques des pays industrialisés. La production industrielle y occupe une place importante malgré une balance commerciale déficitaire. Cette dernière est la : « *différence de valeur entre les exportations et les importations d'un pays pour une période donnée* »<sup>92</sup>. Au Sénégal ce déficit est encore plus important, il remonterait jusqu'en 1960, date de l'indépendance du pays, et correspondrait à une baisse de 890% du PIB en 54 ans<sup>93</sup>. Durant le second trimestre de l'année 2015, les exportations du Sénégal sont estimées à 373,6 milliards de Francs CFA contre 721, 3 milliards de Francs CFA d'importation<sup>94</sup>.

---

<sup>88</sup> Y. Saint-Gal, « Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », RIPIA, 1957, p. 19.

<sup>89</sup> M. Comert et alii (Contributions), *Mémento Pratique Francis Lefebvre Concurrence Consommation*, éd. Francis Lefebvre, 2014, n° 6530.

<sup>90</sup> Ibid. n°6600 et s.

<sup>91</sup> Il existe dès le départ une distinction au niveau de la conception de la propriété individuelle entre la France et le Sénégal. Comme le souligne J.-L. Halpérin, à propos des relations foncières en Afrique : *Histoire du droit des biens*, op. cit., p. 6. Le droit sénégalais des biens dans la période précoloniale ne se rapprochait pas de la notion occidentale moderne de la propriété individuelle. L'appropriation des biens intellectuels relevait plus d'un système de caste. La stratification de la société définissait à l'avance la dévolution des biens immatériels à certains groupes de la société. La valeur de ces biens n'étant pas à proprement dit commerciales, il ne pouvait exister de contentieux judiciaire sur la question. L'art et certaines techniques étaient détenus par certains castes le plus souvent considérées comme inférieures. Le produit de la création artistique, littéraire ou technique bénéficiait au groupe tout entier sans aucune forme de protection de leurs titulaires d'origines. Leurs auteurs pouvaient bénéficier d'une autre forme de rémunération basée sur les largesses des nobles, la caste des seigneurs de l'époque.

<sup>92</sup> Dictionnaire de l'Académie française, consulté en ligne le 02/11/2015.

<sup>93</sup> <http://perspective.usherbrooke.ca>, consulté le 02/11/2015.

<sup>94</sup> Ibid.

39. La lutte contre la pauvreté occupe une place très importante dans la stratégie de développement du pays<sup>95</sup>. L'accès des populations aux produits de premières nécessités demeure à cet effet une priorité. Le gouvernement sénégalais développe pour cela des politiques de gouvernance axées notamment sur l'autosuffisance alimentaire avec en l'occurrence, la promotion de l'agriculture. Il est cependant regrettable de constater que jusque-là, les méthodes de production agricole n'ont pas vraiment évolué<sup>96</sup>.

40. La propriété intellectuelle intervient dans cette lancée dans la promotion notamment des brevets para-agricoles, des obtentions végétales, ainsi que la mise en place d'indications géographiques<sup>97</sup>. A l'image des pays de la zone OAPI, le Sénégal aurait besoin, au stade actuel de son développement, d'une forte croissance agricole. C'est pourquoi à l'occasion des rencontres inter-régionales dans le cadre de l'OAPI, les professionnels déplorent une insuffisance des « *brevets utiles* ». La propriété intellectuelle doit également intervenir pour appuyer les exigences de développement liées aux secteurs clés de l'économie des pays OAPI. L'importance de l'enjeu que représente cette dernière pour les pays en voie de développement comme le Sénégal, n'est plus à démontrer, et ceci explique les nombreuses rencontres organisées chaque année à travers les pays OAPI. Il convient de mentionner dans cette visée, un acteur majeur du paysage sénégalais de la recherche, en l'occurrence l'ISRA ou le Laboratoire National de Recherches sur les Productions Végétales<sup>98</sup>. Ce dernier tient depuis 1974, la place de premier centre de recherche sénégalais destiné à la production végétale, animale et halieutique<sup>99</sup>.

41. Contrairement au Sénégal, où avec l'OAPI, les initiatives de lutte contre la contrefaçon demeurent largement accomplies par le pouvoir public et ses institutions

---

<sup>95</sup> La stratégie actuelle de développement du régime sénégalais en place, intitulé « Plan Sénégal Emergent », donne une grande place à l'éradication de la pauvreté, qui se manifeste souvent par l'absence d'accès des populations aux biens de première nécessité. V. <http://www.finances.gouv.sn/index.php/grands-dossiers/plan-senegal-emergent>, consulté le 05/10/2015.

<sup>96</sup> R.-C. Mba, op. cit., n°103: « *En effet, en Afrique, l'alimentation est basée sur l'agriculture traditionnelle de type familiale. Ce sont les communautés locales qui assurent l'exploitation des connaissances traditionnelles pour conduire l'agriculture de subsistance. Les semences sont transmises de génération en génération, échangées entre les paysans, parents, guérisseurs pour la survie de la population ou vendues sur les marchés. Il n'y avait pas donc de monopole sur une plante alimentaire, ni de profit. Les ressources génétiques étaient collectives et appartenaient à tous* ».

<sup>97</sup> J. Cayron, « La protection des innovations végétales, issues des biotechnologies, Brevets ou Certificats d'Obtentions végétales ? », in J. Mestre (Sous la direction de), op. cit., p. 211 : « (...) *durant les cinquante dernières années, les progrès du génie génétique ont permis une meilleure connaissance des végétaux et une certaine maîtrise de leurs caractéristiques. C'est ainsi que sont apparues des plantes aux caractéristiques génétiquement modifiées, qui ont été présentées comme de véritables inventions par les entreprises qui les avaient mises au point. Pour leurs promoteurs, les plantes génétiquement modifiées devaient être tenues pour des inventions à part entière et devaient donc pouvoir être protégées par un brevet* ».

<sup>98</sup> <http://www.isra.sn/index.php/presentation-disra-136/historique>, consulté le 02/10/2015.

<sup>99</sup> Ibid.

spécialisées, en France, les acteurs privés jouent un rôle prépondérant dans ce secteur. Ces derniers peuvent agir seuls ou décider de s'associer avec d'autres entités afin d'organiser une riposte extra-judiciaire adéquate contre les délinquants économiques<sup>100</sup>. En l'occurrence l'UNIFAB en est un parfait exemple<sup>101</sup>. Cette association professionnelle dénommée Union des Fabricants pour la Protection Internationale de la Propriété Intellectuelle, établit même des rapports de situation, à la marge de ses activités, afin de montrer au mieux l'état actuel de la contrefaçon dans l'économie française<sup>102</sup>. Cette symbiose de la lutte entre acteurs publics et acteurs privés augmentent l'efficacité de la lutte contre ce fléau en France. Il faut également noter que le nombre considérable d'acteurs impliqués en France dans la lutte anti-contrefaçon est une véritable aubaine pour l'innovation. Cette dernière bénéficie par ce fait d'un cadre favorable pour faire évoluer la compétitivité des entreprises françaises dans le marché mondial. La mise en place du CNAC ou Comité National Anti-Contrefaçon s'inscrit également dans cette perspective<sup>103</sup>. Ce dernier, en collaboration avec l'Institut National de la Propriété Intellectuelle ou INPI participe à la lutte anti-contrefaçon, par la sensibilisation ainsi que l'organisation de la coopération entre les différents acteurs. Il dépend de l'autorité du ministère de l'Intérieur.

42. **Intérêt et justification de l'étude** : Face à l'ampleur du domaine juridique de la protection de la propriété intellectuelle, notre analyse se réduit aux contentieux de la contrefaçon et de la concurrence déloyale en droit français et sénégalais. Il se pose tout d'abord la question du contenu et de la portée qui s'attachent aux éléments procéduraux des actions judiciaires consacrant la sanction des délits civils et correctionnels de contrefaçon et de concurrence déloyale. Autrement dit, dans quelle mesure les actions judiciaires précitées favorisent-elles ou non, la lutte judiciaire pour la protection de la propriété intellectuelle? Les éléments de fonds liés à la réalisation de ces deux délits sont également concernés. D'un côté les sources juridiques de la contrefaçon et de la concurrence déloyale seront invoquées à cet effet. D'un autre côté, nous nous tournerons vers les effets de la réglementation précitée. Le résultat des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale répond-t-il à l'objectif du législateur?

43. Il ressort de ce qui précède la nécessité de relever la pertinence effective des outils juridiques utilisés dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon et la concurrence

---

<sup>100</sup> Il en est ainsi des acteurs du e-commerce tels que les sites de mise en vente de divers produits, un terrain souvent propice à la distribution des produits contrefaisants.

<sup>101</sup> <http://www.unifab.com/fr/>, consulté le 02/10/2015.

<sup>102</sup> <http://www.unifab.com/images/Avril2010rapport.pdf>, consulté le 02/10/2015.

<sup>103</sup> [www.cnac.fr](http://www.cnac.fr).

déloyale en droit français et sénégalais. Cette démarche procède de l'étude du droit des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale en prenant en compte les sources et les modalités procédurales. Ce dernier point se justifie par le fait que les actions judiciaires concernées remplissent des fonctions qui se reflètent dans l'ensemble de leurs processus de mise en œuvre. L'étude du cadre conceptuel des deux infractions est également importante, car l'analyse des fautes de la contrefaçon et de la concurrence déloyale est essentielle dans l'appréciation du juge sur la mise en œuvre judiciaire de la lutte contre ces infractions.

44. Par ailleurs les deux actions judiciaires sont souvent invoquées à titre simultané ou subsidiaire<sup>104</sup> dans le cadre des procès visant la protection de la propriété intellectuelle. L'étude de l'enjeu et du sens de la corrélation de ces dernières est nécessaire pour mieux déceler le fondement juridique ainsi que l'intérêt pratique du concours des sanctions en droit comparé.

45. Etudier le droit de la contrefaçon et de la concurrence déloyale en France et au Sénégal nécessite en notre sens, deux angles de vue. Il s'agira de voir dans une première approche, le droit comparé de la poursuite judiciaire des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale (Partie première), avant d'aborder les sanctions du droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale (Partie seconde)

---

<sup>104</sup> A. Gouëzel, La subsidiarité en droit privé, *Economica*, 2013, n° 48 : « *La coordination des éléments par la subsidiarité repose sur la notion de défaillance : l'accès à l'élément subsidiaire n'est possible qu'en cas de défaillance de l'élément premier. On peut ainsi définir de manière générale cette défaillance de l'élément premier comme son impossibilité d'être mis en œuvre de façon satisfaisante, son inaptitude à produire son effet juridique* ». Dans le cadre des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale, cela reviendrait à considérer que l'élément secondaire est constitué par cette dernière. Dans ce cas, la concurrence déloyale ne pourrait se substituer à la contrefaçon que lorsqu'il apparaît une impossibilité dans la poursuite de la mise en œuvre de la contrefaçon.



**PARTIE PREMIÈRE : LE DROIT COMPARÉ DE LA  
POURSUITE JUDICIAIRE EN CONTREFAÇON ET EN  
CONCURRENCE DÉLOYALE**





# **TITRE PREMIER : LE CADRE ORDINAIRE**

**DE MISE EN ŒUVRE DES ACTIONS EN**

**CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE**

**DELOYALE**



# **Chapitre premier : Les personnes et les tribunaux des actions judiciaires comparées en contrefaçon et en concurrence déloyale**

46. Les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale sont confiées par le législateur à certaines personnes qui peuvent, selon le cas, être définies à l'avance sur la base de critères précis (Section 1)<sup>105</sup>. Ces derniers permettent de cantonner les actions dans le cadre bien défini des fonctions qu'elles sont appelées à remplir<sup>106</sup>.

47. En matière de compétence juridictionnelle, le traitement judiciaire de la contrefaçon sera réservé, en France, à certains tribunaux tandis que les règles juridictionnelles de concurrence déloyale relèveront du droit commun de la responsabilité civile en droit comparé (Section 2).

---

<sup>105</sup> L. Marino, Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 2013, n° 89 et s. pour le droit d'auteur, n° 108 pour le droit des artistes interprètes, n°143 et s. pour le brevet, n° 206 et s. pour le droit des dessin et modèles.

<sup>106</sup> J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n°1.

## **Section 1 : Les titulaires des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale en droit comparé**

48. Le droit commun comparé de la recevabilité du procès civil est prévu dans les articles 30, 31 et 32 du Code français de procédure civile<sup>107</sup>, ainsi qu'à l'article 1-2 du Décret de 2001, modifiant le Code de procédure civile sénégalais<sup>108</sup>. Ces conditions de mise en œuvre répondent du régime du droit commun de l'action judiciaire. Cette dernière concerne le fondement des prétentions des parties à l'instance<sup>109</sup>. L'action est ainsi le cadre de réalisation d'une prétention de nature contentieuse. Elle serait une réponse à l'adage selon lequel « Nul ne peut se faire justice à soi-même »<sup>110</sup>.

49. Le droit de poursuite de la contrefaçon semble être expressément organisée par la loi (Sous-section 1), alors que celui de la concurrence déloyale est régi par la cadre commun de la procédure civile en droit comparé (Sous-section 2).

---

<sup>107</sup> Gassin, « Lois spéciales et droit commun », Dalloz, 1961. Chron. 91 ; Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau code de procédure civile », Mélanges Hébraud, 1981, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 949 s.

<sup>108</sup> Décret n° 2001-1151 du 31 Décembre 2001 modifiant le Code de procédure civile sénégalais de 1964 qui fut modifié une première fois en 1986. Cette disposition consacre expressément les conditions d'intérêt légitime et de qualité pour agir en droit procédural sénégalais, ce qui n'était jusque-là que tacite en droit sénégalais. On se réfère d'ailleurs au principe du Code de procédure civile français sur les conditions d'intérêt et de qualité pour agir en justice. Les dispositions en droit français et en droit sénégalais sont identiques dans leur sens d'ailleurs.

<sup>109</sup> N. Cayrol, « Action en justice », Rép. proc. civ. Dalloz mars 2013.

<sup>110</sup> Lagarde, « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* », in Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 795, n° 5 ; L. Brisset, « Quelques perspectives historiques sur la règle « Nul ne peut se faire justice à soi-même », Arch. philos. Droit 1976. 205 ; P. Hébraud, « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », Mélanges Raynaud, 1985, Dalloz-Sirey, p. 242 s.

## **Sous-section 1 : Les titulaires de l'action en contrefaçon**

50. L'action en contrefaçon peut être déclenchée dans le cadre civil par un demandeur (Sous-section 1). La voie pénale est à ce titre spécifiquement ouverte à certaines personnes (Sous-section 2).

### **Paragraphe 1) L'intérêt et la qualité à agir au niveau de l'action civile en contrefaçon**

51. La compétence personnelle en matière d'action civile en contrefaçon se décompose en intérêt à agir et en qualité pour agir. L'originalité du critère de détermination de l'intérêt à agir ainsi que celui de la qualité à agir, en droit civil de l'action en contrefaçon, découle de la possibilité de faire correspondre la condition spéciale prévue par le Code de la propriété intellectuelle ou l'Accord de Bangui, au critère général de l'article 30 et suivant du code français de la procédure civile. Cet article sera notre référence aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais car il porte les dispositions communes des deux ordres juridiques.

#### **I) De l'intérêt à agir**

52. L'intérêt à agir est défini selon F Hélie, comme : « *la mesure des actions* »<sup>111</sup>. En droit civil de la contrefaçon, contrairement au droit commun de la procédure civile, il repose aussi bien sur des éléments relatifs à la personne poursuivante, qu'au droit subjectif dont la protection est recherchée.

---

<sup>111</sup> F. Hélie, Traité de l'instruction criminelle, Ch. Hingray, 1846, p. 316 ; L. Cadet et E. Jeuland, n°457

## **A) Le critère subjectif du droit de poursuite**

53. L'action en contrefaçon fait partie de la catégorie des actions attitrées en droit français de la procédure civile<sup>112</sup>. Le législateur fixe à l'avance les personnes qui en sont titulaires<sup>113</sup>.

54. L'action judiciaire en contrefaçon sert à protéger l'atteinte à la réservation du monopole des droits subjectifs en sanctionnant la plupart des formes des usages illicites à ces droits. Elle reste, de ce fait, au niveau civil, une action spécifiquement ouverte aux seuls titulaires du droit et aux personnes bénéficiant de droits indirects comme le licencié, le cessionnaire ou les ayants droit<sup>114</sup>.

55. En droit procédural français, l'article 31 du Code de procédure civile définit les conditions communes à la recevabilité de l'action judiciaire civile<sup>115</sup>. Il définit en effet le titulaire de l'action civile comme toute personne ayant un intérêt légitime au succès d'une prétention. Il précise aussi par ailleurs, que cette condition ne concerne pas les cas où la loi a expressément prévu l'identité du titulaire. C'est le cas notamment en droit comparé de la contrefaçon sous les régimes prévus au niveau des différents droits de propriété intellectuelle, que ça soit dans le Code français de la propriété intellectuelle ou dans l'Accord de Bangui applicable à la zone OAPI à laquelle le Sénégal est membre.

56. Au niveau des textes français, et en matière de brevet, c'est l'article L. 615-2 du CPI qui désigne l'inventeur du brevet comme le titulaire de l'action en contrefaçon. Il précise que le licencié peut bénéficier de ce droit si, « *après mise en demeure, le propriétaire du brevet n'exerce pas cette action* »<sup>116</sup>. En matière de marque, c'est l'article L. 716-5 du CPI qui énumère dans le même sens les titulaires de l'action en contrefaçon de

---

<sup>112</sup> S. Guinchard et alii, Procédure civile, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 135 et s. ; E. Py, « Un an de droit des brevets », Prop. Ind., n° 12, Décembre 2014; CA Paris, 13 juin 2014, n° 12/12323, M. Pio ECHEVERRIA LIZARAZU/SAS SIC MARKING. L'action en contrefaçon a été rejetée pour irrecevabilité du demandeur d'agir. Le demandeur n'étant ni « *n'est ni inventeur ni co-inventeur de l'invention objet du brevet, ni ayant cause de l'inventeur* » : C. Bernault, « Lien entre loi applicable et compétence judiciaire en contrefaçon, L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle », 15 Février 2012, n°2, p. 7, « L'action en contrefaçon: Identifier le titulaire des droits avant tout », L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle », 15 mars 2012, n°3, p. 3.

<sup>113</sup> J.-M. Bruguière, Droit des propriétés intellectuelles, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2011, p. 85 et s. L'auteur parle en ce sens d'un droit pour les déposants et d'un droit pour les auteurs.

<sup>114</sup> D. Forest, Droit des marques et noms de domaine, Gualino, 2012, p. 97.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> La jurisprudence affirme à ce propos qu'en dehors du titulaire, « l'action en contrefaçon » est « réservée aux cessionnaires et licenciés inscrits au registre national des brevets : CA Paris, 1<sup>er</sup> déc. 1993 : PIBD 1994. III. 1. Dalloz. 1996. Somm. 17, obs. Mousseron et Schmidt ; CA Paris, 13 juin 2014, arrêt précité.

marque<sup>117</sup>. Le déposant de la marque ou plus précisément la personne désignée à l'enregistrement du droit bénéficie de cette prérogative. La construction de l'article L. 521-1 du CPI en matière de dessin et modèle suit le même principe et dispose notamment que : « *L'action civile en contrefaçon est exercée par le propriétaire du dessin ou modèle* »<sup>118</sup>. Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en contrefaçon si, après mise en demeure, le propriétaire du dessin ou modèle n'exerce pas cette action<sup>119</sup>. Il convient de préciser par ailleurs, que l'employeur reste titulaire de la création de son salarié réalisée dans l'exercice de ses fonctions<sup>120</sup>. L'article L. 113-9 du Code de propriété intellectuelle le précise pour ce qui concerne le logiciel<sup>121</sup>. Pour ce qui est du stagiaire, il ne « relève ni du régime des salariés au sens du droit du travail ni de celui des agents publics, son invention lui est attribuée<sup>122</sup> ».

57. Par ailleurs, toute partie à un contrat de licence est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre. L'article L. 623-25 du CPI sur le contentieux des obtentions végétales consacre le même principe, selon la même formulation. La dérogation est due à la forme spécifique que revêt le droit intellectuel des indications géographiques. C'est un droit collectif qui se rattache à la qualité d'origine d'un produit. Les personnes légalement habilitées à utiliser ce droit sont tous autorisées à défendre ce dernier par le biais de l'action en contrefaçon.

58. Cette disposition ainsi applicable à tous les droits de la propriété industrielle à l'exception de l'indication géographique qui, par rapport à la nature du droit, offre la possibilité d'engager l'action en contrefaçon, selon les termes de l'article L. 722-2 du CPI, à « *toute personne autorisée à utiliser cette indication géographique ou tout organisme auquel la législation donne pour mission la défense des indications géographiques* ».

59. Le droit français de la propriété littéraire et artistique permet également à l'auteur de l'œuvre d'engager une action judiciaire en violation de son droit intellectuel. Etant donné que dans ce domaine, l'exploitation de l'œuvre est souvent concédée à un

---

<sup>117</sup> J. Passa, Droit de la propriété industrielle, t.1, op. cit., n°416.

<sup>118</sup> Ibid., n° 771 ; F. Greffe, Traité des dessins et modèles, 9<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2014, n° 672.

<sup>119</sup> M. Abello, « L'action en contrefaçon du sous-licencié exclusif, Prop. Ind., n° 4, Avr. 2014, étude 10.

<sup>120</sup> F. Ahner, et J.-J. Touati, Inventions et créations des salariés, 2<sup>e</sup> éd., Lamy, 2013, n° 75 et s.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Ibid., Cass. com., 25 avril 2006, JurisData : n°04/19.482 : A propos du stagiaire créateur « *La propriété de son invention ne relevait d'aucune des exceptions limitativement prévues par la loi* » ; CA Paris, 10 sept. 2004, RG n° 2002/12276, PIBD, 2004, III, 607.



producteur, un éditeur, ou assimilés, l'alinéa 2 et 3 de l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle permet à ces derniers, ainsi qu'aux organismes de défense professionnelle, d'exercer le droit de poursuite en contrefaçon. Ces derniers sont, selon les termes de l'article L. 331-1, les subrogés aux droits du titulaire, tels que les sociétés de gestion et les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, le bénéficiaire exclusif d'un droit d'exploitation sur des phonogrammes ou vidéogrammes. Cette disposition est résumée par l'article L. 332-1 du CPI, par la formulation suivante: « *Tout auteur d'une œuvre protégée par le livre Ier de la présente partie, ses ayants droits ou ses ayants cause peuvent agir en contrefaçon* »<sup>123</sup>.

60. Il convient de préciser qu'en droit d'auteur, la création de l'œuvre peut dans certains cas faire intervenir plusieurs personnes<sup>124</sup>. En d'autres termes, il est possible que l'œuvre n'ait pas seulement un seul auteur au sens où plusieurs personnes peuvent avoir physiquement ou moralement participé à sa création<sup>125</sup>. Dans ce cas, selon la forme de la collaboration, la titularité peut revenir à plusieurs personnes<sup>126</sup>.

61. En droit sénégalais, les articles 10, 34 et 54 de l'annexe I sur le brevet, contiennent les dispositions sur les titulaires de l'action en contrefaçon de brevet. L'article 10 définit l'inventeur ou le déposant comme le propriétaire de l'invention brevetable, et par conséquent, le principal titulaire de l'action judiciaire en contrefaçon. L'article 34 ajoute le cessionnaire en tant que titulaire des droits du brevet par l'effet de la transmission. L'article 54 intitulé « *Défense des droits conférés* » complète cette disposition en conférant au licencié le droit d'introduire une action en contrefaçon, sous réserve d'avoir sommé le

---

<sup>123</sup> C. de Haas, « La compétence juridictionnelle pour ordonner une saisie-contrefaçon », *Prop. Intell.* 2011, n° 40, p. 278.

<sup>124</sup> M. Binctin parle en ce sens de « *pluralité d'auteurs* » : N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle: Droit d'auteur, Brevet, Droits voisins, Marque, Dessins et Modèles*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 87 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., 2015, n°85 et s.

<sup>125</sup> En ce qui concerne l'œuvre de collaboration, définie par l'article L. 113-2 du CPI comme « *l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques* », l'article L. 113-3 du CPI dispose que : « *l'œuvre de collaboration est l'œuvre commune des co-auteurs. Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord* ».

Il existe par ailleurs l'œuvre composite qui est également définie par l'article L. 113-2 du CPI comme : « *l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ». L'article L. 113-4 du CPI prévoit en ce sens que : « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ».

L'œuvre collective est la troisième catégorie de ce type d'œuvre, l'article L. 113-2 du CPI la définit comme : « *l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie, et la divulgue sous sa direction et son nom et dans la contribution personnelle des divers auteurs à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». L'article L. 113-5 du CPI prévoit que : « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* ».

<sup>126</sup> *Ibid.*

titulaire de le faire, et après avoir constaté l'inertie de ce dernier durant une période de trois mois. Les articles 3, 20 et 34 de l'annexe IV sur les dessins et modèles offre la même possibilité au titulaire, cessionnaire et licencié des droits. Il en est de même des articles 2 et 43 de l'annexe X de l'Accord de Bangui. En ce qui concerne l'invention des salariés, l'article 11 de la même annexe dispose que la création de l'employé revient à l'employeur.

62. L'annexe III en matière de marque est beaucoup plus claire en ce sens, elle porte un article 46 intitulé « *droit d'exercer l'action en contrefaçon* », qui dispose que : « *L'action civile en contrefaçon d'une marque est engagée par le titulaire de la marque. Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'usage peut agir en contrefaçon, sauf stipulation contraire du contrat, si après mise en demeure le titulaire n'exerce pas ce droit* ». L'article 26 de la même annexe consacre la transmission des droits du titulaire de la marque, et par la même occasion celui d'intenter une action en contrefaçon pour défendre ses droits.

63. Pour ce qui est des indications géographiques, le droit sénégalais prévoit à l'article 16 de l'annexe VI, que ce sont toutes les personnes intéressées, tous les groupements de producteurs ou de consommateurs intéressés, qui peuvent intenter une action pour contrefaçon lorsqu'une indication géographique est illicitement utilisée.

64. L'article 61 de l'annexe VII de l'Accord de Bangui définit les titulaires de l'action pour la défense des droits de la propriété littéraire et artistique comme: « *i) les titulaires de droits violés ou leurs ayants droits ; ii) l'organisme national de gestion collective des droits ; iii) les associations professionnelles d'ayants droit régulièrement constituées pour la défense des intérêts collectifs de leurs adhérents* ». Toujours dans le même sens, la loi sénégalaise sur le droit d'auteur identifie le titulaire de l'œuvre en son article 12, il s'agit du créateur de l'œuvre dans le cadre d'une œuvre individuelle<sup>127</sup>. L'œuvre est présumée être la propriété de la personne sous le nom duquel elle a été divulguée.

65. Les dispositions sénégalaises recourent ainsi celles du droit de la procédure civile française en matière de conditions subjectives relatives au droit de poursuite de l'action en contrefaçon. Le droit sénégalais apparaît plus souple en ce qu'il ne subordonne

---

<sup>127</sup> Loi sénégalaise n° 2008-09 du 25 janvier 2008 sur le droit d'auteur et les droits voisins. La loi précédente sur la matière en droit sénégalais est celle du 4 décembre 1973. Cette dernière, comme le souligne précisément le professeur Mohamed Bachir Niang, reprenait l'essentiel des dispositions de la loi française n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique : M. B. Niang, la condition juridique des professionnels du spectacle, thèse, Bordeaux, 2007, n° 547.

pas expressément la recevabilité de l'action judiciaire des licenciés de droit intellectuel à une inscription préalable aux registres spéciaux concernés. Cette souplesse est à encourager car en facilitant aux personnes victimes des actes de contrefaçon l'ouverture de l'action judiciaire sanctionnant cette infraction, le législateur renforce la lutte judiciaire et l'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon.

### **B) Le critère objectif de l'intérêt à agir**

66. L'habilitation à saisir le juge dans le cadre de l'action civile en contrefaçon ne peut s'exercer que selon un certain nombre de critères relatifs au droit dont la protection est recherchée. Il apparaît qu'il est requis en droit comparé, que le droit intellectuel soit valide et opposable aux tiers. Il est important de remarquer que les titulaires de l'action en contrefaçon ne bénéficient de cette prérogative que si leurs droits sont juridiquement validés et régulièrement opposables au tiers. Dès lors la condition de la recevabilité d'une poursuite judiciaire de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, pour ce qui concerne le titulaire de l'action, va nécessiter l'existence de deux éléments, que sont la validité du droit invoqué ainsi que son opposabilité face au tiers<sup>128</sup>.

67. Le fait de montrer que le principe de la recevabilité de l'action judiciaire en contrefaçon dépend de la preuve de la validité du droit dont l'atteinte est invoquée, ainsi que de son opposabilité face aux tiers,<sup>129</sup> nous conduit à préciser avant tout, que le Code de la propriété intellectuelle ainsi que l'Accord de Bangui prévoient des conditions de forme et de fond quant à la validité des différentes catégories de droits intellectuels.

68. En droit français, la validité du brevet court à partir du dépôt de la demande, il en est ainsi de l'obtention végétale<sup>130</sup>. La validité de la marque, débute avec l'enregistrement. Les dessins et modèles sont protégés à partir du dépôt de l'enregistrement<sup>131</sup>. Le droit des indications géographiques naît à partir de la demande d'enregistrement<sup>132</sup>. Le droit d'auteur et les droits voisins sont valables et opposables dès lors que l'œuvre est créée sous une forme originale<sup>133</sup>. Il apparaît que le souci de protection des droits intellectuels n'est pas homogène au regard du point de départ de la protection. La validité du droit d'auteur n'est pas soumise à une demande d'enregistrement préalable

---

<sup>128</sup> J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 39 et s.

<sup>129</sup> P. Roubier, t. 1, op. cit, p. 119.

<sup>130</sup> Art. 10 de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 Décembre 1961.

<sup>131</sup> Art. L. 511-3 du Code de propriété intellectuelle pour ce qui est des dessins et modèles.

<sup>132</sup> Article 10 Règlement (CE) n° 1898/2006 de la commission du 14 Décembre 2006.

<sup>133</sup> Art. L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

contrairement à la propriété industrielle. En notre sens cette distinction se rattache à la nature du droit protégé. L'originalité requise en droit d'auteur diffère de l'inventivité nécessaire au Brevet ou de la nouveauté des signes. C'est ainsi que la différenciation de l'appréciation de l'atteinte par le juge va dans le même sens reposer sur des éléments distincts selon que l'on se situe en droit de la propriété industrielle ou en droit de la propriété littéraire et artistique.

69. Au niveau du droit sénégalais, l'Accord de Bangui faisant office de loi nationale en droit de la propriété intellectuelle, contient plusieurs annexes consacrées à chaque type de droit intellectuel. Il dispose à l'article neuf de l'annexe 1, que la protection du brevet débute à partir de la date de dépôt de la demande. C'est la même disposition que celle prévue par le Code français de propriété intellectuelle. L'article 14 de l'annexe 3 sur les marques retiendra la date de dépôt comme le point de départ légal de l'enregistrement, et le début de la protection. Le droit des dessins et modèles courent à partir de la date du dépôt de l'enregistrement d'après l'article 4 de l'annexe 4 de l'Accord de Bangui.

70. La propriété littéraire et artistique suit la même logique que la propriété industrielle, car le droit est valable dès la création de l'œuvre dans les deux droits, les articles L. 111-1 du Code de propriété intellectuelle et l'article 4 de l'annexe 7 de l'Accord de Bangui interviennent en ce sens. L'enregistrement de l'œuvre n'est donc pas une condition de validité du droit d'auteur, mais une preuve de son existence. Nous observons que cette condition n'est pas souvent respectée par la jurisprudence sénégalaise qui a tendance à déduire de la preuve de l'enregistrement, l'existence de l'œuvre<sup>134</sup>. Or il nous semble bien que l'Accord de Bangui a été très clair en ce sens, dans les dispositions de l'article 4 de l'annexe 7 où nous pouvons lire que : « *L'auteur de toute œuvre originale de l'esprit, littéraire et artistique jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création d'un droit de création incorporelle, exclusif et opposable à tous* »<sup>135</sup>.

71. Il existe cependant un certain nombre d'arrêtés de l'ordre judiciaire sénégalais qui vont à l'encontre de ce principe en rejetant des actions en contrefaçon de droit d'auteur pour défaut de preuve de l'enregistrement. Il en est ainsi, de l'arrêt de la

---

<sup>134</sup> CA Dakar, civ. et com. 1, 30/01/2009, Amadou Diouma Diouf c/Ousmane Ndiaye dit Dago. Dans cette espèce, la Cour rejette la demande en contrefaçon d'œuvre d'art au motif que : « *la Cour fait sienne la motivation du premier juge en ce qu'il a estimé que Amadou Diouf n'a pas rapporté la preuve qu'il est le premier créateur des tissus « Batik » litigieux en produisant un titre en bonne et due forme* ».

<sup>135</sup> Arrêt précité.

Cour d'appel de Dakar du 19 janvier 2009<sup>136</sup>, ou encore, celui du 30 janvier 2009<sup>137</sup>. Ces jurisprudences déduisent de l'inexistence de la preuve de l'enregistrement, celle du droit subjectif de la propriété littéraire et artistique. Cette tendance est à déplorer, surtout dans un pays comme le Sénégal où les artisans ou artistes n'ont pas toujours le réflexe de faire enregistrer leurs droits, sans parler des expressions folkloriques qui, étant considérées comme des œuvres communes du patrimoine culturel, ne seront que très rarement fixées sur support matériel et enregistrés au BSDA. Suite à cela, nous espérons vivement, que cette tendance va se corriger avec le temps.

72. En ce qui concerne l'ouverture de l'action judiciaire en contrefaçon, il faut également noter que la recevabilité de l'action va nécessiter une condition supplémentaire qui est l'opposabilité du droit au tiers, il s'agit de la publicité ou de la notification en droit français et en droit sénégalais.

73. La publication de l'enregistrement des droits intellectuels s'effectue au niveau de l'INPI en France, et de l'OAPI pour toute la zone territoriale des pays signataires de l'Accord de Bangui<sup>138</sup>. Il convient juste de mentionner qu'il existe des institutions publiques internes représentatives de l'OAPI dans chaque pays membre. Au Sénégal il s'agit du Bureau Sénégalais du Droit d'Auteur (BSDA) pour ce qui concerne la propriété littéraire et artistique, et de l'Agence Sénégalaise pour la Propriété Industrielle et de l'innovation (ASPIT), en matière de propriété industrielle.

74. Les conditions liées à la naissance du droit de propriété intellectuelle et à son opposabilité constituent les conditions de forme de la validité de ce droit. Il est également nécessaire que les conditions de fond de l'existence du droit soient remplies pour que l'intérêt à agir soit pleinement constitué.

75. Les conditions de fond d'existence des droits de propriété intellectuelle sont énumérées par le Code de la propriété intellectuelle et l'Accord de Bangui en droit comparé. L'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle désigne pour ce qui est du brevet les conditions de nouveauté, d'inventivité et d'application industrielle. La marque doit être distinctive, disponible et conforme à l'ordre public et aux bonnes

---

<sup>136</sup> CA Dakar, civ et com. 4, 19/01/2009, Monsieur Didier Awadi c/ la SONATEL Mobiles SA.

<sup>137</sup> CA Dakar, civ. et com. 1, 30/01/2009, jugement précité.

<sup>138</sup> Nous faisons remarquer cependant que les deux organismes possèdent des bureaux et offices d'une manière décentralisée sur le territoire français, ainsi que dans la zone OAPI.

mœurs<sup>139</sup>. Les dessins et modèles doivent également remplir deux conditions pour être valables<sup>140</sup>. Il s'agit de la nouveauté et du caractère propre du dessin et modèle.

76. L'Accord de Bangui consacre les mêmes dispositions dans les différentes annexes portant sur les différents droits de propriété intellectuelle protégés. Il s'agit des articles 3, 4, 5 de l'annexe 1 sur le brevet, de l'article 3 de l'annexe 4 sur les marques, et de l'article 2 de l'annexe 4 sur les dessins et modèles, pour ne citer que les droits intellectuels les plus fréquemment rencontrés.

77. Les conditions de fonds sur les poursuivants en justice pour la défense des droits de propriété intellectuelle sont ainsi identiques au droit sénégalais et au droit français. Par conséquent dans les deux pays le demandeur en contrefaçon doit remplir les mêmes conditions pour disposer de l'intérêt à agir même si la source de droit est différente.

78. S'il est intéressant de constater que le titulaire du droit, principale personne visée en cas d'atteinte, puisse agir en contrefaçon pour défendre ses droits et notamment son bien immatériel, en notre sens il serait également utile que le licencié puisse faire de même, sans aucune condition limitative, et ceci, pour une meilleure efficacité de la lutte judiciaire contre la contrefaçon. Le licencié n'est pas propriétaire du droit mais son droit d'exploitation fait qu'il peut ressentir directement le dommage économique causé par l'atteinte à sa prérogative et par conséquent, il devrait pouvoir s'en plaindre sans passer par une mise en demeure préalable du titulaire. Actuellement sauf exception<sup>141</sup>, en droit français, cette possibilité, <sup>142</sup>est conditionnée à une mise en demeure pour le licencié exclusif concernant le droit des brevets<sup>143</sup>, le droit des marques<sup>144</sup>, le droit des dessins et modèles<sup>145</sup>. Il sera également nécessaire que le droit du licencié soit inscrit au registre national spécifique<sup>146</sup>.

79. Cet état de fait reste valable pour le droit sénégalais, notamment en ce qui concerne le licencié du brevet avec l'article 54 de l'annexe sur le brevet, l'article 46 de

---

<sup>139</sup> Art. L. 711-1 et s. du Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>140</sup> Art. L. 511-2 du Code de la propriété industrielle.

<sup>141</sup> Article L. 331-1 al. 2 pour le licencié exclusif d'un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes.

<sup>142</sup> N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, op. cit., n° 1296 : « à l'exception du droit d'auteur, le titulaire d'un droit exclusif d'exploitation est recevable à agir en contrefaçon sous certaines conditions.(...) A la différence du régime des droits voisins, il est nécessaire que le licencié exclusif ait mis préalablement et vainement en demeure le propriétaire du bien intellectuel dont il a la jouissance avant d'exercer cette action. Dans ce cas, le propriétaire du bien intellectuel peut intervenir à l'instance engagée par le licencié pour obtenir réparation de son propre préjudice ».

<sup>143</sup> L. 615-2 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>144</sup> L. 716-2 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>145</sup> L. 521-2 du Code de la Propriété intellectuelle.

<sup>146</sup> Ibid.

l'annexe 3 sur les marques consacre le même principe, ainsi qu'entre autres, l'article 34 de l'annexe 4 sur les dessins et modèles.

80. Si on offre au licencié la possibilité de saisir le juge pour faire sanctionner l'atteinte au droit dont il a une autorisation d'exploitation, en notre sens, cela constituerait un élément supplémentaire de dissuasion contre les activités de contrefaçon. La raison en est que, plus le nombre de personnes titulaires du droit de poursuite augmente, plus les chances que l'auteur de l'infraction de se voir traduire en justice, s'accroissent.

81. Il importe ainsi, de rappeler qu'il existe une règle spécifique relative à la situation existante en matière d'intérêt à agir dans la demande reconventionnelle en nullité. Cette dernière est souvent soulevée par le défendeur en réaction à l'attaque judiciaire pour contrefaçon. La jurisprudence admet que dans ce cas, l'intérêt à agir du demandeur en nullité se résume à l'existence d'un lien suffisant entre sa demande et la demande initiale<sup>147</sup>.

## **II) De la qualité pour agir en contrefaçon**

82. Le critère de l'intérêt à agir doit être doublé de celui de la qualité à agir. Il s'agit de conditions cumulatives. L'article 30 du Code français de procédure civile traitant de la recevabilité de l'action judiciaire désigne la « *personne qu'elle qualifie* », en parlant de la loi qui définit à l'avance les personnes qualifiées pour élever ou s'opposer à une prétention judiciaire. Autrement dit, il s'agit bien d'une qualité juridique personnelle requise pour pouvoir intenter une action en justice<sup>148</sup>. Pour ce qui est de l'action en contrefaçon, d'une manière générale, la qualité pour agir découle de la titularité du droit de propriété intellectuelle.

83. En droit français, le brevet appartient à l'inventeur ou à son ayant cause d'après l'article L. 611-6 du Code de la propriété intellectuelle. Un ayant-cause est défini

---

<sup>147</sup> TGI Lille, 18 janv. 2007, n° 2004/0112, B2004/02958, PIBD, 2011, n° 931, III, p. 3 : « *La solution Easyfix de la société Labonord, qui est l'objet des demandes principales de la société demanderesse, est susceptible de pouvoir être utilisée dans un tel procédé* » ; Cass. Com., 14 sept. 2010, RG. n° 20100134, JurisData n° 2009/13488, PIBD, 2011, n° 931, III, p.1 : Cassation de l'arrêt d'appel ayant retenu l'intérêt à agir du demandeur reconventionnel sans préciser le motif de la décision d'annulation puisque la demande d'annulation ne portait pas sur les revendications opposées.

<sup>148</sup> C. Lefort, Procédure civile, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2014, n° 80 : « *Dire d'une personne physique ou morale, qu'elle a qualité à agir, cela signifie certainement qu'elle est investie, de par la volonté du législateur, d'une aptitude particulière qui l'habilité à exercer (plutôt qu'une autre et parfois de manière exclusive), une action en justice pour obtenir la sanction du droit dont elle se prétend titulaire* ».

comme une personne qui tient son droit de l'auteur de ce dernier<sup>149</sup>. En l'espèce pour le breveté, il s'agit du cessionnaire, des héritiers et du licencié sous certaines conditions.

84. Les mêmes règles s'appliquent au droit des produits semi-conducteurs et au droit des obtentions végétales d'après respectivement les articles L. 622-1 et l'article L. 623-24 al. 3 du Code de la propriété intellectuelle. Les dessins et modèles sont également la propriété du créateur et de ses ayants droits d'après les termes de l'article L. 511-9 du CPI. En matière de marque, étant donné que la propriété s'acquiert par l'enregistrement<sup>150</sup>, c'est le déposant qui est le titulaire des droits.

85. Le principe reste le même pour le droit de la propriété littéraire et artistique, où c'est l'auteur de l'œuvre, ses ayants droit ou cessionnaires qui bénéficient de la titularité et donc de la qualité d'agir en justice<sup>151</sup>.

86. Le droit sénégalais ne présente pas de différence à ce niveau, les titulaires des droits sont les mêmes. C'est tout naturellement que les titulaires de l'action en contrefaçon vont aussi être les inventeurs, déposants ou auteurs des droits de propriété intellectuelle.

87. Seules les sources du droit diffèrent naturellement. Ainsi pour le brevet, le déposant est réputé être l'inventeur et le titulaire du droit d'après l'article 10 de l'annexe 1 de l'Accord de Bangui. L'article 3 de l'annexe 4 sur les dessins et modèles destine la titularité du droit au dessin et modèle déposé à son créateur et à ses ayants droits. L'article 2 de l'annexe 10 consacre le même droit à l'obtenteur, autrement dit à la personne qui a découvert et mis au point la variété végétale.

88. Les dispositions sur la marque de fabrique concernant la propriété se trouvent à l'article 10 de l'annexe 3 de l'Accord. Le premier déposant en est titulaire. L'article 4 de l'annexe 7 de l'Accord de Bangui dispose que : « *l'auteur de toute œuvre originale de l'esprit, littéraire et artistique jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création d'un droit de propriété incorporelle* ».

89. Le droit français et le droit sénégalais présentent les mêmes dispositions en ce qui concernent la qualité juridique du demandeur à l'action en contrefaçon. Que ça soit

---

<sup>149</sup> S. Guinchard et T. Debard, Lexique des termes juridiques 2015-2016, 23<sup>e</sup> éd., Dalloz 2014, p. 117 : « *Celui auquel les droits d'une personne ont été transmis* ».

<sup>150</sup> Art. L. 712-1 du Code de propriété intellectuelle.

<sup>151</sup> Article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle.



en matière de qualité ou d'intérêt à agir nous avons des dispositions communes dans le fond pour le droit français et le droit sénégalais.

90. La différence que nous pouvons relever est la même qu'en matière d'intérêt à agir, les dispositions du droit comparé sont identiques sur le fond, il n'y a que les sources du droit qui diffèrent. Pour le droit français les sources sont le Code de la propriété intellectuelle dont les dispositions sont législatives, alors que pour le Sénégal, les dispositions proviennent essentiellement d'un accord international directement applicable à l'Etat membre signataire<sup>152</sup>.

## **Paragraphe 2) Les poursuivants en droit pénal comparé de l'action en contrefaçon**

91. Le principe reste le même en droit pénal de la contrefaçon, seules certaines personnes sont qualifiées à introduire une action en contrefaçon<sup>153</sup>. En droit de la procédure pénale les critères de poursuite relatifs aux personnes sont plus restreints qu'en droit civil. Deux sortes de poursuivants existent.

### **I) La procédure introduite par la partie lésée dans l'action pénale en contrefaçon**

92. La partie lésée peut déclencher l'action publique au sens de l'article 1 des codes français et sénégalais de procédure pénale. Cette initiative peut se faire à partir de deux procédés que sont la constitution en partie civile, par le biais d'une plainte déposée au procureur de la République, et la saisine du juge du tribunal correctionnel par citation directe.

93. La plainte déposée au procureur de la République est une procédure classique en droit pénal français et sénégalais, car elle constitue avec la dénonciation, les seuls moyens permettant aux particuliers d'informer le ministère de la justice, de

---

<sup>152</sup> Il s'agit au sens juridique du terme d'un traité. Ce dernier est défini comme « *un ensemble d'énoncés établi de façon concertée, destiné à produire les effets de droit international qu'en attendent ses auteurs, dans les relations entre sujets internationaux qui se le sont reconnu opposable* » : J. Combacau, Le droit des traités, PUF, 1991, p. 7.

<sup>153</sup> S. Guinchard (Sous la direction de), op. cit. p. 29.

l'existence d'un délit<sup>154</sup>. Cette possibilité est prévue aux articles 32 du CPP sénégalais, ainsi qu'au niveau de l'article 40 du CPP français : « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Il avise le plaignant du classement de l'affaire ainsi que la victime lorsque celle-ci est identifiée* ».

94. Le déclenchement de l'action publique ne sera pas automatique car le procureur de la République devra apprécier l'opportunité des poursuites ou non<sup>155</sup>. En revanche, s'il juge les poursuites opportunes, il engagera l'action publique, par contre, s'il ne les juge pas nécessaires, il peut simplement classer la plainte sans suite. Cette possibilité de ne pas donner suite répond à un besoin de désencombrer la juridiction pénale afin de lui assurer une meilleure efficacité.

95. Dans le cadre de la contrefaçon en droit d'auteur et assimilé, on pourrait comparer ce procédé au réaménagement de l'exécution de la saisie-contrefaçon en propriété littéraire et artistique par le commissaire judiciaire. Afin d'éviter les abus ou malveillance qui peuvent être liés à cette dernière, le législateur a peu à peu transféré au président du tribunal d'instance, la possibilité d'autoriser cette saisie avec un important pouvoir de contrôle et d'orientation<sup>156</sup>.

96. La partie lésée pourra, le cas échéant, agir devant le juge correctionnel par citation directe, afin de déclencher des poursuites et de saisir la juridiction pénale par la même occasion. Cette possibilité est soumise à une condition<sup>157</sup>, elle consiste à une durée

---

<sup>154</sup> F. Desportes et L. Lazergues-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Economica 2013, n° 1101 et s. L'auteur fait remarquer à juste titre que : « *le dépôt de plainte n'est pas une condition d'exercice de l'action publique par le ministère public. Toutefois, dans quelques cas, le législateur subordonne à une plainte de la victime ou de l'administration concernée, la décision de poursuite, limitant ainsi le pouvoir d'appréciation du ministère public* » ; N. Fall, *Le droit pénal africain : A travers le système sénégalais*, éditions juridiques africaines, 2003, p. 67 et s.

<sup>155</sup> J. Leblois-Happe, « *Plaidoyer pour la légalité des poursuites* », JCP, 15 fév. 2010, p. 168; Cass. crim. 8 décembre 1826, B, n° 250 in F. Desportes et L. Lazergues-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op. cit., p. 774/775 : « *le législateur n'a pu vouloir astreindre les officiers du ministère public à diriger des poursuites d'office, et sans l'intervention des parties civiles, sur toutes les plaintes même les plus légères et les plus insignifiantes ; sur des plaintes qui n'intéressent point directement l'ordre public, et qui souvent n'ont d'autre but que de satisfaire des passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou d'amour propre, ou de procurer aux dépens de l'Etat, et sans aucune espèce d'utilité pour l'ordre social, la réparation de quelque torts légers, éprouvés par des particuliers* ».

<sup>156</sup> P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> édition, PUF, 2015, n° 804 et s.

<sup>157</sup> Cette condition est une disposition de l'article 85 du Code de procédure pénale, elle a été créée par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, art. 21-1 ; S. Detraz, « *Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile* », JCP 2008, I, 111.

de trois mois entre le refus de poursuite du parquet et la saisine du tribunal correctionnel par la partie lésée<sup>158</sup>.

97. Par ailleurs, il est possible au titulaire de l'action civile, de se joindre à un procès pénal ou de saisir les juridictions pénales pour réparation du préjudice né du fait de l'infraction. Comme nous l'avons précédemment relevé, la partie civile ayant souffert d'un dommage issu de la réalisation d'un délit, pourra saisir la juridiction pénale pour la réparation de son préjudice. Cela offre donc aux victimes de la contrefaçon, la possibilité de pouvoir saisir le juge correctionnel à la fois pour la répression du délit, mais aussi, pour la réparation civile de ses effets dommageables. Cette possibilité est présente aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais. L'article 2 du CPC sénégalais dispose en ce sens que : « *L'action civile en réparation de dommage causé par toute infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». Cet article est identique dans ses dispositions à l'article 2 du CPC français qui ouvre la possibilité de poursuite de l'action civile devant la juridiction pénale, à toute personne ayant subi un dommage du fait du délit considéré, d'une manière personnelle et directe.

98. Il est en outre possible pour le procureur de la République de s'autosaisir lorsqu'il a été informé de l'existence du délit de contrefaçon, soit par la partie lésée, soit par une autre personne. Il déclenche dès lors l'action publique suivant le régime procédural propre à cette procédure.

## **II) L'action publique par autosaisie du procureur de la république**

99. La recevabilité de ce type de saisine judiciaire représente l'exemple parfait d'une action attitrée, au sens où, elle est seulement ouverte à une personne que la loi cite expressément. Dans ce cas, la qualité peut être donnée à des personnes qui n'ont pas forcément d'intérêt direct et personnel sur la prétention défendue par l'action judiciaire<sup>159</sup>. C'est le cas du procureur de la République devant un délit pénal de contrefaçon<sup>160</sup>. Le

---

<sup>158</sup> L. Lemesle et F. J. Pansier, *Le procureur de la République*, PUF, 1998, n° 3315 ; V. Lesclous, « Le procureur : du mécanisme de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social, une fonction judiciaire républicaine », *Dr. pén.* 2013, étude 13.

<sup>159</sup> G. Bolard, *Qualité ou intérêt pour agir*, in Mélanges S. Guinchard, Dalloz 2010, p. 597.

<sup>160</sup> S. Guinchard, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, 10<sup>e</sup> éd. Paris, 2014, n°317 ; D. Trossero, *Procureur de la République : La vérité*, LPM, 2002, p. 22 : « *C'est au XIV<sup>e</sup> siècle que le procureur vient au monde.(...) Le roi, pour défendre ses intérêts privés, s'adjoignait des procureurs et des avocats, tous magistrats.(..) A partir du XVI<sup>e</sup> siècle, les procureurs sont hiérarchisés. Son fidèle héritier, le «ministère public», tire son nom de sa*

procureur déclenche les actions publiques dans l'intérêt de la société. Cette possibilité découle de son statut juridique. Il est en effet « *l'autorité chargée de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée, en tenant compte, d'une part, des droits des individus et, d'autre part de la nécessaire efficacité du système de justice pénale* »<sup>161</sup>.

100. En l'absence de plaintes ou de dénonciations de la part des particuliers au procureur<sup>162</sup>, ce dernier doit être informé de l'existence du délit pour pouvoir engager les poursuites. Ainsi il est prévu par le droit de procédure civile français, notamment l'article 19 de ce Code, que les officiers de police judiciaire sont tenus d'informer le procureur de la République des délits dont ils ont connaissance<sup>163</sup>.

101. Ainsi après avoir été informé du délit, le procureur de la République va pouvoir engager les poursuites requises avec la mise en œuvre de l'action publique. En droit sénégalais de la procédure pénale, une prérogative similaire est prévue par l'article 32 du Code de procédure pénale qui dispose notamment que : « *Le Procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, est tenu d'en donner avis sans délai au Procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.*

102. Il ne suffit pas au procureur de la République d'obtenir une information sur l'existence d'un délit pour se lancer dans des poursuites. Il devra aussi apprécier l'opportunité des poursuites pour éviter les demandes excessives ou abusives. Il a ainsi la possibilité de poursuivre l'affaire, de la classer sans suite ou de proposer des solutions alternatives à la méthode judiciaire. Pour établir cette opportunité de poursuite, le Procureur de la République fait procéder à des enquêtes par les officiers de police judiciaire dont il dirigera à cet effet les opérations de saisies, perquisitions et garde à

---

*double casquette : il défend les intérêts du roi, mais il veille aussi à tout ce qui touche à l'Eglise, aux hôpitaux, aux communautés, aux mineurs, bref au domaine public en général ».*

<sup>161</sup> Recommandation du Conseil de l'Europe du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, in F. Desportes, *Traité de Procédure Pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Economica 2013, n° 1117.

<sup>162</sup> Ainsi au sens de l'article 40 du Code de procédure pénal : « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner* ».

<sup>163</sup> C. Etrillard, « Des relations du ministère public avec la police judiciaire en France : étude du traitement en temps réels des procédures pénales », *Rev. Internat. De crim. et de pol. Techn. et scient.*, 3/03, p. 277.

vue<sup>164</sup>. En droit sénégalais ces opérations peuvent aussi être effectuées par les officiers de la Brigade Nationale de Lutte contre la Piraterie et la Contrefaçon.

103. Les règles de titularité des actions ne sont pas le seul fait de l'action en contrefaçon. Le droit de l'action de la concurrence déloyale est également soumis à certains critères relevant de l'habilitation personnelle à poursuivre le délinquant économique.

## **Sous-section 2 : Les titulaires de l'action en concurrence déloyale en droit comparé franco-sénégalais**

104. L'action en concurrence déloyale n'est ouverte qu'à certaines personnes<sup>165</sup>. Ces dernières ne sont pas nommément désignées par la loi comme dans le cadre de la contrefaçon, l'absence de textes spécifiques à l'infraction de concurrence déloyale fait que l'infraction emprunte les règles communes du droit procédural civil<sup>166</sup>.

### **Paragraphe 1) L'intérêt dit légitime pour agir en concurrence déloyale en droit comparé français et sénégalais**

105. L'article 31 du CPC, dispose que le demandeur a intérêt à agir lorsqu'il a « *un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* »<sup>167</sup>. Il exige que l'intérêt de la partie à l'action civile soit légitime. Ce qualificatif semble poser un problème pour une partie de la doctrine qui voit en cela, un moyen de porter l'appréciation du juge non pas sur la recevabilité de l'action mais sur l'opportunité morale de la prétention. Cette dernière étant une question plutôt liée au résultat de l'action ne devrait donc pas figurer sur les

---

<sup>164</sup> C. Giudecelli, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », AJP 2008, 439 ; M. Scwendener, « La direction de l'enquête : distinguer l'opérationnel du procédural », AJP 2008, 447.

<sup>165</sup> L. Vogel, traité de droit des affaires : Du droit commercial au droit économique, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 718.

<sup>166</sup> S. Guinchard, et alii, Procédure civile, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 135, A. M. Soraya et Y. Strickler, Procédure civile, PUF, 2014, n°60.

<sup>167</sup> V. Wiederkehr, « La légitimité de l'intérêt pour agir, in Justices et droit du procès, in Mélanges en l'honneur de S. Guinchard ; G. Wicker, « La légitimité de l'intérêt à agir », in mélanges Yves Serra, op. cit, p. 455.

conditions de recevabilité de la demande judiciaire<sup>168</sup>. Nous pensons que l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir est une restriction qui peut sembler inopportune dans le cadre de la concurrence déloyale, où la fonction disciplinaire de l'action devrait primer afin que de tels actes soient punis quel que soit le statut de l'intérêt invoqué par le demandeur en concurrence déloyale.

106. En l'occurrence, l'action en concurrence déloyale en ce qu'elle porte sur la violation d'un devoir général du respect de la liberté de la concurrence, vise la sauvegarde d'un droit objectif au-delà du préjudice personnel du demandeur. L'intérêt de l'action en concurrence déloyale est dès lors, en partie, ancré dans l'objectif de faire respecter la liberté du commerce et de l'industrie<sup>169</sup>. C'est le juge du fond qui déterminera cependant si ce caractère est suffisant ou pas<sup>170</sup>. L'intérêt de la partie au procès civil doit en outre présenter d'autres caractéristiques pour être recevable.

107. La jurisprudence française exige d'une part, qu'il soit né et actuel. Le principe en droit procédural est que l'action en cours doit concerner un intérêt existant au moment de l'introduction de la demande<sup>171</sup>. Cela suppose que la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie soit en cours au moment de l'introduction de l'action en concurrence déloyale. Selon M. Godinot, « *l'exercice du commerce se trouve aujourd'hui encore soumis à certaines conditions et restrictions qui sont, à vrai dire, des mesures de protection pour les intérêts légitimes, plutôt que des restrictions à la liberté de l'industrie* »<sup>172</sup>.

108. D'autre part, la jurisprudence exige que cet intérêt soit direct et personnel. Il s'agira ici pour le demandeur à l'action ou la partie, d'une manière générale, d'être directement concerné dans sa personne ou son patrimoine par la prétention de l'action judiciaire. Il a été soulevé que la notion d'intérêt représente l'avantage que la partie retire de la mise en œuvre de l'action<sup>173</sup>. Autrement dit l'action doit pouvoir modifier sa situation juridique, matérielle ou morale dans un sens plus favorable<sup>174</sup>.

---

<sup>168</sup> S. Guinchard, op. cit., n°1328 et s.

<sup>169</sup> P. Roubier, t.1, op. cit, p. 477 et s.

<sup>170</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 4 Nov. 1980, Bull. Civ. I, n° 279.

<sup>171</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 Février 2006, n° 04-17. 512, Dalloz. 2006. 527.

<sup>172</sup> H. Godinot, La concurrence déloyale ou illicite : Essai d'élaboration d'un système législatif d'après les données de la jurisprudence et du droit comparé, thèse, Nancy, 1932, p. 7.

<sup>173</sup> S. Guinchard(Sous la direction de), Droit et pratique de la procédure civile, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz 2014, n° 101. 10 : « *L'exigence que le demandeur justifie d'un intérêt pour avoir droit à l'activité juridictionnelle du juge signifie que cette activité, et le jugement auquel elle mène, n'est due qu'à celui qui peut en tirer quelque avantage : Le juge ne statue pas sans utilité (...) En raison même du rôle qu'il est appelé à jouer, l'intérêt*

109. Dans l'action en concurrence déloyale, l'intérêt se situe aussi bien au niveau matériel, que moral. Il porte non pas sur la reconnaissance d'un droit pour le demandeur, mais sur la sanction d'un devoir du défendeur. Ce devoir de l'exercice loyal de la concurrence a pour corollaire, le droit du demandeur de bénéficier d'un cadre loyal d'exercice de son activité. Obtenir en justice l'effectivité de son droit par la cessation des actes illicites est donc dans l'intérêt juridique du demandeur.

110. Par ailleurs cet intérêt est également moral dans la mesure où, l'action va viser la réparation d'un préjudice souvent basé sur un trouble commercial que l'on ne saurait quantifier en termes matériels, de surcroît, il y a également la publication de la décision dans des journaux, ce qui représente une punition pour le concurrent déloyal, car elle pourrait affecter sa clientèle future, de même que sa renommée.

111. L'intérêt moral du demandeur dans l'action en concurrence déloyale apparaît aussi en notre sens par la réparation financière. Les indemnités perçues au titre de son préjudice affectent normalement la situation financière du demandeur même s'ils procèdent d'un rééquilibrage de sa situation initiale ou de celle qu'elle aurait dû être si l'infraction n'avait pas eu lieu.

## **Paragraphe 2) La qualité juridique requise pour engager une action en concurrence déloyale en droit comparé**

112. La qualité pour agir est la légitimité prévue par la loi pour agir ou combattre une prétention<sup>175</sup>. Dans la majeure partie des cas, l'existence de la qualité est déduite de celle de l'intérêt légitime<sup>176</sup>. C'est le cas notamment lorsque l'action en justice est dite banale. En l'espèce, elle est ouverte sans restriction aux personnes qui y trouvent un intérêt. La condition de qualité juridique va coïncider à celle de l'intérêt légitime. Elle est remplie dès que l'intérêt existe.

113. La qualité de la personne morale pour déclencher une procédure dépend de plusieurs conditions: Elle peut agir pour défendre son intérêt propre, pour ce qui concerne

---

*doit être personnel, né et actuel ».*

<sup>174</sup> S. Guinchard alii, Procédure civile, op. cit., n° 135 et s..

<sup>175</sup> N. Fricero et P. Julien, Procédure civile, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n°80.

<sup>176</sup> F. Kernaleguen, « Intérêt, qualité, pouvoir : Le ménage à trois de l'action en justice », in Mélanges S. Guinchard, Dalloz 2010, p. 771 et suivant.

la défense d'intérêt collectif. La personne morale doit justifier d'une habilitation légale lui donnant cette prérogative (c'est le cas des associations et des syndicats professionnels)<sup>177</sup>.

114. La qualité requise pour une action en concurrence déloyale peut correspondre à la condition d'intérêt légitime au regard de la nature de l'action judiciaire. En effet, la loi n'a pas désigné les personnes ayant qualité pour agir en justice, nous sommes en notre sens devant une action banale qui, conformément à la doctrine<sup>178</sup>, est ouverte à toute personne ayant un intérêt direct et personnel à défendre.

115. Comme nos développements précédents le révèlent, les droits français et sénégalais ne présentent pas de divergences fondamentales au niveau des personnes autorisées à intenter une action en contrefaçon ou en concurrence déloyale. Le droit français est plus complet dans ses dispositions et compense en pratique, les lacunes du droit sénégalais. Le juriste sénégalais a coutume de se référer au droit français et il emploie fréquemment en ce sens, l'expression suivante : « *le droit français s'applique tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».

116. Au niveau des deux infractions, nous pouvons signaler qu'il existe deux grandes différences dont la première découle de la possibilité de poursuite de la contrefaçon au niveau des deux ordres juridiques distincts. Il s'agit notamment de l'ordre civil et de l'ordre pénal. L'action civile en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale relèvent d'une manière générale du régime du procès civil sauf pour ce qui est du titulaire de l'action, car si ce dernier est défini à l'avance par le régime applicable au droit de la propriété intellectuelle dans l'action en contrefaçon, il ne l'est pas du tout dans l'action en concurrence déloyale, où c'est le régime de la responsabilité civile délictuelle qui s'applique.

117. L'originalité du droit pénal repose sur le fait qu'il vise généralement à réprimer les infractions portant préjudice à la société dans son ensemble. C'est pourquoi le procureur de la république peut intervenir au même titre que la partie lésée pour engager des poursuites pénales pour défendre les intérêts de la société.

---

<sup>177</sup> L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, Litec Coll. « Manuels », 2004, n° 455 et s.

<sup>178</sup> <http://www.cours-de-droit.net/introduction-au-droit/la-mise-en-oeuvre-des-droits-subjectifs-action-en-justice.a3264972.html>; S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, Procédure civile, Précis, Dalloz, consulté le 05 Septembre 2010.



118. La mise en œuvre des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale en droit comparé va nécessiter d'autres conditions liées notamment à la compétence des tribunaux.

## **Section 2 : Les compétences juridictionnelles en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale en droit comparé**

119. Le contentieux de la propriété intellectuelle doit d'inscrire dans le cadre du régime de l'organisation judiciaire française et sénégalaise<sup>179</sup>. Il apparaît qu'il est nécessaire que soit précisé le cadre juridique d'intervention des actions précitées selon la structuration du paysage judiciaire de chaque pays. La détermination de la compétence matérielle (Sous-section 1), ainsi que celle de la compétence territoriale des tribunaux (Sous-section 2), permettent de compléter l'étude du cadre judiciaire de la protection de la propriété intellectuelle en droit comparé.

120. Nous rappelons à l'occasion que l'organisation judiciaire sénégalaise présente dans l'ensemble, la même structure que celle de la France<sup>180</sup>. Même s'il sera précisé à quel système juridique nous nous référons, il serait utile de faire remarquer qu'au niveau institutionnel, le Sénégal et la France ont un cadre juridique très proche<sup>181</sup>.

### **Sous-section 1 : La compétence matérielle et territoriale en matière de contrefaçon en droit comparé**

121. En matière d'action civile pour contrefaçon, il existe une spécialisation des juridictions qui s'est opérée au fur et à mesure des réformes sur la question en droit

---

<sup>179</sup> A. Kanté, « Réflexions sur l'organisation judiciaire au Sénégal (1830-1992) », in M. Badji et O. Devaux (Sous la direction de), op. cit., p. 209 : « *Le caractère unitaire de l'organisation judiciaire implique que ce sont les mêmes organes et les mêmes magistrats qui rendent la justice civile, pénale et administrative (...) Au Sénégal, malgré l'unification organique et fonctionnelle réalisée en matière de justice (...) Généralement on résume la formule par l'existence d'une unité de juridiction avec une dualité du contentieux* ».

<sup>180</sup> <http://www.gouv.sn/Les-Cours-et-Tribunaux.html>, consultée le 06/01/2015.

<sup>181</sup> A. Kanté, « Réflexions sur l'organisation judiciaire au Sénégal », in M. Badji (sous la direction de), op. cit., p. 199.

français<sup>182</sup>. Pour ce qui est des brevets, les tribunaux de grande instance sont compétents d'après l'article L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle<sup>183</sup>. Avant la loi de lutte contre la contrefaçon de 2007, la compétence d'attribution pour le traitement de la contrefaçon revenait au tribunal de grande instance selon les anciens articles L. 615-19 et L. 716-3 du Code de la propriété intellectuelle<sup>184</sup>. Depuis cette loi, les choses ont évolué, car cette restriction donne la compétence exclusivement au tribunal de grande instance de Paris pour les contrefaçons de brevet, de certificats d'utilité, de certificats complémentaires de protection et de topographies de produits semi-conducteurs<sup>185</sup>. En matière de marque, de dessin et modèle, de droit d'auteur, la compétence matérielle concerne certains tribunaux de grande instance, fixée par décret<sup>186</sup>. En l'occurrence, il s'agit des tribunaux de grande instance de Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nanterre, Nancy, Paris, Rennes, Fort-de-France et Strasbourg<sup>187</sup>. Pour ce qui est des obtentions végétales, l'article D 631-1 du Code de l'organisation judiciaire donne la compétence matérielle aux tribunaux de Marseille, Bordeaux, Strasbourg, Lille, Limoges, Lyon, Nancy, Paris, Rennes ou Toulouse.

122. Cette disposition du droit procédural français apporte une nouveauté majeure avec la spécialisation des juridictions. Au niveau civil, seulement dix tribunaux de grande instance vont s'occuper de la contrefaçon, alors qu'au niveau pénal les affaires de contrefaçon complexes ou très complexes sont cantonnées aux JIRS ou Juridictions interrégionales spécialisées<sup>188</sup>. Cette spécialisation de certains tribunaux français en matière de contrefaçon s'explique par la technicité de la matière de la contrefaçon nécessitant que les juges plus ou moins expérimentés sur la question soient saisis afin que le traitement de l'infraction soit assuré par des magistrats spécialistes ayant été préalablement formés sur la question<sup>189</sup>.

---

<sup>182</sup> C. le Stanc, « Spécialisation des juridictions de propriété intellectuelle : Le juge pénal n'en a cure », *Prop. Ind.*, n° 11, nov. 2013.

<sup>183</sup> T. conf. 6 Juin 1989 : PIBD 1995. III. p. 552 ; Paris 25 oct. 1996 : Dossiers Brevets 1996. IV. 7.

<sup>184</sup> J. Passa, *Contrefaçon et Concurrence Déloyale*, op. cit., n° 60.

<sup>185</sup> Article D.211-6 du Code de l'organisation judiciaire français, disposant à ce titre que : « *Le tribunal de grande instance ayant compétence exclusive pour connaître des actions en matière de brevets d'invention, de certificats d'utilité, de certificats complémentaires de protection et de topographies de produits semi-conducteurs, dans les cas et conditions prévus par le Code de la propriété intellectuelle, est celui de Paris* ».

<sup>186</sup> Décret n° 2009-1205 du 9 octobre 2009 fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle.

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> Juridictions interrégionales spécialisées chargées des gros dossiers de criminalité organisée et de grande délinquance.

<sup>189</sup> J. Larrieu, « Vivre au pays...A propos de la connexité entre contrefaçon et concurrence déloyale », *Prop. Ind.* n°2, Fév. 2008, comm. 17.

123. Au niveau pénal, la compétence d'attribution revient aux tribunaux correctionnels par principe, mais lorsque les litiges portent sur des dossiers de contrefaçon d'une « *très grande complexité* », ils seront soumis à la compétence des juridictions interrégionales spécialisées qui s'occupent généralement de la grande délinquance économique et financière. Lorsque les dossiers de contrefaçon sont dits d'une « *grande complexité* », la compétence revient aux juridictions régionales spécialisées<sup>190</sup>. Cette disposition insérée à l'article 704 du Code de procédure pénale peut être considérée comme le volet pénal de la spécialisation des juridictions déjà présente en matière civile.

124. Au Sénégal, l'Accord de Bangui n'a pas expressément spécifié l'existence des deux ordres judiciaires de mise en œuvre de l'action en contrefaçon même s'il y fait référence dans ses différentes dispositions<sup>191</sup>. A titre d'exemple, sur le délai de mise en mouvement de l'action au fond suite à une saisie-contrefaçon, l'article 65 de l'annexe 1 de l'Accord portant sur le brevet dispose qu' : « *A défaut, pour le demandeur, de se pourvoir soit par la voie civile, soit par la voie correctionnelle, dans le délai de dix jours ouvrables, à compter de la saisie ou la description, la dite saisie ou description est nulle de plein droit sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent être réclamés, s'il y a lieu* ». L'annexe 3 sur les marques dispose également dans son article 47, que les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils. Nous pouvons déduire de ces deux dispositions que même si l'Accord ne reconnaît pas expressément la voie civile et la voie correctionnelle comme les deux voies d'accès de l'action en Contrefaçon, il y procède implicitement en renvoyant à ces juridictions pour l'action au fond, ainsi que pour l'action en nullité et en déchéance des droits<sup>192</sup>.

125. Le régime français sur la compétence d'attribution des tribunaux est beaucoup plus clair en notre sens. Les règles de compétence se rapportent à des articles définis, des lois ou des décrets. Au niveau de l'Accord de Bangui, la compétence d'attribution est tacite dans les dispositions procédurales diverses telles que les règles de nullité, de déchéance ou de la saisie-contrefaçon. C'est peut être une manière de renvoyer directement au droit procédural français dans ses dispositions communes car sachant que le juriste sénégalais ou francophone d'une manière générale s'y reporte automatiquement en cas d'insuffisance ou d'absence des dispositions nationales. Au niveau du fond, les

---

<sup>190</sup> P. Tréfigny, « Curieuse absence de spécialisation des juridictions pénales », Propr. Ind., n°12, décembre. 2013, comm. 87.

<sup>191</sup> Annexe I de l'Accord de Bangui, article 65.

<sup>192</sup> Voir à ce titre Article 48 de l'annexel ; article 54 de la même annexe ; article 39 de l'annexe 2.

dispositions sont similaires en droit comparé au sens où elles prévoient la poursuite judiciaire de la contrefaçon aussi bien au niveau des tribunaux civils qu'au niveau des tribunaux correctionnels.

126. L'étude de la compétence territoriale des juridictions en matière de contrefaçon concerne deux ordres juridiques différents que sont l'ordre civil et l'ordre pénal en droit comparé. Sur le plan civil, les articles 42 et 46 du Code de procédure civile règlent la compétence territoriale des tribunaux. Il y a une compétence de principe pour le tribunal du lieu où demeure le défendeur<sup>193</sup>. En matière délictuelle, il y a la possibilité pour le demandeur de saisir en outre la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort duquel le dommage a été subi<sup>194</sup>. Si la détermination du domicile principal se fait par appréciation souveraine du juge<sup>195</sup>, à la date de l'assignation, le principe est que l'on retient le lieu de domicile de la personne physique et le lieu d'établissement pour la personne morale<sup>196</sup>.

127. Au niveau pénal, dans le deuxième titre du livre premier intitulé «*du jugement des délits*», l'article 382 du Code de procédure pénale dispose que le tribunal correctionnel compétent en matière de délit est celui du lieu de l'infraction ou de la résidence du prévenu. L'article 382 du Code de procédure pénale contient ainsi les mêmes dispositions que les articles 42 et 46 du Code de procédure civile au sens où ils permettent la compétence territoriale du domicile du défendeur ou du prévenu, ou alors celui du lieu de survenance des faits constatant l'infraction.

128. En droit OAPI, la compétence territoriale des juridictions en matière de contrefaçon n'est pas spécifiée mais les dispositions de l'Accord renvoient souvent au régime existant en matière de procédures juridiques internes. Etant donné qu'il n'existe pas de juridiction communautaire en la matière, les juridictions nationales sont compétentes et leurs régimes de compétence en matière territoriale s'appliquent également.

129. En droit civil sénégalais, l'article 34 du Code sénégalais de procédure civile désigne le tribunal du domicile du défendeur comme celui qui est compétent en matière personnelle ou mobilière. L'article 35 du même Code dispose qu'en matière commerciale le demandeur pourra assigner le présumé auteur de l'infraction devant le tribunal du domicile du défendeur.

---

<sup>193</sup> Article 42 du Code de la procédure civile.

<sup>194</sup> Article 46 du Code de procédure civile.

<sup>195</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 Fév. 1980, Bull. civ. I, n°50.

<sup>196</sup> Article 43 du Code de la procédure civile.

130. Au pénal c'est l'article 369 du Code sénégalais de procédure pénale qui désigne les tribunaux compétents. Il prévoit qu'il s'agit des tribunaux départementaux concernant les délits pour lesquels la loi leur a donné spécialement compétence. Selon les termes de l'alinéa 2 portant sur la compétence des tribunaux régionaux ces derniers connaissent de tous les délits autres que ceux qui relèvent de la compétence des tribunaux départementaux. Le décret du 22 Octobre 1984 qui porte application de la loi n° 84-19 du 2 Février 1984 sur l'organisation judiciaire sénégalaise dispose dans son article 6 que les tribunaux départementaux sont compétents pour les litiges civils et commerciaux qui ne dépassent pas 1 000 000 de francs CFA.

131. La loi 84-20 du 3 Février 1984 fixe les attributions du tribunal départemental en matière correctionnelle. La liste établie par cette loi ne couvre pas les délits en matière commerciale ou dans le domaine des affaires. Cela permet de déduire, conformément à l'article 369 du Code de procédure pénale sénégalais, la compétence correctionnelle spécifique des tribunaux régionaux en matière de contrefaçon.

132. La compétence juridictionnelle de la contrefaçon est identique que l'on se place au niveau de l'action civile ou celui de l'action pénale. Il s'agira du tribunal du domicile du défendeur ou du présumé contrefacteur. Cette mesure favorise en notre sens la personne qui ne prend pas l'initiative du procès, c'est-à-dire, le défendeur.

133. Ainsi comme nous avons pu le constater les dispositions des droits français et sénégalais en matière de compétence en contrefaçon sont sensiblement différentes même si la majeure partie de cette réglementation est uniforme. Quelques différences mériteraient cependant d'être relevées. Il s'agit du fait selon lequel, en matière de compétence territoriale, le droit français prévoit la compétence des tribunaux des lieux de survenance des faits en plus du lieu de résidence du défendeur. Cet élargissement de la compétence est une facilité offerte au juge pour ses instructions, plus précisément le rassemblement des éléments de preuve. Par ailleurs, nous observons que la spécialisation des juridictions est une méthode à encourager notamment dans le contentieux de la contrefaçon qui est souvent de nature technique. L'intervention de magistrats mieux formés sur la question est une bonne chose pour une meilleure appréciation des faits d'atteintes en droit de la propriété intellectuelle. Nous pensons que le système juridique sénégalais devrait se

pourvoir d'un tel dispositif afin que les erreurs d'appréciation souvent relevées dans certains arrêts ou décisions puissent être évitées<sup>197</sup>.

## **Sous-section 2 : La compétence des tribunaux en matière de concurrence déloyale en droit comparé**

134. Les poursuites judiciaires en concurrence déloyale sont uniquement civiles par nature, contrairement à la contrefaçon qui peut mobiliser à la fois ou successivement, l'ordre civil et l'ordre pénal, selon le choix de la victime. Les sources du droit de l'action en concurrence déloyale se trouveront surtout dans le droit commun de la procédure civile, notamment, dans les Codes français et sénégalais de procédure civile<sup>198</sup>.

### **Paragraphe 1) Le régime d'attribution des compétences juridictionnelles dans l'action comparé en concurrence déloyale**

135. En principe, la concurrence déloyale en droit français relève de la compétence du tribunal du commerce<sup>199</sup>. Cette réalité découle de ce que les fautes de concurrence déloyale sont présumées être des actes de commerce passés entre commerçants dans le cadre de leur activité professionnelle<sup>200</sup>. L'article L. 721-3 du Code de commerce<sup>201</sup> pose le principe général de compétence des tribunaux de commerce lors de l'accomplissement d'actes dans le cadre de leurs activités<sup>202</sup>. Il a été ainsi jugé que les actes accomplis par un commerçant pour les besoins de son commerce sont commerciaux

---

<sup>197</sup> Cass. Civ., 6 déc. 2006, n° 88, Cowbell c/ la Satrec. La Cour de cassation a infirmé un arrêt ayant retenu une annulation de marque, alors que la demande portait sur une cessation des activités litigieuses ; CA Dakar, civ. Et com. 4, 17/11/2008, SONATEL c/ la société AFRIPAGES SARL-la société NOVAVISION Sénégal. Le juge a statué sur la validation de saisie-réelle alors que c'est plutôt la cessation des troubles causés par l'activité du défendeur qui était demandé.

<sup>198</sup> S. Thiam, « L'histoire de la procédure civile au Sénégal », in M. Badji et O. Devaux, op. cit., p. 133 : « *La procédure civile ou jus actionum, s'occupe traditionnellement de l'organisation des tribunaux, (...), de la répartition des litiges entre les diverses juridictions et du déroulement du procès. (...) Au sens étroit la procédure civile est définie comme étant l'ensemble des règles que le titulaire d'un droit doit suivre pour le faire valoir en justice* ».

<sup>199</sup> Mémento Pratique Francis Lefebvre Droit commercial, 23<sup>e</sup> éd., Francis Lefebvre, 2015, n° 185.

<sup>200</sup> Cass. Com., 7 avril 1967, Dalloz, 1968. 61.

<sup>201</sup> Article issu de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 Juin 2006 portant modification du Code de l'organisation judiciaire et du Code de commerce.

<sup>202</sup> Cass. com. 27 oct. 2009, Bull. civ IV, n° 137 ; Dalloz, 2009. AJ 2682 ; JCP E 2010. 1037, note Lebel ; RJ com. 2010. 154, obs. Massaï-Bahri ; RLDA déc. 2009, obs. Filiol de Raimond.

par accessoire<sup>203</sup>. Cet article remplace l'ancien article 631 du Code de commerce portant sur le régime général de compétence des tribunaux de commerce.

136. Cette règle de présomption ne s'applique pas lorsque le défendeur est une personne physique, auquel cas la compétence juridictionnelle relèverait des juridictions civiles: c'est la règle des litiges portant sur les actes mixtes<sup>204</sup>. Lorsque l'action en concurrence déloyale est connexe à une action en contrefaçon, la compétence revient au tribunal de grande instance. Il en est ainsi pour les atteintes au brevet, à la marque, au dessin et modèle et au droit d'auteur. Les dispositions précitées se trouvent respectivement dans les articles suivants du Code de propriété intellectuelle : L. 615-19<sup>205</sup> pour les brevets, L. 716-3 pour les marques, L. 521-3-1 pour les dessins et modèles, et L. 331-1 pour la propriété littéraire et artistique.

137. En droit sénégalais, la compétence d'attribution, qui est liée à l'action en concurrence déloyale appartient aux tribunaux civils. En effet, contrairement au droit français, les chambres de la Cour d'appel de Dakar sont de compétences civiles et commerciales. Ces deux matières étant traitées par les mêmes chambres, il en ressort que le contentieux de la concurrence déloyale, selon qu'elle soit autonome ou liée à une affaire de contrefaçon, n'est pas uniquement cantonné à des juridictions strictement commerciales.

138. L'OAPI ne dispose pas de juridiction propre et renvoie de ce fait aux législations nationales quant à la compétence d'attribution des tribunaux en matière de concurrence déloyale. L'article premier de l'annexe huit désigne cependant le droit civil comme celui qui doit être invoqué pour permettre l'indemnisation des dommages résultant de la faute de concurrence déloyale. On pourrait déduire de ce qui précède, que ce sont les juridictions civiles qui sont compétentes pour juger de l'infraction en concurrence déloyale.

139. Par ailleurs, le régime du traitement judiciaire sénégalais de la contrefaçon est basé sur celui de la responsabilité civile délictuelle dont la source juridique est l'article 118 du Code des obligations civiles et commerciales. Cet article à l'image des articles

---

<sup>203</sup> Cass. com. 14 Février 1956 : RTD com. 1957. 413 (n° 1) ; 18 Mars 1874 : Gaz. Pal. 1974. 1 .Somm. 134, obs. Jauffret.

<sup>204</sup> Cass. civ. 8 Mai 1907 : DP 1911. 1. 222 ; Civ. 1er juil. 1908 : ibid. 1909. 1 .11 ; Civ. 6 Mai 1930 : DH 1930. 363 ; Com. 20 juil. 1965 : Dalloz. 1965. 581.

<sup>205</sup> « Toutes les actions mettant en jeu une contrefaçon de brevet et une question de concurrence déloyale connexe sont portées exclusivement devant le tribunal de grande instance », règle rappelée par : Cass. civ., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-19030.



1382 et 1383 du Code civil dont il s'est inspiré conditionne à la réparation du dommage, l'existence d'un préjudice causé par la faute d'un individu.

140. Dès lors, nous pouvons remarquer qu'en matière de concurrence déloyale, la compétence matérielle des tribunaux de l'ordre judiciaire est différente entre le droit français et le droit sénégalais, mais elle ne relève que de la subdivision des instances judiciaires. C'est une différence uniquement au niveau organisationnel car pour le reste, l'infraction répond aux conditions de l'instance civile.

141. La subdivision la plus poussée en droit français a comme conséquence une plus forte spécialisation des juges français. En notre sens cette spécialisation des juges est une garantie de qualité d'appréciation au niveau des motivations jurisprudentielles. Elle est en effet souvent accompagnée par des formations supplémentaires et une plus grande expérience dans le contentieux concerné.

142. L'ordre judiciaire privé français comprend en effet en droit français des tribunaux de commerce, ce qui n'est pas le cas en droit sénégalais où ces derniers n'existent pas d'une manière autonome. Par ailleurs, exceptionnellement, la concurrence déloyale peut, dans les systèmes judiciaires, être invoquée dans un procès en contrefaçon, au niveau des tribunaux correctionnels, pour permettre la réparation civile du préjudice né de l'utilisation de moyens déloyaux lors de l'atteinte.

143. Mise à part cette différence de l'organisation des tribunaux civils de la France et du Sénégal, la compétence matérielle des tribunaux est du même ordre dans la mesure où ce sont les tribunaux de l'ordre civil qui traitent le contentieux de la concurrence déloyale.

## **Paragraphe 2) La compétence territoriale de l'action en concurrence déloyale en droit comparé**

144. La compétence géographique des tribunaux en matière de concurrence déloyale en droit français suit le régime des instances civiles d'une manière générale. A ce titre, les articles 42 et 43 du Code de procédure civile pose les principes généraux de la compétence territoriale. L'article 42 désigne le tribunal du « *lieu où demeure le défendeur* ». Cette règle entraîne le fait que l'on ne peut imposer au défendeur de se

déplacer pour se faire juger. Selon l'article 43, le lieu où demeure le défendeur est le lieu où celui-ci a son domicile<sup>206</sup>.

145. Le même article désigne le lieu d'établissement lorsqu'il s'agit d'une personne morale. L'article 46 intervient dans cette même logique mais ajoute le tribunal du lieu de survenance du dommage ou celui dans lequel le dommage a été subi<sup>207</sup>. Ce choix du lieu du dommage découle probablement du fait que ce tribunal aura plus de facilité pour regrouper les moyens de preuves concernant la survenance du dommage ou celui de son ampleur<sup>208</sup>.

146. En droit sénégalais, les articles 34 et 35 désignent le tribunal du lieu de résidence du défendeur comme celui qui est territorialement compétent pour juger de l'infraction de contrefaçon. L'article 34 porte sur les litiges en matière personnelle ou mobilière alors que l'article 35 vise les litiges en matière commerciale.

147. Ainsi, le droit français et le droit sénégalais présentent des régimes convergents en matière de compétence territoriale. En dehors du fait que le droit français permet la saisie des tribunaux des lieux de survenance du dommage ainsi que le lieu où ce dernier a été subi, le régime procédural des deux systèmes judiciaires sont les mêmes. Le droit français offre ainsi plus de possibilités au demandeur en concurrence déloyale pour ce qui concerne le nombre de tribunaux auquel il pourrait s'adresser pour obtenir réparation de son préjudice. C'est un élan favorable envers la victime au cas où elle résiderait dans le même lieu que celui de la survenance du dommage et cela lui éviterait également des frais de déplacements. S'il décide de saisir le tribunal du lieu où il a réellement subi le dommage cela peut également présenter une certaine facilité pour le rassemblement des preuves.

---

<sup>206</sup> G. Cornu, *Droit civil Les personnes*, Montchrestien, Domat, 13<sup>e</sup> éd., 2007, n° 68 et s.

<sup>207</sup> Cass. Com., 23 nov. 2010, pourvoi N/2007/19543, M20100610, PIBD, 2011, n° 931, III. 13 : « (...) il résulte pas des éléments de la procédure que ces sites aient, de manière délibérée ou non, un impact économique sur le public français (...) la cour d'appel a exactement décidé que la juridiction que la juridiction française n'était pas compétente pour connaître des demandes dirigées contre la société Google Inc. Cette décision porte sur la compétence des juridictions en ce qui concerne les violations de la propriété intellectuelle commise sur internet. V. également, Cass. Com. 13 juil. 2010, PIBD 2010, n° 924, III-579 : *Infirmation de l'arrêt de la cour d'appel qui ignore le critère d'accessibilité du site internet dans le territoire français* ; G. Ngoumtsa Anou, « *La compétence internationale des juridictions françaises en matière de contrefaçon sur internet* », *Prop. Ind.*, juil.-Aout 2010, p. 12 ; note sous CA Paris, 17 fév. 2010, n° 2009/15065, M20100234, PIBD 2010, n° 921, III-449 ; CA Paris, 3 sept. 2010, n° 2008/12820, M20100508 ; n° 2008/12821, M20100507 ; n° 2008/12822, M20100506 ; TGI Paris, 18 juin 2010, n° 2009/13875, M20100444 : « *En matière d'atteinte à la propriété intellectuelle, lorsqu'un acte de contrefaçon ou de concurrence déloyale a été commis par une diffusion sur le réseau, et que les faits incriminés sont susceptibles d'avoir un impact économique sur le public français, le fait dommageable se produit en tout lieu où les informations litigieuses ont été mises à la disposition des utilisateurs du site* ».

<sup>208</sup> Décret n° 81-500 du 12 Mai 1981.

148. Le droit procédural comparé de la poursuite de la contrefaçon et de la concurrence déloyale présente une certaine originalité que cela soit d'abord entre les deux infractions mais aussi entre les deux droits des pays que sont le Sénégal et la France.

149. Il fait ressortir la forte influence des dispositions du droit français dans le droit sénégalais. Le droit sénégalais regorge cependant d'une certaine originalité même si le volume des dispositions correspondantes demeure assez léger au niveau procédural. Le droit français se reflète dans le droit sénégalais, il le complète sans jamais le recouper totalement.

## Conclusion chapitre

150. Les actions judiciaires en contrefaçon et en concurrence déloyale sont ouvertes à quelques personnes en droit comparé. Le Code de la propriété intellectuelle, l'Accord de Bangui et le droit commun procédural propre à chaque système ne divergent pas sur ce point. Elles doivent donc être introduites par celui qui est juridiquement habilité, devant un tribunal compétent.

151. En droit de la contrefaçon, ces conditions sont plus restreintes en ce qu'elles sont limitées pour le droit de poursuite, à la titularité des droits, à quelque exceptions près. Il serait plus préférable cependant que les législateurs concernés ouvrent l'action sans réserve au licencié pour une plus grande dissuasion. Le législateur français a poussé les restrictions à la compétence juridictionnelle. Seuls quelques tribunaux cités par décret sont appelés à connaître de cette action. La restriction liée à la compétence judiciaire nous semble être conditionnée par une nécessité de spécialisation des juges pour le traitement efficace de la technicité du contentieux de la contrefaçon, elle peut cependant en constituer un frein. Il est à craindre que cela ne rallonge le délai de traitement des demandes judiciaires et rende la procédure moins attrayante dans un monde des affaires où le est un facteur clé.

152. Le droit procédural de la concurrence déloyale est moins restrictif que le droit de la contrefaçon sur les titulaires de l'action et au niveau de la compétence juridictionnelle. Cela s'explique par le cadre commun procédural dont elle relève. En l'occurrence toute personne y trouvant un intérêt légitime peut intenter une action en concurrence déloyale. Étant donné que la violation du devoir de loyauté des opérateurs du marché peut se répercuter à n'importe quel niveau du marché, il s'avère pertinent et efficace, que la sanction judiciaire d'une telle pratique puisse être intentée par tout opérateur.



## **Chapitre second : Identification du contenu des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale en droit comparé**

153. La différence de fondements juridiques des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale, se matérialisent avant tout à l'origine des faits générateurs des deux actions judiciaires. L'action en contrefaçon ne peut être enclenchée que dans le cadre de l'atteinte à un droit de la propriété intellectuelle (Section 1)<sup>209</sup>, alors que l'action en concurrence déloyale se veut une sanction du devoir de loyauté dans le cadre général de la liberté du commerce et de l'industrie (Section 2). Cette distinction apparaît en droit processuel français et sénégalais dans les conditions de fond requises pour mettre en œuvre les actions judiciaires en contrefaçon et en concurrence déloyale

---

<sup>209</sup> J.-L. Piotraut, *Droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, 2010, p. 207 : Les formes de l'infraction peuvent être la reproduction non autorisée, l'exploitation non autorisée, et la fourniture de moyens non autorisée ; Ballot-Léna Aurélie, *La responsabilité civile en droit des affaires des régimes spéciaux vers un droit commun*, Paris LGDJ, Lextenso éditions, 2008.

## **Section 1 : L'atteinte en droit comparé de la propriété intellectuelle**

154. Le fait générateur de l'action en contrefaçon est une atteinte à un droit de propriété intellectuelle comme le précisent le Code de la propriété intellectuelle français ainsi que l'Accord de l'OAPI sur la propriété intellectuelle. C'est une infraction prévue pour chaque droit intellectuel existant<sup>210</sup>. Les définitions de l'infraction sont identiques dans le sens où elles sont constitutives d'une violation d'un droit de propriété intellectuelle, mêmes si elles peuvent différer dans leurs manifestations, au niveau de chaque droit intellectuel et parfois, au niveau de chaque système juridique donné<sup>211</sup>.

155. La détermination des fautes constitutives d'atteinte en droit comparé de la propriété intellectuelle va correspondre à la mise en exergue de deux paramètres que sont les éléments matériels de l'infraction (Sous-section 1) et les dérogations retenues comme exceptions (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Eléments matériels de la violation du droit de propriété intellectuelle en droit comparé de la contrefaçon**

156. D'après le dictionnaire français, Le Petit Robert, « *l'atteinte* »<sup>212</sup>, au sens moderne du terme est « *un dommage matériel ou moral* », il définit le dommage comme un « *préjudice subi par quelqu'un* »<sup>213</sup>.

157. D'autres l'ont défini comme une « *1. action dirigée contre quelque chose ou quelqu'un par des moyens divers : dégradations (atteinte matérielle), injure (atteinte*

---

<sup>210</sup> J. Passa, « Les divergences dans les définitions de l'acte de contrefaçon », Prop. Intell., n° 10, 01/01/2015, p. 513.

<sup>211</sup> X. Deverat et Ph. Mozat, « Définition de la contrefaçon », LPA, 23 mars 2009.

<sup>212</sup> Dictionnaire français Le Petit Robert, millésime 2013, p. 170.

<sup>213</sup> Ibid., p. 772 ; G. Viney, Les conditions de la responsabilité, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 251-1.

*morale*), *blessure (atteinte corporelle)*, *spoliation (atteinte juridique)*, etc.» ou le « 2. *Résultat préjudiciable de cette action* »<sup>214</sup>.

158. On retiendra la définition de l'alinéa 1 du sens donné à ce terme M. Cornu; Ce choix découle de ce que la contrefaçon est une usurpation d'une prérogative immatérielle consacrant le monopole d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle.

159. Par ailleurs, il définit de la contrefaçon comme l'« *atteinte portée à un droit de propriété littéraire, artistique, industrielle (reproduction, imitation, vente, mise en vente)* »<sup>215</sup>. Le terme « contrefaçon » est défini par M. Guinchard, comme le « *Fait pour un autre que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou son licencié d'exploiter ce monopole, portant ainsi atteinte aux droits de son titulaire* »<sup>216</sup>. Les termes « *atteinte* » et « *contrefaçon* » sont associés en matière de droit de la propriété intellectuelle. Les différentes définitions rejoignent notre conception de l'infraction<sup>217</sup>.

160. En droit français comme en droit sénégalais, la définition de l'atteinte constitutive de contrefaçon trouve sa source dans les textes légaux. Il s'agira d'une part, du Code de la propriété intellectuelle français contenant les dispositions sur les normes entourant les droits intellectuels, et d'autre part, en droit sénégalais, de l'Accord de Bangui portant dans ses annexes les différents régimes sur les droits de propriété intellectuelle et la concurrence déloyale.

161. L'étude de la notion d'atteinte dans le droit français et sénégalais implique de s'intéresser aussi bien à la définition textuelle mais aussi à l'appréciation jurisprudentielle existante en la matière.

---

<sup>214</sup> G. Cornu (Sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, p. 367.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>216</sup> S. Guinchard, *Lexique des Termes Juridiques*, op. cit., p. 281.

<sup>217</sup> Articles L. 615-1, L. 623-25, L. 521-1, L. 335-2, L. 716-1 du Code de la propriété intellectuelle pour le droit français. En droit OAPI, V. en ce sens, article 58 de l'annexe 1, article 41 de l'annexe 2, articles 37 et s. de l'annexe 3, article 25 de l'annexe 4, articles 16 et 17 de l'annexe 6, articles 63 et 64 de l'annexe 7 et le titre 3 de la loi sénégalaise 2008-09, article 3 de l'annexe 8, article 43 de l'annexe 10 ; V. à ce propos, J. Passa, « Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. Int.*, n° 10, 1<sup>er</sup> janv. 2001.



## **Paragraphe 1) La définition de l'atteinte en droit comparé de la contrefaçon**

### **I) La contrefaçon en droit comparé du brevet**

162. En droit français de la contrefaçon de brevet, la définition de l'atteinte est prévue aux articles L. 615-1, L. 613-3, et L. 613-4 du Code de la propriété intellectuelle. A ce propos, MM. Azéma et Galloux précisent que cette atteinte du brevet ne peut être admise qu'au regard des limites de la revendication de l'enregistrement, ainsi que celles liées aux restrictions légales d'ordre territorial et temporel<sup>218</sup>.

163. Les dispositions sur la contrefaçon du brevet d'invention dans le Code de la propriété intellectuelle proviennent en majorité de la loi n° 68-1 du 2 Janvier 1968. Cette infraction a été prévue dans les anciens articles 51, 29, 29 bis, 30 et 30 bis de la loi. Cette loi a été modifiée par la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990, puis abrogée par la loi n° 92-597 du 1er Juillet 1992. Les dispositions des articles actuels sur la contrefaçon du droit du brevet n'ont été que légèrement modifiées depuis la loi de 68.

164. Nous remarquons que le mot produit « *contrefaisant* » de l'article L. 615 a remplacé l'ancien terme produit « *contrefait* » qui a été ainsi introduit à l'article 41 de la loi n° 2007-1544 du 29 oct. 2007.

165. L'actuel article L. 615-1 du CPI dispose que : « *Toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet, tels qu'ils sont définis aux articles L. 613-3 et L. 613-6, constitue une contrefaçon* ». L'article élève la contrefaçon au rang des délits civils. Il exclut le bénéfice de la présomption de bonne foi au fabricant contrefacteur.

166. Le brevet est défini d'une manière indirecte dans la définition de la protection de l'invention à l'article L. 611-2 du CPI. Ainsi selon cet article l'invention est protégée par des titres de propriété intellectuelle que sont les brevets d'inventions, les certificats d'utilité et les certificats complémentaires de protection. On peut tirer la définition de l'invention brevetée de l'article L. 611-10 disposant que : « *sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ». Le brevet doit de ce fait porter sur une invention nouvelle pouvant être fonctionnelle sur le plan industriel.

---

<sup>218</sup> J. Azéma et J.-C. Galloux, Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2012, n° 703 et s.; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, Droit de la propriété industrielle, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, p. 248 et s.

167. La disposition actuelle sur la contrefaçon du brevet, en l'occurrence, l'article L. 615-1 du CPI renvoie aux articles L. 613-3 et L. 613-4 pour l'énumération des actes entourant les types d'atteintes. Il s'agit d'une définition large de la contrefaçon en droit français du brevet. Cette atteinte vise les actes de fabrication, d'offre à la vente, de vente, d'utilisation ou de livraison du produit objet du brevet ou de ses moyens de mise en œuvre.

168. Avant tout, la lecture de l'article L. 615-1 permet de relever que la fabrication de l'élément contrefaisant est plus sévèrement traitée car il n'implique pas à la différence des autres cas, la recherche d'un élément moral, ou plus précisément la mauvaise foi pour que l'infraction soit établie envers le présumé contrefacteur. Cette exigence ne concerne que les contrefaçons par « *offre, mise dans le commerce, utilisation, et détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefaisant* »<sup>219</sup>. Autrement dit la contrefaçon est présumée lorsque les faits sont commis par le fabricant des produits visés.

169. Par ailleurs, il est aussi possible de subdiviser ces formes d'atteintes, en sous-groupes selon la forme que revêtent les actes litigieux.

170. Il y aura ainsi une contrefaçon pour création, détention, utilisation, distribution et une contrefaçon pour diffusion de l'élément copié<sup>220</sup>. Cela revient à dire que si certaines formes de contrefaçon tendent à la création de l'objet contrefaisant comme la fabrication, d'autres consistent à diffuser ces produits par le biais de l'offre, la distribution, l'exportation<sup>221</sup>, ou encore par utilisation du procédé breveté ou distribution de moyen, notamment par livraison des moyens de mise en œuvre des produits contrefaisantes.

171. Si l'article L. 613-3 porte plutôt sur la contrefaçon de brevet par création, diffusion, détention ou utilisation de la contrefaçon du produit objet du brevet, c'est l'article L. 613-4 qui porte sur la contrefaçon par utilisation des moyens ou fourniture de moyens de mise en œuvre de l'infraction d'atteinte au brevet.

172. En droit sénégalais, la définition de l'invention et celle du brevet se trouve à l'article premier de l'annexe I de l'Accord sur les brevets d'invention. Il définit le terme « *Invention* » comme « *une idée qui permet dans la pratique la solution d'un problème* »

---

<sup>219</sup> N. Binctin, op. cit., n° 1273.

<sup>220</sup> B. Butr Indr, op. cit., n° 53.

<sup>221</sup> Infraction ajoutée à la liste existante par Loi n°2014-315 du 11 Mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon en France.

*particulier dans le domaine de la technique* ». Le « *Brevet* » s'entend du titre délivré pour protéger une invention. Ces définitions recourent dans leur sens la même signification que celle que le droit français donne à ces deux mots.

173. Le droit sénégalais du brevet consacré par l'Accord de Bangui définit le délit de contrefaçon à l'article 58 de l'annexe 1 dans le sens d'une atteinte au droit du brevet : « (...), *toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet de son brevet, soit par le recel, soit par la vente ou l'exposition en vente, ou soit par l'introduction sur le territoire national de l'un des Etats membres, d'un ou plusieurs objets, constitue le délit de contrefaçon* ».

174. La définition sénégalaise de l'atteinte en contrefaçon de brevet ne mentionne pas expressément le cas de fabrication du produit breveté. Est-ce à dire que la fabrication du produit objet du brevet ne constitue pas une atteinte ? La logique de l'infraction nous conduit à croire qu'une telle omission ne peut être que le fruit d'un regrettable hasard. On peut également interpréter cette omission par le caractère secondaire que constitue d'une manière générale la contrefaçon par fabrication dans une société sous-industrialisée.

175. La définition sénégalaise de l'atteinte en contrefaçon ne fait ainsi pas la différence, contrairement au droit français, à l'atteinte par fabrication du produit breveté et celle par utilisation du procédé breveté. Pourtant au regard de l'article 7 de l'annexe 1 de l'Accord de Bangui, le terme fabrication apparaît bel et bien quand il s'agit de définir les différents moyens d'exploitation du brevet. Cet article dispose en effet, qu'« Aux fins de la présente Annexe, on entend par « *exploitation* » d'une invention brevetée l'un quelconque des actes suivants :

« -*Fabriquer, importer, offrir en vente, vendre et utiliser le produit ;*

-*Détenir ce produit aux fins de l'offrir en vente, de le vendre ou de l'utiliser ;*

-*Lorsque le brevet a été délivré pour un procédé;*

-*Employer le procédé ;*

-*Accomplir les actes mentionnés au sous alinéa a) à l'égard d'un produit résultant directement de l'emploi du procédé* ».

176. La fabrication étant le premier moyen d'exploitation cité, il nous semble regrettable qu'on n'ait pas énuméré ce type d'atteinte dans les autres cas de contrefaçon. Il

est possible toutefois de voir, tel que nous l'avons précédemment soulevé, que cette omission n'est peut-être pas un hasard, lorsque l'on sait qu'au niveau économique la zone OAPI dont fait partie le Sénégal est essentiellement un marché des produits contrefaisants et que le retard qu'elle connaît en matière d'industrialisation fait que le risque de fabrication sur place des produits contrefaisants est quasi inexistant et donc, le véritable problème en matière de contrefaçon de brevet demeure dans cette zone, l'importation, la détention et l'offre à la vente de ces produits<sup>222</sup>.

177. Si les termes de la définition de l'atteinte en contrefaçon sont différents dans les deux droits, elle garde pourtant le même sens dans sa logique juridique ainsi que sa consistance. D'une manière générale on sanctionne quatre sortes d'atteintes que sont la réalisation, la détention, l'importation et la diffusion des produits ou procédés objets du droit du brevet. Ces définitions identiques dans leur sens, leur logique et leur structure montrent en partie le caractère universel lié à la fois à la propriété intellectuelle mais aussi aux atteintes qui en découlent.

178. Par ailleurs, on pourrait comprendre par l'emploi dans la définition du terme « soit » à plusieurs reprises devant les différents cas d'atteinte, que l'Accord ne prétend pas être exhaustif dans l'énumération des différentes formes d'atteintes mais que la liste n'est pas limitative et qu'il appartiendra aux juges devant un cas d'atteinte au droit du brevet d'apprécier sa réalité. En fin de compte seule la violation du droit du brevet serait le véritable critère permettant de mettre en évidence ou non, une atteinte pour contrefaçon, quel que soit la forme qu'elle emprunte.

179. **La protection de la biodiversité par le Brevet en Afrique.** Il nous semble essentiel de relever la problématique de la protection par le brevet des savoirs folkloriques africains. Celle-ci demeure plus que jamais d'actualité au Sénégal comme dans les autres pays concernés par la réglementation OAPI. L'appropriation illicite de ces biens intellectuels qui seront ensuite brevetés et opposés à leurs propriétaires est à la base d'une grande injustice à l'égard des pays titulaires. L'Agence Sénégalaise pour la Propriété Industrielle et l'Innovation donne quelques exemples de ce pillage, en affirmant que : *« L'art indigène copié sur des tapis, des tee-shirts et des cartes de vœux, la musique traditionnelle « empruntée » par les stars de la World Music et vendue à des millions*

---

<sup>222</sup> V. A. Sakho, « La protection de la propriété intellectuelle en Afrique », *Africajuris*, n°40, 7 au 13 nov. 2008, p. 8.

*d'exemplaires, des tapis tissés à la main et des objets d'artisanat copiés et vendus comme authentiques, la technique de fabrication d'un instrument de musique traditionnel brevetée, des noms, des symboles, transformés en marques et exploités commercialement ... »*<sup>223</sup>.

180. Au niveau de l'OMPI, la création de l'IGC ou Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relatif aux ressources génétiques, savoirs traditionnels et au folklore a été faite dans le but d'enrayer ce phénomène afin d'apporter des solutions efficaces face à un tel problème<sup>224</sup>.

181. En France, il existe actuellement en matière de brevet, une réglementation visant à établir un partage équitable de ces ressources entre les demandeurs du Nord et les titulaires du Sud.<sup>225</sup>

182. Deux textes se sont démarqués au niveau international dans le sens des solutions proposées pour la lutte contre la bio-piraterie<sup>226</sup>, visant un partage équitable de la biodiversité des pays du Sud. Il s'agit d'abord de la Convention pour la biodiversité biologique de 1992. Ce texte dont la France et le Sénégal sont signataires vise comme le précise son article 1 : « *le partage juste et équitable découlant de l'exploitation des ressources génétiques* »<sup>227</sup>. Conformément aux objectifs de la Convention, les parties ont signé le protocole de Nagoya, le 29 octobre 2010 au Japon, lors d'une conférence des parties à la convention précitée. Ce protocole signé par les parties est en voie d'être intégré en droit français par le projet de loi sur la biodiversité du 26 mars 2014<sup>228</sup>. Rappelons justement que cette préoccupation n'est pas nouvelle, car en 2001 déjà, le cycle de Doha de l'OMC avait parlé de l'idée d'inclure dans les accords ADPIC, un article 29 bis visant à contrôler les demandes de brevets portant sur les savoirs traditionnels ou une ressource

---

<sup>223</sup> <http://www.aspit.sn/index.php/droits-de-proprietee-industrielle/savoirs-traditionnels>, consulté le 08, 01, 2015.

<sup>224</sup> J.-C. Galloux, « La protection internationale des savoirs traditionnels », RTD. Com., 2004, p. 286.

<sup>225</sup> A. Mendoza-Caminade, « Biodiversité et propriété intellectuelle : A la recherche d'un modèle juridique », RLDI, n° 105, juin, 2014, p. 105. A propos des ressources génétiques, Me la professeur a relevé que : « *les chercheurs et les institutions ou les entreprises (...) dans les pays du nord utilisent parfois la biodiversité très riche présente dans les pays du sud : ils y trouvent des plantes, des animaux, des micro-organismes dont le potentiel génétique peut se révéler particulièrement attractif d'un point de vue scientifique, et leur permettre ensuite la fabrication de semences, de produits cosmétiques ou encore de médicaments* »

<sup>226</sup> Ibid. Parlement européen, Séance plénière, Communiqué de presse, 15 janv. 2013, <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)>., comme : « *pratique consistant à déposer des brevets sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques de peuples autochtones et à commercialiser leur utilisation sans autorisation des pays d'origine* ».

<sup>227</sup> Convention pour la biodiversité biologique de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (le « Sommet planète Terre » de Rio) du 5 juin 1992.

<sup>228</sup> B. Parence, « Le projet de loi relatif à la biodiversité », Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM), 2014, n°1, p. 130.

biologique<sup>229</sup>. L'idée était déjà très claire car il s'agissait, comme dans le protocole de Nagoya de protéger les patrimoines biologiques ou traditionnels des pays du Sud contre les dépôts illégitimes de brevets qui sont de surcroît sans contrepartie pour les peuples concernés<sup>230</sup>.

183. Certains auteurs se sont opposés à l'idée d'une protection de ces ressources génétiques ou techniques par le droit de la propriété intellectuelle, pensant que la notion de « *propriété intellectuelle autochtone* » serait vide de sens<sup>231</sup>. Il s'agit bien de savoirs ou ressources basés sur des connaissances brevetables et dont les véritables titulaires sont ces populations du sud ou assimilés. Il nous semble important que ces « *droits subjectifs* » puissent se faire par le biais de la propriété intellectuelle ou alors que leur exploitation soit soumises à des formes contractuels équitables.

## **II) La définition de l'usage illicite de la marque en droit comparé**

184. En matière de marque, les droits français et sénégalais visent une protection du titulaire du droit dans le sens d'une exploitation exclusive de ce dernier par son titulaire. Le droit français définit l'infraction à l'article L. 716-1 du CPI, dans les termes suivants: « *L'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Constitue une atteinte civile au droit de la marque la violation des interdictions prévues aux articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4 du CPI* »<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> OMC, WT/GC/W/564/Rev.2 du 5 juill. 2006 : « *Pour mieux lutter contre la bio-piraterie et pour limiter le risque de délivrance de brevets « par erreur », c'est-à-dire de brevets ne respectant pas les conditions de nouveauté et d'activité inventive, divers pays en développement, et notamment le Brésil, l'Inde et la Chine, ont proposé de modifier l'Accord sur les ADPIC en ajoutant un article 29 bis qui obligerait les membres à exiger du déposant d'une demande de brevet concernant des « ressources biologiques et/ou savoirs traditionnels associés » qu'il donne les renseignements suivants comme condition pour acquérir les droits conférés par un brevet : (i) la source et le pays d'origine de la ressource biologique et des savoirs traditionnels associés utilisés dans l'invention ; (ii) la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause par les autorités conformément au régime national applicable ; et (iii) la preuve du partage loyal et équitable des avantages découlant de l'utilisation commerciale ou autre des ressources et/ou savoirs traditionnels associés. Les auteurs de la proposition ont également proposé de sanctionner cette obligation d'information dans le cadre du droit des brevets et notamment en prononçant la révocation du brevet en cause* ».

<sup>230</sup> P. Arhel, « Cycle de Doha : Bilan et perspectives », Dalloz, 2007, p. 1984.

<sup>231</sup> S. Pessina Dassonville, « La protection des savoirs traditionnels autochtones (associés aux ressources génétiques) et les sirènes de la propriété intellectuelle », RLDI, 2013, n° 93, n° 3107.

<sup>232</sup> J. Azéma et J.-C. Galloux, op. cit. n° 1558 : « *il y a évidemment une part importante de subjectivité, au point que la jurisprudence apparaît parfois un peu chaotique. Certaines décisions semblent excessivement sévères alors que d'autres tolèrent, en revanche, la coexistence, de marques assez proches* » ; G. Fabre, Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation, Publications des Universités du Havre et de Rouen, 2009, p., 39 et s.

185. L'article L. 711-1 du CPI définit la marque de fabrique, de commerce ou de service comme « *un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ». Le signe est défini, comme un « *Elément distinctif choisi comme facteur d'identification et de reconnaissance; (...)* »<sup>233</sup>.

186. L'article L. 711-1 cite une série de trois sortes de signes susceptibles d'être protégés, ce sont les dénominations, les signes sonores et les signes figuratifs<sup>234</sup>. L'article L. 713-2 CPI énumère les actes matériels pouvant constituer la contrefaçon des signes protégés par le droit de la marque: « *La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que* »:

-« *a) formule, façon, système, imitation, genre, méthode* », ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement;

-*b) La suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée.* »

187. L'article L. 713-3 retient par ailleurs, sous la réserve d'un risque de confusion dans l'esprit du public; « *a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement* »;

*b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement* ».

188. Ces deux articles posent deux sortes d'atteintes et pour chacune d'elles, il existe des conditions d'existence différentes. La première limite aux deux définitions est sans doute la nécessité que l'acte d'atteinte porte sur des produits ou services identiques à ceux mentionnés dans l'enregistrement de la marque copiée. C'est la prise en compte du principe de spécialité de la marque dans la définition des infractions qui portent sur la violation de ce droit. Par ailleurs cela confirme la fonction première de la marque largement reconnue par la jurisprudence comme celle qui consiste à garantir l'identité d'origine des produits et services qu'elle désigne. Cet article consacre l'atteinte à la marque protégée par un signe identique à cette dernière.

---

<sup>233</sup> G. Cornu (Sous la direction de), op. cit. , p. 966.

<sup>234</sup> V. Cependant, G. Bonet, « La très prochaine réforme du droit des marques dans l'Union européenne : Communautarisation du droit national de marque », Propr. Int., n° 54, 01janv. 2015.

189. L'article L. 713-3, subordonne l'atteinte de la marque à l'existence d'un risque de confusion. Le signe litigieux à la marque enregistrée ne lui sera pas identique mais seulement similaire, d'où l'intérêt d'aller chercher s'il existe un risque de confusion. L'article concerne la reproduction partielle de marque, dans certains de ces éléments caractéristiques.

190. La première série d'actes portent ainsi sur un ou des signes identiques à la marque protégée, alors que la deuxième est un usage illicite de la marque pour des signes similaires, ce qui entraîne en plus de la mise en évidence de l'acte, d'apprécier s'il y a réellement un risque de confusion aux yeux du public<sup>235</sup>.

191. En droit pénal français de la contrefaçon de marque, il existait avant la réforme de la loi Perben II du 9 Mars 2004, une distinction opérée par les articles L. 716-9 et L. 716-10 du Code de la propriété intellectuelle. Il s'agissait de distinguer la contrefaçon directe de la contrefaçon indirecte. Les contrefaçons directes n'exigeaient pas la preuve de la mauvaise foi du défendeur. En réalité, la bonne ou la mauvaise foi du présumé contrefacteur étaient indifférentes à l'appréciation du juge. Cela concernait les atteintes en matière de reproduction, imitation, utilisation, apposition ou de la modification d'une marque en violation des droits conférés par l'enregistrement. Cela concernait aussi l'importation et l'exportation de marchandises sous une marque contrefaite<sup>236</sup>.

192. La réforme de la loi précitée a ainsi apporté une avancée considérable dans la sévérité de la répression de la contrefaçon. Cela reste non négligeable en pratique, sanctionner directement la majeure partie des actes d'atteintes sans condition de mauvaise foi est un moyen de faciliter la lutte judiciaire de la contrefaçon au moyen d'une tolérance faible en cas d'usage illicite de marque enregistrée.

193. Les articles L. 716-9 et L. 716-10 du CPI énumèrent les actes constitutifs de la contrefaçon pénale en droit de la marque<sup>237</sup>. Le premier de ces articles prévoit la sanction pénale en cas d'atteinte constituée par le fait « a) *D'importer, d'exporter, de réexporter ou de transborder des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; b) De produire industriellement des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; c) de donner des instructions ou des ordres pour la commission des actes visés aux a et b (...)*. Précisons que d'après le même article ces actes ne sont

---

<sup>235</sup> J. Passa, Droit de la propriété industrielle, t. 1, op. cit, n° 246.

<sup>236</sup> Ibid., n°264 et s.

<sup>237</sup> H. Bonnard, La contrefaçon de marque, Litec, 2008, n° 12 et s.



sanctionnés au pénal que parce qu'ils sont effectués dans le but « *de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite* ». Les anciennes dispositions de cet article relevant de l'article 39 de la loi n° 91-7 de la loi du 4 janvier 1991, ont été modifiées par les lois n° 2004-204 du 9 mars 2004 dans son article 34, VII et la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 dans son article 41. Les deux dernières lois dont le but a été de renforcer les mesures pénales contre la contrefaçon dans le sens d'une plus grande sévérité, ont modifié cet article ainsi que l'article L. 716-10.

194. Ce dernier prévoit la sanction d'un autre groupe d'actes constitutif de contrefaçon. Il s'agit du fait : « a) *De détenir sans motif légitime, d'importer ou d'exporter des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; b) d'offrir à la vente ou de vendre des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; c) de produire , d'imiter, d'utiliser, d'apposer, de supprimer, de modifier une marque, une marque collective de certification en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci (...); d) De sciemment livrer un produit ou fournir un service autre que celui qui lui est demandé sous une marque enregistrée* ».

195. La différence entre ces deux articles est constituée, au-delà du fait que pour le premier les faits visés ne sont sanctionnés qu'en ce qu'ils sont commis à titre préparatif pour la réalisation d'autres, leur sanction est de ce fait plus sévère. Ce sont des actes introductifs à la contrefaçon. Dans le deuxième article, en revanche, la sanction tombe directement sur les actes commis.

196. En droit sénégalais, l'article 2 de l'annexe III sur les marques de produits ou de services définit la marque en tant que : « *tout signe visible utilisé ou que l'on se propose d'utiliser et qui sont propres à distinguer les produits ou services d'une entreprise quelconque et notamment, les noms patronymiques pris en eux-mêmes ou sous une forme distinctive, les dénominations particulières, arbitraires ou de fantaisie, la forme caractéristique du produit ou de son conditionnement, les étiquettes, enveloppes, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, liserés, combinaisons ou dispositions de couleurs, dessins, reliefs, lettres, chiffres, devises, pseudonymes* ».

197. Les atteintes portant sur ces signes sont prévues à l'article 37 de l'annexe 3 de l'Accord de Bangui. Elles sont constituées par :

« a) *ceux qui frauduleusement apposent sur leurs produits ou les objets de leur commerce, une marque appartenant à autrui;*

*b) ceux qui sciemment vendent ou mettent en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque contrefaisante ou frauduleusement apposée ou ceux qui sciemment vendent, ou mettent en vente, fournissent ou offrent de fournir des produits ou des services sous une telle marque;*

*c) ceux qui font une imitation frauduleuse d'une marque de nature à tromper l'acheteur ou font l'usage d'une marque frauduleusement imitée;*

*d) ceux qui sciemment vendent ou mettent en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque frauduleusement imitée ou portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit ou ceux qui fournissent ou offrent de fournir des produits ou des services sous une telle marque;*

*2) Sont également punis des mêmes peines visées à l'alinéa 1) précédent :*

*a) ceux qui sciemment livrent un produit ou fournissent un service autre que celui qui leur a été demandé sous une marque déposée.*

*b) ceux qui font usage d'une marque portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit ».*

198. Ainsi le droit sénégalais de la contrefaçon de marque sanctionne plusieurs cas de contrefaçon que l'on peut regrouper en deux catégories, à savoir ceux qui nécessitent un élément moral ou la mauvaise foi et ceux qui ne nécessitent que la réalisation simplement de l'acte matériel.

199. Dès lors parmi les actes de contrefaçon se réalisant par la seule condition de l'existence d'un acte matériel, on peut citer l'apposition frauduleuse de marque, la vente ou la mise en vente d'un produit ou service contrefaisant, l'imitation frauduleuse, la livraison ou la fourniture d'une marque frauduleusement apposée et l'usage d'une marque trompeuse.

200. D'un autre côté, les actes nécessitant un élément intentionnel sont la vente ou la mise en vente d'un ou de plusieurs produits revêtus d'une marque contrefaisante ou frauduleusement apposée, la vente ou la mise en vente, la fourniture ou l'offre de fourniture des produits ou des services sous une telle marque. Il en est de même pour la vente ou la mise en vente de produits revêtus de la marque imitée ou portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit, la fourniture ou l'offre à la fourniture des produits ou services sous une telle marque. La livraison de produit sous

une marque autre que celle demandée doit également remplir la condition de mauvaise foi de l'auteur pour être retenue comme contrefaçon.

201. Le droit pénal de la marque est ainsi très large en droit sénégalais de la propriété intellectuelle. Elle couvre tous les cas également sanctionnés par le droit civil français de la marque. La pénalisation qui recouvre la contrefaçon de ce signe distinctif semble en dire long sur les intentions du législateur. La répression pénale est une mesure forte qui vise par sa sévérité, à prévenir et punir les actes accomplis dans un sens contraire d'un ordre social équilibré. Le droit des marques semble de ce fait, relever de l'intérêt général. Ce dernier point reflète l'importance que ce droit de propriété intellectuelle occupe de plus en plus dans les différentes structures de l'économie.

### **III) La notion d'atteinte en droit des dessins et modèles**

202. La définition du dessin et modèle peut être située à l'article L. 511-1 du CPI. Elle est constituée par : *« l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Ces caractéristiques, peuvent être celles du produit lui-même, ou celles de son ornementation »*. Le produit est lui-même défini par le deuxième alinéa du même article comme *« tout objet industriel ou artisanal »*<sup>238</sup>.

203. L'interdiction des actes d'usages illicites, en droit français de la contrefaçon, est prévue au niveau de l'article L. 513-4 du Code de la propriété intellectuelle. L'article dispose selon les termes suivants que : *« Sont interdits, à défaut du consentement du propriétaire du dessin ou modèle, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation, ou la détention à ces fins d'un produit incorporant le dessin ou modèle »*. La protection du titulaire du monopole du titulaire du dessin et modèle s'étend également aux créations similaires, notamment selon l'article L. 513-5 du CPI: *« à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente »*.

---

<sup>238</sup> Il convient de préciser ici que les caractéristiques précédemment employées concernent un dessin ou modèle qui est nouveau. L'originalité du droit concerné fait que la nouveauté dont il est question présente un caractère propre qui se détache de celle que l'on connaît pour le brevet et pour le droit d'auteur. V. en ce sens, M. C. Piatti, « La nouveauté en droit des dessins et modèles. Retour sur un concept « relatif », Propr. Ind., n° 6, juin 2015, p. 12 ; V. en ce sens en droit OAPI, S. Ngo Mbem, Les enjeux de la protection des dessins et modèles industriels dans le développement en Afrique : Le cas des pays membres de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, thèse, Strasbourg, 2007, p. 76 et s.

204. Les cas d'atteintes cités par l'article L. 513-4 du CPI ne concernent que les créations litigieuses identiques au dessin et modèle tandis que L. 513-4 CPI vise les créations similaires. On parle de créations similaires en matière d'action en contrefaçon quand le juge va être amené à faire un travail d'appréciation du risque de confusion existant entre le signe litigieux et celui qui est protégé.

205. Ces deux articles ont été créés par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du Code de la propriété intellectuelle et du Code des postes et communications électroniques, selon la directive 98/71/CE du parlement européen et du conseil du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins et modèles.

206. L'article 25 de l'annexe IV sur les dessins et modèles porte sur les pénalités prévues en cas d'atteinte au droit du dessin et modèle. Il définit le dessin comme « *tout assemblage de lignes ou de couleurs* », et comme modèle « *toute forme plastique associée ou non, à des lignes ou à des couleurs, pourvu que cet assemblage ou forme donne une apparence spéciale à un produit industriel ou artisanal et puisse servir de type pour la fabrication d'un produit industriel ou artisanal* ».

207. L'originalité de la définition sénégalaise, c'est la différenciation entre le dessin et le modèle, alors que la définition française porte sur l'apparence du produit objet de ce dessin ou modèle. L'annexe IV ne définit pas les formes d'atteintes du dessin et modèle. Donc, en notre sens, pour connaître les formes d'atteintes pouvant toucher le droit sénégalais des dessins et modèles, on pourrait se reporter en parti, à l'article 3 de la même annexe qui cite les différentes formes d'exploitation de ce même droit, à savoir: « *vendre ou faire vendre, à des fins industrielles et commerciales, les produits dans lesquels ce dessin ou modèle est incorporé* ».

208. Pour remédier à cette lacune le juge pourrait procéder à la définition de l'atteinte au droit du dessin et modèle en appréciant la contrefaçon, comme il cela ressort des articles 25 à 34 de l'annexe, en retenant l'infraction pour les faits violant les droits d'exploitation du titulaire des droits. Conformément à l'article 3 de la même annexe, l'enregistrement confère le droit « *d'exploiter ce dessin ou modèle, et de vendre ou de faire vendre, à des fins industrielles ou commerciales les produits dans lesquels ce dessin ou modèle est incorporé* ».

209. Une autre démarche consisterait à se conformer à l'usage sénégalais précité, faisant que les juristes et la jurisprudence se réfèrent fréquemment à la jurisprudence française ainsi qu'à sa doctrine pour compléter l'absence de dispositions internes. Face à cela, on espère que le juge sénégalais, confronté à un problème d'appréciation de la contrefaçon du droit du dessin et modèle se tournera d'abord vers la jurisprudence des autres états membres de l'OAPI (applicable dans toute la zone OAPI) ou à la jurisprudence française.

#### **IV) L'usage illégale de la propriété littéraire et artistique en droit comparé de la contrefaçon**

210. La définition de l'œuvre en droit français de la propriété littéraire et artistique se trouve dans les articles L. 112-1 et L. 112-3 du CPI. Le premier de ces articles consacre la protection de toute œuvre de l'esprit quel qu'en soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. Cette disposition rend presque inutile toute tentative d'énumération au regard du caractère vaste de son domaine d'application. Il englobe toutes les créations littéraires, artistiques et parfois techniques. L'article L. 112-2 du CPI cite les œuvres écrites, les œuvres orales, les œuvres musicales, les œuvres d'art, les œuvres graphiques et assimilées, ainsi que, pour reprendre les termes de l'article, « *les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure* ».

211. La contrefaçon ou l'atteinte à ces droits se base en droit français sur l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle. Les actes de piraterie sont ainsi définis dans cet article sous la formulation suivante : « *Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ». L'article L. 335-3 du CPI cite, dans le même sens, parmi les actes de contrefaçon du droit d'auteur : « *toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* ».

« *Est également un délit de contrefaçon, la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L. 122-6 CPI.* »

« *Est également un délit de contrefaçon toute captation totale ou partielle d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique* ». Ces

dispositions font ainsi apparaître différentes sortes de formes d'atteintes qui devraient être définies en notre sens, afin que l'on en saisisse mieux la portée.

212. L'édition est définie comme la « *reproduction et diffusion dans le public d'une œuvre intellectuelle, littéraire ou artistique* »<sup>239</sup>. La contrefaçon par édition d'écrit peut consister en une atteinte par reproduction et par diffusion d'œuvre contrefaite. Ces trois formes de contrefaçon peuvent dès lors être considérées comme des synonymes dans le jargon juridique. Il nous semble que la seule différence que l'on pourrait voir dans ces formes d'atteintes en droit de la propriété intellectuelle, serait la fréquence par laquelle elles sont utilisées selon le droit d'auteur considéré.

213. La représentation de l'œuvre en droit d'auteur est « *l'interprétation publique des œuvres dramatiques et musicales, à la récitation, à la lecture publique, à la projection des œuvres cinématographiques, à la diffusion radiophonique et télévisuelle* »<sup>240</sup>. La représentation ainsi définie sera présente dans les œuvres du spectacle et dans les œuvres littéraires. Les atteintes en droit d'auteur concernent ainsi un champ d'application varié, à l'image des œuvres qui fondent son objet.

214. En droit OAPI, l'annexe 7 de l'Accord de Bangui portant sur la propriété littéraire et artistique ne définit pas les actes constitutifs de piraterie. Elle contient une cinquième partie intitulé « *Mesures, Recours et Sanctions à l'encontre de la piraterie et d'autres infractions* ». Cette partie prévoit seulement les titulaires des droits, les sanctions civiles et pénales applicables ainsi que la compétence des tribunaux. On considère que cette partie devait contenir et d'une manière plus détaillée, tout le contentieux de la piraterie, y compris les définitions des éléments de l'infraction.

215. Toutefois, on peut retrouver dans la loi sénégalaise, 2008-09 du 25 janvier sur le droit d'auteur et les droits voisins, une énumération des actes d'atteintes avec leur mention au niveau des articles 142 à 145 de la loi portant sur les sanctions pénales. L'article 142 dispose en ces termes que :

La « *Violation du droit d'exploitation est punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de un million à cinq millions de francs CFA, la violation du droit de communication au public, droit de reproduction, droit de distribution ou du droit de location* ».

---

<sup>239</sup> G. Cornu (Sous la direction de), op. cit., p. 385.

<sup>240</sup> Ibid., p. 903.

216. L'article 144 sanctionne la « *Diffusion, importation et exportation d'exemplaires illicites-Est punie des mêmes peines la violation du droit moral de l'auteur et de l'artiste-interprète* »

217. L'article 145 prévoit la sanction de l'atteinte aux mesures techniques ainsi que l'atteinte, sous condition de mauvaise foi, aux informations sur le régime des droits, à savoir selon l'article 126.3, « *a) Supprimer ou modifier tout élément d'information sous forme électronique ; b) Distribuer, importer aux fins de distribution, communiquer au public sous quelque forme que ce soit une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme dont un élément d'information sous forme électronique a été supprimé ou modifié* ».

218. Quelques remarques s'imposent à propos de la protection originale du droit d'auteur sur le logiciel et la base de données. Ces derniers sont des créations immatérielles dont l'appréciation de la forme originale peut présenter un réel intérêt, au regard notamment du domaine inédit qu'ils recouvrent, en l'occurrence, celui des créations informatiques.

219. La protection du logiciel est prévue en droit français par l'article L. 112-2 13° du Code de la propriété intellectuelle<sup>241</sup>. Il vise « *les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* ». Cette protection est assez récente au regard de l'existence de cette création immatérielle. La jurisprudence a très tôt fait sienne l'application de cette protection, en jugeant qu'un : « *logiciel, dès lors qu'il est original, est une œuvre de l'esprit protégée par la loi sur le droit d'auteur* »<sup>242</sup>. En droit sénégalais, si l'ancienne loi sénégalaise n° 73-52 du 04 décembre 1977 n'en faisait aucune allusion, la nouvelle loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 vise expressément les programmes d'ordinateurs, qu'ils soient écrits ou oraux<sup>243</sup>.

220. En ce qui concerne les bases de données, l'article 6 de l'annexe 7 de l'Accord révisé de Bangui précise que la protection du droit d'auteur s'applique aux « *bases de données, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou*

---

<sup>241</sup> Cette protection rentre dans le cadre de celle prévue par l'article 10.1 de l'Accord sur les aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, il vise : « *les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet* ».

<sup>242</sup> Cass. plén., 7 mars 1986, affaire Pachot, Dalloz, 1986. 405, note B. Edelman.

<sup>243</sup> L'article 2 de l'annexe 7 de l'Accord révisé de Bangui définit le programme d'ordinateur comme un « *ensemble d'instructions exprimées par des mots, des codes, des schémas ou par toute forme pouvant, une fois incorporés dans un support déchiffrable par une machine, faire accomplir ou faire obtenir une tâche ou un résultat particulier par un ordinateur ou par un procédé électronique capable de faire du traitement de l'information* ».

*sous toute autre forme, qui, par le choix, la coordination ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* ». Cette protection a été reprise par la loi nationale sur le droit d'auteur en son article 8, alinéa 3. Selon la formule de ce dernier, il s'agit de « *bases de données, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des œuvres originales* ». Cette définition rejoint celle de l'article 2 de l'annexe 7 de l'Accord révisé de Bangui, parlant de « *compilation de données ou de faits* ». En droit français, c'est l'article L. 112-3 qui en donne une définition, selon ces termes : « *On entend par base de données, un recueil d'œuvres, de données, ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* ». La directive 1996-09/CE du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données contient un considérant n° 39 qui précise que cette protection vise à sauvegarder l'investissement financier et professionnel du titulaire de ce droit.

221. Ces protections nouvelles prévues en droit d'auteur sur les créations immatérielles informatiques sont l'objet d'une importante partie du contentieux moderne de la contrefaçon, contrairement à celui de début du XXe siècle. L'ère de l'informatique a définitivement intégré le droit du numérique et pas seulement en ce qui concerne les créations abstraites informatiques, mais également le droit de la marque et autres signes distinctifs.

222. Le droit OAPI prend en compte la protection du folklore dans les œuvres pouvant faire l'objet de droit d'auteur. L'article 5 de l'annexe 7 de l'Accord de Bangui, cite « *les expressions du folklore et les œuvres inspirées du folklore* » parmi les œuvres de l'esprit protégeables par la propriété littéraire et artistique<sup>244</sup>. Cette disposition est une avancée considérable permettant d'éviter ou de sanctionner le piratage des expressions du folklore. Le pillage artistique est un phénomène dont les pays africains ont beaucoup souffert et le problème ne s'est pas atténué avec le temps, surtout avec l'avènement des « *copies artisanales* » mis sur le marché par les ressortissants chinois jusqu'au marché touristique local<sup>245</sup>. Les artisans devraient être sensibilisés par l'Etat sur les méthodes

---

<sup>244</sup> Ces dernières sont définies par l'article 2 de l'annexe 7 de l'Accord de Bangui, comme : « *des productions d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus, reconnues comme répondant aux attentes de cette communauté et comprenant les contes populaires, la poésie populaire, les chansons et la musique instrumentale populaires, les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels et les productions d'art populaire* ».

<sup>245</sup> <http://mobile.lemonde.fr/style/article/2012/08/07/un-village-senegalais-en-guerre-contre-les-contrefacons->



judiciaires permettant de faire sanctionner leur droit. Pour une meilleure efficacité de cette lutte, le Bureau Sénégalais des Droits d'Auteur, devrait permettre la mise en place d'un dispositif d'aide permettant de soutenir les artisans qui disposent de preuves sur l'atteinte de leurs droits. Nous suggérons également que face à ce phénomène inquiétant, surtout en ce qui concerne les produits chinois, que la Brigade Nationale de Lutte contre la Piraterie fasse des opérations de contrôles plus fréquentes dans les marchés afin de déceler ce genre de pratiques, qui d'ailleurs pour preuve, font souvent le titre des journaux locaux<sup>246</sup>.

223. Les dispositions formelles ou textuelles des droits français et sénégalais de la contrefaçon, ainsi que le concept juridique et la forme de construction de ces dispositions sont similaires, ceci au niveau de chaque type de droit concerné mais également au niveau du contenu des dispositifs de la France et du Sénégal. L'idée est donc la même dans le sens où c'est le fait de protéger de la contrefaçon des différents droits de la propriété industrielle et de la propriété littéraire et artistique qui est poursuivie.

224. Les normes du droit sénégalais ne présentent pas la régularité formelle comme celle observée dans les sources du droit français. Plus particulièrement, le Code de la propriété intellectuelle, présente une construction pour complète que les dispositions de l'Accord de Bangui Cela apparait par le fait qu'en droit français, il existe toujours une présentation des cas de l'atteinte, ce qui n'est pas le cas en droit sénégalais. Pour certains droits intellectuels, le législateur OAPI préfère, soit se référer aux droits nationaux des états membres, ou il laisse le soin au législateur national de pallier à ce genre de lacune. S'il existe de part et d'autre en droit sénégalais des lois créées pour remédier à cette lacune, ces dispositions sont loin d'être suffisantes et devraient concerner tous les droits intellectuels existants car le texte de Bangui ne prévoit que d'une manière sommaire les dispositions requises pour une protection complète des droits de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, nous verrons aussi qu'au niveau de la jurisprudence, cette insuffisance est encore plus criante à cause du faible taux de décisions répertoriées en droit de la propriété intellectuelle, mais aussi par l'absence de motivation des juges. Ceci laisse des zones d'ombres rendant difficile les analyses de comparaison juridique ou doctrinale de ces deux systèmes juridiques. Cet état de fait est d'autant plus évident que l'Accord de Bangui suit la logique de protection des droits intellectuels instaurée par le droit français. Même si

---

chinoises\_1741593\_1575563.html, consulté le 12/01/2015 ;

[http://www.rewmi.com/ngaye-mekhe-en-guerre-contrelescontrefaconschinoises\\_a65806.html](http://www.rewmi.com/ngaye-mekhe-en-guerre-contrelescontrefaconschinoises_a65806.html), consulté le 12/01/2015;

[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/itc\\_p159/wipo\\_pub\\_itc\\_p159.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/itc_p159/wipo_pub_itc_p159.pdf), consulté le 12/01/2015.

<sup>246</sup> [http://www.cairn.info/zen.php?ID\\_ARTICLE=AFCO\\_218\\_0199](http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=AFCO_218_0199), consulté le 15/05/2015.

l'influence ou l'inspiration du droit français s'observe en notre sens, au niveau de la définition l'Accord de Bangui, il comporte de part et d'autre, certaines incohérences et des manquements dans la forme de présentation ainsi qu'au niveau de la formulation des articles au niveau de chaque annexe de l'Accord. Cela apparaît également dans les dispositions concernant l'atteinte aux droits intellectuels.

225. Les définitions juridiques des atteintes au droit de la propriété intellectuelle ne trouvent leurs applications pratiques que dans les actions judiciaires portant sur la sanction de ces faits litigieux. La jurisprudence abondante en France et quelque peu limitée au Sénégal, représente l'application pratique de ces dispositions théoriques. Elles permettent ainsi une mesure réelle de l'effectivité des normes dans les délits considérés.

## **Paragraphe 2) L'appréciation jurisprudentielle de la contrefaçon en droit comparé**

226. Au fin de l'appréciation du fait générateur de l'infraction en contrefaçon, le juge doit vérifier en amont, quelque que soit le droit intellectuel concerné la condition de validité et d'opposabilité du droit intellectuel<sup>247</sup>. Le contenu de cette vérification va différer selon que l'on se trouve en droit de la propriété industrielle ou en droit de la propriété littéraire et artistique<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> CA Paris, 7 avr. 2015, PIBD 2015, n° 1028, III, 398; CA Paris, 13 janv. 2015, PIBD 2015, n° 1024, 219 ; CA Paris, 16 janv. 2015, PIBD 2015, n° 1023, III, 193 ; en matière de Brevet, V., J. M. Mousseron, *Traité des Brevets*, Librairie Techniques de la Cour de cassation, 1984, p. 148.

<sup>248</sup> La validité des droits intellectuels repose sur la vérification par le juge de l'existence de la valeur immatérielle de ces derniers. En France l'enregistrement des créations et des inventions se fait au niveau de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle, alors qu'au Sénégal, c'est l'organisme de l'OAPI qui se charge de cette tâche. Ces derniers sont chargés de vérifier lors du dépôt que les conditions de validité du droit sont remplies. Le dépôt ou l'enregistrement ne garantit pas le titulaire d'un droit irréversible car les recherches d'antériorités ne sont pas toujours effectives, expliquant le nombre incalculable d'actions en annulation de droit intellectuel pour défaut d'originalité, de nouveauté ou d'inventivité.

En termes d'opposabilité, la logique générale en droit français de la propriété industrielle est ainsi que l'action en contrefaçon appartient au titulaire du droit, ainsi qu'au licencié ou cessionnaire inscrits aux différents registres d'enregistrement de ces droits, à savoir, le RNB (Registre National du Brevet), le RNM (Registre National de la Marque) ou le RNDM (Registre National du Dessin ou Modèle). Par ailleurs le licencié ne pourra intervenir qu'après mise en demeure du titulaire du droit resté sans effet. Ce dernier point nous semble trop restrictif dans le cadre d'une plus grande efficacité de la procédure judiciaire de lutte contre la contrefaçon, le licencié devrait pouvoir intervenir, d'abord et en informer le titulaire des droits après. Cela permettrait une réaction plus efficace au cas où il y aurait de la saisie-contrefaçon notamment. Les preuves de l'infraction n'auront pas le temps de disparaître. Le droit sénégalais prévoit le même système et le support de ces publications sont appelées « Registres Spécialisés ». Selon le droit intellectuel concerné, l'intitulé du registre sera complété de son l'appellation.

## **I) L'appréciation en matière de propriété industrielle**

227. Le Doyen Paul Roubier le déclare formellement dans son ouvrage de référence consacré au droit de la propriété industrielle, Il a été « (...) *maintes fois formulée en jurisprudence que la contrefaçon doit se juger d'après les ressemblances, et non les différences. Peu importeraient des différences secondaires en présence de similitudes essentielles: des différences peu importantes, qui n'ont pas d'autres buts que de masquer le délit, constituent en définitive une contrefaçon dissimulée* »<sup>249</sup>.

228. Ce propos de l'illustre juriste en matière de propriété industrielle résume la règle majeure qui prime en matière d'appréciation de l'atteinte en droit de la contrefaçon, par la jurisprudence des deux pays<sup>250</sup>. Cette règle consiste à établir l'existence de la contrefaçon d'après « *l'impression visuelle d'ensemble* » qu'en aura selon, le droit concerné, le consommateur d'attention moyenne ou le professionnel averti. Cette méthode a tout son sens, dans la mesure où l'on a rarement l'occasion, en pratique, d'avoir à la fois le produit contrefait et l'élément contrefaisant sous les yeux.

229. Pour illustration en matière de marque, l'appréciation de la contrefaçon de deux signes identiques sera différente de celle portant sur deux signes similaires dans la mesure où dans le dernier cas, il conviendra de rechercher un risque de confusion qui dépend lui-même de différents critères<sup>251</sup>. C'est le sens qu'il faut donner aux propos de Mme. Tréfigny, qui affirme que : « *même si les différences sont les plus marquantes dans une comparaison, minutieuse, il est justement nécessaire de tenir compte davantage des ressemblances que des différences* »<sup>252</sup>.

230. C'est ainsi qu'il a été jugé en matière de marque composé : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'en présence de signes composés de plusieurs éléments, ce n'est qu'à la condition que certains de ces éléments apparaissent comme négligeables pour le consommateur d'attention moyenne que l'appréciation du risque de confusion peut se faire*

---

<sup>249</sup> P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t.1, p. 331.

<sup>250</sup> A. Lucas et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 1064.

<sup>251</sup> CA Paris, 16 Mai 2014, n° 11/14867, S.A.S. Groupe Randstad France/S.A. Synergie : « *Considérant que le signe critiqué ne constituant pas la reproduction à l'identique de la marque première qui lui est opposée, il convient de rechercher s'il n'existe pas entre les deux signes un risque de confusion, lequel comprend le risque d'association, qui doit être apprécié globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce ; que cette appréciation globale doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, phonétique et conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par celles-ci en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants* ».

<sup>252</sup> P. Tréfigny, note sous Cass. com., 12 mai 2015, n°14-14.774, JurisData n° 2015-011300, PIBD 2015, n° 10331, III, p. 493 ; propr. Ind., n°9, septembre 2015, p. 35.

à partir de l'élément dominant ; que l'arrêt relève que dans la marque CHATEAU DUCLUZEAU, l'élément figuratif, représentant une étiquette montrant dans un encadré formé d'un épais trait une propriété servant à illustrer cette domination, n'est pas dénué de pouvoir attractif ; qu'il en déduit qu'au plan visuel, la différence avec la marque incriminée est flagrante, nonobstant la présence dans le même ordre des éléments communs « château » et « cluzeau » ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte des éléments autres que la dénomination « Château Ducluzeau » ou « Ducluzeau » n'étaient négligeables dans l'impression d'ensemble produite sur le consommateur d'attention moyenne, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait sans procéder à la recherche visée par la première branche »<sup>253</sup>.

231. Cet arrêt n'a pas retenu la contrefaçon entre les signes en litige au motif que la similitude visuelle globale des deux signes est différente. Il ne s'agit donc pas seulement de faire ressortir des éléments mineurs de ressemblance entre des signes pour que la contrefaçon soit retenue mais on appréciera plutôt la similitude des éléments dominants qui seuls détermineront l'impression visuelle d'ensemble. Cette décision en plus de confirmer une tendance jurisprudentielle répandue en la matière a le mérite de faire ressortir l'une des conditions principales de la contrefaçon de marque par confusion, c'est l'analyse du risque de confusion dont l'impression d'ensemble demeure très importante.

232. La jurisprudence précise en ce sens que : « le risque de confusion dans l'esprit du public, condition de l'existence d'une contrefaçon par imitation, doit être déterminé selon une appréciation globale, fondée sur l'impression d'ensemble produite par chacune des marque en présence, en prenant en compte tous les facteurs pertinents à ce propos, et en particulier les éléments distinctifs et dominants »<sup>254</sup>.

233. En matière de contrefaçon de marque portant sur des signes identiques en droit français, le délit n'est constitué que, sous réserve que l'usage illicite porte atteinte à la fonction d'origine de la marque<sup>255</sup>, comme cela apparaît clairement dans la jurisprudence,

---

<sup>253</sup> Cass. Com., 11 Mars 2014, pourvoi n° V/2013/10650; M20140118, PIBD 2014, n°1005, III, 371.

<sup>254</sup> Cass. Com., Ch. Crim., 21 Janv. 2014, pourvoi n° X/2012/86709, M20140040, PIBD 2014, n°1005, III, 377.

<sup>255</sup> CA Paris, 19 mars 2014, n° 12/18656, Monsieur Jean-Baptiste MONLIBERT, SARL ARTDESIGN/Madame Marie-Isabelle BUSBY, SARL STEELNOVEL prise en la personne de sa gérante, Mme Marie Isabelle BUSBY, risque de confusion pour contrefaçon de marque rejetée car « l'arborescence et les polices de caractère des deux sites litigieux sont banales et courantes pour des sites Internet semblables » ; par contre, contrefaçon de marque verbale retenue dans l'arrêt suivant : CA Paris, 20 fév. 2013, N° 11/14283, SAS GO ON MEDIA/SA NOVAPRESS, SARL RADIO NOVA; S. Dusolier, Droits intellectuels, éd. Anthemis, 2015, p. 267. Cette fonction est essentiellement l'identification de l'origine commerciale du produit est reliée à la distinctivité du signe.

notamment lorsqu'elle juge : « *que les articles L. 713-2 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle, interprétés à la lumière de l'article 5 de la Directive n° 89/104, n'autorisent l'exercice du droit conféré par ces articles que dans les cas où l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer, sans confusion possible, ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance* »<sup>256</sup>. La jurisprudence sénégalaise consacre le même principe en matière d'appréciation des actes affectant le droit de la marque<sup>257</sup>.

234. En matière de brevet, le juge va porter son appréciation autour d'un paramètre essentiel qui se trouve être le contenu des revendications du brevet lors de son dépôt. Ainsi les éléments secondaires ne seront pas pris en compte car ce qui importe, c'est la copie ou l'usage du principe objet du brevet ou du procédé<sup>258</sup>.

235. La jurisprudence sénégalaise a ainsi pu juger que : « *Considérant qu'il résulte de la comparaison à laquelle la Cour a procédé que le dispositif incriminé est, contrairement aux deux caractéristiques essentielles de l'invention dotée, d'un conduit latéral extérieur sur le panier permettant l'acheminement par cette canalisation de la vapeur au-dessous du panier (...); Qu'une contrefaçon littérale, n'est donc pas établie, les deux caractéristiques essentielles de l'invention n'étant pas reproduites* »<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Cass. Com. 29 Janvier 2003, Jurisdata n° 2013-001470, LexisNexis. Plus récemment; CA Lyon 17 juin 2014, n° 13/03461, Société Laposte/SA Esker: La cour d'appel ne retient pas la contrefaçon pour l'utilisation d'un terme usuel constitutif de marque même notoire, lorsque cette utilisation relève du sens courant du terme utilisé.

<sup>257</sup> CA Dakar, ch. civ. et com. 1, arrêt n°77 du 30 janv. 2009: « *Considérant qu'il résulte des pièces du dossier notamment des décisions d'enregistrement et de renouvellement datées des 29 Mars 1990 et 29 Février 2000 ainsi que de l'extrait du bulletin officiel de l'OAPI que la marque « EAGLE WAVE » est la propriété de la société DOHITOMI et CO LTD; que la mention sur les échantillons commercialisés par l'appelant du mot « BRAND » ne suffit pas à les distinguer des originaux dans la mesure où le dessin représentant l'oiseau aux ailes déployées est identiques et que les produits sont destinés aux mêmes usages* » Le même usage devrait s'entendre ici par le fait que les produits et/ou services désignés par le signe litigieux sont les mêmes V. également en ce sens : Cour de cassation de Dakar, Affaire COWBELL International Inc c/ La SATREC, n° 88 du 06 Décembre 2006 : (...) *les signes enregistrés par COWBELL à l'OAPI sous le n° 40560 et 40799 pour les emballages de commercialisation de son lait sont une contrefaçon par reproduction à l'identique de la marque enregistrée par la SATREC sous le n° 33876* ».

<sup>258</sup> J. Passa, Droit de la propriété industrielle, Brevets d'inventions, protections voisines, t. 2, 1<sup>re</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 446.

<sup>259</sup> CA Paris, pôle 5, 1<sup>re</sup> ch., 26 Septembre 2012, RG 2009/21254; B20120129, PIBD 2010, n° 972, III, 101; dans le même sens, CA Paris, pôle 5, 1<sup>re</sup> ch. 19 Sept. 2012, RG 2011/04655, PIBD 2010, n° 972, III, 739 : « *Considérant qu'il suit de ces observations que l'installation objet de la revendication 3 du brevet limité a été reproduite et que la circonstance selon laquelle les différents postes d'installation brevetée sont détenus et utilisés par des personnes différentes mais qui agissent de concert et poursuivent l'objectif commun de parvenir au résultat promis par l'invention, n'est pas de nature à exonérer la société Contego Packaging Sarreguemines du chef de la contrefaçon* ».

236. La contrefaçon par reproduction partielle ou par équivalence du brevet répond au même principe d'appréciation. Devant un cas de contrefaçon par reproduction partielle de machine, la Cour d'appel de Paris a retenu l'infraction quand bien même il existerait des « *différences de structures* », car les « *moyens essentiels* » de l'invention ayant été reproduits<sup>260</sup>.

237. Il a été rappelé dans un jugement concernant une contrefaçon de dessin et modèle sous le fondement de droit d'auteur que : « *Considérant qu'il suit de ces dispositions que la contrefaçon d'une œuvre de l'esprit est réalisée non pas au regard d'une impression d'ensemble ressemblante mais à raison de la reprise des caractéristiques essentielles qui sont le fondement de l'originalité de l'œuvre ; qu'il résulte de la comparaison à laquelle la Cour a procédé entre, d'une part le dessin original et d'autre part, le dessin incriminé de contrefaçon, que ce dernier donne à voir une juxtaposition de motifs aux formes diverses, le plus souvent rectangulaires, dont les côtés sont tous réguliers et les extrémités bien délimitées (...)*»<sup>261</sup>.

238. Par contre, l'appréciation jurisprudentielle de l'usage illicite du dessin et modèle doit prendre en compte : « *L'impression visuelle d'ensemble produite sur l'observateur averti, qui est en l'espèce le consommateur final de maillot de bain, mais également le vendeur de maillot de bain qui souhaite acheter des produits pour les proposer à sa clientèle, est donc identique à celle produite par le modèle.*»<sup>262</sup>.

239. Les appréciations de la contrefaçon de marque et de brevet ont en commun la prise en compte de la protection réclamée lors du dépôt. Pour la marque, on prend ainsi en compte les biens et services désignés lors de l'enregistrement et pour le brevet, il s'agira du contenu des revendications. Cette appréciation est fortement teintée de la fonction de protection, du droit intellectuel violé<sup>263</sup>.

240. L'atteinte du dessin et modèle présente la particularité de pouvoir être invoquée aussi bien aux termes du régime particulier du dessin et modèle et par le biais de la protection par du droit d'auteur. Dès lors l'appréciation de l'atteinte va dépendre du

---

<sup>260</sup> CA Paris, 9 Juin 2000, PIBD 2000, n° 706, III, 465.

<sup>261</sup> CA Paris, pole 5, 1<sup>re</sup> ch., 4 Décembre 2013, RG 2012//12464, PIBD 2014, n° 1002, III, 257.

<sup>262</sup> TGI Paris, 27 sept. 2013, RG 2011/16656, D20130235, PIBD 2014, n° 998, III, 85.

<sup>263</sup> V. en ce sens, Y. Basiré, op. cit.. « *La marque revêt plusieurs fonctions et cet auteur en identifie quelques-uns. Nous pouvons citer à cet effet la fonction consumériste, la communication, l'exclusivité, l'identification, l'investissement, la garantie d'identité d'origine, la garantie de qualité, les fonctions publicitaire et sociale* »; J. Larrieu, « *Les métamorphoses de la marque* », in J. Larrieu (Sous la direction de), Les métamorphoses de la marque, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, p. 55.

droit invoqué comme cela ressort des illustrations apportées plus haut. Pour le droit du dessin et modèle le juge prend en compte les éléments caractéristiques du modèle déposé selon un observateur averti, alors que pour le droit d'auteur, le juge va rechercher l'existence dans la création litigieuse, des caractéristiques originales de l'œuvre.

## **II) La détermination jurisprudentielle de l'atteinte du droit de la propriété littéraire et artistique en France et au Sénégal**

241. En matière de droit d'auteur, et tel que cela ressort du jugement précité en matière de dessin et modèle sur le fondement du droit d'auteur, la jurisprudence tentera d'établir si l'acte présumé de contrefaçon reprend les éléments caractérisant l'originalité de l'œuvre protégée<sup>264</sup>.

242. Dans une décision plus récente, le TGI de Béthune a ainsi condamné les auteurs d'un forum de téléchargement illégal à des peines de prison pour contrefaçon<sup>265</sup>. La décision a retenu plusieurs autres chefs de préjudice contre les prévenus au-delà du téléchargement illégal. L'intérêt de cette décision, au-delà de la sévérité de la sanction, est l'illustration qu'elle offre sur la possibilité de compilation des formes d'atteintes des droits de propriété intellectuelle, dans une même espèce. Nous pouvons ainsi citer dans le cadre de la propriété littéraire et artistique, la contrefaçon pour diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, la contrefaçon par édition ou représentation d'une œuvre de l'esprit, la reproduction ou diffusion non autorisée de programme, vidéogramme ou phonogramme.

243. Il existe parfois des décisions du juge français qui font dissension avec un principe fondamental de l'existence du droit d'auteur. Il s'agit de décisions judiciaires statuant sur un cas d'atteinte de droit d'auteur mais qui au final, vont rejeter la contrefaçon au seul motif d'absence de preuve d'une publication de cette œuvre de l'esprit. Nous citerons à titre d'exemple la décision de la Cour d'appel de Paris du 20 février 2013 jugeant : « *qu'il n'est pas établi en revanche d'actes d'exploitation sous le nom de la société UBU pour les*

---

<sup>264</sup> CA Rennes, 7 oct. 2014, n° 380, 13/06826, Office du tourisme de la Baule/Monsieur Alain Charles : « *Le caractère contrefaisant d'un guide touristique contenant les villas et édifices de la Baule a été rejetée dans la mesure où il ne constitue pas une reprise rédactionnelle dans sa forme originale d'une œuvre préexistante. « les nombreuses informations et anecdotes communes s'expliquent par des observations et sources identiques »* ; Ph. Gaudrat, "Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit", in Mélanges A. Françon, Dalloz, 1995, p. 195.

<sup>265</sup> TGI De Béthune, 27 mai 2014, [www.legalis.net](http://www.legalis.net), consulté le 06/02/2015.

modèles de bracelet respectivement référencés 91/711, 91/708, 91/548, les modèles de collier respectivement référencés 88/316 et 88/389 et le modèle de crochet référencé 99 étant à cet égard relevé que si les modèles en cause ont fait l'objet d'un dépôt sous enveloppe SOLEAU, une telle circonstance n'est pas de nature à justifier qu'ils ont été divulgués, en particulier au moyen d'actes de commercialisation, sous le nom de la société UBU »<sup>266</sup>. Cette forme d'appréciation de la contrefaçon est très regrettable en notre sens car elle s'oppose à un principe essentiel de la protection conférée par le droit d'auteur et qui est le caractère suffisant de l'originalité de l'œuvre comme critère unique de la condition d'existence de cette dernière. Le droit sénégalais n'est pas en reste devant un tel phénomène.

## **Sous-section 2 : La contrefaçon tolérée en droit comparé de la propriété intellectuelle**

### **Paragraphe 1) Exceptions en droit comparé du brevet.**

244. Le monopole d'exploitation qui ressort de l'existence d'un droit subjectif de propriété intellectuelle n'est pas général, il existe en droit comparé, des dérogations permettant à autrui et dans certaines circonstances de passer outre, l'autorisation préalable du titulaire du droit intellectuel. Les articles L. 613-5 à L. 613-7 du CPI en dresse une liste que l'on peut regrouper en sous-groupe, à savoir<sup>267</sup> :

**-Actes non professionnelle.** « a) *actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales* », « b) *Aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée* »,

**-Pratiques relatives aux médicaments.** « c) *A la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, ni aux actes concernant les médicaments ainsi préparés* » ; « d) *Aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament, ainsi*

---

<sup>266</sup> CA Paris, 20 fév. 2013, N° 11/06089, SARL Avantage Mode/SARL D'exploitation Ubu.

<sup>267</sup> N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, op.cit., n°436 ; R. Hilty, « La limitation de la propriété intellectuelle comme moyen d'encourager l'innovation », in Mélanges J. Schmidt-Szalewski, LexisNexis, 2014, p. 207.



qu'aux actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation ; « d bis) Aux actes nécessaires à l'obtention d'un visa de publicité mentionné à l'article L5122-9 du code de la santé publique ;

Objets destinés à l'espace: e) Aux objets destinés à être lancés dans l'espace extra-atmosphérique introduits sur le territoire français ».

-Brevets portant sur les matières végétales ou animales. Les articles L. 613-5-1 à L. 613-5-2 consacrent les exceptions au droit du brevet lié à la reproduction végétale et animale. Cette limitation, ne concerne que l'usage personnel, donc non commercial.

-L'article L. 613-5-3 porte sur l'exception liée à la création, à la découverte ou le développement d'autres variétés végétales.

245. Le principe de l'épuisement du droit de distribution sur le territoire de l'Union européenne est reconnu au brevet, à l'instar de tous les autres droits de propriété intellectuelle par le biais de l'article L. 613-6. Ce droit implique que la distribution sur le territoire européen du produit objet du brevet, sous l'autorisation ou le consentement du titulaire du droit limite les prérogatives de ce dernier sur la circulation et la commercialisation de ces produits en question. Cette règle est une exception liée au principe de libre circulation des marchandises dont le but est de favoriser la mise en œuvre du marché commun communautaire. La seule condition pour que cette exception soit valide est le consentement du titulaire pour la première mise en circulation de ces produits.

246. En ce qui concerne la possession antérieure selon l'article L. 613-7 du CPI, c'est l'exception permettant la protection de l'inventeur antérieur d'une action en contrefaçon du nouvel déposant. Cette exception visant la protection de l'activité du premier possédant conditionne la bonne foi de ce dernier et n'admet que la transmission du droit à cette exception par le moyen du « *fonds de commerce* », de « *l'entreprise* » ou de la partie de l'entreprise auquel il est attaché.

247. Ces exceptions, comme nous pouvons le constater répondent toutes à des intérêts supérieurs tels que la protection de la santé, la concurrence, l'expérimentation et l'utilisation privée. Le titulaire du brevet est ainsi protégé contre les concurrents, et surtout son droit ne peut être totalement exclusif pour les besoins de l'intérêt général.

248. L'article 8 de l'annexe 1 sur les brevets d'inventions consacre ces limitations. Il s'agit tout d'abord de l'équivalent du principe d'épuisement des droits du breveté en droit français, en effet l'alinéa 1 de l'article 8 fait référence « *aux actes relatifs*

à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement ». La différence est que le droit OAPI ne fait pas la distinction entre la première mise en circulation ou non, ce qui devrait laisser une plus grande marge d'appréciation aux juges nationaux.

249. Le deuxième alinéa du même article autorise, sans le consentement du titulaire du brevet, « l'utilisation d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux d'un Etat membre ». Cette disposition dont l'intérêt pratique n'entre pas dans notre domaine de compétence, rappelle vaguement en droit français l'exception au brevet touchant les objets à destination spatiale ainsi qu'au régime du transit externe. Cela reviendrait à autoriser sur le territoire national couvrant un brevet, une utilisation normalement illicite et justifiée par son seul caractère temporaire.

250. Selon les termes de l'alinéa 3, l'autorisation du brevet n'est pas requise pour les actes d'expérimentations pouvant être réalisées sur la base de ce brevet, dans un cadre uniquement « de la recherche scientifique ou techniques ».

## **Paragraphe 2) Exceptions en droit comparé de la marque**

251. Les exceptions au droit français de la marque sont prévues par les articles L. 713-6 et L. 713-4 du Code de la propriété intellectuelle. Le premier de ces articles prévoit que le droit conféré par l'enregistrement d'une marque : « (...) ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme :

*-Dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique*

*-Référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine.*

*Toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite ».*

252. Cette disposition pose deux sortes d'exceptions au droit de la marque : il s'agit d'abord de la possession antérieure du signe, ainsi que de l'utilisation de son nom de

famille en tant que signe distinctif dans le cadre d'une activité commerciale. La triple condition requise est dès lors une utilisation antérieure à l'existence de la marque, un usage de bonne foi du titulaire de l'exception et la possibilité de l'opposition du titulaire de la marque si cette dernière subie un préjudice du fait de la mise en œuvre de l'exception.

253. Ensuite, la deuxième exception posée par cet article est l'utilisation de la marque en tant que référence d'un produit ou d'un service, à la condition que cet usage soit d'abord nécessaire et ensuite que cela n'entraîne pas une confusion entre l'utilisateur et le détenteur de la marque. Il est donc nécessaire qu'elle porte sur une utilisation de bonne foi n'ayant pas pour but soit de porter préjudice à la marque ou de créer un lien illicite avec cette dernière. C'est une exception qui profite souvent aux fabricants ou vendeurs d'accessoires.

254. Le droit de la publicité comparative est également un cas d'exception au droit de la marque lorsqu'un usage d'une marque enregistrée y fait référence. Le droit de la publicité comparative est prévu par la directive 2006/114 du 12 Décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative<sup>268</sup>. Ces dispositions sont transposées en droit interne à travers les articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation. Si l'article L. 121-8 consacre la licéité de la publicité comparative, c'est plutôt l'article L. 121-9 qui crée les limitations à ce droit, notamment au regard du droit de la marque. La jurisprudence 02 Holdings de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 12 Juin 2008 éclaircit les rapports entre les deux droits en jugeant que : « *le législateur communautaire a considéré que la nécessité de favoriser la publicité comparative commande de limiter dans une certaine mesure le droit conféré par la marque* ». Il estime qu' « *il peut être indispensable, afin de rendre la publicité comparative effective, d'identifier les produits ou services d'un concurrent en référence à une marque dont ce dernier est titulaire* » et qu' « *une telle utilisation de la marque (...) d'autrui n'enfreint pas ce droit exclusif, dans les cas où elle est faite dans le respect des conditions établies par la présente directive* ».

255. Par ailleurs le droit de la marque est dans ce sens impacté par le droit des pratiques commerciales trompeuses contenu en droit interne français à l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Cet article dont les dispositions proviennent de la loi n° 2008-3

---

<sup>268</sup> Y. Basiré, op. cit, n°737 ; n°734 : Le nouveau Petit Robert, édition Dictionnaires Le Robert, 1995: La publicité se définit comme : « *Le fait d'exercer une action sur le public à des fins commerciales ; le fait de faire connaître et d'inciter à acquérir ; l'ensemble des moyens qui concourent à cette action* ».

du 3 janvier 2008, vient d'être assouplie par l'article 29 de la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 en ce qui concerne l'adaptation du droit d'information aux moyens de communication en ligne. L'alinéa 1 de l'article L. 121-1 définit une pratique commerciale de trompeuse, lorsqu'elle « *crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent* ».

256. Cette disposition limitative en matière de marque montre bien l'interconnexion existante entre le droit de la propriété intellectuelle, surtout en matière de marque, avec les autres disciplines entourant tout ce qui touche à l'exercice du commerce<sup>269</sup>. La publicité comparative est traitée sous le régime de l'article 1382 du Code civil, alors que la sanction de l'usage illicite de la marque est prévue au niveau pénal avec l'article L. 716-10 du CPI.

257. Par ailleurs, l'article L. 713-4 du Code de propriété intellectuelle pose le principe de l'épuisement des droits qui vise à favoriser la libre circulation des marchandises dans l'espace européen. C'est le même principe que celui évoqué plus haut pour le droit du brevet. Les limites à cette exception restent la possibilité pour le titulaire de la marque de s'opposer à une telle circulation de marchandise sous réserve de justifier de motifs légitimes.

258. Dans l'Accord de Bangui, les exceptions prévues au droit de la marque se situent à l'article 7 de l'annexe III portant sur les droits conférés par l'enregistrement des marques de produits ou de services. Les deux premiers alinéas portent sur les droits conférés au titulaire de la marque tandis que les deux derniers alinéas sont relatifs à la limite de ces droits.

259. L'alinéa 3 de l'article 3 de l'annexe de Bangui dispose ainsi que : « *l'enregistrement de la marque ne confère pas à son titulaire le droit d'interdire aux tiers l'usage de bonne foi de leur nom, de leur adresse, d'un pseudonyme, d'un nom géographique, ou d'indications exactes relatives à l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine ou l'époque de la production de leurs produits ou de la présentation de leurs services, pour autant qu'il s'agisse d'un usage limité à des fins de simple identification ou d'information et qui ne puisse induire le public en erreur sur la provenance des produits ou services* ».

---

<sup>269</sup> CA Paris, 15 décembre 2004, PIBD 2005, n° 803, III, p. 142 ; Dalloz 2005, p. 772, obs. P. Allaëys et p. 1102, note A. Mendoza-Caminade. La publicité d'une marque licite peut être considérée comme trompeuse lorsqu'elle vise une certaine confusion avec les produits ou services d'une marque d'autrui.

260. Cette exception est à mettre en rapport avec l'article L. 713-6 car si elle semble lui ressembler sur certains éléments, s'en écarte aussi par d'autres aspects. C'est une série d'exceptions au droit de la marque incluant l'utilisation de son nom, mais aussi son adresse, son pseudonyme, son nom géographique. Jusque-là nous relevons que la disposition autorise comme le droit français, le nom que l'on suppose patronymique en l'absence de jurisprudence de référence, mais aussi son pseudonyme. En droit français l'utilisation du pseudonyme est interdite. L'usage de son adresse et d'un nom géographique n'y figure tout simplement pas. C'est donc une originalité du droit sénégalais qu'il convient de saluer pour l'occasion. Le droit du titulaire de la marque en ce sens, pourrait se voir affaibli, si ce n'était l'exigence de bonne foi, qui pourrait en cas d'abus lui permettre de s'y opposer tel qu'indiqué en droit français.

261. La dernière disposition de cet alinéa est l'autorisation de l'usage de la marque à des fins d'identification et d'information. C'est le même principe de l'exception des fabricants et vendeurs d'accessoires en droit français. Ici aussi, la limite à cette exception est son usage honnête, c'est-à-dire, un usage strictement limité à ces deux objectifs indiqués.

262. Le dernier alinéa de l'article 7 consacre, ce que l'on peut appeler le principe d'épuisement des droits en zone OAPI. Les produits vendus licitement à leur origine sous une marque valide, peuvent être utilisés sans restriction possible de la part du titulaire de la marque. La condition à cette exception est que le produit ne doit avoir subi aucune modification. Le principe est le même qu'en droit français, des produits altérés ou modifiés rendront légitime l'opposition du titulaire de la marque face à cet usage devenu ainsi illicite.

### **Paragraphe 3) En droit comparé du dessin et modèle**

263. Les exceptions au monopole du droit du titulaire du dessin et modèle sont, conformément à l'article 20 du règlement CE n° 6/2002 du 12 Décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, consacrées par l'article L. 513-6 du Code de la propriété intellectuelle. Elles concernent le cas : « a) *D'actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales ; b) D'actes accomplis à des fins expérimentales ; c) D'actes de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement* ». La dernière exception est soumise à des conditions comme le fait de mentionner l'enregistrement, le nom du titulaire

des droits. Elle doit être exercée de bonne foi et ne doit pas porter préjudice à l'exploitation normale du dessin et modèle.

264. L'alinéa 1 et 2 sont composés des mêmes exceptions qu'en matière de brevet, à quelque réserve près, notamment le caractère non commercial de l'usage non autorisé de l'œuvre à titre privé. L'alinéa 3 sur l'exception à des fins d'illustration et d'enseignement existe aussi en droit d'auteur dans une forme plus restreinte. Elle pourra s'appliquer lorsque la protection du dessin et modèle est invoquée sous l'angle du droit d'auteur.

265. L'article L. 513-7 du CPI octroie le droit à l'exception en matière de dessin et modèle aux « *équipements installés à bord de navire ou d'aéronefs immatriculés dans un autre pays lorsqu'ils pénètrent temporairement sur le territoire français ; lors de l'importation en France de pièces détachées et d'accessoires pour la réparation de ces navires ou aéronefs ou à l'occasion de cette réparation* »

266. L'alinéa 1 de l'article L. 513-7 est similaire à l'un des dispositifs d'exception prévus à l'article 8 de l'annexe 2 de l'Accord de Bangui portant sur les exceptions en matière de brevet d'invention. Le deuxième alinéa n'existe pas cependant en droit sénégalais ou OAPI.

267. La possession antérieure n'est pas une exception en droit des dessins et modèle contrairement en droit du brevet et de la marque, ceci est aussi un point qui rapproche ce droit de celui de la propriété littéraire et artistique. L'action en nullité prévue à l'article L. 512-4 du CPI bénéficie au créateur antérieur.

268. En droit sénégalais, les limitations en droit du dessin et modèle se situent au niveau de l'article 7 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui relatif aux dessins et modèles industriels. Il contient un alinéa disposant que : « *Le dessin ou modèle industriel enregistré ne produit pas d'effet à l'égard du tiers qui, au moment du dépôt de la demande d'enregistrement exploitait déjà ledit dessin ou modèle sur le territoire de l'un des Etats membres ou avait pris des mesures nécessaires pour cette exploitation. Ce tiers est autorisé à utiliser ce dessin ou modèle pour les besoins de son entreprise, dans ses propres ateliers ou dans ceux d'autrui. Ce droit ne peut être transmis qu'avec l'entreprise* ».

269. Le droit OAPI ne prévoit d'exception au droit du dessin et modèle que pour le cas de l'exploitant antérieur contrairement au droit français. Pour ce qui est des autres cas de limitations existantes en droit français, il faudra voir si la double protection par le

droit d'auteur ne permet pas en droit sénégalais d'invoquer les cas d'exception de ce droit envers celui des dessins et modèles.

#### **Paragraphe 4) Exceptions d'usage en droit comparé de la propriété littéraire et artistique.**

270. **Le triple test.** Le principe de ce dernier est la mise en place de conditions nécessaires à l'existence des exceptions en droit comparé de la propriété littéraire et artistique. La mise en place des exceptions au monopole de la propriété littéraire et artistique doit répondre, pour les pays adhérents, à une condition posée par la Convention de BERNE sur la protection de la propriété littéraire et artistique. Son article 9-2 prévoit une série de trois tests ou de trois conditions applicables à la mise en place d'une dérogation que le droit national des états signataires pourrait autoriser à l'égard des droits de la propriété intellectuelle: L'exception doit concerner un cas limité, elle ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Le droit français et le droit sénégalais sont concernés par cette disposition car la France et le Sénégal (par l'intermédiaire de l'accord OAPI) sont membres à cette convention. Les deux droits semblent par ailleurs répondre à cette exigence.

271. En droit français, les exceptions au droit d'auteur sont prévues à l'article L. 122-5 du CPI, elles visent :

*« 1-Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle familial;*

*2-Les copies ou reproduction privées ;*

*3-Sous réserve qu'y soient mentionnés le nom de l'auteur et la source :*

*a- Les analyses et courtes citations<sup>270</sup>, justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;*

*b- Les revues de presse ;*

---

<sup>270</sup> Cour d'appel de Paris, 19 Déc. 2014, n° 14/11935, M. Eric Fongarnan c./S.A. Le Nouvel Observateur du Monde : La Cour a retenu l'exception de courte citation « *la photographie d'un journaliste constituée par une capture d'écran extraite d'un entretien vidéo réalisé et publié sur un site internet, empruntée pour illustrer un article d'un site internet consacré au décès de ce journaliste* ».

- c- La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordres politiques et les cérémonies officielles ;*
- d- Les reproductions intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques ;*
- e- La représentation ou reproduction d'extraits d'œuvres ;*
- f- La parodie, le pastiche et la caricature ;*
- g- Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique ;*
- h- La reproduction provisoire, transitoire et accessoire, partie intégrante d'un procédé technique et ayant pour unique objet, l'utilisation licite de l'œuvre ;*
- i- la reproduction et la représentation par les bibliothèques, musées et services d'archives ;*
- j- La reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale ».*

En matière de droits voisins au droit d'auteur, c'est l'article L. 211-3 du CPI qui intervient dans le même sens, il en est de même en matière de droit des bases de données avec l'article L. 342-1 du CPI. Les mesures techniques de protection des œuvres sont également concernées et l'article L. 331-3 du Code de la propriété intellectuelle intervient en ce sens.

272. L'article L. 122-3-1 du CPI consacre le principe d'épuisement des droits de distribution de la propriété littéraire et artistique dans l'espace communautaire et économique européen. Cet article est créé par l'article 4 de la loi n° 2006-961 du 1er Aout 2006. Cette disposition transpose en droit interne français l'article 4 de la directive du 22 Mai 2001.

273. Le législateur français avait cependant prévu en matière de logiciel, de supprimer l'exception de l'usage personnel, par la loi précédemment citée, mais la disposition concernant cette mesure a été supprimée par le conseil constitutionnel<sup>271</sup>. Elle visait la « *reproduction non autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre [mise] à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair-à-pair* » ainsi que la représentation qui « *en résulte automatiquement et à titre accessoire* ».

---

<sup>271</sup> Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC.



274. Il nous semble regrettable qu'une telle interdiction soit annulée au nom du principe de l'égalité des traitements devant la loi, cela aurait permis de mieux vulgariser la valeur de la propriété artistique, même si les procédés visés étaient ceux commis à l'échelle personnelle, la conséquence va à l'encontre des règles dissuasives en matière de lutte pour le respect des droits de propriété intellectuelle<sup>272</sup>.

275. Le grand nombre des cas d'exceptions prévus en droit français de la propriété littéraire et artistique pourrait faire penser que la protection des droits d'auteurs est très restreinte mais il n'en est rien, car ces conditions sont d'interprétation stricte et sont encadrées dans des limitations qui empêcheraient tout abus pouvant nuire, comme l'exige l'article 9 alinéa 2 de la Convention de Berne, une exploitation normale de l'œuvre ainsi que les droits du titulaire de l'œuvre.

276. Au niveau du droit sénégalais, l'annexe 7 sur la propriété littéraire et artistique dispose dans ses articles 11 à 21, les différents cas de limitations prévues aux droits attachés à l'œuvre en droit OAPI. Ces exceptions sont au nombre de 11 et sont:

-Article 11. La libre reproduction à des fins privées et autorise sans conditions de limitation, de « *reproduire une œuvre licitement publiée exclusivement pour l'usage privé de l'utilisateur* »;

-Article 12. La libre reproduction revêtant la forme de citation, ainsi, il est licite de « *citer une œuvre licitement publiée dans une autre œuvre, à la condition d'indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure à la source et à la condition qu'une telle citation soit conforme aux bons usages et que son ampleur ne dépasse pas celle justifiée par le but à atteindre* ». En d'autres termes, cet article conditionne l'application de l'exception prévue à la règle des 3 tests de la Convention de Berne sur les limitations aux droits de la propriété littéraire et artistique ;

-Article 13. La libre utilisation de l'œuvre pour les besoins l'enseignement;

-Article 14. La reproduction reprographique par les bibliothèques et les services d'archives;

-Article 15. La libre reproduction à des fins judiciaires et administratives;

---

<sup>272</sup> C. Bernault, « La sanction pénale de la contrefaçon », RLDI, 2012, n° 2898. L'auteur y déplore la banalisation de la « petite contrefaçon » par les sanctions d'amendes qu'elle juge plus symbolique que dissuasives.

- Article 16. La libre utilisation à des fins d'informations, sous réserve d'indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure dans la source ;
- Article 17. La libre utilisation d'images d'œuvre situées en permanence dans les endroits publics;
- Article 18. La libre reproduction et adaptation à des programmes d'ordinateurs;
- Article 19. Le libre enregistrement éphémère par les organismes de radiodiffusion;
- Article 20. La libre représentation ou exécution publique;
- Article 21. L'importation personnelle.

277. La loi sénégalaise n° 2008-09 du 25 Janvier 2008 sur le droit d'auteur et les droits voisins renferme dans ses articles 38 à 46 les dispositions sur les « *Exceptions au droit de communication au public et au droit de reproduction* ». Ces articles reprennent l'essentiel des cas d'exceptions prévues par l'Accord de Bangui mais les complètent par d'autres limitations déjà présentes en droit français. Cette loi apporte des précisions au cadre général tracé par l'Accord de Bangui en matière de propriété littéraire et artistique.

278. Les nouvelles exceptions apportées par la loi sont la parodie et la communication au cours d'un service religieux. En matière de protection des logiciels et des bases de données, la loi sénégalaise sur le droit d'auteur a cependant exclu l'exception de copie privée<sup>273</sup>. L'article 40 de la loi cite en effet, en plus des logiciels, des bases de données, « *la reproduction d'œuvres d'architecture revêtant la forme de bâtiments ou d'autres constructions similaires ; la reproduction par reprographie d'œuvres d'art visuel à tirage limité, de partitions musicales et de manuels d'exercice* ».

279. Cette exclusion de la limitation en matière de logiciel a été restreinte dans ce domaine par la possibilité du détenteur légitime de créer une copie de sauvegarde afin de préserver le dispositif du logiciel licitement acquis. Cette possibilité de copie privée par sauvegarde de l'original n'est pas présente pour la base de données car elle est liée à la spécificité technique du logiciel<sup>274</sup>.

280. Ainsi le droit français et le droit sénégalais reprennent presque les mêmes cas d'exceptions au droit de la propriété littéraire et artistique. Ce sont des libertés encadrées de part et d'autre dans le but d'assurer un équilibre entre le droit

---

<sup>273</sup> P. A. Touré, Le traitement de la Cybercriminalité devant le juge, l'exemple du Sénégal, L'Harmattan, 2009, n°138.

<sup>274</sup> Ibid.

d'exploitation de l'œuvre et les impératifs supérieurs tels que l'éducation, l'information ou l'archivage.

281. Les droits de propriétés intellectuelles sont des exceptions à la liberté concurrentielle. Ils mettent en place des monopoles d'exploitations. Il est dès lors capital, pour la préservation de la liberté concurrentielle, que cette exception soit elle-même limitée afin de permettre une utilisation encadrée sur la stricte nécessité de l'exploitation commerciale. Elle devra également être compatible avec les objectifs d'intérêt général.

282. En ce sens, il serait plus judicieux d'assurer à la fois la valorisation de l'innovation par la mise en place du monopole de réservation des droits de propriété intellectuelle, mais aussi d'assurer l'utilité sociale de ces inventions par une limitation de ce monopole dans le cadre de l'utilisation privée, à titre éducatif, expérimental ou pour la vulgarisation de la culture. Concilier les deux actions est possible et logique au regard de la promotion de l'innovation, et la sauvegarde de l'intérêt social de ces dernières.

## **Section 2 : Les actes constitutifs de concurrence déloyale en droit comparé français et sénégalais**

283. La concurrence déloyale est une infraction sanctionnée par la responsabilité civile délictuelle et dont le régime repose entièrement sur cette dernière<sup>275</sup>. C'est une notion très variée, au regard des différentes formes qu'elle a tendance à revêtir<sup>276</sup>. Elle représente une construction essentiellement prétorienne en France alors qu'au Sénégal elle est régie par l'annexe 8 de l'Accord de Bangui. L'infraction répond essentiellement à une nécessité d'encadrer le principe de la liberté du commerce, créé par le Décret d'Allarde des 2 et 17 Mars 1791 en France. Elle vise ainsi à sanctionner les actes de concurrence basés sur des moyens déloyaux<sup>277</sup>.

### **Sous-section 1 : La faute de concurrence déloyale**

284. L'étude de la faute de concurrence déloyale (Paragraphe 2), élément essentiel du fait générateur de l'action en concurrence déloyale, nécessite l'étude de son fondement conceptuel ainsi que les limites de son domaine d'intervention (Paragraphe2). Ce dernier point permettra ainsi d'éclairer l'objet de l'infraction malgré le caractère commun que semble revêtir son concept et son cadre d'intervention<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> L. Vogel., Droit de la concurrence déloyale, LexisNexis, 2004, p. 19.

<sup>276</sup> T. com. Paris, 17 fév. 2014, n° 2014-029604, RG n° 2013041888 : « *Attendu que constituent notamment des actes de concurrence déloyale engageant la responsabilité de leur auteur le fait pour un agent économique :*

*-de créer une confusion entre ses produits et/ou services et celui d'un concurrent ;*

*-d'enfreindre des obligations réglementaires ;*

*-de dénigrer les services ou les produits d'un concurrent, ou de propager des informations, mêmes exactes, en vue de nuire à un concurrent ;*

*-à titre lucratif et de façon injustifiée, de s'inspirer sensiblement ou de copier une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements ;*

*Attendu qu'INSERT et CALDNESS s'accusent réciproquement de multiples manquements dans l'exercice de leur activité, qui s'ils étaient avérés, seraient chacun constitutif de concurrence déloyale ».*

<sup>277</sup> Ph. le Tourneau (Sous la direction de), Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit., n° 7011 et s.

<sup>278</sup> Krasser, op. cit, p. 16 et s. ; Y. Auguet, Clientèle et concurrence, op. cit, n° 468; J. Mestre et alii, Droit commercial: Droit interne et aspects de droit international, 29<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, p. 166; F. Dekeuwer-Défossez, Droit commercial: Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, 10<sup>e</sup> éd.,

## **Paragraphe 1) Considérations générales sur l'infraction de concurrence déloyale**

285. Le régime de nature générale appliqué au traitement judiciaire de la concurrence déloyale, fait que les contours de l'infraction ne sont pas toujours bien clairs. La terminologie de l'infraction ne semble pas éclairer sur son concept, et son fondement semble se confondre avec celui des infractions classiques du droit comparé de la concurrence.

### **I) Fondement conceptuel de l'infraction**

286. La concurrence déloyale est une exception au principe de la licéité du dommage concurrentiel. Ce dernier est un dérivé du principe de la liberté d'entreprendre. La compétition économique rend licite le détournement de clientèle basés sur des moyens honnêtes ou loyaux, la jurisprudence le rappelle par des termes non équivoques : « l'atteinte à la clientèle, actuelle ou potentielle, n'est pas répréhensible »<sup>279</sup>.

287. Il conviendra préciser le sens de l'exigence de loyauté ainsi que celle relative à l'existence d'un rapport concurrentiel entre les parties en cause dans l'action judiciaire en concurrence déloyale<sup>280</sup>. La déloyauté requise pourrait en effet, faire penser comme le précisent certains, à la mauvaise foi de l'auteur de la concurrence déloyale<sup>281</sup>. Il n'aurait pas suffi de commettre une faute entraînant un préjudice pour autrui, il faudrait que l'acte soit voulu et donc intentionnel<sup>282</sup>. Cette considération ajouterait un élément intentionnel ou moral à la concurrence déloyale, mais la jurisprudence ne l'a pas retenu<sup>283</sup>. Le problème qui se pose, si cet élément moral venait à intégrer la concurrence déloyale,

---

Montchrestien 2010, n° 529.

<sup>279</sup> CA Nancy, 25 février 2015, RG n°14/02245, JurisData n° 2015-005049.

<sup>280</sup> Y. Picod et alii, « Concurrence déloyale », Rép. com. Dalloz, n° 87 et s., octobre 2014; A. Bertrand, op. cit., p. 7 ; L. Vogel, Droit de la concurrence déloyale, Lawlex, 2007, p. 105.

<sup>281</sup> M. Nussenbaum, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté », Gaz. Pal., n° 145, 24 mai 2012, p. 34 : « (...)pour ce qui concerne la concurrence déloyale, qu'il s'agit d'une forme de déloyauté s'assimilant à la malhonnêteté ou à la tricherie qui est prohibée au nom de l'égalité des armes ou des chances car la concurrence ne doit pas être faussée au profit d'un des concurrents ».

<sup>282</sup> Y. Serra, « L'action en concurrence déloyale n'exige pas la preuve de manœuvres dolosives », Dalloz 1992, p. 49.

<sup>283</sup> F. Lefebvre, Mémento Pratique Francis Lefebvre. Concurrence Consommation, éd. Francis Lefebvre, 2014, n°6625: « conformément à l'article 1383 du Code civil, un acte de concurrence déloyale ouvre droit à réparation même si ce fait dommageable n'est pas intentionnel(Cass. Com. 2-7-1991 n° 89-14.042: Bull. civ. IV n° 244; Cass. com. 19-9-2006 n° 03-20.511: RJDA 12/06 n° 1285; Cass. 1er civ. 14-11-2013 n° 12-20.687: RJDA 2/14 n° 18 ».

serait l'intérêt de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil dans le traitement judiciaire de cette infraction<sup>284</sup>. On pourrait en effet voir un risque d'amalgame avec la responsabilité pénale, même si en l'occurrence l'élément matériel ferait défaut du fait de l'inexistence dans la concurrence déloyale de dispositions légales<sup>285</sup>.

288. La concurrence déloyale se veut être une infraction par violation des usages du commerce et de l'industrie au sens de l'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris de 1883. L'usage est définie comme : « *une pratique particulière à une profession* »<sup>286</sup>. L'usage est dès lors par définition une pratique qui pourrait changer et évoluer dans le temps ou selon les milieux. La référence à ce paramètre de nature fluctuante reflète toute la flexibilité de la faute de concurrence déloyale.

289. Selon Mme. Mendoza-Caminade, toutes les conceptions réunies, n'épuisent pas en fin de compte, « *la réalité concrète de la concurrence déloyale* », comme si celle-ci se révélait, rebelle à toute tentative de systématisation<sup>287</sup>. On estime que, s'il en est ainsi, c'est justement parce que seule l'institution qu'est la responsabilité civile semble convenir à cette malléabilité<sup>288</sup>. Nous adhérons d'ailleurs à un tel constat, car comme le souligne la Cour de cassation, la concurrence déloyale a pour fonction de protéger celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif<sup>289</sup>. Les situations qu'elles couvrent sont diversifiées et peuvent évoluer à tout instant.

290. C'est donc cette dernière considération qui donne à la concurrence déloyale tout son intérêt, car les valeurs faisant l'objet de la protection par la propriété intellectuelle sont en général déjà sous le régime de l'action en contrefaçon<sup>290</sup>. Il nous semble, qu'il serait donc superflu que la concurrence déloyale vienne occuper une place qui est déjà légitimement acquise à une autre action judiciaire, d'autant plus qu'il est de notoriété

---

<sup>284</sup> Cass. com. 18 avril 1958, Dalloz. 1959. 87, note F. Derrida : « *que l'emploi par un commerçant du nom d'un homonyme dans des conditions créant une confusion entre deux établissements est constitutif d'un quasi-délit qui ne requiert pas un élément intentionnel* »; Cass. com. 29 mai 1967, Bull. civ. III, n° 209 : « *l'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du Code civil et que le quasi-délit prévu à ces articles ne requiert pas un élément intentionnel* ».

<sup>285</sup> P. Canin, Droit commercial, 6<sup>e</sup> éd., Hachette Livre, 2014, p. 153.

<sup>286</sup> G. Cornu (sous la direction de), op. cit., p. 1053..

<sup>287</sup> A. Mendoza-Caminade, « De la déloyauté de toute compétition économique ou les mérites (redécouverts) de la concurrence déloyale », Petites Affiches, 17 Octobre 2008, n°209, p. 4.

<sup>288</sup> G. Courtieu, JCI. « Responsabilité civile et assurances », Fasc. 132-10 « Droit à Réparation », 2 juin 2014, n° 26.

<sup>289</sup> Cass. Com., 3 oct. 1978, n° 77-10. 915, Minerva, Bull. Civ. IV, n° 208. Dalloz 1980. 55, note J. Schmidt; Cass. com., 6 déc. 1984: Bull. civ. 1984, IV, n° 335; Cass. Com. 15 juin 1983: Bull. Civ. 1983, IV, n°174; Cass. Com., 14 nov. 1995: JurisData n° 1995-03227.

<sup>290</sup> M. Dupuis, in D. Fasquelle et alii, op. cit., n° 1765.

publique que le régime instauré dans les articles 1382 et 1383 du Code civil est de nature commun et supplétif<sup>291</sup>.

## **II) Le domaine de la concurrence déloyale en droit comparé**

291. Le terme « concurrence » de l'infraction de concurrence déloyale peut être interprété comme une appartenance stricte de cette infraction à celles existantes en droit classique de la concurrence<sup>292</sup>. La théorie de la concurrence déloyale s'est pourtant construite en dehors de toute idée de réglementation ou de régulation de marché<sup>293</sup>. Il s'agit avant tout d'une action judiciaire visant le rétablissement de la situation personnelle du professionnel victime d'un acte malhonnête commise dans le cadre économique. Essentiellement prétorienne, l'histoire de cette infraction s'est construite, comme le souligne Monsieur le professeur Picod, en marge de l'évolution du Code de commerce, fief par excellence de la réglementation existante en droit de la concurrence classique<sup>294</sup>. La distinction de l'infraction à la concurrence anti-contractuelle, peut se manifester dans le fait que cette dernière concerne également une interdiction de concurrence intervenue sur le plan conventionnel.

292. La concurrence illégale et concurrence anti-contractuelle sont avant tout des obligations de résultat en ce qu'elles interdisent certaines formes de compétition économique. La concurrence déloyale, pour sa part ne s'attèle point à une telle tâche car son but est de sanctionner une obligation de moyen, notamment, celle de ne pas user de déloyauté dans la conquête de la clientèle d'autrui. Selon M. Mazeaud, l'obligation est un « *lien de droit unissant deux personnes, rendant l'une créancière et l'autre débitrice* »<sup>295</sup>. Cette distinction est essentielle car elle pourrait expliquer par la même occasion le rapport supplétif ou complémentaire de l'infraction de concurrence déloyale par rapport à la concurrence anti-contractuelle<sup>296</sup>.

---

<sup>291</sup> J. Traullé, L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle, LGDJ, 2007, n°1 et s.; Y. Picod, « Situation de concurrence et concurrence déloyale », Dalloz, 2008. 2587, « Concurrence déloyale et Code de commerce », in Y. Picod (Sous la direction de), Le Code de commerce : son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale, Presses Universitaires de Perpignan, 2009, p. 23.

<sup>292</sup> Le principe de spécialité de la concurrence déloyale voudrait que cette infraction ne puisse être constatée que dans le cadre d'une clientèle commune entre les protagonistes, nous constatons que la pratique jurisprudentielle s'est très tôt écartée de ce principe et la tendance s'accroît avec le temps.

<sup>293</sup> Un auteur comme Ripert l'a ainsi très tôt assimilé à une action visant la protection de la clientèle : G. Ripert, op. cit.

<sup>294</sup> Y. Picod et alii, op. cit., n° 30 et s.

<sup>295</sup> H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », RTD civ. n° 35, 1936.

<sup>296</sup> Y. Picod et alii, op. cit., n° 50 à 54.

293. Dans le même sens, la concurrence déloyale se distingue d'abord de la concurrence illégale par une différence de source<sup>297</sup>. Cette dernière est basée sur un texte légal contrairement à la concurrence déloyale de source jurisprudentielle<sup>298</sup>. Le préjudice de concurrence illégale de forme anticoncurrentielle est mesuré sur la base de l'affectation d'un marché, alors que celui de la concurrence déloyale est individuel<sup>299</sup>. Contrairement à la concurrence anticoncurrentielle qui ne s'applique qu'en considération de l'affectation des marchés internes ou communautaires, dans la concurrence déloyale, le préjudice est apprécié au niveau personnel d'un ou des agents économiques touchés<sup>300</sup>. Le droit des pratiques anticoncurrentielles est de nature communautaire aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais<sup>301</sup>.

294. La délimitation de la concurrence déloyale par rapport à la concurrence illégale restera cependant partielle, si on se cantonne uniquement au caractère individuel du dommage visé. Il existe en effet au niveau interne des pratiques interdites en considération justement des préjudices personnels qu'elles peuvent causer à certains concurrents. Il s'agit des pratiques restrictives de concurrence en France ou des pratiques dites individuelles au Sénégal<sup>302</sup>. A ce niveau, le premier critère de différenciation avec la

---

<sup>297</sup> M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2011, n° 662.

<sup>298</sup> Ibid.

<sup>299</sup> V. cependant J. Larrieu, « Un an de droit de la concurrence déloyale », *Prop. Ind.*, n° 10, 2014, chron. 8, som. : « *Instrument traditionnel de régulation du marché et des rapports commerciaux, la concurrence déloyale ne reste pas figée dans le corset d'une conception rigoureusement classique. (...) Aussi la délimitation de ses frontières notamment continue-t-elle de susciter des interrogations* ».

<sup>300</sup> D. Ferrier, in Y. Serra, *La concurrence déloyale*, op. cit., p. 47.

<sup>301</sup> Les articles L. 420-1 à L. 420-2 du Code français du commerce cite les pratiques interdites du fait de leur caractère anticoncurrentiel. Il s'agit des ententes et des abus de position dominante. Les règles internes françaises de la concurrence sont issues de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> déc. 1986 L'Union européenne partage avec ses pays membres la compétence en matière de pratiques concurrentielles. Dès lors, il existe en parallèle de la réglementation française, une réglementation européenne en matière de pratiques anticoncurrentielle. Il s'agit en l'occurrence des articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. En droit sénégalais, le Traité de l'Union Economique Ouest Africaine prévoit la prohibition des pratiques anticoncurrentielles. V. en ce sens, A. A. Tskadi, « De la compétence exclusive de l'Union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA », *Revue Penant* n° 873, oct.-déc. 2010, p. 473 ; A.S. Coulibaly, « Le droit de la concurrence de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine », *Revue Burkinabé de droit*, n° 43-44, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> semestre 2003 ; A. Sakho, « Aperçu sur le droit de la concurrence au Sénégal », communication au colloque du CEEI, Ouagadougou, 6 fév. 2002 ; Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 ; F. Hautfenne, « Approche comparative des concepts d'entente et d'abus de position dominante dans le cadre de l'U.E et de l'E.U.M.O.A », *Revue Burkinabé de droit* n° 34, 1998, p. 173-199. La réglementation anticoncurrentielle est prévue aux articles 88, 89 et 90 du traité UEMOA, de même que les règlements communautaires suivants : Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques commerciales anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA et le règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA.

<sup>302</sup> Le droit des pratiques restrictives de concurrence sont d'origine interne en droit comparé. En droit français le Code de commerce cite les infractions concernées à l'article L. 442-2. En droit sénégalais, le législateur utilise pour ces infractions, le terme de « *pratiques anticoncurrentielles individuelles* » aux



concurrence déloyale reste d'abord le fondement légal de cette interdiction. Il convient de noter que les actes illégaux sanctionnés à cette occasion sont clairement définis par la loi ainsi que les sanctions civiles ou pénales concernées<sup>303</sup>.

295. Au niveau de la concurrence anti-contractuelle, elle se base essentiellement sur le consentement des parties d'un contrat<sup>304</sup>. La concurrence dite anti-contractuelle se matérialise par l'existence de clauses insérées dans le contrat et qui visent la mise en place d'une interdiction de concurrence dans des termes bien définis. On parle souvent à ce titre de conventions de non-concurrence ou de clauses de non-concurrence<sup>305</sup>. La sanction de la violation de ces dernières rentre dans le cadre de la responsabilité contractuelle, contrairement à la concurrence déloyale qui mobilise la responsabilité délictuelle<sup>306</sup>.

296. La concurrence déloyale et la concurrence anti-contractuelle peuvent cependant être invoquées dans une même affaire, expliquant ainsi non seulement leurs domaines distincts mais également la complémentarité qui existe dans leur objet réciproque. La concurrence anti-contractuelle sanctionne une obligation de résultat alors que la concurrence déloyale concerne une obligation de moyen. Par ailleurs au niveau de la source des droits, le droit comparé des obligations contractuelles est prévu dans le Code civil français ainsi que le Code sénégalais des obligations civiles et commerciales.

---

articles 26 à 28 de la loi n° 94-63 du 22 Août 1994.

<sup>303</sup> Ibid. pour les actes de pratiques commerciales restrictives de commerce, pour ce qui est des sanctions, il faudra se référer en droit français, à l'article L. 442-6 du Code de commerce. Ce dernier prévoit l'indemnisation civile des victimes de pratiques précitées. En droit sénégalais, le régime commun de la responsabilité civile délictuelle devrait permettre l'indemnisation civile des professionnels victimes de telles pratiques même s'il n'existe pas de dispositions expresses en la matière par la loi interne ou UEMOA V. en ce sens, R. Bout et alii, Lamy Droit Economique 2014, « Concurrence : Les pratiques restrictives », n° 2322 ; V. Selinsky et J. Peyre, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », RLDC, 2005, n° 2, p. 114. Dans le cadre de ces sanctions civiles, la faute de la personne morale est reliée à la personne physique qui la représente : P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 2014, p. 77.

<sup>304</sup> Y. Serra, « La validité des clauses de non-concurrence au regard de la réglementation française et communautaire de la concurrence », Dalloz, 1983, Chr. 51 ; N. Eréséo, J.-Cl. Conc. Cons., Fasc. n° 635 : « La clause d'exclusivité », n° 81, 5 oct., 2015.

<sup>305</sup> C.-E. Bucher, J.-Cl. « Concurrence Consommation », Fasc. 110 : « Clause de non-concurrence : Notions et généralités », 30 juin 2013, n° 1 et s..

<sup>306</sup> Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-10.003, JurisData n° 2015-006675.

## **Paragraphe 2) Les actes de concurrence : Sources et contenus**

297. S'il n'existe pas de définition unifiée et unanime de la notion de concurrence déloyale, on peut relever, avant d'en présenter les cas les plus fréquents, les critères communs relevant des différentes formes de l'infraction<sup>307</sup>.

### **I) L'identification doctrinale**

298. Le concept de la concurrence déloyale n'est pas un fait nouveau dans le domaine doctrinal, il est apparu depuis longtemps dans les publications des juristes français qui, à tour de rôle, et selon différentes époques, ont essayé d'en étudier le régime et le champ d'application<sup>308</sup>.

299. Les essais de classification des actes de concurrence déloyale ont longtemps existé notamment à partir du 19<sup>e</sup> siècle. M. Rendu, dans son ouvrage de 1858, consacré en partie à la concurrence déloyale<sup>309</sup>, apprécie la notion de dénigrement par rapport à certaines atteintes visant le détournement de clientèle, la violation des secrets de fabrique, la vente au rabais, entre autres procédés. Il sera suivi par M. Allart, dans son traité de 1892<sup>310</sup>, où il distingue les formes de confusions en deux groupes, notamment, la confusion entre établissement et la confusion entre produits.

300. M. Couhin, dans sa publication de 1898, sur la propriété industrielle, artistique et littéraire<sup>311</sup>, envisage la concurrence déloyale comme une protection sur des pratiques en dehors du contentieux de la confusion, avec notamment le dénigrement, le débauchage et de la vente au rabais.

301. Les classifications ainsi identifiées au 19<sup>e</sup> siècle ont la particularité de ne pas faire la différence entre la concurrence déloyale et certaines pratiques illégales en

---

<sup>307</sup> A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », in Études de droit privé, de droit public et de droit comparé, t. 1, Aspects nouveaux de la pensée juridique, in Mélanges Marc Ancel, 1975, p. 407 ; C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », Dalloz, 2004, chron. , p. 577 ; J. Larrieu, Droit de l'internet, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2010, p. 171 : « Elle permet de lutter contre les détournement de clientèle dus à l'imitation des signes distinctifs ».

<sup>308</sup> R. Krasser, op. cit. ; H. Godinot, La concurrence déloyale ou illicite, thèse, Nancy, 1932 ; P. Roubier, op. cit. ; J. Passa, op.cit, G. Fabienne, l'acte mixte de contrefaçon et de concurrence déloyale, thèse, Montpellier, 1997.

<sup>309</sup> A. Rendu, Traité pratique des marques de fabrique, de commerce ou de service, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1966.

<sup>310</sup> H. Allart, Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale, paris 1892.

<sup>311</sup> C.-R. Couhin, La propriété industrielle, littéraire et artistique, vol. 3, éd. Front Cover, 1898.

matière de concurrence, telles que la vente au rabais, les coalitions illicites ou concurrence anti-contractuelle.

302. Au début du 20<sup>e</sup> siècle, l'œuvre de M. Pouillet de 1912, sur les marques de fabrique et la concurrence déloyale<sup>312</sup>, continue la même classification, on y note toujours cette référence à la concurrence déloyale aux violations de relations contractuelles, notamment lors de la cession de fonds de commerce ou le contrat de louage.

303. En 1924, M. Pichot, dans son ouvrage sur la concurrence déloyale et la contrefaçon<sup>313</sup> a identifié parmi les sources textuelles de la concurrence déloyale, les lois sur la propriété littéraire et la propriété industrielle. L'auteur ne s'écarte pas du classement adopté par M. Pouillet.

304. On reste toujours dans la même classification que celle des auteurs du 19<sup>e</sup> siècle, même si dès la lecture du titre de l'ouvrage de M. Pichot, on sent un début de détachement au moins au sens des termes utilisés. On sent que dans le contenu des termes, il y a toujours une certaine confusion entre concepts qui de nos jours sont clairement distincts.

305. M. Godinot va cependant tenter une classification en trois groupes des actes constitutifs de concurrence déloyale<sup>314</sup>, il y distingue ainsi les faits visant la création de confusion, les faits dont le but est un détournement de clientèle et les faits de violation d'engagement contractuels. Selon lui, « *chacun doit pouvoir user des avantages qu'ont pu lui faire acquérir son talent, son intelligence, sa situation particulière, sans être menacé par des concurrents qui voudraient les lui ravir à l'aide de procédés malhonnêtes. Ces manœuvres et ces procédés font succomber l'honnête homme sous le coup de rivaux moins scrupuleux constituent précisément la concurrence déloyale* »<sup>315</sup>.

306. Avec Paul Roubier, on entre dans ce que l'on peut appeler, la classification moderne des actes de concurrence déloyale, il distingue pour sa part trois grands groupes de concurrence déloyale<sup>316</sup>, à savoir la confusion, le dénigrement, la désorganisation de

---

<sup>312</sup> E. Pouillet, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres, 6<sup>e</sup> éd., éd. Marchall et Godde, 1912, n° 892 et s.

<sup>313</sup> O. Pichot, De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière commerciale et industrielle, Paris 1924.

<sup>314</sup> H. Godinot, La concurrence déloyale ou illicite, op. cit., p. 65 et s.

<sup>315</sup> Ibid. p. 14.

<sup>316</sup> P. Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t. 1, Paris 1952, p. 536.

l'entreprise. Sa classification est souvent reprise, par la doctrine actuelle, ce qui fait encore de lui un auteur fréquemment cité en la matière<sup>317</sup>.

307. M. Mermillod, lui, a réparti en 1954, les actes de concurrence déloyale en différents procédés que sont des : «*procédés tendant à l'affaiblissement ou à la destruction de la position sur la marché d'un ou plusieurs concurrents (dénigrement, désorganisation), procédés tendant à la création ou au renforcement sur le marché du concurrent déloyal, procédés de nature à porter préjudice à un concurrent déterminé (confusion, imitation, publicité trompeuse, actes parasitaires, usage illicite de secret de fabrique), ou des procédés de nature à porter préjudice au marché (publicité mensongère, usurpation de titres ou de qualités)* ».

308. L'évolution des concepts d'identification de la concurrence déloyale est à l'image de la matière qu'elle concerne, à savoir le monde des affaires. Cette évolution est toujours en mouvement car les nouvelles technologies liées à l'information, la télécommunication ainsi que le mode de vie actuel font que l'infraction de la concurrence déloyale est en perpétuelle évolution. L'étude de la définition à partir de la Convention d'Union de Paris nous permettra de voir en quoi son domaine juridique de nature flexible va faire de cette infraction, une parfaite méthode d'adaptabilité de la norme juridique aux évolutions de la société qui n'épargnent pas le monde de affaires.

## **II) Les influences textuelles**

309. En droit français et sénégalais de la concurrence déloyale, il n'existe pas de textes d'origine interne portant directement sur cette infraction. Pour mieux saisir la nature et le domaine de la concurrence déloyale, il est essentiel de faire appel aux textes ayant de près ou de loin, porté en partie sur son régime ainsi que les détails des actes constituant le fait générateur de l'action judiciaire prévue pour sa sanction.

### **A) La Convention d'Union de Paris et la définition de la concurrence déloyale en droit comparé**

310. L'article 10 bis de la Convention de Paris du 20 mars 1883 sur la protection de la propriété intellectuelle porte sur la définition de l'infraction. Il est important de signaler, la France que le Sénégal sont signataires de cette Convention. Si la France l'a

---

<sup>317</sup> Ibid.

directement signée depuis ses origines en 1883, le Sénégal y a adhéré un peu plus tard, par le biais de l'OAPI en 1977. Ce texte vise la protection de la propriété intellectuelle et la lutte contre la concurrence déloyale d'une manière plus restreinte. Il exige que ses membres prennent des mesures nécessaires pour assurer à leurs ressortissants une protection contre la concurrence déloyale.

311. Les termes de cet article sont les suivants: « 1) *Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale*<sup>318</sup>.

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*<sup>319</sup>;

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 ».*

312. Les termes de l'article font apparaître deux concepts que sont les actes de concurrence et les usages honnêtes en matière industrielle et commerciale. Si la concurrence déloyale est un acte de concurrence cela signifierait qu'elle ne pourrait se présenter que dans le cadre d'activités visant une clientèle commune. Elle ne concernerait ainsi que les relations horizontales entre opérateurs économiques agissant sur un même marché. Cette conception reste vraie pour la majeure partie de la pratique jurisprudentielle en la matière, elle n'est pas absolue car l'infraction a tendance à s'étendre notamment dans le domaine jusque-là réservé à l'infraction de parasitisme. Ce dernier concernerait la sanction des cas de déloyauté commis dans un cadre économique hors concurrence<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Base de données de l'OMPI sur les textes législatifs de propriété intellectuelle, WO020FR page 11 / 20

<sup>319</sup> N. Olszak illustre d'une manière intéressante une recherche de confusion en matière d'indications géographiques : Des appellations d'origine et indications de provenance, Technique et Documentation, 2001, p. 5 : « Si le consommateur s'est vu proposé du « Beaujolais nouveau » en provenance de l'hémisphère sud, il sera complètement saturé quand le vrai « Beaujolais primeur » arrivera sur le marché six mois plus tard, le 3<sup>e</sup> jeudi de novembre ! Et celui qui aura eu ses papilles déformées par un vin édulcoré, aromatisé et gazéifié présenté comme du « Champagne » par un panneau apposé sur une tireuse d'où on ne le verse dans des coupes de plastique rose, ne pourra guère apprécier un champagne provenant de la région délimitée ».

<sup>320</sup> Ph. le Tourneau, Le parasitisme, Litec, 1998, p. 73 et s. ; Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale ou

313. Le deuxième terme de cette définition de la concurrence déloyale fait référence à deux concepts que sont, d'une part, le respect de la loyauté dans l'exercice des affaires et d'autre part, la prise en compte des usages en matière industrielle et commerciale. La déloyauté des actes présumés de concurrence déloyale est ainsi mesurée par rapport aux usages. Or un usage est par nature un paramètre très fluctuant. Ce caractère apparaît aussi bien par rapport au temps et par rapport à la zone géographique où l'on se trouve<sup>321</sup>. Cela fait donc de la concurrence déloyale un concept qui sera par nature en perpétuelle redécouverte selon les transformations de la société et les pratiques observées en réaction à ce changement<sup>322</sup>. Cette définition restée intacte depuis plus d'un siècle n'a pas toujours été suivie à la lettre par la jurisprudence. Elle est toujours d'actualité dans les développements de la doctrine française notamment. Le concept de la loyauté des affaires est encadré dans ces usages honnêtes et fait encore couler beaucoup d'encre. Si le terme déloyauté pourrait faire penser à une exigence de mauvaise foi, comme le montrent quelques rares décisions de jurisprudence, elle n'en est pas une, car le traitement judiciaire de la concurrence déloyale se fait sur la base des règles de la responsabilité civile des articles 1382 et 1383 du Code civil français ou l'article 118 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales.

314. Les différents cas de concurrence déloyale cités par la Convention de Paris sont la confusion, le dénigrement et la publicité trompeuse. La recherche de confusion avec une entreprise concurrente est un acte de concurrence déloyale qui a depuis longtemps été admise par la jurisprudence française<sup>323</sup>. Elle se manifeste par l'imitation des signes identificateurs du concurrent, ceux de ses produits ou de ses procédés de vente, de marketing ou de fabrication<sup>324</sup>.

315. Le dénigrement est une faute de concurrence déloyale consistant à jeter le discrédit sur la personne, les produits ou les services du concurrent, elle se manifeste par

---

concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires) », art. précité., p. 19.

<sup>321</sup> Comme l'exprime l'adage populaire, « *vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* ».

<sup>322</sup> A. Mendoza-Caminade, « *De la déloyauté de toute compétition économique ou les mérites (redécouverts) de la concurrence déloyale* », Petites affiches, 17 oct. 2008, p.4.

<sup>323</sup> P. Tréfiny, *L'imitation : Contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000 : « *Des synonymes sont donnés de l'imitation : « caricature, parodie, mimique, copie, reproduction, plagiat, contrefaçon ou faux* ». *Les antonymes qui en sont proposés sont : création, originalité, authenticité* ».

*On pourrait alors retenir, à la suite des exemples relevés ci-dessus, qu'imiter est de chercher à reproduire, copier ; reproduire ou copier plus ou moins bien, un objet de copie, dont l'imitateur a eu préalablement connaissance ».*

<sup>324</sup> A. Lecourt, *La concurrence déloyale*, 2<sup>e</sup> éd., l'Harmattan, 2004, n° 20 et s.

des informations malveillantes sur les produits, le travail ou la personne d'un concurrent<sup>325</sup>. Cette forme de concurrence déloyale est très fréquente dans le contentieux relatif à la publicité comparative<sup>326</sup>.

316. Pour ce qui est des pratiques commerciales trompeuses, l'alinéa 1 de l'article L. 121-1 du Code de consommation en dresse une liste assez longue. Cet article dont les dispositions sont issues de l'ancien article 44 de la loi n° 73-1193 du 27 Décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, repose aujourd'hui sur l'article 39 de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008. Selon cet article « I.-Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

*1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;*

317. Cet article distingue d'une manière quasi exhaustive les différents actes constitutifs des pratiques déloyales trompeuses et représente pour certains un début de codification du droit de la concurrence déloyale<sup>327</sup>. L'alinéa premier de cet article porte sur la confusion avec les marques ou signes distinctifs d'un concurrent. Cette disposition devrait permettre au professionnel d'agir même si elle est située dans le Code de la consommation, dont les dispositions ne sont censées concerner que les relations entre professionnels et consommateurs. Ainsi lorsqu'un acte se manifeste, aussi bien le titulaire du signe, que le consommateur ou les associations de consommateurs devraient pouvoir agir.

318. L'originalité de l'article vient aussi, de ce qu'il fait le lien entre la protection du consommateur et la protection des usages honnêtes entre opérateurs économiques<sup>328</sup>.

### **B) L'annexe VIII de l'Accord de Bangui et la définition des actes de concurrence déloyale**

319. L'Accord de Bangui présente dans la partie VIII de ses annexes, le régime de la concurrence déloyale en droit sénégalais, ou plus largement en droit OAPI. Cette annexe VIII est intitulé « *De la protection contre la concurrence déloyale* ».

---

<sup>325</sup> CA Lyon, 21 mai 1974 : JCP 1974 IV, p. 336, in *Mémento Pratique Francis Lefebvre 2011/2012*, éd. Francis Lefebvre 2011.

<sup>326</sup> L. Arcelin-Lécuyer, *Droit de la publicité*, Presses Universitaires de Rennes, 2011, p. 133.

<sup>327</sup> J. Calais-Auloy, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, n° 59 ; Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Mélanges Yves Serra*, éd. Dalloz, 2006, p. 359.

<sup>328</sup> L. Vogel, *Droit français de la concurrence*, LawLex, 2004, n° 21.

320. L'alinéa 1 de l'article 1 dispose, dans des termes proches de ceux de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'annexe 10 bis la Convention d'Union de Paris que : « *outre les actes et pratiques visés aux articles 2 à 6, constitue un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, est contraire aux usages honnêtes* ».

321. Les articles 2 à 6 énumèrent certains cas constitutifs de l'infraction civile. Il s'agit de la confusion avec l'entreprise ou ses activités, de l'atteinte à l'image (actes ou pratiques) ou à la réputation d'autrui, à la tromperie à l'égard du public, du dénigrement de l'entreprise ou de ses activités (en termes d'allégations fausses ou abusives), les actes ou pratiques portant sur l'information confidentielle, la désorganisation de l'entreprise concurrente et du marché<sup>329</sup>. Ces différents cas de concurrence déloyale peuvent être regroupés, comme en droit français, en pratiques visant la confusion, le dénigrement, la désorganisation (de l'entreprise ou du marché)<sup>330</sup>, et les pratiques commerciales trompeuses.

322. Ces dispositions présentent avant tout l'intérêt de doter les pays membres de l'OAPI d'une législation en matière de concurrence déloyale, ce qui n'est pas le cas de la France. Car comme on l'a rappelé plus haut, les dispositions de l'Accord de Bangui font office de lois nationales pour les pays signataires. L'inconvénient serait, en effet que le juge sénégalais ait moins de marge d'interprétation par rapport au juge français mais cela ne constitue pas un problème d'autant plus que, comme l'alinéa 1 de l'article 1 de l'annexe susvisé l'a si bien démontré, le critère de détermination des actes en concurrence déloyale sont les « *usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* ».

323. Il nous semble important de constater que ces textes se sont limités à une énumération des fautes pouvant constituer la concurrence déloyale mais cette dernière n'est pas limitative. Cela est dû au fait que la définition de la concurrence déloyale se base sur les usages du commerce et de l'industrie, comme le précise la Convention de Paris de 1883.

---

<sup>329</sup> M. Texier, La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Presses universitaires de Perpignan, 2006, n° 178 : « *Le vocable désorganisation est activement utilisé par les magistrats. Par exemple le débauchage déloyal du personnel d'un concurrent qui est assimilé à une intrusion fautive dans l'organisation d'autrui, est un moyen de provoquer la désorganisation* ».

<sup>330</sup> R. Krasser, op. cit, n° 274 ; CA Rouen, 24 juin 1993, R.J.S. 10/93 n°981 ; CA Paris, 29 sept. 1994, Dalloz, 1995 som. 210, obs. Y. Serra.



324. Ces usages sont différents d'un pays à un autre, mais surtout d'une époque à une autre. La faute de concurrence déloyale est ainsi appelée à évoluer dans le temps. Cette flexibilité de la concurrence déloyale pourrait s'expliquer dans un certain sens par l'absence de textes législatifs portant sur la définition et le régime de l'infraction. Le juge pourra ainsi à tout moment, apprécier les faits de concurrence déloyale à l'aune du régime général de la responsabilité civile délictuelle.

325. La jurisprudence dispose de ce fait d'un grand pouvoir d'appréciation, pour adapter la répression de la lutte judiciaire contre la concurrence déloyale aux nouvelles pratiques et avancées technologies<sup>331</sup>. Les fautes de concurrence déloyale sont appelées à évoluer dans le temps à l'image des usages qu'elles concernent, la problématique d'internet en est un parfait exemple.

326. Cette conception est celle qui se rapproche le plus du concept de l'infraction de concurrence déloyale, et celle que nous retenons. Cette position est due au fait que la faute de concurrence déloyale n'est rien d'autre en notre sens que, la violation de l'obligation ou du devoir de loyauté dans l'exercice de la concurrence.

### **III) L'appréciation jurisprudentielle des actes de concurrence déloyale en droit compare.**

327. Comme nous l'avons précédemment relevé, il n'existe pas en France de définition officielle des différents cas de concurrence déloyale. Cela découle du fait de l'absence de textes législatifs en la matière, en droit français. Les cas de l'infraction cités par la doctrine française sont illustratifs. Il n'empêche que la jurisprudence retient cette trilogie des cas de l'infraction, dans la mesure où elle englobe en général la majeure partie des demandes judiciaires pour concurrence déloyale. A l'opposé, le droit sénégalais connaît une définition textuelle de l'infraction, ainsi qu'une énumération quoique non exhaustive des fautes génératrices de l'infraction.

328. Il s'ensuit que le juge français a une marge de manœuvre totale en matière d'appréciation de la concurrence déloyale, c'est pourquoi il est d'usage que l'on parle d'infraction prétorienne en faisant référence à cette dernière. Le juge sénégalais, plus encadré dans son appréciation de la concurrence déloyale, à cause des dispositions

---

<sup>331</sup> Y. Serra, « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », Mélanges Dutoit, Droz (Genève), 2002, n° 287.

textuelles existantes en la matière, dispose cependant d'une certaine liberté d'appréciation d'autant plus que l'Accord de Bangui précise que la liste est non exhaustive. Ces dispositions sont de sources communautaires mais sont directement applicables au niveau national. La confusion créée par un concurrent déloyal par imitation du signe, du modèle d'un produit ou de son concept publicitaire a été sanctionnée par la jurisprudence. C'est le sens qu'il faut donner à l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 31 janvier 2008 en matière de nom de domaine<sup>332</sup>. Dans cette espèce, la société Pneus-Online Suisse reproche à la société Delticom RG d'avoir repris les deux termes distinctifs de son site internet en réservant un nom de domaine portant sur l'un des termes, créant ainsi un risque de confusion. La Cour d'appel a donné droit à sa demande en disposant qu' : « *Attendu que la société Delticom AG a fait la preuve de sa mauvaise foi lorsque, dûment avertie de l'existence de ce nom de domaine et de son utilisation par la société Pneus-Online Suisse, son concurrent, elle a persévéré (en recourant au stratagème consistant à rédiger les pages d'accueil en langue allemande tout en ménageant à la clientèle française un accès très aisé au site « 123pneus. com. ») à exploiter les sites litigieux dont elle ne pouvait ignorer qu'ils créaient ou risquaient de créer, en raison de la proximité des noms utilisés, une grande confusion dans l'esprit des internautes (...) infirme le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société Pneus-Online Suisse de sa demande de dommages et intérêts* ». L'originalité de cette jurisprudence est qu'elle consacre la protection d'un signe non protégé, en l'occurrence, un nom de domaine. Elle colle parfaitement donc à la définition de l'infraction de la Cour de cassation, lorsqu'elle affirme que la concurrence déloyale assure la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif<sup>333</sup>. Il est cependant paradoxal de constater qu'une jurisprudence opposée a vu le jour avec des arguments opposés. C'est ainsi que certaines cours d'appel s'inscrivent dans le sillage de la Cour de cassation, qui lui-même fut précédée par la Cour de Justice de la Communauté Européenne, ont pu juger que l'utilisation d'un signe protégé par un concurrent dans le système de référencement Google n'est pas en elle seule constitutive de faute<sup>334</sup>.

329. En matière de désorganisation de l'entreprise concurrente, l'embauche d'un salarié ou de plusieurs des salariés d'un concurrent peut constituer un cas de concurrence

---

<sup>332</sup> CA Lyon, 31 janv. 2008, n° 06/05922, SARL Pneus-Online Suisse et a. c/ Sté Delticom RG : JurisData n° 2008-360900.

<sup>333</sup> Cass. Com., 29 nov. 1960, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), consulté le 01/01/2015.

<sup>334</sup> CA Aix-en-Provence, 3 avr. 2014, n° 12/10894, Delko Développement c/ Oscaro.com : JurisData n° 2014-008209 ; CA Paris, 21 juin 2013, n° 12/11394, Hifissimo ; Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et n° 11-24.713, Cobrason : JurisData n° 2013-001148 ; Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et n° 11-24.713, Cobrason ; CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, Google : JurisData n° 2010-007448.

déloyale lorsqu'il est accompagné d'une réelle volonté de nuire et que cette dernière se manifeste dans la méthode ou les faits associés à ce débauchage<sup>335</sup>. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence illustre bien la sanction de cette pratique en ces termes<sup>336</sup> : « *Attendu qu'il est établi par la S.A. nouvelle société 3, une action concertée et prolongée (2002 à 2005) de la S.A.R.L RAMSES tendant à embaucher à des conditions salariales meilleures, le personnel salarié de la S.A nouvelle société 3 E affecté à de gros clients et pour certain personnel, pourvus « d'habilitation » de la société Heidenhain, afin de s'approprier ladite clientèle, que l'embauche de 9 salariés occupant des fonctions techniques, avec parfois leur détachement et leur affectation spéciale chez un important client, sur la vingtaine qui constituait l'effectif de salariés de la S.A Nouvelle Société 3 E, s'est réalisé dans des conditions fautives, que les embauches (...) se sont accompagnés, d'actes positifs de détournement de clientèle et de manœuvres déloyales, tels la diffusion d'un mailing aux anciens clients pour la gamme de produits Heidenhain (...), tel le copiage illicite de données commerciales informatiques (...); que le caractère systématique et massif de ces mouvements de personnels, outre le fait que M. J. H. a détourné au profit de son nouvel employeur des connaissances commerciales qu'il s'était procurées de manière illicite, ont permis de détourner certains clients, ont désorganisé le bon fonctionnement de la S.A Nouvelle Société 3 E et constituent des agissements contraires à la loyauté devant être de mise entre entreprises concurrentes sur un même marché* »<sup>337</sup>. Cet arrêt présente l'avantage de contenir les éléments essentiels d'une désorganisation matérialisée par un débauchage de personnels salariés. Les éléments incriminés par la concurrence déloyale sont des agissements illicites parallèles démontrant l'intention de nuire et en même temps l'intention de détourner la clientèle de l'entreprise E 3. La qualification en désorganisation découle d'un débauchage multiple de salariés dont les postes portant sur des secteurs clés de la clientèle de l'entreprise victime.

330. Par ailleurs, lorsque ce débauchage s'accompagne de pillage de données commerciales, il ne fait aucun doute, que l'entreprise défendeur ne visait autre chose que de se suppléer au titulaire de cette clientèle auprès de cette dernière. Ici l'appréciation du juge est limitée, voir facilitée par l'existence d'un nombre considérable d'indices flagrants de la faute. Ce cas de figure de désorganisation se retrouve également dans d'autres arrêts, notamment lorsque les salariés après avoir démissionné, ont créé une entreprise

---

<sup>335</sup> J. Larrieu, « Un an de droit de la concurrence déloyale », *Propr. Ind.*, n° 6, juin, 2009, chon. 5.

<sup>336</sup> CA Aix-en-Provence, 30 oct. 2008, SA NS3E/SA Groupe Altya, n° 2008/375, *JurisData* : 2008-003671.

<sup>337</sup> Arrêt précité.

concurrente en proposant leur service aux clients de l'ex-employeur sous le nom de ce dernier<sup>338</sup>. La jurisprudence récente en la matière montre que le débauchage n'est qu'un élément des indices de la désorganisation, puisque « *C'est la duplicité des protagonistes, davantage que le débauchage, qui entache ces actes de déloyauté et caractérise la faute indispensable à l'action en concurrence déloyale* »<sup>339</sup>. C'est le cas d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles jugeant que : « *Que c'est par des motifs pertinents que les premiers juges ont dit que les cadres commerciaux ont démarché les clients de leur employeur à son insu et non à sa demande et qu'ils l'ont fait avec la participation et au bénéfice d'Emprunte, que les salariés n'ont pu valablement invoquer la dispense de leur clause de non-concurrence après le 19 novembre 2007 pour démarcher la clientèle dans les conditions où ils l'ont fait (démarchage fautif), que les faits de détournement déloyal de clientèle sont établis, que les sociétés Emprunte y ont activement coopéré et en ont bénéficié et ont ainsi engagé leur responsabilité*<sup>340</sup> ».

331. La jurisprudence française sur le dénigrement, ou le fait de discréditer un concurrent, dans le but de détourner sa clientèle est abondante<sup>341</sup>. La sanction de cette faute n'est pas automatique et est conditionnée à une preuve de déloyauté. Cette dernière a été rapportée dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mars 2014<sup>342</sup>. Dans cet arrêt, les faits portaient sur les propos dénigrants postés par un ancien stagiaire sur son site web, où parlant de son ancien formateur, s'y exprimant en ces termes : « *En reprenant une à une les théories que l'on m'avait enseignées, je me suis aperçu qu'elles étaient incomplètes et fausses.* » et « *toutes ces données ne sont pas prises en compte dans l'école qui m'a formé et ce manque de vue holistique est source d'échecs* »<sup>343</sup>. Cette forme de dénigrement présente l'avantage pour le juge ainsi que le demandeur, d'être directe. L'auteur de ces propos ne prend pas la mesure de cacher son jugement derrière une subtilité comme il en est plus fréquemment d'usage. On peut aisément identifier la personne visée et il ne fait pas de doute que les propos visent à dévaloriser la formation octroyée par la victime du dénigrement.

---

<sup>338</sup> Cass. com., 11 mars 2014, n°12-35.107, Sté FFC.

<sup>339</sup> J. Larrieu, « un an de droit de la concurrence déloyale », Prop. Ind., n° 10, oct. 2014, chron. 8.

<sup>340</sup> CA Versailles, 27 mai 2014, n°RG 11/00692, SAS ImmoParagon : JurisData n°2014-012325.

<sup>341</sup> « *Attendu que le dénigrement porte en l'espèce sur une corde extrêmement sensible, dans les rapports entre producteurs et artistes ; à savoir le partage des recettes que génère le talent ; Attendu que NOUS, professionnel averti, ne pouvait ignorer la portée de son dénigrement et donc le mal qu'il pouvait faire à la réputation de YAPUCCA (...) le tribunal dira que NOUS a commis un acte de dénigrement et condamnera NOUS* ».

<sup>342</sup> CA Paris, 28 mars 2014, n° RG12/20296, Sarl Iface c/Michel Y.

<sup>343</sup> Ibid.

332. Le dénigrement doit être distingué de la diffamation qui est un délit basé sur un régime spécial, à savoir l'article 29 de la loi du 29 juillet 1981. La sanction de ce mélange des genres est apparue dans l'arrêt de la Cour d'appel du 2 octobre 2013 qui a rejeté une action en concurrence déloyale pour dénigrement invoquée sous le registre de la diffamation et de l'injure<sup>344</sup>.

## **Sous-section 2 : Le traitement juridique de la concurrence déloyale en droit compare**

333. Le régime de la responsabilité civile délictuelle appliqué à la concurrence déloyale en droit français et sénégalais repose sur les articles 1382 et 1383 du Code civil français ainsi que l'article 118 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales<sup>345</sup>.

334. Selon l'article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Cet article est le fondement du régime du délit civil en droit français. L'article 1382 porte sur la théorie du quasi-délit : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». Cette dernière disposition fait entrer dans les cas de faute délictuelle, celle qui résulte d'une

---

<sup>344</sup> CA Paris, 2 oct. 2013, SARL EDITIONS CRG c/ SARL NPS, n° N° 11/08945, JurisData n° 2013-024459 : « *Considérant cependant que les écrits invoqués par la société NPS au soutien de sa demande en réparation du « dénigrement » de la publication visent essentiellement les dirigeants de la société NPS, la direction de la publication, auxquels sont imputés des faits de collaboration avec les sociétés organisant les circuits d'importation de prothèses asiatiques, tout en faisant croire qu'ils défendent les intérêts du marché français et des professionnels français ; qu'ils mettent en doute la moralité, voire l'honnêteté de certains des responsables par l'imputation de faits précis ( monsieur S. et madame F. sont nommément visés) qui portent atteinte à l'honneur et à la considération de ceux-là ; que certains propos sont injurieux, qu'il s'agisse d'invoquer le négationnisme, la collaboration, ou de laisser entendre que face aux Gentils que sont ceux que défend le magazine Technologie Dentaire, il y a les nazis ; qu'en outre, en visant les responsables de la publication, ces propos ont pour but de mettre également en cause le professionnalisme, le sérieux, la sincérité et l'honnêteté intellectuelle de la société NPS directement concurrente de la société Editions CRG, dont le but véritable serait de tromper les lecteurs potentiels, de « porter des coups bas » ; que d'ailleurs même si elle estime que ces éléments constituent des faits de dénigrement de la publication Laboscope, la société NPS ne peut s'empêcher de reconnaître que les articles publiés ont « emprunté au registre de la diffamation et de l'injure (...)» Considérant en définitive que l'action engagée par la société NPS relève des dispositions de la loi sur la presse du 21 juillet 1881 et ne peut être engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ».*

<sup>345</sup> R. Savatier, « Règles générales de la responsabilité civile », Rev. Crit. Legisl. et jurisp., 1934, p. 409 et s., n° 76 ; J.-P. Tosi, Le droit des obligations au Sénégal, p. 191 et s. ; M. Germain, « Le Code civil et le droit commercial », in Y. Lequette, Le Code civil un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 639.

simple négligence ou imprudence. Le droit sénégalais dispose en ce sens également qu' : « *Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui* ».

335. Chacune de ces dispositions en droit comparé ne fait aucune référence à la notion d'intention dans ces définitions. cela reflète parfaitement cette spécificité du droit civil délictuel par rapport au droit pénal. Son application au droit de la concurrence déloyale fait aussi que cette dernière ne nécessite pas l'existence d'un élément moral pour son appréciation. L'action en justice basée sur ce régime de la responsabilité civile délictuelle suppose en droit comparé l'existence de trois conditions que sont la faute, le préjudice et le lien de causalité.

## **Paragraphe 1) De la condition de l'existence d'une faute en droit de la responsabilité civile délictuelle.**

### **I) La définition de la faute**

336. Définie en droit civil comme « *l'attitude d'une personne qui par négligence, imprudence ou malveillance ne respecte pas ses engagements ou son devoir de ne pas causer de dommage à autrui* »<sup>346</sup>, la notion de faute dans le droit français est aussi vieille que le droit romain. Sa définition n'est pas fournie par la législation française, mais la doctrine ainsi que la jurisprudence se sont souvent essayées à ce jeu<sup>347</sup>.

337. On trouve cependant en droit sénégalais, une définition textuelle de la faute, notamment à l'article 119 du Code des obligations civiles et commerciales, elle s'articule comme suit : « *La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature que ce soit* ». Cette définition est la seule dont nous disposons car en revanche, la doctrine sénégalaise est inexistante en ce domaine et la jurisprudence ne motive pas assez souvent ses décisions, malgré les rappels à l'ordre de la Cour de cassation sénégalaise<sup>348</sup>, nous ne disposerons pas non plus de définition d'ordre prétorien en ce sens.

---

<sup>346</sup> S. Guinchard (Sous la direction de), Lexique des termes juridiques, op. cit., p. 474.

<sup>347</sup> A. Bénabent, Droit des obligations, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 540 : « *La faute délictuelle est donc une atteinte à l'attitude que l'on peut attendre entre concitoyens normalement conscient et respectueux de l'équilibre qu'exige toute vie en société* ».

<sup>348</sup> Cour de cassation de Dakar, Arrêt n° 73 du 7 Juin 1995, 138 /RG/86, Affaire Cie sénégalaise des Phosphates de Thiès c/ Diallo Abdoulaye.

338. Pour ce qui est du droit français, il n'y a pas de définition textuelle sur la notion de faute. La jurisprudence et la doctrine s'y tentent parfois. Définie par des auteurs tels que Planiol<sup>349</sup> comme une référence à l'illicéité d'un acte. C'est selon certains auteurs<sup>350</sup>, une atteinte à un devoir ou une obligation pré existante. C'est le sens retenu par M. Carbonnier, pour qui « *les actes dommageables accomplis par l'homme avec une volonté capable et libre ne sont (...) des fautes* », qu'accomplis « *contrairement au droit* »<sup>351</sup>. Cette conception est partagée notamment par l'avant-projet Catala, la proposition de loi Bételle portant réforme de la responsabilité civile, le projet de réforme Terré, ainsi que le Code civil avec son article 1382.

339. M. le Tourneau a défini la faute, dans le même sens de M. Serra, et nous partageons leur conception de cette dernière. Selon lui: « *La faute est un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement* »<sup>352</sup>.

340. Nous distinguons à partir de cette définition, différentes sortes de fautes. La faute comme comportement illicite violant un droit, ensuite la faute comme comportement illicite violant un devoir, la faute comme un comportement illicite violant une coutume, et la faute comme un comportement illicite violant un usage. La faute est ainsi en notre sens une notion générale entourant les différentes sortes d'infractions, de délits ou de crimes. Dans le cas qui nous intéresse, on ne s'intéressera qu'au rapport de la faute avec les délits civils délictuels, notamment ceux en rapport avec la concurrence déloyale.

## **II) Le rôle de l'illicite dans la faute**

341. L'illicéité qui semble être le paramètre ou la condition principale de l'existence de la faute<sup>353</sup>, a fait l'objet de vifs débats doctrinaux. Si certains auteurs tels que M. Marty, ainsi que MM. Mazeaud sont réticents à la définition de la faute par la notion de

---

<sup>349</sup> M. Planiol, Traité élémentaire du droit civil, t. II, 11<sup>e</sup> éd., n°863.

<sup>350</sup> G. Marty, Illicéité et responsabilité, Etudes juridiques offertes à L. Juillot de la Morandière, p. 339 et s.

<sup>351</sup> J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, 22<sup>e</sup> édition, PUF janvier 2000; n° 221 ; A. Lecourt, Fiches de droit des obligations, Ellipses 2014, p. 207 : « *les rédacteurs du code civil ont conçu la faute comme le point central de la responsabilité (...). Cette notion est ainsi présente aux articles 1382 et 1383 du code civil (faute intentionnelle et non intentionnelle), mais également aux articles 1384 et 1386 du code civil, s'ils ne mentionnent pas directement la faute, ont toujours été interprétés comme instaurant des présomptions de faute* ».

<sup>352</sup> Ph. le Tourneau (Sous la direction de), Droit de la responsabilité et des contrats 2014/2015, 10<sup>e</sup> édition, Dalloz Avril 2014, n° 18 et s. .

<sup>353</sup> M. Puech, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, thèse Paris, 1973.

l'illicéité, et pour cause, disent-ils, de « *l'impossibilité de définir les devoirs dont la violation serait, dans la conception l'élément fondamental de la faute* » ; d'autres auteurs, en l'occurrence, Mme. Viney et M. Jourdain ne partagent pas cette réticence. Il leur semble couler de sources que la loi qui interdit une conduite se base sur la désobéissance de cette interdiction pour sanctionner cet acte<sup>354</sup>.

342. En notre sens l'illicéité d'un acte, en tant que désobéissance à des règles préétablies, est en effet, le paramètre adéquat pour mesurer l'existence ou non d'une faute. La responsabilité encourue en cas de concurrence déloyale répond parfaitement à ce critère, c'est pourquoi, il nous semble assez logique et pertinent que le régime de la responsabilité civile délictuelle lui soit appliqué<sup>355</sup>.

343. La nécessité d'une imputabilité évoquée par certains auteurs comme M. Carbonnier<sup>356</sup>, M. Savatier<sup>357</sup>, M. Rodière<sup>358</sup>, est le fondement du débat entre ce que l'on appelle les partisans de la conception subjective et ceux de la conception objective de la faute. Cette dernière position est celle de juristes comme MM. Mazeaud, M. Marty ou encore M. le Tourneau, elle revendique, comme on l'a vu plus haut, l'absence de prise en compte de la faculté de discernement de l'auteur de la faute, pour ne s'attacher qu'à l'existence du dommage. La tendance jurisprudentielle et doctrinale récente s'attache à cette conception.

344. Le droit sénégalais prévoit la prise en compte de cette imputabilité de l'auteur de l'acte illicite, il dispose en ce sens, au niveau de l'article 121 du COCC : « *Il n'y a pas de faute si l'auteur de dommage était dans son état naturel dans l'impossibilité d'apprécier son acte* ».

---

<sup>354</sup> G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, 3<sup>e</sup> édition LGDJ, 2006, n° 443 : « *L'illicite est ici entendu en droit français comme un élément constitutif de la faute civile qui peut résulter de l'atteinte à un droit ou du manquement à un devoir ou à une obligation* ». ; A. Bertrand, Droit français de la concurrence déloyale, éd. Cédac, 1998, n° 1.42.

<sup>355</sup> R. Krasser, op. cit, n° 71 et s.

<sup>356</sup> J. Carbonnier, op. cit. .

<sup>357</sup> R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1951, n° 7 et s.

<sup>358</sup> R. Rodière, La responsabilité civile, éd. Rousseau et Compagnie, 1952, p. 39 et s.



## **Paragraphe 2) L'existence d'un préjudice patrimonial ou extrapatrimonial.**

345. Défini comme un dommage matériel ou moral subi par une personne par le fait d'un tiers<sup>359</sup>, le préjudice est l'élément qui détermine le calcul de la réparation lorsqu'une responsabilité civile délictuelle est engagée<sup>360</sup>. Certains auteurs, distinguent, le préjudice patrimonial du préjudice extrapatrimonial. Le préjudice patrimonial désignant la lésion subie sur ses biens matériels, alors que le préjudice extrapatrimonial relèverait plutôt de l'atteinte aux droits liés à la personne de la victime entre autres<sup>361</sup>.

346. Le préjudice se différencie du dommage par le fait qu'il est sa conséquence matérielle ou morale sur la victime ou sur ses biens<sup>362</sup>. Le dommage est donc, l'acte, alors que le préjudice, est la conséquence négative de celui-ci. La distinction entre le préjudice et le dommage est cependant plébiscitée par bon nombre de juristes modernes, tels que M. le Tourneau<sup>363</sup>, M. Cadet<sup>364</sup> ou encore Mme. Rouxel<sup>365</sup>. Des arguments concurrents se sont fait entendre chez certains, car dans son ouvrage portant sur le droit civil, M. Carbonnier les présente comme « *des synonymes* ». Cette position est aussi partiellement partagée par M. Leduc<sup>366</sup>. Il conçoit que la distinction doit être effectuée selon la nature de la faute: « *Si la distinction est systématiquement praticable lorsque le siège de l'atteinte a une existence physique, elle l'est beaucoup moins dans le cas contraire* ».

347. Par ailleurs la place plus ou moins importante que doit tenir le préjudice dans l'action en responsabilité pour faute a fait l'objet d'un tiraillement doctrinal. Pour certains comme Roubier<sup>367</sup> ou Giverdon<sup>368</sup>, la responsabilité civile pour concurrence déloyale, par nature, vise l'arrêt des pratiques déloyales et l'appréciation du préjudice ne rentre en compte que pour le calcul des dommages et intérêts.

---

<sup>359</sup> S. Ginchard, Lexique des termes juridiques, op. cit, p. 800.

<sup>360</sup> Ph. Le Tourneau (Sous la direction de), Droit de la responsabilité et des contrats 2014/2015, op. cit, n° 1322.

<sup>361</sup> J. Carbonnier, op. cit.

<sup>362</sup> R.-J. Pothier, Traité des obligations, Paris, Dalloz, 2011.

<sup>363</sup> Ph. le Tourneau, op. cit., n° 1304.

<sup>364</sup> L. Cadet, Le préjudice d'agrément, th. Poitiers, 1983 ; « Les métamorphoses du préjudice », in journées R. Savatier, PUF 1998, p. 37.

<sup>365</sup> S. Rouxel, Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit privé français, thèse Grenoble II, 1994 ; c'est également la position de A. Bascoulegue, Les Caractères du préjudice réparable, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2014, n° 250 et s.

<sup>366</sup> F. Leduc, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : Point de vue privatiste », Resp. Civ. et assur., Mars 2010, Dossier n°3.

<sup>367</sup> P. Roubier, op.cit,t.2, p. 507.

<sup>368</sup> C. Giverdon, « Nom commercial », RTDC 1953, 862 n°23.

348. Si la responsabilité civile classique conditionne l'existence du dommage à certaines conditions, à savoir son existence actuelle, directe et certaine<sup>369</sup>, le droit de la concurrence déloyale permet certaines dérogations au vue de sa nature, plus particulièrement celle des préjudices commerciaux qu'il encadre.

349. Il semble en effet relever d'une certaine logique, que comme le conçoivent Roubier ou Allart si l'objectif de l'action en concurrence déloyale est l'arrêt des actes portant sur l'infraction, l'action vise aussi la prévention du préjudice, d'où l'intérêt à admettre les préjudices éventuels ou futurs. Un certain nombre d'auteurs vont dans ce sens, Roubier, Allart, Godinot et Pouillet notamment.

350. Dans la même logique, les articles 124 et 125 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales à la différence du Code civil français déterminent les caractères du dommage qui peuvent être « *matériel ou moral* », « *actuel ou futur* » mais doivent rester « *direct et certain* ». En droit français, comme on vient de le voir, c'est plutôt à la jurisprudence et à la doctrine de dégager ces principes. La forme écrite de ces dispositions en droit sénégalais, leur donne plus de force en termes de légitimité juridique devant le juge.

351. Les régimes de la réparation civile français et sénégalais ne présentent pas de différences sur la nécessité d'existence du préjudice, mais aussi sur ses conditions de validité. L'article 1382 du Code civil ainsi que les articles 118, 124 et 125 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales exigent l'existence d'un dommage parmi les conditions de la responsabilité civile délictuelle. Comme nous l'avons précédemment soulevé, en matière de caractère du dommage, l'existence de dispositions écrites en droit sénégalais donne moins de place aux débats doctrinaux et la tendance jurisprudentielle en la matière. Peut-être aussi que ce choix du législateur sénégalais à procéder à cette clarification découle de la quasi-inexistence de publications de spécialistes sur la matière.

352. En France, l'importance donnée au préjudice se justifie par la nécessité de réparation visant le rééquilibrage de la situation modifiée de la victime par le dommage<sup>370</sup>. L'importance de l'analyse du préjudice découle du mouvement d'objectivation de la faute délictuelle depuis le début du siècle. En effet dans un souci de protection des victimes de

---

<sup>369</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, n° 98-13.432, Bull. civ. I, n°277 ; RDT civ. 2001. 370, obs. Jourdain : « *actuel, direct et certain* ».

<sup>370</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 Octobre 1954, Bull. Civ. II, n°328, JCP 1955.324. obs. H. et L. Mazeaud.

dommages professionnels ou autres, la jurisprudence française s'attache de plus en plus à considérer l'existence du préjudice pour pouvoir évaluer l'indemnisation de la victime<sup>371</sup>. C'est en ce sens qu'un auteur disait que le principe n'est plus « *Toute faute appelle réparation mais tout dommage appelle condamnation* »<sup>372</sup>.

353. Selon les critères majoritairement retenus par les auteurs, le préjudice doit être personnel, direct et actuel<sup>373</sup>. Ces exigences portent notamment sur la nécessité d'un préjudice sérieux (actuel ou futur), directement lié à l'intérêt du demandeur et à sa personne. C'est le juge qui va apprécier en pratique, si les conditions d'existence du préjudice sont remplies ou non<sup>374</sup>.

354. En droit sénégalais, la difficulté d'accès à la jurisprudence et l'absence de la motivation des juges sur les décisions judiciaires actuellement accessibles, ainsi que l'absence d'articles doctrinaux sur la question du préjudice ne nous permettent pas pour le moment de connaître la position exacte de la jurisprudence ainsi que celle de la doctrine portant sur la causalité.

### **Paragraphe 3) L'exigence d'un lien de causalité**

355. Il n'existe pas de définition juridique du lien de causalité en droit français, que ça soit au niveau des textes ou de la jurisprudence. La doctrine a très tôt été réticente à un tel projet<sup>375</sup>. Au sens où nous l'entendons, il s'agit du rapport existant entre le préjudice et le fait générateur.

356. En droit de la concurrence déloyale cela peut présenter une certaine difficulté, d'autant plus que très souvent les tribunaux semblent présumer le préjudice de l'existence de la faute<sup>376</sup>. Cela dénote un certain laxisme des juges sur le respect des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle. Ces derniers utilisent souvent la formule suivante : « *trouble commercial constitutif de préjudice, fût-il*

---

<sup>371</sup> Savatier R., Traité de la responsabilité civile en droit français, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1951, n° 455.

<sup>372</sup> Ph. Le Tourneau (Sous la direction de), op. cit. , n°1304.

<sup>373</sup> L. Cadiet, Les métamorphoses du préjudice, éditions PUF, 1997, p. 50 et s.

<sup>374</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 Juillet 1987, n° 85-15.193, Bull. Civ. II, n° 150.

<sup>375</sup> G. Ripert, note, Dalloz; 1945, p. 237 ; L. et H. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6<sup>e</sup> éd., Monchrestien, Paris 1970, n°1673 ; B. Starck, Droit civil, Obligations, 1<sup>re</sup> éd., 1972, n° 747 : « *sur ce point, tout essai de raisonnement scientifique s'avère inefficace* ».

<sup>376</sup> T. com. Paris, 28 déc. 2012, n° 2012-035367, RG. n° 21012006066, le juge s'est en l'occurrence basé sur une simple baisse important du chiffre d'affaires pour fixer un préjudice de 150 000 euros ; Cass. com. 3 juin 2003, n° 01-15-145 : « *il découlerait nécessairement des actes déloyaux constatés par la Cour d'appel, l'existence d'un préjudice fut-il moral* ».; G. Viney, P. Jourdain, op. cit. , n°333 et s.

*moral* »<sup>377</sup>. La jurisprudence française semble être constante à cet égard<sup>378</sup>. La Cour suprême sénégalaise a rappelé ce principe dans une affaire concernant une concurrence déloyale par confusion<sup>379</sup>. La Cour ayant relevé que la Cour d'appel a retenu la faute mais rejeté la demande de dommages et intérêts, juge que : « *la faute suppose l'existence d'un préjudice* »<sup>380</sup>.

357. La majeure partie de la doctrine française estime que la causalité doit être certaine et directe. La réalité de l'existence du lien de causalité doit être caractérisée, sa preuve<sup>381</sup> est indépendante de celle de la faute<sup>382</sup>. Cette exigence du lien de causalité a d'ailleurs fait dire à M. le Tourneau qu' : « *Il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice, il lui faut encore prouver l'existence du lien direct<sup>383</sup> de cause à effet entre cette faute et le préjudice* »<sup>384</sup>. Cette exigence de la preuve de la causalité entre les faits de concurrence déloyale et le préjudice subi a été largement soutenue par la jurisprudence au fil des années<sup>385</sup>. La Cour de cassation vérifie l'effectivité de cet élément dans les actions en concurrence déloyale<sup>386</sup>

358. En matière de concurrence déloyale plus particulièrement, le juge français adopte différentes positions. Dans un premier cas de figure, le lien de causalité est présumé dès l'instant que les actes de l'infraction sont établis, c'est-à-dire qu'ici, la causalité découle du fait générateur. C'est ainsi qu'il a été jugé qu' « *un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, générateur d'un trouble*

---

<sup>377</sup> Cass. Com., 27 mai 2008, n°07-14.422 : Jurisdata n° 2008-044169 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ. 1<sup>er</sup> juil. 2003, n° 01-13.052 : Jurisdata n° 2003-019892 ; Cass. Com. 11 janv. 2000, n° 97.-21.166 : « Le comportement fautif (...) constitutif de concurrence déloyale, et donc générateur d'un trouble commercial ».

<sup>378</sup> T. com. Paris, 28 déc. 2012, n° 2012-035367, le juge s'est en l'occurrence basé sur une simple baisse important du chiffre d'affaires pour fixer un préjudice de 150 000 euros ; Cass. com. 3 juin 2003, RG n° 01-15-145 : « *il découlerait nécessairement des actes déloyaux constatés par la Cour d'appel, l'existence d'un préjudice fut-il moral* ».

<sup>379</sup> Cour suprême de Dakar, arrêt n° 83 du 17 Avril 1996, pourvoi formé contre l'arrêt n° 1056 de la Cour d'appel de Dakar du 1<sup>er</sup> décembre 1989.

<sup>380</sup> Ibid.

<sup>381</sup> Civ. 14 Mars 1892, DP 1892.1.523; Civ. 6 Janvier 1945, Dalloz, 1945. 117, note A. Tunc; Civ. 1<sup>ère</sup> 14 Déc. 1965, JCP 1966.14753, note R. Savatier.

<sup>382</sup> Cass. Com. 30 Janvier 2001, Dalloz, 2001, jur. , p. 29, note Etnier ; JCP éd. G, 2001, I, 340, p. 1494, obs. Viney ; Cass. Com. 16 Janvier 2001, Contrats concu. Conso., 2001, n° 59, obs. Malaurie-Vignal.

<sup>383</sup> L'article 1151 exige un préjudice dans le cadre de la responsabilité contractuelle mais la jurisprudence prend l'habitude de suivre le même principe en matière délictuelle.

<sup>384</sup> Ph le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.

<sup>385</sup> Civ. 6 Janvier 1945, Dalloz, 1945. 117, note A. Tunc ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 Déc. 1965, JCP 1966.14753, note R. Savatier ; Civ. 2<sup>e</sup> 4 Mars 1981, n° 88-18.310, Bull. Civ. n° 49 ; Civ. 2<sup>e</sup> 15 Nov. 1989, n° 88-18.310, Bull. civ. II, n° 206 ; Besançon, 27 Oct. 1999, JCP E 2000. pan. 918 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juil. 2001, n° 99-21.314, Bull. civ. III, n° 90; JCP E 2001.Pan. 1551.

<sup>386</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 11 Février 1998, n° 96-10.257, Bull. Civ. III, n° 34, Lang ; Dalloz, 1999. 529, note S. Beaugendre ; JCP 1998. I. 171, n° 6 obs. H. Périnet-Marquet.

*commercial* »<sup>387</sup>. Les exemples de ce type de jurisprudence ne manquent pas, que ce soit en droit de la concurrence déloyale ou dans d'autres procès en responsabilité délictuelle basés sur le régime de la responsabilité civile<sup>388</sup>.

359. La procédure d'appréciation de cette présomption repose sur une certaine démarche du juge consistant à s'appuyer : « *sur les circonstances de la cause pour admettre, en l'espèce, la preuve du lien de causalité, à savoir d'abord la concomitance entre le vaccin et l'apparition de la maladie, ensuite l'absence de tout autre facteur permettant de penser que la personne vaccinée était déjà malade lors des injections, enfin en l'absence de tout autre cause de déclenchement de la maladie* »<sup>389</sup>.

360. En droit sénégalais on retrouve cette tendance au niveau de la législation. L'article 125 du COCC qui exige un dommage direct, alors que l'article 127 du même Code confirme que ce caractère direct du dommage, par rapport au préjudice, ne pourra être retenu que s' « *il découle de la faute, sans qu'aucun fait postérieur n'est concouru à sa réalisation* ». Cet exigence montre bien la position dérisoire de l'exigence de la preuve d'un lien de causalité en droit sénégalais. Ces dispositions vont dans le même sens que la jurisprudence française, comme relevé plus haut.

361. Il apparaît dès lors qu'en droit sénégalais et en droit français de la responsabilité civile, ce sont les mêmes exigences en matière de condition de mise œuvre de l'action en concurrence déloyale. Le traitement de l'infraction de la concurrence déloyale par le régime de la responsabilité civile est pertinent car le droit de la responsabilité civile délictuelle fait office de régime commun dans les cas où la loi ne prévoit pas un régime spécifique.

---

<sup>387</sup> Cass. Com. 2 déc. 2008, n° 07-193.861 : Jurisdata n° 2008-04612.

<sup>388</sup> P. Jourdain, « Responsabilité délictuelle et Responsabilité contractuelle », RTD civ. juil.-sept. 2001, 596 : A propos de la présomption de causalité, « *elle n'est qu'une présomption de fait et ne vaut que lorsque les circonstances rendent assez vraisemblables le lien de causalité entre inexécution et dommage* ».

<sup>389</sup> P. Jourdain, art précité.

## Conclusion du Chapitre

362. Bien que le droit français et le droit sénégalais présentent des sources juridiques distinctes, nous observons une grande similarité de leurs dispositifs concernant le contenu des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale. L'Accord de Bangui plus récent est beaucoup plus souple dans la définition des infractions de contrefaçon, c'est ainsi que le nom commercial est élue au rang des créations protégées par le droit de la propriété intellectuelle.

363. En matière de concurrence déloyale la définition de la faute ne présente pas de différence en droit comparé, cela pourrait s'expliquer par le fait que l'OAPI a signé la Convention d'Union de Paris dont la France est également membre depuis 1883. Par ailleurs l'Accord OAPI a été révisé en 1999 dans le sens de sa mise en conformité avec l'Accord ADPIC dont la France est également signataire. En outre le droit sénégalais présente une originalité en matière de concurrence déloyale. C'est la consécration légale d'une telle infraction par l'OAPI dans l'annexe 8 de l'Accord de Bangui. Le droit français peine toujours à franchir le pas en ce sens, malgré une forte proposition doctrinale. Les fautes de concurrence déloyale sont ainsi clairement identifiées par le texte en droit OAPI alors qu'elles sont encore laissées à l'appréciation du juge en droit français.

364. Au-delà de ces quelques divergences en droit comparé, le terme contrefaçon reste polymorphe dans les deux systèmes. Il repose sur le concept commun de la violation du monopole d'exploitation du titulaire d'une création ou d'une invention. Il apparait une diversité des fautes de la contrefaçon au niveau de la forme que peut revêtir l'infraction. Il en va de même pour ce qui concerne le droit intellectuel qui en fait l'objet. Il serait préférable que les législateurs français et OAPI réfléchissent à un moyen d'éviter cette confusion en procédant à une clarification terminologique de la définition du concept de l'infraction.

365. Au niveau de la concurrence déloyale, l'imprécision du domaine de l'infraction au sein des délits civils du droit des affaires est également une réalité. Elle découle d'un manque de pertinence de la terminologie de l'infraction, ainsi que l'application du régime juridique envahissant du droit de la responsabilité civile.



# **TITRE SECOND : LE CADRE ANNEXE A**

## **LA CONTREFAÇON ET A LA**

### **CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT**

#### **COMPARE**

366. Les droits comparés de la contrefaçon et de la concurrence déloyale s'avèrent complexes au regard de certains aspects de leurs régimes. Le droit procédural de la contrefaçon connaît des techniques probatoires originales en droit comparé (Chapitre 1), tandis que d'un autre côté, la place de la sanction du parasitisme par rapport au deux infractions fait intervenir une problématique inédite dans le contentieux de la protection des droits intellectuels (Chapitre 2)





# **Chapitre premier : Les procédures accessoires à l'action en contrefaçon en droit comparé**

367. Le régime de l'action en contrefaçon se démarque essentiellement de l'action civile en concurrence déloyale par son cadre procédural. Il s'agit des procédures probatoires et préparatoires à la mise en œuvre de cette action judiciaire. La concurrence déloyale répond aux conditions de mise en œuvre de l'action civile de droit commun, alors que l'action en contrefaçon est souvent précédée par la procédure de retenue douanière ou celle de la saisie-contrefaçon.

# **Section 1 : Le droit procédural de l'intervention douanière en matière de contrefaçon en droit comparé**

368. Le droit douanier est essentiellement matérialiste au sens où il ne s'adresse qu'au sort des marchandises traversant la frontière des territoires concernées<sup>390</sup>. Son intervention en droit de la contrefaçon prend appui dans le cadre général de son rôle de lutte contre la fraude commerciale<sup>391</sup>.

369. En France depuis la création de la communauté douanière européenne, ce droit dépend aussi bien d'une réglementation communautaire que nationale,<sup>392</sup> il en est de même du Sénégal (Sous-section 1). Les règles françaises et sénégalaises en matière de lutte douanière se matérialisent dans un cadre procédural spécifique (Sous-section 2).

---

<sup>390</sup> C. J. Berr, Introduction au droit douanier, Dalloz, 1997, p.13 : « *La première caractéristique du droit douanier est de régir des mouvements de marchandises et exclusivement de marchandises* », *Economica* 2008, n° 952 et s. en matière de saisie douanière : « *La procédure de saisie fut longtemps la seule connue de la Douane. De son résultat dépendait la possibilité d'une poursuite, en vertu du principe « pas de procès-verbal, pas d'action » ; n° 954 pour ce qui concerne le droit commun de la retenue douanière : Ce dernier est ainsi fondé selon l'auteur dans le cadre du régime prévu à l'article 323 alinéa 2 du Code de la Douane française. La loi du 31 décembre 1992 parle à cet effet de « droit de consignation ; Cass. crim. 16 oct. 1997, Bull. crim. N° 348, p. 1127.*

<sup>391</sup> M. Diame, « *Douanes sénégalaises et lutte contre la contrefaçon, le piratage, et la concurrence déloyale* », <http://slideplayer.fr/slide/4249782/>, consulté le 29 mai 2015 : « *la contrefaçon peut être assimilée à une catégorie particulière de fraude commerciale; cela est d'autant plus vrai qu'on retrouve dans la liste des pratiques les plus courantes en matière de fraude commerciale, figurant dans le document 36.623 de l'OMD, les marchandises contrefaites/ piratées* ».

<sup>392</sup> C. J. Beer et H. Tremeau, *Le droit douanier communautaire et national*, 7<sup>e</sup> édition, *Economica* 2006.

## **Sous-section 1 : Les textes applicables en droit comparé de la procédure douanière de lutte contre la contrefaçon**

370. Les législateurs français et sénégalais ont prévu une possibilité d'intervention du droit douanier dans la lutte contre la contrefaçon<sup>393</sup>. Cet état de fait résulte d'une certaine prise de conscience sur la position stratégique que cette institution représente pour participer à l'éradication des importations ou exportations de marchandises contrefaisantes<sup>394</sup>. Le droit français a été le premier à avoir consacré le délit douanier de la contrefaçon, suivi depuis par le droit sénégalais. L'intervention de la Douane est organisée autour de deux méthodes que sont les pratiques de saisie et de retenue douanière.

371. Les rapports entre les droits français et européen de la Douane sont plus vivants, car étant faits d'influences réciproques. Il existe dès lors une coexistence de deux ordres juridiques dans les deux systèmes juridiques considérés. En droit interne sénégalais, le droit communautaire UEMOA ne s'immisce pas autant que celui de l'Union européenne en termes de dispositions expresses et complètes, dans le contentieux douanier de la contrefaçon.

### **Paragraphe 1) Le droit douanier communautaire de la lutte contre la contrefaçon en droit comparé**

372. **Le droit européen entourant la lutte douanière contre la contrefaçon.** La législation européenne orientant le droit français de la retenue en douane s'est d'abord manifestée par le règlement (CEE) du conseil n° 3842/86 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 fixant les mesures d'interdiction de la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon de

---

<sup>393</sup> En France la loi Longuet n° 92-102 du 5 février 1992, ainsi que la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 ont posé les bases du régime actuel de la contrefaçon douanière. La loi Longuet a à l'époque étendu aux droits des dessins et modèles, droit d'auteur et droits voisins, les dispositions uniquement admises jusque-là, qu'en droit des marques. Les articles 4 et 6 de la loi insèrent dans le Code de la propriété intellectuelle, les articles L. 335-10 et L. 521-7. Par ailleurs c'est l'article 9 de cette même loi Longuet qui élève l'importation ou l'exportation de marchandises portant une marque contrefaite au rang de délit douanier, J. Azéma, « De l'incidence du droit douanier sur la propriété industrielle », in Mélanges J. Schmidt-Szalewski, op. cit., p.17 et s.

<sup>394</sup> J. Sigrist, J.-Cl. Marques-Dessins et modèles, Fasc. 7530 :« Rôle des douanes en matière de contrefaçon », 1<sup>er</sup> juin 2015, n°60 et s.

marque<sup>395</sup>. Ce règlement portait uniquement sur les marques<sup>396</sup>. Son premier considérant est formulé comme suit : « *considérant que la commercialisation de marchandises portant indûment des marques de fabrique ou de commerce, ci-après dénommées « marchandises de contrefaçon », porte un préjudice considérable aux fabricants et négociants respectueux des lois et trompe les consommateurs; qu'il convient d'empêcher dans toute la mesure du possible la mise sur le marché de la Communauté de telles marchandises et d'adopter à cette fin des mesures permettant de faire face efficacement à cette activité illégale sans pour autant entraver la liberté du commerce légitime; que cet objectif rejoint d'ailleurs les efforts entrepris dans le même sens au plan international »*. Cette directive fit l'objet d'un décret d'application en droit français, il s'agit du décret n° 87-1171 du 24 décembre 1987<sup>397</sup>. Ce règlement posait un problème car à cause du maintien par la Douane du secret professionnel, la mise en œuvre de l'action en justice présentait la difficulté consistant à l'opacité de l'identité du défendeur pour le titulaire de l'action en contrefaçon<sup>398</sup>.

373. Ce texte sera suivi dans un sens d'élargissement à certains droits de la propriété intellectuelle. Il s'agit du Règlement (CE) 3295/ 94 du conseil du 22 décembre 1994 fixant des mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique, l'exportation, la réexportation et le placement sous un régime suspensif des marchandises de contrefaçon et des marchandises pirates. Ce texte procède avant tout d'un élargissement du concept de retenue en douane aux marchandises pirates. Il a été procédé à la mise en place d'autres nouveautés, comme l'application de la mesure aux marchandises en exportation et en transit, la retenue douanière sans demande préalable, ainsi que la levée du secret professionnel. Ce texte a été complété par un règlement d'application par la commission européenne n° 1367/95 du 16 juin 1995. Ce règlement va protéger par ailleurs les

---

<sup>395</sup> CJCE 28 mai 1998, Aff. : C-3/97 : « *Si les transactions sur les produits de contrefaçon enfreignent les droits de la propriété intellectuelle, la prohibition qui s'ensuit, d'une part, n'est pas liée à la nature ou aux caractéristiques essentielles de ces produits, mais à l'atteinte qui est portée aux droits des tiers et, d'autre part, revêt un caractère conditionnel et non pas un caractère absolu* », cité par J. Pannier, op. cit. p. 137.

<sup>396</sup> CA Paris, 7 avr. 2006, n° 04/20906, RG n° 199909617 : « *en effet, le règlement communautaire CEE n° 3842/86 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 prévoit les conditions dans lesquelles le titulaire d'une marque peut obtenir des autorités douanières que des marchandises constituant selon lui une contrefaçon soient retenues en douane, pendant un délai de dix jours, pour lui permettre d'obtenir de la justice des mesures conservatoires et, qu'en l'espèce, ce délai n'a pas été respecté ; que les notifications de retenues en douane ont été effectuées le 29 mars 1999, que le délai de dix jours a donc couru à compter du 30 mars 1999 et que l'autorisation de procéder à la saisie n'a été donnée que le 12 avril 1999 »*.

<sup>397</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006065825&dateTexte=>, consulté le 05 janvier 2015.

<sup>398</sup> Les dispositions du droit français de la douane portent désormais la possibilité de la levée de cette interdiction en faveur du titulaire des droits intellectuels.

marchandises portant sur le droit des dessins et modèles par le biais de la double protection de ce dernier par le droit d'auteur.

374. Ce règlement a été modifié par le règlement n° 241/1999 du 25 janvier 1999 modifiant le règlement 3295/94 qui fixent des mesures d'interdiction de la mise en libre pratique, l'exportation, la réexportation et le placement sous un régime suspensif des marchandises de contrefaçon et des marchandises pirates. Ce texte, comme son titre le suggère élargi le cadre d'intervention des autorités douanières aux marchandises en transit et ajoute aux droits pouvant faire l'objet d'une retenue, les brevets et les certificats complémentaires de protection pour les médicaments aux droits pouvant faire l'objet d'une retenue<sup>399</sup>. Il permet au titulaire des droits d'agir même avant la présentation des marchandises aux services douaniers car il concerne les marchandises en zone franche ou en entrepôt.

375. Le règlement 1383/2003 du 22 juillet 2003 du Conseil du 22 juillet 2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle, va abroger le règlement CE 3295/94 précité. Ce texte vise entre autres dispositions, l'extension de la procédure douanière de retenue aux appellations d'origine, aux indications géographiques, et aux dénominations géographiques, il vise aussi le droit d'information au titulaire des droits ainsi que la fourniture d'échantillons pour analyse.

376. Ce texte fait également l'objet du règlement d'application n°1891/2004 du 21 Octobre 2004. Ce dernier sera modifié par le règlement 1172/2007 de la commission du 5 Octobre 2007, modifiant le règlement (CE) n° 1891/2004 arrêtant les dispositions d'application du règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle. Le règlement de 2007 n'a pratiquement pas modifié le fond du droit de la retenue en Douane. Il s'est limité à notifier l'entrée dans l'Union de la Bulgarie et de la Roumanie ainsi qu'une modification du

---

<sup>399</sup> Cass. crim., 26 avril 1990, Bull. crim. n° 160: « *Le délit de contrefaçon prévu par les articles 425 et 426 du Code penal est constitué lorsque l'atteinte portée aux droits du propriétaire d'une marquee ou d'un modèle est commise, même par la seule circulation de la marchandise contrefaisante, fût-ce sous le régime du transit qui ne modifie ni ne restreint les principes régissant la protection de ces droits* », cité par J. Pannier, Recueil de jurisprudence douanière (1990-2010), Economica, 2010, p. 136.

formulaire d'intervention de la Douane. C'est le règlement (UE) 608/2013 qui apporte une véritable nouveauté en innovant le cadre d'action du règlement 1383/2003<sup>400</sup>.

377. En matière de droit communautaire, le Sénégal est membre de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) dont la réglementation en matière douanière est une annexe du règlement n° 09/2001/CM/UEMOA. Ce code communautaire des douanes de l'UEMOA porte la loi des pays membres en matière douanière pour les dispositions qu'il prévoit car les règlements s'appliquent directement dans les pays membres tel que le Sénégal. L'article 21 du Code UEMOA prévoit la protection des marchandises d'origine communautaire concernant l'importation illicite de signes distinctifs ou d'indication géographique. C'est ainsi qu'il dispose que : « *Sont prohibés à l'importation, exclus de l'entrepôt et du transit, tous produits étrangers, naturels ou ouvrés, portant soit sur eux-mêmes, soit sur des emballages, notamment caisses, ballots, enveloppes, bandes ou étiquettes, une marque de fabrique ou de commerce, un nom, un signe ou une indication quelconque de nature à faire croire qu'ils ont été fabriqués dans un État membre de l'Union ou qu'ils sont d'origine communautaire* ».

378. Quant à l'article 23 du même Code, il porte en partie sur les prohibitions visant la protection de la propriété intellectuelle. Il consacre les prohibitions d'importations ou d'exportations de marchandises portant sur la protection de la propriété intellectuelle.

379. Le droit français et sénégalais, en matière de lutte douanière contre la contrefaçon, ont en commun d'être encadrés dans des règles communautaires posant par règlement et code douanier interposés, des règles applicables en matière de protection de la propriété intellectuelle par le régime douanier. Le droit douanier européen est plus dense et plus ancien, alors que le droit communautaire de l'UEMOA est sur une bonne tendance concernant d'une part la réglementation douanière pour la protection de la propriété intellectuelle, et d'autre part l'incitation des Etats membres pour approfondir, compléter cette réglementation par la mise en place de lois en la matière.

## **Paragraphe 2) Les textes de droit national en droit comparé**

380. La loi n° 94-102 du 5 février 1994 qui anticipe la réglementation communautaire en étendant la procédure de retenue nationale au droit d'auteur et droit

---

<sup>400</sup> N. Binctin, « *Le nouveau règlement européen de défense des droits de la propriété intellectuelle par saisie douanière* », Propr. Indust., n° 1, janv. 2014, étude 2.

voisin, créant l'article L. 335-10 du CPI, mais aussi au droit du dessin et modèle par l'article L. 521-7 du même Code.

381. La réglementation française en matière de retenue en douane de marque communautaire est mise en place par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 Juillet 2001 portant adaptation en droit communautaire du Code de la propriété intellectuelle et du Code des postes et des télécommunications. Elle a étendu la protection de la retenue en douane aux marques communautaires avec l'article L. 717-2 du CPI.

382. La loi n° 358/2004 du 9 juin 2004 portant promulgation du texte intégral de la loi n° 191/1999 du 29 juillet 1999 relative aux mesures concernant l'entrée, l'exportation et la réexportation de marchandises qui portent atteinte à certains droits de propriété intellectuelle, et modifiant d'autres lois, tel qu'il résulte des modifications apportées par la loi n° 121/2000, la loi n° 260/2002 et la loi n° 255/2004 du 13 avril 2004.

383. L'article n° 84 de la loi n° 2003-706 du 1er Aout 2003 retranscrit en droit interne une jurisprudence européenne instaurant l'exception de retenue pour « *les marchandises de statut communautaire, légalement fabriquées ou mises en libre pratique dans un Etat membre de la communauté européenne et destinées, après avoir emprunté le territoire douanier tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> du code des douanes, à être mises sur le marché d'un autre Etat membre de la communauté européenne, pour y être légalement commercialisées* »<sup>401</sup>. Cette disposition a été retranscrite dans les articles L. 335-10, L. 521-7, L. 716-8 du CPI.

384. Sous l'impulsion de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007, la jurisprudence française a retranscrit une décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne ayant décidé que : Ne pouvaient être soumise à la retenue en douane, que : « *les marchandises de statut communautaire, légalement fabriquées ou légalement mises en libre pratique dans un autre Etat membre de la communauté européenne, dans lequel elles ont été placées sous le régime du transit et qui sont destinées, après avoir transité sur le territoire douanier tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> du code des douanes, à être exportées vers un Etat non membre de la communauté européenne* »<sup>402</sup>. Cette disposition sera ajoutée aux articles L. 521-14 et L. 716-8 du CPI.

---

<sup>401</sup> CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-23/99, Dalloz, 2000. AJ 440.

<sup>402</sup> CJCE, 23 octobre 2003, n°C-115/02, RTD eur. 2004. 133, note Bonet.



385. La loi de 2007 dont le décret d'application n° 2008-625 du 27 juin 2008 porte sur la modification du Code de la propriété intellectuelle a instauré la retenue en douane sans demande préalable du titulaire du droit. Les articles L. 521-15 et L. 716-8-1 du CPI. ont ainsi été créés en ce sens.

386. La loi n° 2014/315 du 11 mars 2014 est venue compléter les lacunes et insuffisances de la loi de 2007, en procédant comme son intitulé l'indique au renforcement de la lutte contre la contrefaçon. Cette loi a étendu la retenue sans saisie préalable à tous les droits de propriété intellectuelle qui sont par la même occasion tous soumis à la retenue en douane, à l'exception du certificat d'utilité ou encore de la topographie de produits semi-conducteur<sup>403</sup>. Cette loi a aussi pour but de renforcer les procédures de saisie douanière notamment en modifiant les articles 67 bis du Code des douanes portant sur la procédure d'infiltration notamment.

387. En droit interne sénégalais, c'est la loi n° 87/47 du 28 décembre 1983, qui avait mis en place, conformément à l'actuel article 21 du Code UEMOA des douanes, une protection uniquement en faveur des marchandises d'origine sénégalaise. Cette disposition encadrée jusqu'en 2014 par l'article 19, est aujourd'hui transposée à l'article 22 de la nouvelle loi 2014-10 portant Code sénégalais des douanes. Dans cet article l'interdiction s'applique aussi bien à l'importation de marchandises portant atteinte au droit de la marque, qu'aux autres signes distinctifs, ainsi qu'à l'indication géographique.

388. Cet article va être complété par l'article 23 du Code sénégalais des douanes. En effet, il va étendre cette protection en matière de marque. Il prohibe ainsi l'importation, l'exportation et la réexportation des produits contrefaisants une marque de fabrique, même si elles sont placées sous un régime temporaire.

389. L'article 390 de la même loi porte en droit sénégalais la création du délit douanier de contrefaçon. Cette disposition phare de la loi, apporte une mesure longtemps attendue en droit sénégalais<sup>404</sup>. Le décret d'application de la loi n'est pas encore publié au Sénégal. La pénalisation de la contrefaçon au Sénégal permettra désormais à la Douane de pouvoir saisir les produits contrefaisants sur la base du régime des délits douaniers de la classe 1. Cette mesure longtemps attendu hisse le droit douanier sénégalais au niveau du

---

<sup>403</sup> La demande d'intervention dure 1 an, mais il a été relevé que la Douane présente actuellement en moyenne, un retard de 4 mois et demi en termes de réactivité : Ph. Van Eeckout, « *Découverte et preuve de la contrefaçon* », in, Colloque « *Petites histoires de contrefaçon* », du 28/11/2014, Université Toulouse 1 Capitole, organisé par EPITOU.

<sup>404</sup> M. Faye, *Droit douanier sénégalais*, L'Harmattan, 2015.

droit français qui a déjà consacré le délit douanier de la contrefaçon au niveau de l'article 414 du Code français des douanes<sup>405</sup>.

390. Le droit sénégalais parle cependant uniquement de « *confiscation* », ce qui nous permet de déduire que cela correspond en droit français à la fois aux procédures de retenue et de saisie. L'article 390 du Code des douanes qui prévoit cette mesure est consacré à la sanction douanière des marchandises contrefaisantes<sup>406</sup>.

391. Le fait que la retenue en Douane ne soit pas actuellement expressément prévue par le droit sénégalais, en matière de contrefaçon, constitue une lacune qui, en notre sens, devrait être comblée par le législateur sénégalais. Son importance découle de ce qu'elle constitue la seule procédure qui permet une coopération des services de la Douane avec le titulaire des droits. L'administration de la Douane devrait aider le titulaire à identifier plus rapidement les cas d'atteinte à son droit et pouvoir agir en justice afin d'y remédier<sup>407</sup>. L'existence d'un projet de réforme sénégalais sur la retenue douanière tel que précité nous rassure par ailleurs sur notre vœu<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> « Sont passibles d'un emprisonnement de trois ans, de la confiscation de l'objet de fraude, de la confiscation des moyens de transport, de la confiscation des objets servant à masquer la fraude, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende comprise entre une à deux fois la valeur de l'objet de fraude, tout fait de contrebande ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration lorsque ces infractions se rapportent à des marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées ou fortement taxées au sens du présent code.

La peine d'emprisonnement est portée à une durée maximale de cinq ans et l'amende peut aller jusqu'à trois fois la valeur de l'objet de fraude lorsque les faits de contrebande, d'importation ou d'exportation portent sur des biens à double usage, civil et militaire, dont la circulation est soumise à restriction par la réglementation européenne. La peine d'emprisonnement est portée à une durée de dix ans et l'amende peut aller jusqu'à cinq fois la valeur de l'objet de la fraude soit lorsque les faits de contrebande, d'importation ou d'exportation portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la moralité ou la sécurité publiques, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé des douanes, soit lorsqu'ils sont commis en bande organisée ».

<sup>406</sup> Il existe un projet sénégalais de réforme basé un sur décret, et intitulé comme relatif à « *l'exercice du droit de retenue par l'administration des douanes et à l'organisation du dépôt simplifié* », il date de 2007. Texte fourni par Monsieur Alioune Dione, conseiller technique et inspecteur des Douanes sénégalaises. Son article 4 consacre la possibilité pour les agents de la Douane à procéder à une retenue des marchandises soupçonnées de contrefaçon des droits intellectuels avant toute demande préalable. Les dispositions de ce projet ne sont pas encore officiellement publiées. L'article 1er du décret dispose que : « *Le présent décret détermine les conditions d'intervention des autorités douanières lorsque les marchandises sont soupçonnées d'être des marchandises portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle dans les situations suivantes :*

- a) *quand elles sont déclarées pour l'exportation ou la réexportation ;*
- b) *quand elles sont découvertes à l'occasion d'un contrôle de marchandises introduites sur le territoire douanier ou en sortant, placées sous un régime suspensif, en voie de réexportation moyennant notification ou placées en zone franche ou en entrepôt franc.*

2- *le présent décret détermine également les mesures à prendre par les autorités compétentes lorsqu'il est établi que les marchandises visées au paragraphe 1 portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle* ». Les mesures de retenue prévues peuvent être effectuées avec ou sans demande préalable du titulaire du droit.

<sup>407</sup> Ibid.

<sup>408</sup> Ibid.

392. Le droit UEMOA ne porte pas de dispositions sur le principe de la retenue douanière. Si le projet de décret sénégalais venait à être adopté, cela pourrait être un élément d'incitation déterminant pour le droit douanier UEMOA. Il ne reste donc plus qu'à espérer qu'une telle consécration se fasse afin que les droits douaniers UEMOA et sénégalais soient aussi pertinent et efficaces que ceux de la France et de l'Union européenne.

## **Sous-section 2 : Le régime procédural de l'intervention de la Douane en contrefaçon en droit comparé**

393. Les droits comparés français et sénégalais en matière d'intervention douanière prévoient deux mesures consistant en la retenue douanière ainsi que la saisie douanière<sup>409</sup>. Comme l'indique la terminologie utilisée dans les deux procédures, elles se matérialisent par la rétention par la Douane, des marchandises soupçonnées d'être de la contrefaçon, ou l'appréhension matérielle de ces dernières par la procédure saisie<sup>410</sup>.

394. L'intervention de la Douane est une procédure probatoire qui peut être un préalable à la saisie-contrefaçon ou à l'action en contrefaçon<sup>411</sup>.

### **Paragraphe 1) : Intervention sur demande du titulaire**

395. La retenue est la procédure par laquelle l'administration de la Douane, après demande écrite et justification du droit du titulaire d'un droit intellectuel, procède à une rétention des marchandises soupçonnées de contrefaçon. Cette disposition prévue en droit européen, d'abord en droit des marques, s'est peu à peu élargie à tous les droits de propriété intellectuelle en droit interne<sup>412</sup>.

396. En droit de la marque, l'article L. 716-8 du CPI transposant l'article 27 de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 organise le droit français de la retenue en douane pour les marchandises contrefaisantes en droit de la marque. Cet article comporte des

---

<sup>409</sup>E. Dreyer, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1612 :« Procédures et sanctions », n° 2 et s., 10 septembre 2015.

<sup>410</sup> En droit français, ce sont les textes d'application de la loi dite Longuet qui fixent les modalités d'application des mesures de retenue par les agents de la douane, ainsi que par le titulaire : il s'agit du Décret n° 94-836 du 27 septembre 1994. Dans le même sens mais pour ce qui concerne la demande d'intervention pour la surveillance des droits, l'arrêté du 6 février 1995. Ces textes se sont substitués au décret n° 87/1171 du 24 décembre 1987 relatif à l'application du règlement du conseil des communautés européennes n° 3842/86 du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Ce dernier ne s'applique plus de nos jours.

<sup>411</sup> CA Paris, 2 déc. 2011, PIBD 2012, n° 957, III, 161.

<sup>412</sup> Cass. Com., 11 mars 2014, n° 12-22.241, Dalloz, 2014, p. 717.

exigences sur la procédure mais aussi des informations sur le déroulement de cette procédure.

397. Cet article pose comme première exigence la nécessité d'une demande écrite du titulaire du droit, ainsi que la justification de ses droits. Dans un deuxième temps, il est fait obligation à la Douane d'informer de la mise en place de la retenue le procureur de la république.

398. La troisième exigence liée à cette procédure est le respect d'un délai limite pour actionner l'action civile ou pénale requise pour faire constater l'infraction. Il est de dix jours ou de trois jours pour les denrées périssables, sous peine de main levée de la retenue. Elle consiste pour le demandeur de la retenue à fournir à la Douane un justificatif d'avoir saisi les juridictions civiles ou pénales pour une action en justice visant la confirmation et le cas échéant, la réparation du préjudice de contrefaçon. Ou alors, le demandeur doit justifier de mesures conservatoires autorisées par la juridiction civile compétente.

399. Les deux derniers alinéas consacrent l'exclusion de la possibilité de retenue en douane concernant les marchandises en transit intra-communautaire ou vers un Etat tiers, lorsque ces marchandises ont été légalement fabriquées ou distribuées<sup>413</sup>.

400. Si les premières dispositions de l'article encadrent les conditions de la retenue en Douane pour les marchandises violant un droit de la marque, la dernière partie procède d'une conciliation entre le principe de libre circulation des marchandises et le droit de la marque.

401. En matière de marchandises pirates, les dispositions de l'article L. 335-10 du chapitre V du titre III du livre III, reposant sur l'article 5 de la loi n° 94-102 du 5 Février 1994 ont été abrogées et remplacées par l'article L. 335-10 du chapitre V bis du même titre III du livre III du CPI. Cette nouvelle disposition a été créée par l'article 7 de la loi 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon. D'après ces dernières, il n'y a pas de différence entre le droit de la marque, le droit d'auteur, ainsi que

---

<sup>413</sup> J.-L. Albert, *Douane et droit douanier*, PUF, 2013, p. 140 : « *Le placement de marchandises provenant d'Etat tiers en régime douanier suspensif sur le territoire douanier de l'Union ou avant leur arrivée ne porte pas atteinte de ce seul fait aux droits de propriété intellectuelle alors même que ces marchandises imiteraient, copieraient un droit protégé, l'intervention de l'autorité douanière n'étant alors possible que si celle-ci dispose d'indices selon lesquels l'un ou plusieurs des opérateurs impliqués dans la fabrication, l'expédition ou la distribution des marchandises, tout en ayant pas encore commencé à diriger ces marchandises vers les consommateurs dans l'Union, est sur le point de le faire ou dissimule ses intentions commerciales* ».

les droits voisins, en matière de retenue douanière basée sur la demande du titulaire du droit. L'ancien article L. 335-10 du CPI n'est pas modifié en ce sens. Ainsi l'article L. 335-10 dispose en ces termes : « *En dehors des cas prévus par la réglementation de l'Union européenne, l'administration des douanes peut, sur demande écrite du titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, assortie des justifications de son droit, retenir dans le cadre de ses contrôles les marchandises que celui-ci prétend constituer une contrefaçon* ».

402. En ce qui concerne les conditions de mise en œuvre de la retenue, nous avons encore une fois les mêmes dispositions que l'ancien article et cette disposition est similaire à toutes les dispositions de retenue en douane des autres droits intellectuels. Ces conditions sont formulées selon le nouvel article L. 335-10 CPI, de la manière suivante:

- « *Cette retenue est immédiatement notifiée au demandeur et au détenteur. Le procureur de la république est également informé de ladite mesure par l'administration des douanes. Lors de la notification mentionnée à la première phrase du deuxième alinéa du présent article, la nature et la quantité réelle ou estimée ainsi que les images des marchandises sont communiquées au titulaire du droit d'auteur ou du droit voisin, par dérogation à l'article 59 bis du code des douanes. Ces informations peuvent également, être communiquées, avant la mise en œuvre de la mesure prévue au présent article* ».

- « *Sous réserve des procédures prévues aux articles L. 335-14 et L. 335-15 du présent code, la mesure de retenue est levée de plein droit à défaut pour le demandeur, dans le délai de dix jours ouvrables, ou de trois jours ouvrables pour les denrées périssables, à compter de la notification de la retenue des marchandises, de justifier auprès de l'administration des douanes soit des mesures conservatoires décidées par la juridiction civile compétente, soit de s'être pourvu par la voie civile ou la voie correctionnelle et d'avoir constitué les garanties destinées à l'indemnisation éventuelle du détenteur des marchandises au cas où la contrefaçon ne serait pas ultérieurement reconnue, soit d'avoir déposé une plainte auprès du procureur de la République.(...)* ».

403. L'article prévoit également la dérogation octroyée aux marchandises en transit communautaire et légalement fabriquées ou distribuées sur le territoire de l'Union européenne, mais aussi pour les produits en transit vers un pays tiers, lorsqu'ils sont légalement fabriqués ou mis en vente dans le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne.

404. En droit de la retenue douanière des dessins et modèles, les dispositions de l'article L. 521-14 sont similaires à celles du nouvel article L. 335-10 du CPI sur le droit d'auteur et les droits voisins, ainsi que celles de l'article L. 716-6 du CPI portant sur les marques.

405. En ce qui concerne l'extension de la procédure aux autres droits de propriété intellectuelle, la retenue douanière sur demande du titulaire du droit est actuellement applicable aux marchandises sur la contrefaçon de brevet, de l'obtention végétale ou de l'indication géographique.

406. C'est une nouveauté de la loi française n° 2014-315 de renforcement de la lutte contre la contrefaçon. Elle prévoit désormais à l'article L. 614-32 du CPI, la retenue douanière des marchandises portant sur l'objet du brevet, dans les mêmes termes que les dispositions précitées en matière de marque, de dessin et modèle. Cette procédure est aussi étendue au certificat d'obtention végétale (L. 623-36 CPI) et à l'article L. 722-9 du CPI pour l'indication géographique.

407. L'intervention des douanes peut cependant avoir lieu sans une demande du titulaire du droit. Il n'est pas toujours évident en effet que le titulaire du droit soit informé avant les services de la Douane de l'existence de marchandises contrefaisantes. Les législateurs français et sénégalais ont ainsi prévue une procédure d'intervention de la Douane en toute autonomie pour intercepter les marchandises contrefaisantes.

## **Paragraphe 2) Intervention sans demande préalable du titulaire**

### **I) En matière de retenue en douane**

408. L'article L. 716-8-1 du CPI apporte en matière de marque, la possibilité pour l'administration de la Douane, en l'absence de demande du titulaire des droits, de procéder à la retenue de marchandises soupçonnées de porter atteinte à la marque contrefaite d'autrui.

409. Il convient de préciser à cet égard qu'en matière de transit interne à l'union européenne, la jurisprudence française donne la priorité à la liberté de circulation des marchandises. Il a jugé que : « *Dès lors que des marchandises, légalement fabriquées dans un Etat membre de la communauté européenne sont destinées à être mises sur le marché*

*d'un autre Etat membre, leur simple transit sur le territoire français ne porte pas atteinte aux droits de la propriété intellectuelle du titulaire en France, de droits de modèles et d'auteur sur ces marchandises »<sup>414</sup>.*

410. La première condition est la notification immédiate, par la Douane au titulaire du droit de la mesure. Elle va comporter des informations sur la nature et la quantité réelle des marchandises. La deuxième condition pour que cette retenue soit valable est que le titulaire devra cependant procéder, dans un délai de trois jours à la demande préalablement exigée à la mesure de retenue par l'article L. 716-8 du CPI. Cette condition doit être remplie sous peine de mainlevée d'office de la retenue.

411. La loi n° 2014-315, dans le cadre de son renforcement des moyens d'actions de la Douane française, harmonise les dispositions des différents articles portant sur la retenue en douane des droits de la propriété intellectuelle. Ainsi l'article L. 716-8 du CPI a été modifié et dans le cadre de cette intervention de la Douane, il est prévu que l'information du titulaire de la marque et du procureur de la République va comporter aussi bien la nature et la quantité des marchandises retenues, mais également des images de ces dernières. Ce dernier point est un apport de la loi sur ce point précis de l'intervention, car auparavant une telle modalité n'existait pas. Cette disposition est également prévue par la nouvelle loi, en matière de droit d'auteur, à l'article L. 335-11 du CPI, pour les dessins et modèles, l'article L. 521-15 du CPI qui le prévoit, pareillement pour les brevets par l'article L. 614-33 du CPI, L. 623-37 pour le certificat d'obtention végétale et L. 722-10 pour les indications géographiques.

412. Pour chacun de ces droits intellectuels la disposition le concernant est présentée comme suit : *« En l'absence de demande écrite de la personne (...<sup>415</sup>), et en dehors des cas prévus par la réglementation européenne, l'administration des douanes peut, dans le cadre de ses contrôles, retenir des marchandises susceptibles de porter atteinte à une indication géographique.*

*Cette retenue est immédiatement notifiée (...). Le procureur de la République est également informé de ladite mesure par l'administration des douanes ».*

---

<sup>414</sup> Cass. crim., 21 sept. 2004, Bull. crim. n° 2015; Dalloz, 2004, p. 2856; RTD com. 2005, p. 181, cité par J. Pannier, op. cit., p.140.

<sup>415</sup> Il s'agit ici du titulaire des droits ou du signes en matière de brevets, de certificat d'obtention végétale, de marque, ou dessin et modèle ; pour ce qui est de l'indication géographique, cette personne va correspondre à celle autorisée à utiliser une indication géographique ou de tout organisme de défense des indications géographiques.



*Lors de la notification mentionnée à la première phrase du deuxième alinéa du présent article, la nature et la quantité réelle ou estimée ainsi que des images des marchandises sont communiquées à la personne (...), par dérogation à l'article 59 bis du code des douanes. Ces informations peuvent également être communiquées avant la mise en œuvre de la mesure prévue au présent article.*

413. *La mesure de retenue est levée de plein droit si l'administration des douanes n'a pas reçu de la personne (...) la demande prévue (...<sup>416</sup>), déposée dans un délai de quatre jours ouvrables à compter de la notification de la retenue mentionnée (...). Le présent article n'est pas applicable aux marchandises périssables ».*

414. En droit sénégalais de la contrefaçon, la retenue des marchandises contrefaisantes est actuellement expressément prévue sous l'appellation de « *confiscation* » par l'article 390 du Code de la Douane organisant le délit douanier de la contrefaçon<sup>417</sup>. Cet article précise que cette confiscation peut porter notamment sur l'objet de la fraude, les moyens de transport ou encore, les objets ayant servi à masquer la fraude. La différence ici est que cette confiscation vise le retrait des circuits commerciaux des marchandises litigieuses. Ces dernières seront détruites ou remises au titulaire du droit au sens des dispositions de l'Accord de Bangui.

## **II) En matière de saisie douanière**

415. Le droit douanier en France prévoit un certain nombre de procédés permettant l'appréhension des produits contrefaits et sont de ce fait, à mettre, sous le régime des instruments de lutte judiciaire de la contrefaçon<sup>418</sup>. L'appréhension des marchandises contrefaisantes par la Douane vient de ce que le législateur a permis l'assimilation de ces dernières avec la contrebande<sup>419</sup>.

---

<sup>416</sup> Ce sont en l'occurrence, tous les articles portant sur l'intervention de la Douane après demande préalable de la personne habilitée, selon le droit intellectuel concerné.

<sup>417</sup> Signification proche du sens de la définition du terme « *Confiscation* » donnée par G. Cornu (Sous la direction de), op. cit., p. 231 : « *Acquisition par l'Etat, aux fins d'aliénation à son profit, de tout ou partie du patrimoine d'une personne condamnée* ».; V. définition plus appropriée donnée par R. Cabrillac (Sous la direction de), Dictionnaire du vocabulaire juridique 2014, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2013, 119 : « *Peine par laquelle l'Etat obtient, dans des conditions fixées par la loi, la mainmise sur une ou plusieurs biens de la personne condamnée lorsque ces biens ont servi ou ont été destinés à la commission de l'infraction ou s'ils en sont le produit* ».

<sup>418</sup> H. Matsopoulou, note sous Cass. crim. 5 nov. 2003, Bull. crim. n° 209 ; AJ Pénal 2003, p. 34; Dr. pénal 2004, com. n° 24, obs. J.-H. Robert.

<sup>419</sup> Ainsi le rapport de l'OMD de 2013 sur le commerce illicite fait état d' « *un total de 3.044.750.738 pièces et de 1.023.376 kg de marchandises soupçonnées d'enfreindre les droits de propriété intellectuelle ou de ne*

416. L'article 223 du Code des douanes permet ainsi à « *Ceux qui constatent une infraction douanière* », de « *saisir tous objets passibles de confiscation* ». Cela permet ainsi à la Douane française de procéder, à des saisies de marchandises, portant sur des infractions douanières. C'est le cas des marchandises contrefaites en circulation irrégulière dans le territoire de l'union.

417. Cet article est renforcé par l'article 332 du Code des douanes qui fixe certaines modalités, à savoir que la saisie peut être effectuée par les agents de la douane en dehors de son rayon d'intervention habituelle, et dispose en ce sens que: « *En dehors des rayons (...). Des saisies peuvent également être pratiquées en tous lieux dans le cas de poursuite à vue, d'infraction flagrante, d'infraction à l'article 215 ci-dessus ou de découverte inopinée de marchandises dont l'origine frauduleuse ressort manifestement des déclarations de leur détenteur ou de documents probants trouvés en sa possession* »<sup>420</sup>.

418. Cette procédure consacre la possibilité de saisie opérée par la Douane en tous lieux sur les marchandises contrefaisantes entre autres. En effet l'article 215 du même Code des douanes porte sur l'exigence faite aux détenteurs ou transporteurs de marchandises de contrefaçon, de présenter aux agents des douanes, des justificatifs par rapport à l'importation régulière de ces marchandises dans le territoire douanier de la communauté européenne. Les produits n'ayant pas respecté ces conditions de justification régulière sont dès lors passibles de saisies opérées par les agents de la Douane sur tout le territoire douanier selon les dispositions précitées.

419. Deux procédés permettent à la douane d'effectuer des saisies en dehors des frontières, lieux habituelles de ses d'interventions. Ces procédés sont prévus aux articles 67 bis et 67 bis-1. Ces procédures de saisies applicables sont aux délits douaniers, spécialement ceux entraînant au moins une sanction de deux années d'emprisonnement. Elles concernent le délit de contrefaçon selon l'article 414 du Code français des douanes.

---

*pas respecter des normes nationales* ».

<sup>420</sup> Ibid. « *Pour la recherche et la constatation des infractions douanières, le législateur confie aux agents des douanes certains pouvoirs comparables à ceux des officiers de police judiciaire agissant dans le cadre d'une enquête. A cet égard, l'article 64 du Code des douanes prévoit que les agents des douanes habilités à cet effet par le directeur général des douanes et droits indirects peuvent procéder à des visites en tous lieux, même privés, où des marchandises et documents se rapportant aux délits visés aux articles 414 à 429 et 459 du même code sont susceptibles d'être détenus et procéder à leur saisie. Ces visites ne peuvent être accomplies que sur ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance du lieu de la direction des douanes, la présence d'un officier de police judiciaire étant nécessaire pendant le déroulement des opérations* ».

### **A) La procédure de saisie par infiltration**

420. La procédure d'infiltration est un procédé dérogatoire par laquelle les agents de la Douane, afin de procéder aux saisies de marchandises contrefaisantes, entre autres, sont appelés et autorisés à endosser de fausses identités<sup>421</sup>.

421. L'article 9 de la loi a modifié les deux premiers alinéas de l'article 67 bis, il dispose que : « *Lorsque les investigations le justifient, le procureur de la République peut autoriser qu'il soit procédé, sous son contrôle, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par le présent article afin :*

*De constater les infractions suivantes :*

*-les infractions douanières d'importation, d'exportation ou de détention de substances ou plantes classées comme stupéfiants, de contrebande de trafic manufacturé, d'alcool et spiritueux ;*

*-les infractions mentionnées à l'article 414 lorsqu'elles portent sur des marchandises contrefaisantes ;*

*-les infractions prévues à l'article 415 ;*

*D'identifier les auteurs et complices de ces infractions ainsi que ceux qui y ont participé comme intéressés au sens de l'article 399 ;*

*D'effectuer les saisies prévues par le présent code. »*

422. D'après les dispositions de l'article, la saisie des marchandises de contrefaçon sous infiltration n'est pas automatique et la Douane ne doit s'en servir qu'en cas de nécessité. Cette condition est compréhensible dans la mesure où infiltrer, c'est d'abord se faire passer pour autrui, ce qui au sens de la loi est prohibé. L'alinéa 4 définit ainsi la procédure d'infiltration, comme celle consistant, « *pour un agent des douanes, spécialement habilité dans les conditions, agissant sous la responsabilité d'un agent de catégorie A chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un délit douanier en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou intéressés à la fraude, L'agent des douanes est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés ci-après. Sous peine de nullité ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions* ».

---

<sup>421</sup> J.-L. Albert, op. cit., p. 174.

423. Le caractère original de cette procédure explique pourquoi l'alinéa un conditionne cette possibilité à l'autorisation du procureur de la République, d'une part, et que d'autre part, qu'elle se fasse sous son contrôle. Cette opération concerne la saisie de produits contrevenant à la réglementation douanière entraîne une plus grande efficacité de la Douane, dans la mesure où, les marchandises ayant échappé à ses agents au niveau de leurs passages aux frontières, pourront cas même être poursuivies et saisies en cas de soupçon d'infraction.

424. Le III de l'article 67 bis du Code des douanes énumère les actes pouvant être opérés par l'agent de la Douane, lors de la procédure d'infiltration. C'est la recherche des preuves de l'infraction et la saisie des marchandises en faisant l'objet. Cet article consacre dans les mêmes conditions que les I et II de l'article L. 67 bis, la possibilité pour les agents de la douane :

« a) *D'acquérir, de détenir, de transporter, de livrer ou de délivrer des substances, des biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ;*

*Utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions, des moyens à caractères juridiques ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation ou de télécommunication ».*

425. L'article 59 du Code sénégalais des douanes consacre dans des termes assez proches la procédure d'infiltration en droit douanier, il dispose que : « *Lorsque les investigations le justifient et afin de constater les infractions douanières d'importation, d'exportation ou de détention de marchandises frauduleuses, d'identifier les auteurs et complices de ces infractions ainsi que ceux qui y ont participé comme intéressés au sens des articles 375 et 376 du présent code et d'effectuer les saisies prévues par le présent code, le procureur de la République peut autoriser qu'il soit procédé, sous son contrôle, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par le présent article. L'infiltration consiste, pour un agent des douanes spécialement habilité dans des conditions fixées par décret, agissant sous la responsabilité d'un agent de hiérarchie chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un délit douanier en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou intéressés à la fraude. L'agent des douanes est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'alinéa 2 du présent article. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions ».*

426. Cette disposition sénégalaise est assez proche de celle existante en droit français, elle consacre la possibilité d'infiltration des agents de la Douane qui, sous autorisation du procureur de la République, établissent les preuves de la contrefaçon en saisissant à l'occasion les marchandises les concernant.

427. D'un autre côté, le droit français qui consacrait jusque-là la sanction des auteurs et complices à l'infraction, y ajoute les « *intéressés* » à l'infraction, à travers la loi 2014-315 du 11 Mars 2014, par son article 67 bis-1 du Code des douanes.

428. En droit sénégalais, c'est l'article 376 du Code des douanes qui explique la notion d'intéressés. Il s'agit selon cet article des « a) *entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaires de marchandises et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude ;*

*b) Ceux qui ont coopéré d'une manière quelconque à un ensemble d'actes accomplis par un certain nombre d'individus agissant de concert, d'après un plan de fraude arrêté pour assurer le résultat poursuivi en commun ;*

*c) Ceux qui ont, sciemment, soit couvert les agissements des fraudeurs ou tenté de leur procurer l'impunité, soit acheté ou détenu, même en dehors du rayon, des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration.*

*L'intérêt à la fraude ne peut être imputé à celui qui a agi en état de nécessité ou par suite d'erreur invincible ».*

429. En droit français, c'est l'article 399 du Code des douanes qui le définit, il procède par énumération comme l'article 376 du même Code, ce sont : « a) *les entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaire de marchandises, et en général, ceux qui ont intérêt direct à la fraude ;*

*430. Ceux qui ont coopéré d'une manière quelconque à un ensemble d'actes, accomplis pour un certain nombre d'individus agissant de concert, d'après un plan de fraude arrêté pour assurer le résultat poursuivi en commun ;*

*431. Ceux qui ont sciemment, soit couvert les agissements des fraudeurs ou tenté de leur procurer l'impunité, soit acheté ou détenu, même en dehors du rayon, des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration ».*

## **B) La procédure du « coup d'achat »**

432. Dans le même cadre que les dispositions de l'article 67 bis du Code français des douanes, l'article 67 bis-1 consacre un autre procédé de saisie communément appelé la procédure du « *coup d'achat* ». C'est l'acquisition par les agents de la Douane, des marchandises contrefaisantes ou la participation à leur trafic dans le but de constater l'infraction.

433. Cette procédure est prévue par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, consiste selon les termes de l'article : « *aux seules fins de constatation de l'infraction d'importation, d'exportation ou de détention illicite de tabac manufacturé et de marchandises présentées sous une marque contrefaisante ou incorporant un dessin ou modèle tel que mentionné à l'article L. 513-4 du CPI et tel que visé par l'article 19 du règlement (CE) n° 6/2002 du conseil du 22 décembre 2001, précité sur des marchandises contrefaisant un droit d'auteur, des droits voisins ou un brevet tels que mentionnés aux articles L. 335-2 à L. 335-4, ainsi que de l'article L. 613-3 à L.613-5 du CPI* », à acquérir, mettre à la disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication.

434. L'article 67 bis-1 a été légèrement modifié par la loi n° 2014-315 en ajoutant parmi les auteurs de l'infraction susceptibles d'être appréhendés, en plus des complices, tous « *ceux qui y ont participé comme intéressés au sens de l'article 399* ».

435. Cet article fait donc apparaître différents critères de mise en œuvre de cette procédure, à savoir une condition liée aux personnes faisant l'objet de l'opération. Ce sont en l'occurrence les auteurs de l'infraction, les complices de l'opération et toute personne ayant participé en tant qu'intéressé à cette opération.

436. Les opérations autorisées sont l'achat, la mise en disposition en vue de cet achat aux auteurs de l'infraction d'un équipement ou d'un hébergement ou encore, l'usage d'une identité d'emprunt. La saisie doit être effectuée sous l'autorisation du procureur de la République. Par ailleurs les personnes participantes en dehors des agents de la Douane bénéficient de l'exonération de la responsabilité au même titre que ces derniers et la violation de la confidentialité des identités d'emprunt, est passible de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

437. La Mesure ne s'applique qu'aux marchandises concernant le droit des marques ou celui des dessins et modèles. Elle devrait suivre le droit actuel en matière d'intervention douanière car la loi n° 2014-315 venant juste d'étendre la procédure de retenue douanière aux brevets, obtentions végétales et indications géographiques, il serait intéressant et surtout plus efficace que cette saisie leur soit applicable, au même titre que les droits d'auteurs et droits voisins. Il nous semble que la logique de la procédure n'en serait pas dénaturée étant donné qu'il s'agira toujours de la mise en évidence d'une infraction et la saisie de la marchandise.

438. En droit sénégalais l'équivalent de la procédure du « *coup d'achat* » est celle prévue par l'article 60 du Code des douanes qui s'intitule « *Incitation à la vente* ». C'est la possibilité de l'incitation illicite à la vente des marchandises frauduleuses par l'agent de la Douane. L'article avance cependant une réserve selon laquelle la provocation à l'achat illicite de ces mêmes marchandises par l'agent de la Douane est interdite sous peine de sanction.

439. Les procédés de saisies douanières en droit comparé présentent une grande similarité au sens où en dehors du rayon de la Douane, ses agents peuvent s'infiltrer afin de constater et saisir les marchandises frauduleuses. La procédure du « *coup d'achat* » ou d'« *incitation à la vente* » tend au même objectif qui consiste pour l'agent infiltré à acheter ou inciter à la vente des marchandises violant les droits de propriété intellectuelle.

440. Nous faisons remarquer ici, comme nous l'avons également noté plus haut, que la procédure de confiscation que le Code sénégalais de la Douane en son article 390, prévoit en termes de sanctions contre l'auteur de l'infraction de contrefaçon, renferme également la procédure de saisie des produits litigieux. C'est en notre sens un principe d'appréhension générale des éléments contrefaisants que le législateur a voulu donner aux agents de la Douane.

441. Par ailleurs, les articles de l'Accord de Bangui qui portent sur la saisie-contrefaçon prévoient également la possibilité que cette dernière soit effectuée par les agents de la Douane à la demande et sous la direction de l'autorité judiciaire qui a délivré l'ordonnance de saisie. Cette dernière rentre donc dans le cadre des procédures classiques de saisie de l'administration de la Douane.

## Section 2 : La saisie-contrefaçon et ses acteurs en droit compare français et sénégalais

442. **Définition et historique :** La saisie-contrefaçon est une procédure probatoire et facultative, spécifique à l'action en contrefaçon dans le contentieux des droits de la propriété intellectuelle<sup>422</sup>. Elle se matérialise par la possibilité pour un titulaire d'un droit de la propriété intellectuelle, après autorisation délivrée sur requête, par ordonnance du président du tribunal de grande instance, de procéder par le biais d'un huissier de justice, à une « *perquisition* » chez l'auteur présumé de la contrefaçon, afin d'établir les preuves de l'infraction<sup>423</sup>. La fonction de la saisie-contrefaçon est ainsi uniquement probatoire<sup>424</sup>. Cette procédure est présente aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais. Elle est régie dans les deux ordres juridiques par des sources de nature textuelle, à savoir l'Accord de Bangui pour le Sénégal, et les lois sur la propriété intellectuelle en France. Dans ce dernier pays les dispositions sont transposées dans le Code de la propriété intellectuelle depuis la loi de 1992 ayant consacré sa création<sup>425</sup>.

443. Introduite en France depuis les lois des 19-24 juillet 1793 sur le droit des auteurs d'œuvre de l'esprit, en matière de droit de reproduction, son régime a connu une évolution considérable en droit français contrairement au droit sénégalais où il est récent.

---

<sup>422</sup> J. Azéma, « Marques, Brevets, Dessin et Modèles », Lamy Droit commercial, éd. Lamy 2011 ; A. Mendoza-Caminade, « La saisie-contrefaçon. Une mesure aux allures de sanction », in C. Mascala (études réunies et présentées par), A propos de la sanction, Presses de l'université des Sciences Sociales de Toulouse, 2007, p.117 ; CA Paris, 13 sept. 2000, Gaz. Pal., 2001, p. 1343, note A. Le Tarnec ; RSC 1994, 774, obs. G. Giudicelli-Delage : « *La preuve des faits de contrefaçon peut s'effectuer par tous moyens. Le moyen de la saisie-contrefaçon ne présente aucun caractère obligatoire* » ; sur le caractère facultatif de la procédure probatoire, V. : CA Paris, 7 avr. 2015, PIBD 2015, n° 2018, III, 398. Dans cet arrêt le juge annule la saisie-contrefaçon mais retient la contrefaçon ; J. Passa, « Actualité jurisprudentielle de la saisie-contrefaçon et des constats d'huissiers », LPA, n° 14, 1<sup>er</sup> janv. 2014.

<sup>423</sup> La diversification qui existait au niveau de la procédure probatoire des différents droits intellectuels, avant la loi du mois du 11 mars 2014 sur le renforcement de la lutte contre la contrefaçon avait fait l'objet de vifs commentaires portant sur des propositions d'harmonisation : I. Romet, « La saisie-contrefaçon, unité et diversité, Neuf propositions pour harmoniser la saisie-contrefaçon », in « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité », CDE, n° 4/2004, p. 29 ; C. Le Stanc, « Est-ce bien raisonnable? », in « Propriétés intellectuelles : unité ou diversité », CDE, n° 4/2004, p.47.

<sup>424</sup> Cass. Com., 4 janv. 1985, Bull. civ. III, 214 ; dans le même sens, Cass. Com., 23 avr. 2003, PIBD 2003, III, 361.

<sup>425</sup> P. Véron, Saisie-Contrefaçon, 3e éd., Dalloz 2013-2014, n° 0.17 ; M. Vasseur, « Urgence et droit civil », RTD Civ., 1954, p. 105.



On ne rencontre son existence en droit sénégalais qu'avec l'avènement de l'OAPI par le biais de l'Accord de Bangui en 1977.

444. Le régime de la saisie-contrefaçon, connaît à l'instar des actions judiciaires en droit comparé, une double condition liée au fond et à la forme<sup>426</sup>. Ce régime est resté longtemps diversifié en France, selon le droit intellectuel en cause, et surtout selon la distinction fondamentale entre la propriété littéraire et artistique et la propriété intellectuelle. Il a été récemment uniformisé par la loi n°2014-315 du 11 Mars 2014 visant le renforcement de la lutte contre la contrefaçon<sup>427</sup>.

445. La procédure de saisie contrefaçon se base en droit comparé, sur des conditions liées à la forme de la demande (Sous-section 1), ainsi qu'aux modalités d'intervention des différents acteurs (Sous-section 2).

## **Sous-section1 : La requête et l'autorisation judiciaire saisie-contrefaçon en droit comparé**

446. Le Code de la propriété intellectuelle français consacre désormais une uniformisation de la procédure de saisie-contrefaçon. L'article L. 332-1 du CPI en matière de droit d'auteur, modifiée par la loi n°2014-315<sup>428</sup> parachève cette unification, et adopte le même style de rédaction que les articles L. 615-5 CPI pour les brevets, L. 716-7 CPI pour les marques, L. 521-4 CPI, pour les dessins et modèles, et L. 623-27-1 CPI pour le certificat d'obtention végétale. Le titulaire de la procédure de saisie-contrefaçon est « *tout auteur d'une œuvre protégée par le livre 1<sup>er</sup> de la présente partie, ses ayants droits ou ses ayants cause* », selon l'article L. 332-1 CPI ou pour les autres articles précités, « *toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon* ».

---

<sup>426</sup> E. Putman, Contentieux économique, PUF, 1998, n° 15. « Elle consiste à demander au président du tribunal de grande instance du lieu de la contrefaçon, la description des objets contrefaits, avec ou sans saisie réelle. L'huissier qui procède à la description peut être autorisé à effectuer toute constatation utile pour établir l'origine, la consistance et l'étendue de la contrefaçon ».

<sup>427</sup> X. Buffet Delmas d'Autaine, J. Fabre, « Nouveautés, clarifications, carences et incertitudes du dispositif de lutte contre la contrefaçon tel que renforcé par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014.

<sup>428</sup> Une saisie-contrefaçon de l'article L. 332-1 du CPI peut porter exclusivement sur des documents comptables, Propr. Ind., n° 4, Avril 2014, comm. 35.

447. La spécificité de la gestion et de l'exploitation des droits de la propriété littéraire et artistique nécessite une clarification au niveau de certains passages, de la notion de titularité par rapport à la propriété industrielle.

### **Paragraphe 1) Les conditions de la saisie-contrefaçon relatives au demandeur en droit comparé de la propriété littéraire et artistique**

448. Comme dans toute procédure judiciaire, la saisie-contrefaçon en droit de propriété intellectuelle est réservée à certaines personnes sans lesquelles la procédure ne pourrait être mise en œuvre. Le renforcement de l'uniformisation de la procédure a été récemment effectué par les lois n° 2014-315 du 14 mars 2014 et n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 ayant entraîné une unification des conditions de mise en œuvre de la saisie-contrefaçon dans toute la propriété industrielle<sup>429</sup>.

449. La saisie-contrefaçon est une procédure judiciaire probatoire dont la loi a entièrement organisé le régime. Ce dernier est prévu pour chaque droit de propriété intellectuelle. Les sources du droit entourant cette procédure sont répertoriées dans l'ensemble des dispositions du Code de la propriété intellectuelle ainsi que l'Accord de Bangui.

450. Il existe une distinction concernant les personnes habilitées à introduire la demande selon que l'on se trouve en droit de la propriété littéraire et artistique ou le droit de la propriété industrielle.

### **I) Habilitation de la demande de saisie en droit comparé de la propriété littéraire et artistique**

451. Comme nous l'avons précédemment fait remarquer, il existe en droit français, un récent alignement opéré par le régime de la propriété littéraire et artistique en matière de saisie-contrefaçon. Le nouvel article L. 332-1 du CPI dispose qu'il s'agit de tout auteur d'une œuvre, ses ayants droits ou ses ayants cause. Les ayants causes de l'auteur de

---

<sup>429</sup> C. Maréchal, « La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », Comm. élec., n° 6, juin 2014, études n° 11.

l'œuvre sont ses héritiers, alors que les ayants droit de l'auteur, à l'image du cessionnaire, sont ceux qui ont vocation à exercer son droit<sup>430</sup>.

452. Il existe une présomption de titularité pour la personne dont le nom apparaît sur l'œuvre. Cette disposition a été consacrée aussi bien par le droit français que par le droit sénégalais (article 33 de l'annexe 7 sur la propriété littéraire et artistique). En droit français, la disposition est insérée à l'article L.113-1 du CPI en ces termes : « *La qualité de l'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ».

453. Il existe par ailleurs une présomption de cession des droits patrimoniaux de l'auteur, lorsque, selon l'article 31 de l'annexe 7 de l'Accord de Bangui, dans le cadre d'un contrat de travail, les œuvres créées sur commande, entraîne un transfert de propriété vers l'employeur<sup>431</sup>. En dehors de cette présomption, le droit sénégalais énumère les titulaires d'œuvres, qui sont selon l'article 131 renvoyant à l'article 127 de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008, les titulaires du droit de la saisie-contrefaçon :

« 1. *Tout titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin (...).*

2. *Les sociétés de gestion collective qui ont qualité pour ester en justice dans les termes de l'article 110.5.*

3. *Les associations de professionnels d'ayants droit régulièrement constituées (...) pour la défense des intérêts collectifs de leurs adhérents ».*

454. Cette disposition s'inspire de l'article 61 de l'annexe VII de l'Accord de Bangui qui est rédigé dans des termes identiques que la même disposition en droit français. Ce constat découle du fait qu'il donne la qualité de titulaire de l'œuvre aux « *titulaires des droits violés ou leurs ayants droit* », avant de citer à l'article précité que : « *l'organisme national de gestion collective des droits et les associations professionnelles d'ayants droits régulièrement constituées (...) pour la défense des intérêts collectifs de leurs adhérents* ».

---

<sup>430</sup> G. Cornu (Sous la direction de ), op. cit., p. 116.

<sup>431</sup> L. Y. Ngombe, Le droit d'auteur en Afrique, L'Harmattan, Paris 2009, n° 108.

## II) Le titulaire de la saisie en droit comparé de la propriété industrielle

455. En matière de propriété industrielle, les articles L. 615-5 du CPI pour le droit du brevet, L. 623-27-1 du CPI pour les obtentions végétales, L. 716-7 du CPI pour les marques, L. 521-4 du CPI pour ce qui est des dessins et modèles, sont rédigés dans les mêmes termes et donnent la titularité du droit à la saisie-contrefaçon aux personnes ayant la capacité d'introduire une action judiciaire en contrefaçon. Il s'agit selon les termes des dispositions concernées, de « *toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon* ».

456. En matière de brevet, l'action en contrefaçon sera donc réservée au cessionnaire ou au licencié inscrit au Registre National du Brevet. Il en est de même pour ce qui est de la marque, son titulaire et le licencié publié au Registre National de la Marque sont les seuls autorisés à exercer l'action en contrefaçon de marque et par la même occasion, la procédure de saisie-contrefaçon. En droit du dessin et modèle, seul le titulaire des droits ou le cessionnaire sont habilités à exercer l'action en contrefaçon et la demande en saisie-contrefaçon. Ce licencié ou ce cessionnaire doivent être inscrits au Registre National du Dessin et Modèle. Cependant la loi de lutte contre la contrefaçon a introduit à travers l'article L. 521-2 du CPI, la possibilité pour le licencié en dessin et modèle, au même titre que le licencié d'une marque et d'un brevet, de pouvoir agir en contrefaçon si après mise en demeure restée sans effet, ils ont invité le titulaire des droits à y procéder. Ces dispositions sont prévues par les articles L. 716-5 et L. 615-2 du CPI en droit de la marque et du brevet. Par ailleurs comme en matière de marque ou de brevet, d'après la loi du 8 août 2008 ayant inséré l'article L. 513-3 du CPI, le licencié non inscrit, pourra, comme c'est le cas en matière de marque ou de brevet, intervenir dans un procès en contrefaçon introduit par le titulaire du droit pour un préjudice qui lui est propre<sup>432</sup>. Le dessin ou modèle protégé par le droit d'auteur bénéficie de la présomption de titularité des droits pour l'exploitant envers les tiers. Ainsi invoqué sous le régime du droit d'auteur, le titulaire de la saisie-contrefaçon pourra être l'exploitant du dessin ou modèle aux termes de l'article L. 113-1 du CPI.

---

<sup>432</sup> N. Binctin, op. cit., n° 1296; J. Passa, t. 2, op. cit., n° 205 et s.; t.1, op. cit., n° 739 et s., en matière d'action au fond pour contrefaçon de dessin et modèle, n° 791 et s., en matière de saisie-contrefaçon de dessin et modèle, n° 448 pour le cas du licencié en matière de saisie-contrefaçon de marque.

457. En droit sénégalais, l'annexe I de l'Accord de Bangui désigne dans son article 64<sup>433</sup> le propriétaire du brevet, en tant que titulaire de la procédure de saisie-contrefaçon. L'article 47 en matière de modèle d'utilité de l'annexe II de l'Accord donne cette capacité au titulaire des droits, mais aussi au licencié exclusif. L'article 48 de l'annexe III sur les marques, au même titre que le modèle d'utilité dispose que les personnes autorisées à exercer une saisie-contrefaçon de marque sont le titulaire des droits et son licencié exclusif. L'annexe VI sur les indications géographiques ne porte pas de dispositions sur la saisie-contrefaçon de l'indication géographique à l'image du droit français en la matière, le régime devrait pourtant permettre cette procédure à l'image des autres droits de propriété intellectuelle. Si cette possibilité venait à être retenue, le titulaire de l'action en contrefaçon et donc de la procédure de saisie-contrefaçon serait d'après l'article 16 de la même annexe, toute personne, groupement ou consommateur intéressé.

458. L'annexe 4 de l'Accord de Bangui s'exprime dans des termes différents même si on pense qu'il consacre la même disposition en ce sens qu'en droit de la marque et en droit du brevet, l'article 31 sur la saisie-contrefaçon parle de « *partie lésée* » à la place de la traditionnelle expression du « *titulaire des droits* ». Est-ce à dire que le licencié exclusif pourrait être cette personne ? Les dispositions de cette annexe ne nous permettent pas de l'affirmer. Par ailleurs, on peut supposer également que cette « *partie lésée* » peut recouvrir également le cessionnaire, car dans ces termes assez imprécis, la titularité de l'action en contrefaçon de dessin et modèle appartiendra à toute personne lésée par les actes de contrefaçon.

459. Ainsi à l'exception du brevet, la demande de saisie-contrefaçon en droit de la propriété industrielle pourra être effectuée par deux personnes que sont : le titulaire des droits et le bénéficiaire d'une licence exclusive. Il n'est pas précisé en droit OAPI, si ce licencié à l'image du droit français serait le licencié simple ou celui dont les droits ont fait l'objet d'une publication.

460. Aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais, la titularité de la procédure de saisie-contrefaçon est octroyée aux mêmes personnes habilitées à exercer de l'action en contrefaçon dans le droit concerné. Cela nous semble d'un bon sens absolu dans

---

<sup>433</sup> Cet article comme tous ceux qui sont consacrés à la saisie-contrefaçon en propriété industrielle est ainsi rédigé : « *Les propriétaires du brevet peuvent, en vertu d'une ordonnance du Président du tribunal civil dans le ressort duquel les opérations doivent être effectuées, faire procéder par tous huissiers de justice ou officiers publics ou ministériels, y compris les douaniers, avec, s'il y a lieu, l'assistance d'un expert, à la désignation et description détaillées, avec ou sans saisie, des objets prétendus contrefaisants* ».

la mesure où c'est le requérant à l'action en contrefaçon, qui a seul intérêt à utiliser la procédure de saisie-contrefaçon pour établir la réalité de l'infraction.

## **Paragraphe 2) L'autorité du président du tribunal de grande instance en droit français ou le président du tribunal civil en droit sénégalais**

461. L'étendue du pouvoir du président du tribunal de grande instance a varié avec le temps. En effet le législateur leur a consacré une importante part de compétence d'attribution dans la procédure de saisie-contrefaçon, dans le but d'assurer une plus grande sécurité aux parties, ainsi qu'un équilibre entre leurs droits<sup>434</sup>.

462. En droit sénégalais comme en droit français, lorsqu'il s'agit d'une demande préalable en saisie-contrefaçon avant tout procès, cette autorité reste de loin la seule existante en matière de saisie-contrefaçon car par son intervention, il va autoriser, maîtriser et diriger la procédure de saisie-contrefaçon.

463. La saisie-contrefaçon est une mesure avant tout provisoire comme le montre les différentes dispositions portant sur la saisie. Les prescriptions de l'ordonnance ne doivent pas porter sur le fond du litige, selon l'adage « *le provisoire ne doit pas faire grief au principal* »<sup>435</sup>. Le Président du tribunal de grande instance, ici constitué en juge des référés, doit uniquement limiter l'ordonnance à la conservation des droits soumis à son appréciation. En droit français, la première jurisprudence ayant mentionné ce principe est un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 10 novembre 1885<sup>436</sup> jugeant qu'« *attendu que l'ordonnance en rétractant absolument la permission de saisie arrêt, faisait disparaître la matière de la saisie arrêt et rendait inutile et sans portée la décision du fond qu'elle entraînait ainsi forcément préjudice au principal et qu'elle dépassait par-là les pouvoirs du juge des référés* ». Ce principe découle du caractère provisoire et facultatif de la procédure de saisie-contrefaçon. M. Renouard déclare à ce propos que : « *ce mode de constatation n'étant pas nécessaire, il suit de là que la nullité de la saisie ne peut entraîner la nullité de la poursuite. D'un autre côté, l'appréciation des faits constatés au procès-verbal appartient aux juges de fait* »<sup>437</sup>. Cependant la jurisprudence ne respecte pas

---

<sup>434</sup> E. Rochiccioli, « La saisie-contrefaçon, institution juridique autonome », RIDA 1965, p.79.

<sup>435</sup> Ibid. p. 53 à 121.

<sup>436</sup> 10 novembre 1885, Dalloz. 1886, 1. 209.

<sup>437</sup> Renouard, Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts : J. Renouard et Cie Libraires, 1839, t. 2, n°2227, p. 394.

toujours cette exigence et a tendance à résoudre le fond de l'affaire, notamment en décidant de l'existence ou non de la contrefaçon. Cela a fait dire à M. Desbois que: « *Loin de considérer le litige comme résolu au juge du principal de prononcer, la juridiction des référés le résout déjà* »<sup>438</sup>.

464. Il convient de rappeler en outre que, c'est une mesure facultative. La fréquence de son utilisation en droit de la propriété intellectuelle peut amener à penser qu'elle est le « *préliminaire obligé de l'instance* », et il n'en est rien<sup>439</sup>.

### **I) Le pouvoir du président du tribunal de grande instance saisi sur requête**

465. Fondé à l'article 145 du Code de procédure civile (CPC), qui instaure la possibilité pour le juge, par ordonnance sur requête avant tout procès au fond, d'ordonner des mesures d'instruction afin d'établir les preuves d'une prétention<sup>440</sup>, la définition de cette mesure est prévue à l'article 493 du Code de procédure civile en ces termes : « *L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ».

466. En droit de la propriété littéraire et artistique français, le président du tribunal d'instance a été très tôt impliqué dans cette procédure en partageant de prime abord, les compétences du commissaire de police ou juge d'instance, avant d'en être la seule autorité habilitée et habilitante<sup>441</sup>.

467. En droit de la propriété industrielle, l'article 47 de la loi du 5 juillet 1844 consacre la compétence du président du tribunal de grande instance, en droit de la marque, ce sera l'article 17 de la loi n° 68-1 du 23 juin 1857 et pour le dessin et modèle l'article 12 de la loi du 14 juillet 1909.

468. Les dispositions concernant les différents articles sont similaires dans leur contenu. L'article 56 de la loi 68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention dispose que : « *les propriétaires de brevets pourront, en vertu d'une ordonnance du président du*

---

<sup>438</sup> Dalloz. 1942, CP 15, Angers 25 février 1941 in E. Rochiccioli, « La saisie-contrefaçon (...) », article précédent.

<sup>439</sup> CA Paris, 17 mai 1995, PIBD, 1995, III, 343.

<sup>440</sup> X. Vuitton, La juridiction du président : Première instance, appel, cassation, référés, requête, fond, Litec, 2010, n° 712 et s.

<sup>441</sup> H. Lucas et alii, n° 1043 ; F. Pollaud-Dulian, Propriété intellectuelle : Le droit d'auteur, 2<sup>e</sup> éd., Economica 2014, n° 1854 et s.

*tribunal de première instance, faire procéder, par tous huissiers, à la désignation et description détaillée, avec ou sans saisie, des objets prétendument contrefaits ».*

469. Ces dispositions ayant très tôt consacré cette compétence exclusive du tribunal de grande instance ont été codifiées par les articles consacrés au régime de la saisie-contrefaçon. Elles sont aujourd'hui présentes au niveau des articles L. 332-1 du CPI en matière de droit d'auteur. Ce dernier modifié par la loi 2014-315, s'harmonise désormais avec les articles L. 615-5 CPI pour les brevets, L. 716-7 CPI pour les marques, L. 521-4 CPI, pour les dessins et modèles, L. 623-27-1 CPI pour le certificat d'obtention végétale.

470. En droit sénégalais la disposition est similaire en matière de saisie-contrefaçon car toutes les annexes organisant le régime de la procédure de saisie-contrefaçon, réserve l'autorisation de la saisie-contrefaçon au président du tribunal civil. Ces dispositions sont présentes en droit du brevet à l'article 64 de l'annexe 1 qui dispose en ces termes que: « 1) *Les propriétaires du brevet peuvent, en vertu d'une ordonnance du Président du tribunal civil dans le ressort duquel les opérations doivent être effectuées, faire procéder par tous huissiers ou officiers publics ou ministériels, y compris les douaniers, avec, s'il y a lieu, l'assistance d'un expert, à la désignation et description détaillées, avec ou sans saisie, des objets prétendus contrefaisant ».*

471. L'article 47 de l'annexe 2 sur les modèles d'utilité prévoit les mêmes dispositions et dans des termes analogues. Il en est de même en droit de la marque avec l'article 48 de l'annexe III, du droit des dessins et modèles à l'article 31 de l'annexe IV, l'article 62 de l'annexe 7 sur la propriété littéraire et artistique va dans le même sens également en ces termes : « *A la requête des personnes citées à l'article précédent, le tribunal ayant compétence pour connaître des actions engagées sur le plan civil en vertu de la présente Annexe a autorité, sous réserve des dispositions pertinentes des codes nationaux de procédure civile et pénale, et aux conditions qu'il jugera raisonnables, pour : (...) ii) ordonner la saisie des exemplaires d'œuvres ou des enregistrements sonores soupçonnés d'avoir été réalisés ou importés sans l'autorisation du titulaire de droit protégé en vertu de la présente Annexe (...) ».* Cet article de l'Accord de Bangui ne cite pas expressément la compétence du tribunal de grande instance mais c'est l'article 131 de la loi sénégalaise de 2008 sur le droit d'auteur qui va y remédier en ces termes : « *La saisie-contrefaçon est ordonnée par le président du tribunal régional par ordonnance rendue sur requête d'une des personnes visées par l'article 127 ».*



472. L'investigation du président du tribunal civil en tant qu'autorité de la procédure de saisie-contrefaçon est ainsi une mesure commune en droit comparé français et sénégalais. Si en droit français cette saisie ne peut s'opérer en dehors du cadre du droit douanier, sans l'autorisation préalable de cette autorité, en droit sénégalais, elle demeurera possible dans le cadre des activités de la Brigade Nationale de Lutte contre la Piraterie et contre la Contrefaçon. Cette dernière possibilité présente pour la procédure sénégalaise une simplification qui devrait être favorable à la défense des droits de la propriété intellectuelle. La possibilité de contacter la Brigade pour constat et saisie des marchandises soupçonnées de contrefaçon permet une plus grande réactivité des victimes de la contrefaçon.

473. Cet article pose deux conditions pour que le juge puisse émettre une ordonnance sur requête, il s'agit de l'urgence de la mesure et la nécessité que la procédure soit non contradictoire<sup>442</sup>. La procédure de saisie-contrefaçon répond parfaitement à cette procédure. En effet, en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, il existe souvent une nécessité urgente d'établir les preuves de l'infraction de contrefaçon et surtout à cet effet, le saisi ne doit pas être au courant de l'existence de cette « *perquisition* », que ça soit chez lui ou dans son lieu de travail ceci afin d'éviter la disparition des preuves<sup>443</sup>.

474. **La requête.** Cette requête soumise aux formalités prévues par l'article 813 du Code français de procédure civile, est présentée dans le cadre de la saisie-contrefaçon avant tout procès en justice, conformément à l'article 145 du CPC ou alors, en cours d'instance dans le cadre du régime de l'article L. 812 du même Code. La requête de la saisie-contrefaçon telle que prévue par le Code de la propriété intellectuelle est celle qui s'attache en principe à la période avant toute instance en justice. La requête est donc avant tout le moyen d'introduire la demande d'une ordonnance du juge civil, en dehors de toute contradiction, contrairement à l'ordonnance en référé qui ne se fait que par voie d'assignation et sous forme contradictoire. La demande est présentée par le biais d'un avocat, en double exemplaire et doit comporter la motivation de l'objet de la demande. Cette demande de motivation répond à une exigence de l'article 494 du Code de procédure

---

<sup>442</sup> On remarque à cet égard, que pour ce qui est de la saisie-contrefaçon même si l'urgence de la mesure est prise en compte, le saisi n'est pas totalement à la merci du saisissant. Lorsque les éléments objets de la saisie relèvent du savoir-faire ou des informations confidentielles de l'entreprise, les éléments saisis sont placés sous scellés. C'est dans ce sens qu'est intervenu l'arrêt suivant : CA Paris, 6 déc. 2011, PIBD 2012, n° 957, III, 150 : « *Considérant qu'il découle de cette modification que la société Astra ne saurait divulguer les informations recueillies dans le cadre de la saisie-contrefaçon sauf à engager sa responsabilité* ».

<sup>443</sup> A. Aynès et X. Vuitton, Droit de la preuve : Principes et mise en œuvre processuelle, LexisNexis, 2013, n° 603.

civile. Les conditions de fond liées à cette ordonnance sont régies par les articles 493 à 498 du Code de procédure civile.

475. Parmi les mentions nécessaires à la requête, il y a l'identité du saisissant, la nature et la justification du titre intellectuel en question et les atteintes à ce dernier. La requête doit contenir : le souhait du saisissant par rapport à l'huissier (identification et actes à accomplir), l'expert, la présence ou non de tiers, etc.<sup>444</sup>.

476. En droit sénégalais le régime de la requête en première instance ou en appel se trouve aux articles 820-1 à 820-15 du Code de procédure civile sénégalais. Ils établissent dans des dispositions similaires à celles du droit français les formalités exigées de la requête. L'article 820-1 dispose ainsi que : « *Dans les limites de sa compétence, le Président du tribunal départemental ou le président du tribunal régional, selon le cas, est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi et les dispositions règlementaires.*

*Il peut également, dans les mêmes limites, ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».*

## **II) Le pouvoir du juge des référés en saisie-contrefaçon**

477. Selon l'article 484 du CPC, « *L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».*

478. La procédure de référé se distingue donc de la procédure sur requête par le caractère contradictoire de la mesure, c'est-à-dire que contrairement à la saisine du juge sur requête, la partie adverse est informée de la procédure<sup>445</sup>. Nous remarquons qu'ici l'intérêt de la procédure d'urgence demeure entier malgré l'absence de surprise de la partie adverse<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> J.-P. Stenger, « Saisie-Contrefaçon. Introduction », J.-Cl. Brevets, Fasc. 4631 : « Saisie-contrefaçon », 27 Août 2015, n° 17 et s.; A. Mendoza-Caminade, « La saisie-contrefaçon. Une mesure aux allures de sanction », art. précité.

<sup>445</sup> M. Vasseur, « Urgence et droit civil », art. précité ; J.-F. Burgelin, « Le juge des référés au regard des principes procéduraires », Dalloz, 1995, chron., p. 67.

<sup>446</sup> J. Boyer, « Le juge des référés peut: Réflexions sur les pouvoirs du juge des référés », in Mélanges L. Boyer, Université Toulouse 1, 1996, p.135.

479. **Le référé du président du TGI.** Les pouvoirs du président du tribunal de grande instance en tant que juge du référé est prévu par les articles 808 et 809 du CPC<sup>447</sup>. L'article 808 du CPC prévoit l'intervention du président du TGI pour établir des mesures d'urgences, lorsque les droits en question ne sont pas sérieusement contestables. Il a été jugé que l'appréciation de la notion d'urgence du principe de la contestation sérieuse des droits est souverainement de la compétence du juge. Contrairement à l'article 808 précité, l'article 809 du CPC permet au président du tribunal de grande instance d'ordonner des mesures urgentes même pour des droits contestés, lorsqu'il existe un dommage imminent et un trouble illicite.

480. Même si à l'origine de cette institution, le président du tribunal de grande instance était le seul à bénéficier de la compétence du référé, ce dernier est aujourd'hui étendu à toutes les juridictions civiles<sup>448</sup>. En ce sens les articles 484 à 492 du Code de procédure civile définissent les règles communes aux ordonnances en référé.

481. Ce régime commun du référé définit cette procédure comme une mesure introduite en dehors de toute instance en justice, mais aussi comme une mesure provisoire, urgente et nécessaire<sup>449</sup>.

482. **Saisie-contrefaçon en cours d'instance.** La demande en saisie-contrefaçon ne se limite pas, contrairement aux apparences à la période précédant l'introduction de l'instance, elle peut tout à fait être introduite en cours d'instance ou en appel<sup>450</sup>. La jurisprudence française a d'abord jugé dans un arrêt de principe, celui émis par la Cour de cassation du 26 mars 2008 ayant confirmé un arrêt de la Cour d'appel qui a jugé que : « *dès lors que la juridiction est saisie au fond, seul l'article 812 du code de procédure civile est applicable à l'exclusion de l'article L. 716-7 du CPI* »<sup>451</sup>. Toujours dans le même sens, la jurisprudence a également estimé qu' : « *Une fois introduite l'action en justice (...) il ne pouvait plus être procédé que conformément aux prescriptions de l'article*

---

<sup>447</sup> X. Vuitton, J.-Cl. Proc. civ., fasc. 470 :« Référés », 14 nov. 2014, n° 37 et s.

<sup>448</sup> Articles 808 à 811 CPC pour le Président du tribunal de grande instance; articles 872 et 873 CPC pour le Président du tribunal de commerce; articles 848 à 850 CPC pour le juge du tribunal d'instance, articles 893 à 896 CPC pour le Président du tribunal paritaire des baux ruraux; articles 956 et 957 CPC pour le premier président de la Cour d'appel; articles L. 1423-1, L.1423-13, R. 1455-1 et s. du Code du travail pour le conseil des prud'hommes.

<sup>449</sup> R. Tendler, « Le juge des référés, une « procédure ordinaire » ? », Dalloz, 1991, chron. p. 139.

<sup>450</sup> J. Passa, op. cit., t.1, p. 743.

<sup>451</sup> Cass. com. 26 mars 2008, PIBD 2008, n° 875, III, 340.

812 al. 3 du CPC, en sollicitant l'autorisation auprès du président de la chambre de la juridiction, à laquelle l'affaire avait été distribuée ou auprès du juge déjà saisi<sup>452</sup>».

483. Selon cette jurisprudence la possibilité de saisir sur requête le juge pour une demande en saisie-contrefaçon en cours d'instance entraîne le fait que la procédure sera cette fois cantonnée non pas sous le régime prévu dans le Code de la propriété intellectuelle, mais sous le régime du droit commun des ordonnances sur requête, l'alinéa 3 de l'article 812 dispose que : « *Les requêtes afférentes à une instance en cours sont présentées au président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi* ».

484. Le tribunal civil saisi d'une demande en saisie-contrefaçon dispose du pouvoir d'accorder, de cantonner ou de modifier cette demande. Ce dernier point fait que l'article 812 dispose que saisi sur requête, le juge peut émettre une ordonnance « *afin d'ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* ».

485. Ainsi le juge sera amené dans le cas de la contrefaçon à autoriser une saisie description avec ou sans saisie d'échantillons ou une saisie réelle<sup>453</sup>. Les lois récentes en droit français de la lutte anti-contrefaçon ont introduit la possibilité de saisir des documents afin d'établir le cas échéant l'existence de réseaux de distributeurs en contrefaçon. Ce principe est aussi porté par le nouveau droit français à l'information.

486. L'article 820-10 du Code sénégalais de la procédure civile nous éclaire ainsi sur la possibilité d'introduire une demande en saisie-contrefaçon en cours d'instance. Le fait que l'on exige le respect d'un certain délai pour introduire une demande au fond fait souvent oublier que cette procédure est aussi possible en cours d'instance. L'article dispose en ce sens que : « *Le président du tribunal régional ou le premier président de la Cour d'appel à l'occasion d'une instance déférée devant leur juridiction en cause d'appel peuvent ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* ». C'est en ce sens, l'article 494 du Code français de procédure civile

---

<sup>452</sup> CA Orléans, 29 janv. 2009, PIBD 2009, n°894, III, 964.

<sup>453</sup> C. de Haas, « La compétence juridictionnelle pour ordonner une saisie-contrefaçon », Propr. Intell. 2011, n° 40, p. 278.

parlant de la requête dispose que : « *présentée à l'occasion d'une instance, elle doit indiquer la juridiction saisie* »<sup>454</sup>.

487. **L'exigence d'une caution.** En matière de saisie-contrefaçon, il faut cependant faire remarquer que le juge pourra conditionner l'autorisation de la saisie-contrefaçon à la constitution d'une garantie permettant le dédommagement éventuel du saisi en cas de procédure abusive ou malveillante. Cette mesure est intéressante car elle donne à la procédure une certaine sécurité du point de vue de la personne saisie. Cette dernière qui subit souvent les frais d'une telle procédure pouvant constituer un véritable moyen de désorganisation de son activité économique, se voit ainsi ouvrir une porte de dissuasion par le législateur. Il s'agit d'un outil de dissuasion contre certaines pratiques dissimulées. Le saisissant qui se voit imposer le versement d'une garantie « *de bonne foi* » est ainsi prévenu des conséquences dommageables qu'une telle procédure non fondée peut occasionner.

488. La réglementation de la saisie-contrefaçon en droit comparé concerne un certain nombre de personnes dont l'intervention est minutieusement encadrée par le législateur. L'intervention de ces individus se fait à titre divers et le droit comparé prend le soin de spécifier les rôles et les limites des différentes interventions.

## **Sous-section 2 : La procédure du point de vue des intervenants à la saisie-contrefaçon**

489. La participation de certaines personnes à la procédure de saisie-contrefaçon a connu une certaine évolution. Il convient de rappeler l'évolution de la procédure dans le temps avant de présenter les intervenants actuels dans la procédure.

### **Paragraphe 1) Historique des modalités d'exécution de la saisie-contrefaçon**

490. En matière de droit d'auteur, la loi française des 19-24 juillet 1793 consacre la compétence du commissaire de police pour procéder à la saisie-contrefaçon après demande du titulaire du droit. Si l'article 3 de la loi ne parle en premier que de la

---

<sup>454</sup> J.-C. Galloux, « Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires », Dalloz 2008, p. 711.

compétence des officiers de paix en ces termes notamment : « *Les officiers de paix seront tenus de faire confisquer à la réquisition ou au profit des auteurs, compositeurs, peintre ou dessinateurs, ou autres, leurs héritiers ou cessionnaires, tous les exemplaires, éditions imprimés ou gravés, sans la permission formelle et par écrit des auteurs* », c'est par l'article 3 de la loi du 19 juillet 1793 qu'elle le consacre pleinement. Cette disposition supprime et remplace cette compétence par celle du commissaire de police ou du juge de paix en disposant que : « *les fonctions attribuées aux officiers de paix seront à l'avenir exercées par la commissaire de police ou le juge de paix dans les lieux où il n'y a pas de commissaire de police* ».

491. Cette volonté du législateur de confier au juge civil la compétence pour faire exécuter, sur demande du titulaire, la saisie-contrefaçon, n'a pas été modifiée même si son envergure a diminué avec le temps<sup>455</sup>. Le juge de paix a été remplacé par le juge d'instance. Nous remarquerons à l'instar de beaucoup d'auteurs, que l'expression « *être tenus* » exprime l'obligation du commissaire de police ou du juge d'instance de répondre à cette demande<sup>456</sup>.

492. Jusqu'en mars 2014, date d'alignement de l'article L. 332-1 du CPI aux autres procédures de saisie-contrefaçon en matière de propriété industrielle, cette compétence du commissaire de police pour l'exécution de la saisie-contrefaçon en matière de droit d'auteur était maintenue. L'article disposait que: « *Les commissaires de police et, dans les lieux où il n'y a pas de commissaire de police, les juges d'instance sont tenus, à la demande de tout auteur d'une œuvre protégée par le livre 1<sup>er</sup>, de ses ayants droit ou de ses ayants cause, de saisir les exemplaires constituant une reproduction illicite de cette œuvre* ». Cette disposition était créée par la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006, dans son article 19.

493. De nos jours, l'article sous sa forme actuelle modifiée par la loi n° 2014-315, abroge cette habilitation et soumet désormais la saisie-contrefaçon à la seule demande préalable sur requête, laquelle demande sera autorisée par ordonnance du président du tribunal de grande instance. Depuis la loi du 11 mars 2014 sur le renforcement de la lutte contre la contrefaçon, cette article est construit comme suit dans son alinéa 1: « *Tout auteur d'une œuvre protégée par le livre 1<sup>er</sup> de la présente partie, ses ayants droit ou ses*

---

<sup>455</sup> P.-Y. Gautier, op. cit. , n° 804 et s. ; A. Lucas, H. J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, Traité de la propriété littéraire et artistique, 4e éd., Litec 2012, n° 1043.

<sup>456</sup> X. Buffet, « De quelques évolutions importantes en matière de preuve de la contrefaçon », Propr. Ind. 2008, Etude 24.

*ayants cause peuvent agir en contrefaçon. A cet effet, ces personnes sont en droit de faire procéder par tous huissiers, le cas échéant assistés par des experts désignés par le demandeur sur ordonnance rendue sur requête par la juridiction civile compétente, soit à la description détaillée, avec ou sans prélèvements d'échantillons, soit à la saisie réelle des œuvres prétendument contrefaisantes ainsi que de tout document se rapportant aux œuvres prétendument contrefaisantes en l'absence de ces dernières ».*

494. L'article a désormais adopté la même forme que celle des dispositions sur le droit de la propriété industrielle et écarte de la même manière la possibilité de procéder à la saisie-contrefaçon sur simple demande adressée au commissaire de police ou au juge d'instance.

495. Le droit sénégalais n'a jusque-là pas prévu de confier des compétences spécifiques au commissaire de police dans la procédure de saisie-contrefaçon. Il existe cependant un bureau rattaché à la police judiciaire et donc, sous l'autorité du ministère de l'intérieur, chargé de procéder d'office ou sur plainte d'un requérant, à la saisie de toutes marchandises contrefaisantes<sup>457</sup>. Cette brigade travaille en étroite collaboration avec le Bureau Sénégalais du Droit d'Auteur. Il procède en collaboration avec ce dernier, d'une manière fréquente à la destruction des marchandises contrefaisantes<sup>458</sup>. Cette brigade à également la possibilité de déférer les auteurs ou complices à l'infraction avec l'autorisation du procureur de la République.

496. Contrairement à la compétence du commissaire de police, cette brigade est toujours en vigueur et il n'est pas prévu en droit sénégalais, une réforme visant la suppression de ses fonctions, au contraire, aujourd'hui ses pouvoirs sont renforcés avec le concours des forces de l'ordre en cas de besoin.

497. Malgré l'existence de ces quelques spécificités, en matière de saisie, en droit sénégalais (le droit français ayant désormais abrogé la compétence du commissaire de police), la procédure de saisie-contrefaçon reste désormais confinée à l'autorisation préalable du président du tribunal civil territorialement compétent.

---

<sup>457</sup> Il s'agit de la BNLPC ou Brigade de National de Lutte contre la Piraterie et contre la Contrefaçon, créé en 2006 par le Décret 2006-1398.

<sup>458</sup> <http://fr.allafrica.com/stories/200806231413.html>, site consulté le 25/05/2015; M. Diamé, « Douane sénégalaise et lutte contre la contrefaçon, le piratage et la concurrence déloyale », in, <http://slideplayer.fr/slide/4249782/>, site consulté le 25/05/2015.

## **Paragraphe 2) L'huissier de justice et ses assistants**

498. La nécessité que l'opération de saisie-contrefaçon se fasse par le biais de l'huissier de justice répond à un besoin de neutralité, de légitimité et d'efficacité des exigences de formes. Il en a été ainsi consacré, aussi bien par le droit français que par le droit sénégalais<sup>459</sup>.

499. En droit français, l'ordonnance n° 25-92 du 2 novembre 1945 fixant le statut des huissiers, nous donne la définition de leur fonction : « *Les huissiers de justice sont les officiers ministériels qui ont seuls qualités pour signifier les actes et les exploits, faire les notifications prescrites par les lois et règlements lorsque le mode de notification n'a pas été précisé et ramené à exécution les décisions de justice, ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire* ».

500. **Modalités d'intervention de l'huissier.** Une fois régulièrement saisi, et donc légitimement qualifié pour exécuter l'ordonnance autorisant la procédure de saisie-contrefaçon, le droit français soumet son intervention à certaines exigences et limites<sup>460</sup>. Ainsi il doit effectuer la saisie en respectant non seulement les prescriptions de l'ordonnance du juge mais aussi l'exerçant dans le respect d'un certain nombre de limites<sup>461</sup>. En ce qui concerne les obligations de l'huissier, la saisie débute par la remise par ce dernier au saisi de la requête et de l'ordonnance de saisie. Ce sont des exigences prévues aux articles 495 et 503 du Code de procédure civile.

---

<sup>459</sup> L'huissier saisi doit être celui qui est territorialement habilité. Sa compétence peut concerner plusieurs sites de saisies le cas échéant. Le saisissant devra obtenir dans ce cas plusieurs ordonnances et autant d'équipes pour accompagner l'huissier : G. Suissa, « Collecte et établissement de la preuve », in colloque « Petites histoires de contrefaçon », précité.

<sup>460</sup> Une jurisprudence récente et abondante porte sur l'annulation de saisies pour irrégularités dans l'intervention de l'huissier, les cas récemment relevés sont les suivants : TGI Paris, 27 juin 2014, n° 12/09390, l'huissier ayant intervenu dans un local non désigné dans l'ordonnance ; TGI Paris, 22 mai 2014, n° 12/08278, saisie opérée au nom de deux clients dont l'un n'était pas indiqué dans l'ordonnance du juge ; CA Bordeaux, 5 mai 2014, n° 12/00373, annulation car substitution de l'homme de l'art indiqué par un expert-comptable ; CA Bordeaux, 5 mai 2014, n° 12/00373, pour avoir omis de joindre au procès-verbal de saisie, la photographie des objets exigée dans l'ordonnance ; Cass. 2e civ., 6 juin 2013, n° 12-17.771 : JurisData n° 2013-011314, saisie en dehors du ressort territoriale de sa compétence. Cette nullité n'est cependant pas automatique car une jurisprudence parallèle a adopté la position inverse, c'est-à-dire, le refus d'annulation de la saisie-contrefaçon entachée d'irrégularités concernant l'intervention de l'huissier : Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20.589 : JurisData n° 2014-021096 ; CA Paris, 25 juin 2014, n° 12/16884 ; TGI Paris, 20 déc. 2013, n° 11/10869 ; TGI Paris, 21 févr. 2014, n° 11/15550.

<sup>461</sup> Ph. Rodhain, « Huissiers de justice : La saisie-contrefaçon », Revue Lamy Droit de l'immatériel 2009, n° 46 ; CA Paris, 7 avril 2015, arrêt préc. : « *la Cour constate que la preuve certaine de l'heure exacte de signification de l'ordonnance n'est pas établie et que de ce fait il n'est pas justifié de ce que la SARL Vinessen aurait disposé d'un délai raisonnable pour prendre connaissance de l'ordonnance avant le commencement des opérations de saisie-contrefaçon, ce qui lui a nécessairement causé un grief ; Considérant en conséquence que le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a prononcé la nullité du procès-verbal de saisie-contrefaçon* ».



501. En ce sens, il a été jugé, qu'il doit procéder conformément aux prescriptions de l'ordonnance de saisie-contrefaçon, soit à une saisie descriptive avec saisie d'échantillons ou, à une saisie réelle. Ces dernières consistant, comme le souligne le doyen Roubier, pour le premier, par la « *libre disposition des objets examinés* », alors que la seconde saisie serait « *la conservation des objets incriminés par la justice* ». La saisie-contrefaçon doit se rapporter à « *toute constatation utile en vue d'établir l'origine, la consistance et l'étendue de la contrefaçon ainsi que tout document s'y rapportant* ». La saisie ne peut pas porter sur l'ensemble du stock du saisi pour ne pas, d'une part gêner son activité et d'autre part, entraîner des problèmes de stockages. La saisie des documents comptables est aussi permise à l'huissier dans le cadre du droit à l'information visant la mise en évidence des réseaux de contrefaçon.

502. Au titre du droit de l'information consistant « *à obliger le défendeur à livrer des informations sur l'origine des marchandises litigieuses, les circuits de distribution et l'identité des tiers impliqués dans la production et la distribution des marchandises litigieuses* »<sup>462</sup>, l'huissier de justice pourra être amené à saisir tous documents comptables ou commerciaux trouvés lors de la perquisition chez le saisi<sup>463</sup>. En matière de document, il faut préciser cependant que la saisie s'opère par la copie des documents pour éviter de porter préjudice au saisi par la confiscation temporaire de ses documents de gestion. C'est ainsi qu'il a été jugé que : « *la saisie-contrefaçon et le droit d'information doivent se compléter et permettre au breveté d'établir avant tout procès pour la première et suite à une instance au fond pour le second, la matérialité de la contrefaçon, son étendue et son origine* »<sup>464</sup>. A cette fin, il ne peut ainsi se limiter, selon le TGI de Paris<sup>465</sup>, à enregistrer les déclarations du saisi : « *Mais attendu que le procès-verbal de saisie, bien que dressé avec l'assistance d'un conseil en propriété industrielle, ne comporte aucune description des produits prétendument contrefaits ni cliché photographique en dépit de l'autorisation donnée dans l'ordonnance permettant la saisie* ».

503. Il s'ensuit que l'huissier est certes autorisé à poser des questions visant le bon accomplissement de sa mission, dans la limite du fait que cette dernière soit entièrement cantonnée dans l'ordonnance de saisie, dans ses différentes

---

<sup>462</sup> J-C Galloux, « Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires », Dalloz, 2008, n° 111, p. 711.

<sup>463</sup> E. Albou, « Nouvelle loi de lutte contre la contrefaçon : La pratique de l'huissier de justice », Gaz. Pal. 2008. 2, p. 14.

<sup>464</sup> TGI Paris, 3 nov. 2009, n° 2009/15054, PIBD 2010, III, p. 7 ; TGI Paris, 8 juin 2010, n° 2008/16811, PIBD 2010, III, p. 752, in J. Azéma, « Marques, brevets, dessin et modèles », Lamy Droit commercial 2014, p.1126.

<sup>465</sup> TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 12 oct. 2001, Propr. Int. 2002, n° 136, p. 34.

modalités: « *Considérant en effet que la saisie-contrefaçon est une procédure exceptionnelle qui ne confère pas à l'huissier ou aux personnes qui l'accompagnent un pouvoir d'enquête ; que si le président du TGI de Strasbourg, dans son ordonnance en date du 19 janvier 2006 autorise l'huissier à poser des questions nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne donne pas à l'huissier instrumentaire le pouvoir de poser des questions relatives au procédé* »<sup>466</sup>. L'huissier qui ne respecte pas les mesures de l'ordonnance de saisie et les limitations à son statut, encourt d'une part la nullité de la saisie et d'autre part, que sa propre responsabilité professionnelle soit engagée.

504. Ce principe est aussi celui retenu par le droit sénégalais, au sens où la saisie-contrefaçon peut être exécutée par l'huissier de justice, simplement il ne sera pas, contrairement au droit français le seul exécutant possible de l'ordonnance de saisie-contrefaçon, puisqu'il est également prévu, au niveau de tous les articles prévoyant cette procédure, que cela peut aussi être le cas de tout officier public ou ministériel et même par la Douane. Nous assistons ainsi en droit sénégalais à l'implication des services douaniers à l'exécution de mesures judiciaires, ce qui leur donne une fonction différente de celle qu'on leur connaissait. Les modalités de la saisine de la Douane n'ont pas été précisées mais on peut penser qu'il s'agit certainement de la procédure de saisie-contrefaçon faisant suite à une saisie-douanière.

505. Cependant dans les deux droits, il est prévu que l'huissier, l'officier ministériel ou l'agent de la Douane pourra se faire assister par un expert durant l'exécution de sa tâche. Même si cela n'a pas été spécialement exprimé en droit sénégalais, la présence des forces de l'ordre est aussi parfois nécessaire pour que la saisie soit possible lorsque notamment le saisi fait obstacle à la procédure.

506. Lorsque l'exécution de la tâche de l'huissier rencontre des obstacles, que cela découle de l'existence d'une haute technicité de l'objet de la saisie, ou le refus de collaboration du saisi, cela peut rendre nécessaire la présence « *d'un homme de l'art* » ou celle des forces de l'ordre.

## **I) Les forces de l'ordre**

507. Ils peuvent intervenir lorsque l'accès au lieu de la saisie est rendu impossible par le saisi, quels que soient les motifs avancés par ce dernier. La nécessité de

---

<sup>466</sup> CA Paris, 16 février 2007, PIBD 2007, p. 480, obs. M.-E. Haas.

leur intervention se fait sentir en cas « *d'obstruction ou de difficulté en cours d'opération* »<sup>467</sup>. Le concours des agents de la force publique fait suite à une demande adressée au préfet en zone rurale<sup>468</sup>. L'article R. 153-1 du Code de la procédure civile d'exécution qui porte cette disposition dispose en ce sens que : « *Si l'huissier de justice est dans l'obligation de requérir le concours de la force publique, il s'adresse au préfet. La réquisition contient une copie du dispositif du titre exécutoire. Elle est accompagnée d'un exposé des diligences auxquelles l'huissier de justice a procédé et des difficultés d'exécution. Toute décision de refus de l'autorité compétente est motivée. Le défaut de réponse dans un délai de deux mois équivaut à un refus. Ce refus est porté à la connaissance du procureur de la République et du créancier par l'huissier de justice* ».

508. Il a été ainsi jugé en ce sens que le nombre de représentants des forces de l'ordre n'est pas limité, mais doit être lié à la stricte nécessité du bon déroulement de la saisie<sup>469</sup>.

509. En droit sénégalais cette possibilité est aussi prévue par toutes les dispositions portant sur la saisie-contrefaçon des droits de propriété intellectuelle. Dans le même sens qu'en droit français, il s'agit des agents de police judiciaire dépendant du ministère de l'intérieur. Mais il faudra noter qu'en droit sénégalais il existe déjà une cellule de la police judiciaire spécialisée dans l'intervention des opérations de saisies. Il s'agit de la Brigade nationale de Lutte contre la Piraterie et la Contrefaçon. Son intervention dans les opérations de saisies est fréquente, que ça soit à titre d'office ou sur plainte du titulaire des droits. Son intervention n'est pas obligatoire dans la procédure de saisie-contrefaçon, même si au vu de ses statuts, on peut aisément admettre que son assistance puisse être requise pour faciliter la mise en œuvre de cette procédure.

## **II) L'expert ou l'homme de l'art**

510. La présence du ou des experts dans la procédure de saisie-contrefaçon est une mesure facultative mais prévue aussi bien dans les dispositions du Code de propriété

---

<sup>467</sup> G. Suissa, La pratique de la saisie-contrefaçon, 1<sup>re</sup> éd., éd. juridiques et techniques, 2013, n° 141.

<sup>468</sup> Ibid.

<sup>469</sup> CA Paris, 19 juin 1990 ; Ann. Propr. Ind. 1990, p. 169 ; de même que pour le nombre des forces de l'ordre requis, l'ordonnance peut préciser ou non la présence de ces derniers lors de la saisie. Une partie de la jurisprudence ainsi que la doctrine française pense même sans indication de l'ordonnance de saisie, l'huissier pourra requérir les forces de l'ordre en cas de besoin. Cela relève du caractère exécutoire de l'ordonnance: TGI Paris, 29 mai 1987 ; RIPIA 1987, n° 150, p.180 ; P. Véron (sous la direction de), op. cit. , p. 122, n° 122.62.

intellectuelle sur la saisie-contrefaçon ainsi que dans les annexes de l'Accord de Bangui. C'est la possibilité pour l'huissier de se faire aider dans son travail d'identification des éléments de la saisie. Le terme « *expert* » est à prendre au sens de professionnel du terme, car même s'il peut s'agir d'un conseiller en propriété intellectuelle, il peut être simplement un professionnel, quel que soit son secteur d'activité, dès l'instant que sa présence est utile à l'huissier durant la saisie. Sa présence s'avère souvent utile surtout lorsque la saisie-contrefaçon concerne un procédé breveté à cause de la technicité de l'objet du droit. Ce n'est donc pas l'expert judiciaire qui assiste le juge mais l'expert de la « *partie* »<sup>470</sup>. Au sens du droit positif, il s'agirait plutôt dans le cas de la saisie-contrefaçon d'un technicien spécialisé contrairement à l'expert judiciaire « *qui connaît* » et va apporter ses lumières au juge pour l'aider à statuer<sup>471</sup>.

511. Le choix de l'expert revient au saisissant et n'a pas nécessairement besoin d'être mentionné dans l'ordonnance. Il a ainsi été jugé par la Cour d'appel de Paris en matière de saisie de logiciel,<sup>472</sup> que : « *Considérant (...) Mais que l'ordonnance du 24 mars 1993 autorise expressément chacun des huissiers instrumentaires à se faire accompagner, le cas échéant, par un mandataire de la requérante, homme de l'art pris en dehors de ses préposés, ainsi que par un expert informatique inscrit en cette qualité sur une liste de Cour d'appel* ».

« *Que de surcroît, outre le fait, comme le souligne le tribunal, qu'il est usuel qu'un huissier se fasse assister de spécialistes en informatiques pour opérer des saisies de logiciel, il n'est pas contesté que le dit expert n'est intervenu que sous son contrôle* ».

512. Cette jurisprudence a été confirmée en 2007, par le tribunal de grande instance de Paris, dans un litige où l'expert en question était un serrurier, les moyens de la défense invoquaient la nullité de la saisie pour la raison que l'intervention de l'expert n'était pas stipulée dans l'ordonnance<sup>473</sup> : « *(...) la présence d'un serrurier n'avait pas été précisée dans l'ordonnance et la présence du serrurier est donc une irrégularité. Pour autant cette présence n'a généré aucun grief à la société Profilmar* ».

---

<sup>470</sup> C. Diaz, Le guide des expertises judiciaires, 2e éd., Dalloz 2014.

<sup>471</sup> Ibid.

<sup>472</sup> CA Paris, 15 janv. 1997, PIBD 1997, n° 639, III, 517, in P. Véron, op. cit., 3e éd., p.429.

<sup>473</sup> TGI Paris, 3e ch. civ. 1re sect., 30 mai 2007, RG n° 04/12557, jurinpi B20070215, in P. Véron, op. cit., 3e éd., p. 430.

513. Cette exigence répond également à une condition mentionnée dans le Code de procédure civile<sup>474</sup>. Il intervient dans l'identification des éléments techniques contrefaisants. Il doit être indépendant du saisissant d'après l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable.

### **III) Les agents assermentés et les constats informatiques**

514. Si la définition de l'œuvre a toujours été un paradoxe en droit de la propriété littéraire et artistique, la loi y a remédié en procédant par énumération<sup>475</sup>. C'est ainsi que le régime du logiciel et celui de la base de donnée sont insérés dans le livre 1 du Code de la propriété intellectuelle portant sur le droit d'auteur. Ils bénéficient par conséquent, à ce titre, via l'article L. 332-4 du CPI, de procédures de saisie-contrefaçon. La nouvelle loi n° 2014-315 de renforcement de la lutte contre la contrefaçon, a modifié cet article dans le sens d'une uniformisation de ses dispositions à celles de la saisie-contrefaçon des droits d'auteurs classiques, ainsi que celle concernant les autres droits de propriété intellectuelle.

515. Selon les termes du nouvel article, il est donné à l'huissier de justice, la possibilité de procéder à la saisie-description par « *une copie des logiciels ou des bases de données prétendument contrefaisante* ».

516. Les dispositions de l'article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit la possibilité pour le titulaire de l'action en contrefaçon de saisir en plus de l'huissier, des professionnels agréés par le ministre chargé de la culture, par décret. Ces agents dits « agents assermentés » peuvent être désignés par le Centre national du cinéma ou de l'image animée ou par les organismes de défense professionnelle. Ils peuvent procéder à des constats sur des infractions commises sur internet. Ces derniers pourront dès lors intervenir dans une procédure de saisie lorsque leur participation a été précisée dans l'ordonnance. L'existence de ces agents est d'une importance considérable dans un contentieux de contrefaçon de plus en plus présent sur internet.

---

<sup>474</sup> V. les articles 263 à 284-1 du Code de procédure civile.

<sup>475</sup> M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre : Des Mythologies aux mythes informatiques », Dalloz, 2010, n° 13, p. 776.

## Conclusion chapitre

517. Le droit procédural de la contrefaçon présente la particularité de ne pas se rattacher uniquement à une action judiciaire au fond. Cette dernière peut être précédée par deux procédures probatoires très originales, qui peuvent constituer des étapes préalables déterminantes pour le succès de l'action en contrefaçon. Il s'agit en droit comparé de la procédure de saisie-contrefaçon, ainsi que celles sur la de saisie et la retenue douanière.

518. L'application du droit douanier de la contrefaçon est plus effective en France, notamment avec les questions des transits. Le droit européen chapeaute le droit français de lutte contre la contrefaçon qui s'est largement teinté de ses directives. Le dispositif français de lutte contre la contrefaçon s'applique en parallèle avec les règles européennes en matière de retenue ou de saisie-douanière. Il existe en ce sens un Code européen de la Douane à côté du Code français des douanes.

519. Au Sénégal, le droit douanier de lutte contre la contrefaçon existe également au niveau national et communautaire. Les règles manquent parfois de précision comparées à celles des droits français et européens sur la question. Leur application reste difficile à cause du manque de moyens. On remarque une amélioration en cours, en l'occurrence par le fait que la contrefaçon soit aujourd'hui élevée en délit pénal au Sénégal.

520. Les procédures d'application des mesures douanières de lutte contre la contrefaçon ne sont cependant pas indemnes de critiques car les délais requis pour intenter une action en justice sont souvent trop courts. La possibilité d'une mainlevée de la saisie ou son annulation crée une insécurité pour le titulaire des droits. Les délais devraient être étendus afin que la victime ait le temps d'organiser sa défense et de mener une action fructueuse au fond contre le contrefacteur.

521. La procédure de saisie-contrefaçon est de nature judiciaire. Elle fait l'objet d'un important contentieux car les différentes conditions liées à son application sont assez complexes bien qu'elles soient confiées en France comme au Sénégal, à des professionnels. Nous déplorons cette situation qui présente un effet dissuasif pour les victimes. Il semble quelque peu contradictoire qu'une procédure visant à faciliter la sanction du procès se termine par un procès en annulation ou en responsabilité contre les

différents intervenants. Le droit français et le droit sénégalais gagneraient à assouplir leurs conditions de mise en œuvre de la saisie-contrefaçon pour une plus grande efficacité de la lutte contre la contrefaçon. L'intérêt principal de cette technique étant son caractère non contradictoire car les contrefacteurs sont souvent bien organisés. Si la procédure devait se faire sans effet de surprise, elle perdrait tout son sens. La possibilité d'annulation de la saisie à tout moment dénote une réglementation trop contraignante en la matière.

522. L'existence de ces procédures reste cependant un avantage pour la victime de la contrefaçon car elles visent avant tout à renforcer la lutte judiciaire contre la contrefaçon.

## Chapitre second : Le parasitisme économique ou un troisième degré de protection des droits immatériels ?

523. L'infraction de parasitisme économique est l'aboutissement d'une étude doctrinale sur l'usurpation de la marque datant de 1956<sup>476</sup>. C'est une création doctrinale relativement récente. La première décision judiciaire consacrant son existence date de 1959<sup>477</sup>. Elle sanctionne le comportement de celui qui : « usurpe sensiblement une valeur économique d'autrui, même non concurrent »<sup>478</sup>. Il n'existe pas de définition légale de l'infraction car elle demeure entièrement de source prétorienne. Le mot parasitisme est défini comme : le « *Fait pour un commerçant de chercher à profiter, sans créer nécessairement la confusion, de la réputation d'un concurrent ou des investissements réalisés par celui-ci* »<sup>479</sup>. Le domaine de l'infraction relève d'une certaine particularité (Section 1). La question de son autonomie face à la concurrence déloyale et à la contrefaçon fait l'objet, et demeure un important sujet de débat doctrinal (Section 2)<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> Y. Saint-Gal, art. précité.

<sup>477</sup> CA Paris, 24 nov. 1959, The Ritz hôtel Limited, cité par B. Vatier, Gaz. Pal. 9 oct. 1997, p. 1237.

<sup>478</sup> Ph. le Tourneau (Sous la direction de), op. cit., n° 7082.

<sup>479</sup> S. Guinchart (Sous la direction de), Lexique des termes juridiques, op. cit., p. 749-750.

<sup>480</sup> J. Huillier, « Le parasitisme parasite-t-il la propriété intellectuelle ? », Gaz. Pal., 8 nov. 2001, n° 312, p. 16.



## Section 1 :L’infraction autonome du parasitisme économique ou agissement parasitaire.

524. Le parasitisme est une infraction entièrement créée par la doctrine et reprise par la jurisprudence pour sanctionner le comportement déloyal de certains opérateurs économiques<sup>481</sup>. Elle répond à une nécessité de sanctionner, sous le régime de la responsabilité civile délictuelle, le fait de profiter, à titre lucratif, de la renommée ou du travail d’autrui<sup>482</sup>. Le professeur Yves Saint-Gal qui en est l’initiateur théorique, a distingué deux sortes de parasitisme, à savoir, les agissements parasites et la concurrence parasitaire<sup>483</sup>. Les agissements parasites concerneraient les relations non concurrentielles, tandis que, la concurrence parasitaire n’est qu’une forme supplémentaire de concurrence déloyale<sup>484</sup>. La Cour de cassation définit le parasitisme en ces termes : « *c’est l’ensemble des comportements par lesquels un agent économique s’immisce dans le sillage d’un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts, et de son savoir-faire* »<sup>485</sup>.

525. Le régime du parasitisme comporte ainsi un domaine précis et vaste à la fois, il peut être invoqué dans tous cadres économiques. Il en résulte une certaine autonomie de l’infraction (Sous-section 1). Une critique de la pertinence de l’infraction se soulève cependant au sein de la doctrine française (Sous-section 2).

---

<sup>481</sup> Y. Saint-Gal, art. précité.

<sup>482</sup> Ph. le Tourneau, « Le parasitisme dans tous ses états », Dalloz, 1993, n° 42, p. 310.

<sup>483</sup> Y. Saint-Gal, op. cit. : Le parasitisme est « *l’acte d’un commerçant ou d’un industriel qui, même sans avoir l’intention de nuire, tire ou s’efforce de tirer profit du renom acquis légitimement par un tiers et sans qu’il y ait normalement de confusion entre les produits et les établissements* ».

<sup>484</sup> Ph. le Tourneau, Ibid. « *Mais chaque expression comporte ses limites et, d’une certaine façon, ses pièges. La concurrence déloyale n’échappa point à ce sort. L’accent mis sur la concurrence conduisit la jurisprudence à limiter l’emprise de la théorie, en stricte logique des mots, aux concurrents, à la conquête de la clientèle pour des produits et services identiques ou similaires* ».

<sup>485</sup> Cass. com. 26 janv. 1999 : Dalloz. Affaires 2000, p. 87.

## **Sous-section : L'originalité de la sanction des agissements parasitaires en Droit comparé**

526. L'autonomie de l'infraction du parasitisme par rapport à la concurrence déloyale repose sur plusieurs critères. Les auteurs se sont employés à les rappeler et la jurisprudence les a bien admis. L'élément matériel constitutif de l'infraction est polymorphe<sup>486</sup>. Pour que le parasitisme soit retenu par le juge, il est nécessaire que les faits soient accomplis en dehors de toute relation de concurrence, mais également, il faut que les faits soient accomplis sans risque de confusion<sup>487</sup>. Le professeur Louis Vogel a affirmé dans ce sens que: « *L'agissement parasitaire est celui qui est commis en dehors de tout risque de confusion et de tout rapport de concurrence* »<sup>488</sup>. Le parasitisme a pour but de sanctionner des actes exclus du domaine des fautes de la concurrence déloyale<sup>489</sup>.

### **Paragraphe 1) L'usurpation d'une renommée ou d'une notoriété professionnelle**

527. On parle d'usurpation, au sens commun, lorsqu'une chose a été subtilisée à un individu. L'idée de l'usurpation d'une réputation ou d'une notoriété commerciale n'en est pas loin. Les agissements parasitaires vont consister au détournement illicite d'une identité professionnelle constituant une valeur attractive pour la clientèle<sup>490</sup>.

---

<sup>486</sup> Voir notamment la formule généraliste employée par la Cour de cassation, 26 janv. 1999, préc.: « *Un ensemble de comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* ».

<sup>487</sup> La protection des créations olfactives illustre bien cet état de fait, c'est ainsi que D. Glan soulignait à ce propos que : « (...) *la source odorante. Cette dernière n'est susceptible d'être convoitée et corrélativement usurpée que par un concurrent. En effet, on imagine difficilement l'attrait que pourrait constituer l'accès à une formule chimique pour un intervenant économique autre qu'une maison de parfums et/ou de cosmétiques. (...) Nous nous proposons dès lors de concentrer notre réflexion sur les comportements concurrentiels contraires à la probité professionnelle* » : La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, n° 160.

<sup>488</sup> L. Vogel, Traité de droit des affaires : Du droit commercial au droit économique, t.1, volume 1, 19e éd., LGDJ, 2010, n° 747.

<sup>489</sup> J. B. Blaise, Droit des affaires, 7e éd., LGDJ, 2013, n°634 : « *le parasitisme peut être défini comme le fait, pour une entreprise, de tirer profit, de façon injuste, de la réussite d'une autre entreprise. Le parasite cherche à utiliser pour son propre profit le succès commercial, la notoriété et les investissements intellectuels d'une autre entreprise* ».

<sup>490</sup> Cass. Com., 26 janv.1999, préc. : « *Le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de son savoir-faire* » ; cette définition a été élargie par l'arrêt suivant : Cass. com. 21 janv

528. Cette forme de parasitisme correspond à la définition du concept de l'infraction à ses débuts. Le professeur Saint-Gal avait décomposé l'infraction du parasitisme entre les agissements parasitaires et la concurrence parasitaire<sup>491</sup>. Les agissements parasitaires se démarquaient de la concurrence déloyale par l'absence de la prise en compte d'une relation concurrentielle entre les parties. Ils devaient reposer sur l'utilisation illicite de la renommée d'autrui, « *sans bourse délier* ». A l'origine le concept concernait uniquement l'usurpation de la marque d'autrui<sup>492</sup>. Le délit civil était donc constitué d'une faute de confusion en l'absence d'une clientèle commune entre la victime et le parasite. Cet état de fait excluait les agissements parasitaires du domaine de la concurrence déloyale, et plus spécifiquement, celui de la concurrence parasitaire. « *La loyauté commerciale ne saurait tolérer que le Geai se pare des plumes du Paon* »<sup>493</sup>. Cette phrase devenue célèbre et empruntée par le professeur le Tourneau dans les Fables de la Fontaine, illustre très bien le principe. Le fait « *de singer* » les éléments d'identification d'un autre agent économique, même en dehors de toute relation de concurrence, porte préjudice, autant au parasitisme, qu'au marché en général, car cela conduit à une déloyauté et constitue un frein à l'innovation<sup>494</sup>. « *La faute consiste à profiter d'une notoriété à moindre coût* »<sup>495</sup>.

529. Le droit sénégalais semble être en avance, par rapport au droit français sur ce concept, car il connaît une disposition écrite sur cette faute délictuelle. L'interdiction de l'usurpation de notoriété est prévue à l'article 3 de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui, intitulé : « *Atteinte à l'image et à la réputation d'autrui* ». La formule de l'article est la suivante : « *Constitue un acte de concurrence déloyale, tout acte ou pratique qui, dans*

---

2001, préc. qui considère que le parasitisme est la reprise « *plagiaire (...) de la forme et de la substance* » de l'œuvre antérieure d'autrui.

<sup>491</sup> Y. Saint-Gal. op. cit.

<sup>492</sup> A.-A. Diouf, Essai sur le régime juridique des noms de domaine, thèse, Orléans, 2010, n° 431 : « *La concurrence parasitaire se livre comme la situation par laquelle un concurrent use de la notoriété ou encore des procédés commerciaux d'une entreprise placée dans la même filière économique que lui. Quant aux agissements parasitaires, en l'occurrence la reprise du signe ou du comportement déloyal, s'observe par un contrevenant ne partageant aucune activité concurrentielle avec le propriétaire de droits de propriété intellectuelle* ».

<sup>493</sup> Ph. le Tourneau, Ibid. Citation inspirée d'une fable de la Fontaine sur les plagiaires (J. de la Fontaine, « *Le Geai paré des plumes du Paon* », Fables, 1968, livre IV, 9) dont les premiers vers sont les suivants :  
« *Un Paon muait ; un Geai prit son plumage ;  
Puis après se l'accommoda ;  
Puis parmi d'autres Paon tout fier se pavana ;  
Croyant être un beau personnage ;  
Quelqu'un le reconnut : Il se vit bafoué ;  
Berné, sifflé, moqué, joué ; (...)* ».

<sup>494</sup> Ph. le Tourneau, De la spécificité du préjudice concurrentiel, RTD. Com., n° 51, janvier-mars 1998.

<sup>495</sup> M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, n° 368.

*l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, porte atteinte ou est de nature à porter atteinte à l' image ou à la réputation d'une entreprise d'autrui, que cet acte ou cette pratique crée ou non une confusion ».* L'usurpation de la notoriété est en effet une pratique d'atteinte à la renommée sans risque de confusion. Cette pratique citée en droit OAPI dans le cadre des actes de concurrence déloyale ne serait ainsi, qu'un cas de parasitisme. Cela apparaît d'autant plus pertinent, que l'annexe VIII de l'Accord ne semble pas faire une distinction entre la concurrence déloyale et le parasitisme.

530. Si le cas le plus usuel de l'atteinte à la renommée se matérialisait par l'imitation ou l'utilisation illicite d'une marque, cela s'explique par le fait que celle-ci est fortement rattachée à une fonction de garantie d'origine et de qualité, le parasite qui s'inspire d'un signe qui a déjà fait ses preuves, s'approprie ou plutôt se glisse dans la peau du titulaire des droits pour faire croire que ses produits portent une certaine qualité. Le consommateur pourra facilement s'y méprendre, d'autant plus qu'il peut croire à des activités accessoires du titulaire du signe. Le juge ne prend en considération, dans son appréciation de l'infraction, que le comportement du consommateur d'attention moyenne. Ce dernier n'a pas généralement le temps de procéder à une vérification et n'a pas les réflexes du professionnel pour déceler si le produit ne provient pas, par exemple, d'une diversification de l'activité du titulaire du signe. Le parasite profite ainsi indûment des investissements du titulaire.

531. La consécration jurisprudentielle la plus retentissante de l'époque des débuts du parasitisme est l'affaire Pontiac<sup>496</sup>. C'est la raison pour laquelle la société General Motors reproche à la société Royal Corporation, d'usurper de la dénomination Pontiac pour vendre des réfrigérateurs, alors que cette dernière ferait référence à son nom commercial ainsi que son enseigne. Suite à cela, General Motors intente donc une action pour concurrence déloyale. La Cour d'appel a rejeté cette demande au motif que la dépréciation de la marque pour risque de confusion est minime, car on se trouve dans deux secteurs de concurrence distincts, les automobiles et les réfrigérateurs. Cet arrêt a l'intérêt de poser les principes de base de l'action en parasitisme, à savoir l'absence de concurrence

---

<sup>496</sup> CA Paris 8 décembre 1962, Pontiac, Dalloz, 1963. 406, note H. Desbois. « *Considérant que la General Motors n'établit pas qu'en raison de la confusion ainsi créée par la Royal Corporation elle a subi un dommage du fait d'une mévente de ses voitures, il n'en est pas moins certain qu'en adoptant le même nom pour la vente de ses réfrigérateurs et en faisant en sorte que les consommateurs soient abusés sur leur origine, la Royal Corporation lui a occasionné un certain préjudice en affaiblissant le caractère distinctif et le pouvoir attractif de la marque (...)* Par ces motifs, dit que la Société General Motors recevable, mais mal fondée en son appel ».

entre les parties, ainsi que l'absence de risque de confusion<sup>497</sup>. L'intérêt de cet arrêt est d'ouvrir la porte au parasitisme en ce qu'il exclut la concurrence déloyale dans un rapport de non-concurrence sans possibilité de confusion.

532. Le caractère subsidiaire des agissements parasitaires par rapport à la concurrence déloyale est fortement lié au principe dégagé à l'arrêt précité. C'est le fait qu'il étend le domaine d'application de la responsabilité civile délictuelle dans le contentieux des affaires, en dehors des cas visés par la concurrence déloyale. L'intérêt des agissements parasitaires tourne autour de ce concept, car c'est une ouverture permettant aux agents économiques de protéger leurs biens immatériels contre l'usurpation d'autrui, même en dehors de leur rayon de concurrence. Le parasitisme n'exige pas une clientèle commune comme le rappelle la jurisprudence<sup>498</sup>. Le préjudice poursuivi n'est pas un détournement direct de clientèle, mais une dépréciation de la réputation commerciale, de la renommée ou un détournement du signe non protégé par une propriété intellectuelle. Le principe de l'absence de concurrence dans le parasitisme entraîne l'absence de prise en compte de la notion de confusion en cas d'usurpation de la marque d'autrui. La confusion recherchée par emploi de la marque d'autrui est en effet déjà sanctionnée au titre de la concurrence déloyale. C'est donc l'élargissement du champ d'action de la responsabilité civile dans d'autres dommages de la vie des affaires qui rend légitime l'apport de la sanction du parasitisme pour enrayer par ce fait, tous les comportements délictuels du marché<sup>499</sup>. Cela fait apparaître un point important en notre sens. C'est le fait que les agissements parasitaires, contrairement à la concurrence déloyale, vont facilement s'appliquer aux rapports verticaux du marché. C'est-à-dire qu'ils pourront régir les comportements des agents économiques établis à différents niveaux de la production et de la distribution des biens. Ainsi, selon le professeur le Tourneau : « *La prohibition de ce comportement montre que le devoir de loyauté entre concurrents se prolonge par un devoir de loyauté entre tous les intervenants de la vie économique* »<sup>500</sup>.

533. M. Courtieu, qualifie ces procédés, de tentatives de confusion, d'assimilation ou de filiation, et les considère comme des « *artifices tendant à*

---

<sup>497</sup> H. Desbois, note sous Ibid.

<sup>498</sup> Cass. com. 30. Jan. 1996, pourvoi n° 94-15725, Dalloz, 1997. 232, note Y. Serra : « *Les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence* ».

<sup>499</sup> La Cour de cassation a eu à rappeler cette règle en cassant un arrêt ayant exigé un risque de confusion pour retenir le parasitisme : Cass. com., 17 juin 1995 : Bull. civ. 1995, IV, n°193 ; JCP G 1996, IV, 2122

<sup>500</sup> Ph. le Tourneau, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », RTD com., n° 51, janv-mars 1996

*l'amalgame* »<sup>501</sup>. Si on ne peut pas parler de recherche de confusion du fait de l'absence de la clientèle commune, on peut parler de tentative de rapprochement se matérialisant par un « *rattachement fallacieux* »<sup>502</sup>.

534. Deux arrêts de la Cour d'appel illustrent parfaitement cette exigence. La Cour de cassation a récemment mis fin à la tendance de certaines cours d'appel à rejeter des demandes en parasitisme pour défaut de clientèle commune<sup>503</sup>. L'arrêt en effet rappelle la règle de base des agissements parasitaires selon laquelle la sanction judiciaire du parasitisme n'est pas subordonnée à l'existence d'une concurrence entre les parties<sup>504</sup>.

535. La renommée en tant qu'élément de ralliement de la clientèle doit être protégée à ce titre, c'est-à-dire pour permettre à son titulaire de bénéficier en toute quiétude du fruit de ses efforts intellectuels ou financiers<sup>505</sup>. Les efforts intellectuels et/ou matériels représentent des risques que le titulaire de la renommée a bien voulu prendre. Ils lui permettent ainsi d'asseoir une certaine légitimité dans son domaine d'action<sup>506</sup>.

536. Si la renommée visée par le parasitisme ne visait à l'origine que l'usurpation de la marque, aujourd'hui, elle se rapporte à tous les signes intellectuels se rattachant à l'entreprise. Le professeur Passa déclare à ce titre que la spécificité du parasitisme « *réside en la possibilité de qualifier comme fautive, la reproduction ou l'imitation d'un signe ou d'une création exploitée* »<sup>507</sup>. L'idée est de protéger les efforts intellectuels ou financiers consacrés par le titulaire même en dehors de tout droit subjectif existant<sup>508</sup>. La liberté du commerce protège et encourage les innovations, il faut donc que cette renommée soit sérieusement établie pour être protégeable<sup>509</sup>. Ces dernières permettent, avec la concurrence, une évolution positive bénéfique au marché en général, car elles seront en même temps une incitation pour les autres agents économiques, concurrents ou non. Le

---

<sup>501</sup> G. Courtieu, J.Cl. Responsabilité civile et assurance. Fasc. 132-30, n° 49, 15 novembre 2013.

<sup>502</sup> Ibid.

<sup>503</sup> CA Paris, pôle 5, 2e ch., 4 fév. 2011, n° 09/28469 : JurisData n° 2010-051290, PIBD 2010, n° 915, III, p. 220 ; CA Paris, pôle 5, 2e ch., 11 mars 2011, n° 10/05625 : PIBD 2011, n° 942, III, p. 444.

<sup>504</sup> Cass. com. 15 nov. 2011, n° 10-25.473 : JurisData n° 2011-02596 ; Propr. Indist. 2012, comm. 19, J. Larrieu.

<sup>505</sup> D. Legeais., Droit commercial et des affaires, 21e éd., Sirey, 2014, n° 638 : « Le parasite cherche en se plaçant dans le sillage d'autrui à détourner l'investissement ou la recherche de ce dernier. Il peut également tenter de dériver à son bénéfice une initiative commerciale et la prise d'un risque ».

<sup>506</sup> Cass. Com. 30 janv 1996, JCP E 1996. Pan. 395; Dalloz. 1997. 232, NOTE y. Serra : « *Engage sa responsabilité la société qui se rend coupable d'actes parasitaires en transposant, même hors de toute situation de concurrence, le slogan publicitaire d'autrui, profitant ainsi à moindre coût de l'impact de ses campagnes promotionnelles* ».

<sup>507</sup> J. Passa, contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 193.

<sup>508</sup> CA Toulouse, 19 oct. 1988 : Dalloz. 1989, jurispr. p. 209, note J.-F. Barbiéri.

<sup>509</sup> CA Paris, 11 mars 1998, EMI c/ Club Méditerranée : Dalloz. 1999, somm. p. 97, obs. M.-L. Izorche.

parasite ne cherche pas directement un avantage concurrentiel mais indirectement en s'abstenant de passer par le même chemin pour se faire sa propre réputation commerciale. La Cour d'appel de Toulouse a très bien illustré ce principe en jugeant que : « *l'application de la notion de parasitisme ne se conçoit que s'il y a utilisation d'une technique ayant nécessité des efforts tant intellectuels que financiers importants ou d'un nom commercial jouissant d'une réputation ou d'une notoriété particulière résultant notamment d'une publicité très onéreuse et quasi permanente et représentant une valeur économique importante en soi* »<sup>510</sup>. C'est ainsi qu'a été rejetée une demande en parasitisme pour une réputation commerciale n'ayant pas entraîné de véritables efforts de recherche ou d'investissements<sup>511</sup>. Pour M. le Tourneau, « *la notoriété n'est pas le fruit d'un hasard, mais celui d'un labeur continu, mais d'un labeur intense et continu, parfois pendant des siècles* »<sup>512</sup>. Notre position rejoint celle de l'auteur. Nous pensons, d'ailleurs que cette exigence est utile pour pouvoir notamment mesurer le préjudice pouvant résulter de ces agissements. Les efforts consentis pour acquérir cette renommée, les « *dépenses engagées* » que le parasite va indirectement subtiliser afin de capter plus facilement l'attention d'une clientèle<sup>513</sup>. L'usurpation doit être accomplie à titre lucratif<sup>514</sup>, elle ne doit pas être nécessaire<sup>515</sup>. L'usurpation sanctionnée par la jurisprudence est celle qui concerne une activité lucrative. Cette exigence de la jurisprudence se comprend dans la mesure où c'est uniquement dans le cadre des affaires que l'on peut justifier le préjudice découlant du parasitisme économique.

537. En France, la sanction du parasitisme pour usurpation de signe a été consacrée, sur le plan législatif, par l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier codifie l'article 16 de la loi du 4 janvier 1991 qui transpose la directive n° 89/104/CEE du 21 déc. 1989 en son article. 5, § 2, modifié par l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 déc. 2008, il dispose que : « *La reproduction ou l'imitation d'une marque pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au titulaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette*

---

<sup>510</sup> Ibid.

<sup>511</sup> CA Paris 17 oct.1997: PIBD 1998, III, p. 91.

<sup>512</sup> Ph. le Tourneau, J.-Cl. Conc. consom. 2014, Fasc. 227, n° 53.

<sup>513</sup> A ce propos, Ph. le Tourneau, op. cit. n°99 : « *Cet acte est choquant : il heurte la morale des affaires ; la théorie des agissements parasitaires permet d'y mettre fin* ».

<sup>514</sup> CA Versailles, 19 nov. 1998 : JCP E 2000, p. 176, obs. D. Fasquelle.

<sup>515</sup> CA Paris, 27 nov. 1998, Dalloz. Affaires 1999, p. 661, note Fouassiet et Fallet ; CA Paris, 10 sept. 2003, JurisData n° 2003-222622 ; Cass. com., 24 sept. 2013 ; JurisData n° 2013-020678 ; contrats conc. consom. 2013, comm. 264, obs. M. Malaurie Vignal.

*dernière. Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables à la reproduction ou l'imitation d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle précité ».*

538. La marque renommée a été définie par la Cour de justice des communautés européennes. Selon elle, il s'agit : « *d'une marque connue par une partie du public (..), dans une partie substantielle de l'union* »<sup>516</sup>. Cette définition quelque peu imprécise a été parfois critiquée<sup>517</sup>, complétée par la Cour d'appel de Paris. Elle a jugé que pour déterminer si une marque est connue d'une partie significative du public, il faut chercher : « *la part du marché qu'elle occupe, l'intensité de son exploitation, son étendue géographique, la durée de son usage, l'importance des investissements auxquels elle donne lieu* »<sup>518</sup>. Cette même Cour d'appel avait donné une définition dans un arrêt de 1996: « *une marque connue d'une très grande fraction du public et qui exerce un pouvoir d'attraction propre indépendant des produits ou services qu'elle désigne* », par cet effet, toute utilisation de cette marque est « *susceptible d'être considérée par un consommateur d'attention moyenne comme émanant de celui qui en est titulaire* »<sup>519</sup>.

539. L'article L. 713-5 du Code de propriété intellectuelle assure la même protection à la marque notoire. Cette dernière ne se différencie de la renommée que par le degré de notoriété. La loi lui assure une protection supérieure car il n'est point besoin de l'enregistrer pour en obtenir la sanction de l'atteinte<sup>520</sup>. La marque notoire présente ainsi l'avantage, de ne pas être cantonnée dans les limites du principe de la spécialité de la marque<sup>521</sup>.

540. Il est important de signaler que cette protection par la responsabilité civile délictuelle ne doit pas être assimilée à la contrefaçon de la marque notoire, visant uniquement, les cas d'usurpation, pour des biens ou services entrant dans le domaine de protection de cette marque. La jurisprudence a d'ailleurs jugé en ce sens que la demande en parasitisme ne peut être recevable, lorsqu'elle est fondée sur les mêmes faits applicables à

---

<sup>516</sup> CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-375/97, Sté General Motors c/ StéYplon : RJDA 1999, n° 1266 ; PIBD 2000, III, p. 39 ; RTD com. 2000, 87, obs. J.-C. Galloux ; RTD europ. 2000, p. 134, obs. G. Bonet ; CA Paris, 25 févr. 2000, Sté SEPA Presse c/ Sté CONNEXION.

<sup>517</sup> F. Pollaud-Dulian, Marques de renommées. Histoire de la dénaturation d'un concept : Propr. intell. 2001/1, p. 43 s

<sup>518</sup> CA Paris, 18 mai 2001, Sté Chaumet international : PIBD 2001, III, p. 576.

<sup>519</sup> Paris, 17 janv. 1996. Concorde : Dalloz affaires 1996, n° 12, p. 360.

<sup>520</sup> Ph. le Tourneau, op. cit. n° 64.

<sup>521</sup> Cass. com., 29 juin 1999, n° 97-12.045, SCA Galec c/ CNOSF : JCP E 1999, pan. p. 1514 ; Dalloz, 2000, p. 185, note X. Buffet Delmas d'Autane ; PIBD 1999, III, p. 387.



la demande en contrefaçon<sup>522</sup>. La Cour de cassation a rappelé en 2008, qu'« *en se fondant, pour prononcer une condamnation distincte de celle résultant de la contrefaçon de modèle, sur des faits qui ne se distinguent pas de ceux caractérisant cette contrefaçon, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil* »<sup>523</sup>.

541. Cette consécration est une victoire, certes partielle, mais reste porteuse d'espoir, pour les auteurs qui ont prôné, ou prônent encore, l'admission législative de la concurrence déloyale en France<sup>524</sup>. Nous sommes favorables à cette réglementation. L'admission législative de certaines formes de parasitisme manifeste un rapprochement de l'infraction de contrefaçon à celle du parasitisme, il en est de même pour la concurrence déloyale. La consécration textuelle de cette dernière serait ainsi déjà en marche en droit français.

542. L'autonomie du parasitisme se manifeste également sous une autre forme d'acte illicite. L'usurpation induite du parasite peut concerner non pas l'identité de la victime, mais plutôt les ressources qu'il a mobilisées pour acquérir valeur économique exploitable au niveau commercial.

## **Paragraphe 2) Le parasitisme par détournement de l'investissement d'autrui**

543. Le principe des efforts commerciaux créateurs de valeurs économiques et entraînant un certain avantage concurrentiel repose essentiellement sur une prise de risque opérée par le parasite pour accéder à ce résultat. Le risque pris par des investissements en matière intellectuelle, financière ou de temps de travail procure ainsi une certaine image favorable aux affaires. L'intérêt d'un tel acquis va consister pour son titulaire, à pouvoir l'exploiter paisiblement même s'il n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle. La doctrine a développé en ce sens une extension de la théorie du parasitisme afin qu'il soit

---

<sup>522</sup> Cass. Com. 19 janv. 2010, n° 08-15.338, 08-16.459, 08-16.469: JurisData n° 2010-051290; PIBD 2010, n° 915, III, p. 220.

<sup>523</sup> Cass. Com., 1<sup>er</sup> juil. 2008, n° 07-13.952: JurisData n° 2008-044659; PIBD 2008, n° 885, III, p. 674; Propr. Industr. 2008, comm. 91, J. Schmidt-Szalewski. La Cour de cassation avait relevé « *qu'après avoir constaté des actes de contrefaçon, la Cour d'appel a prononcé une condamnation au titre de la concurrence parasitaire. L'arrêt relève que les sociétés poursuivies ont entendu exploiter le succès commercial des modèles en cause en se plaçant délibérément dans le sillage de la demanderesse, sans avoir à investir dans la création de modèles ni à procéder à des investissements publicitaires, de sorte qu'en tirant profit des importants investissements engagés par la demanderesse, elles ont manifesté un comportement fautif à son encontre qui lui a directement causé un préjudice en banalisant ses modèles et en portant atteinte à sa notoriété par la piètre qualité des articles contrefaisants* ».

<sup>524</sup> Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », art. précité.

possible au détenteur d'avantage concurrentiel, de jouir sereinement du fruit de son travail, sans pour autant subir l'assaut des parasites économiques. Cette démarche a d'abord débuté par la prise en compte du détournement des investissements d'autrui, une partie de la doctrine a ensuite proposé la prise en compte de la valeur ajoutée dans la prise en compte de la liberté de copie, avant de suggérer la protection des idées pour une plus grande efficacité de la sanction du parasitisme dans le monde des affaires.

### **I) La sanction du détournement des efforts d'autrui**

544. Le concept du parasitisme pour usurpation de l'investissement d'autrui découle de l'élargissement du concept du parasitisme imaginé par la doctrine. Il a assuré une meilleure efficacité de l'infraction sur la sanction des actes d'usurpation de toute nature intervenant dans la vie des affaires<sup>525</sup>. A la place de l'usurpation de la marque renommée ou ayant une notoriété, connue à l'origine pour être la seule faute de parasitisme, on parle désormais du concept général d'usurpation de valeur économique, incluant en plus des marques, toutes les créations intellectuelles non protégées de l'entreprise. M. Desjeux, qui a largement participé en matière doctrinale à cette nouvelle extension du domaine du droit du parasitisme affirmait en ce sens que : « *Contrairement à ce que l'on croit trop souvent, les règles de concurrence déloyale ou plus généralement de la responsabilité civile peuvent être mises en œuvre, dès lors qu'un tiers a copié le travail ou l'effort commercial d'autrui même s'il n'existe aucun risque de confusion*<sup>526</sup> ». Le travail ou l'effort commercial d'autrui font ici référence à l'investissement d'autrui, dans la mesure où comme le souligne M. Le Tourneau, par analogie avec le principe de protection de la renommée, il conviendrait de protéger les créations non protégées de l'entreprise ayant fait l'objet « *des efforts soutenus, des investissements et ayant une valeur économique* »<sup>527</sup>. La Cour d'appel de Paris apportant son soutien à un tel concept a jugé en ce sens : « *Il s'agit là*

---

<sup>525</sup> Ph. Le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin », RTD. civ. 1988. 505, spéc. 516 : Le parasitisme permet ainsi de sanctionner « *toute valeur économique d'autrui, fuit d'un savoir-faire, et d'un travail intellectuel, lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit privatif spécifique* ».

<sup>526</sup> X. Desjeux, « Quelle protection juridique pour le modèle « fonctionnel » ? (le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise), Gaz. Pal. 1981, 1, doct. 297.

<sup>527</sup> Ph. le Tourneau, J.-Cl. Concurrence-Consumation, Fasc. 227 : « Parasitisme », n° 76, 5 avril 2013 : « *résultat d'un savoir-faire, lui-même d'un travail persévérant, d'efforts continus, parfois depuis des siècles, et des investissements notables, matériels et intellectuels (...) il convenait d'élargir notablement le concept d'agissements parasitaires, dans les situations comparables. C'est-à-dire celles où se retrouvent d'un côté des efforts soutenus, des investissements et une valeur économique (...); de l'autre côté, un détournement de ce travail et des investissements* ».

*d'un parasitisme économique qui, à l'instar du parasitisme observé dans le règne végétal ou animal, s'analyse en une prise de la substance de l'autre ainsi appauvrie et parfois même conduite au dépérissement* »<sup>528</sup>. Le détournement du travail ou de l'investissement d'autrui est ainsi toute utilisation illicite, au dépend du parasité des efforts intellectuels, matériels ou financiers, mobilisés par ce dernier dans le cadre de son activité lucratif. C'est donc le détournement en dehors de toute confusion de « *bien ou d'une technique ayant une valeur économique propre à une autre entreprise* »<sup>529</sup>. Une jurisprudence récente représente une belle illustration de ce mouvement<sup>530</sup>. Il s'agit d'un arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation datant du 22 oct. 2009, dans une affaire concernant la reproduction d'une interview dans un journal. Cette dernière avait pourtant déjà été publiée dans un journal différent. La nouvelle publication ne faisait aucunement référence à la source d'origine<sup>531</sup>. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel en ces termes : « *M. X. ayant, sans le citer, capté les renseignements obtenus par un confrère, a pu en déduire l'existence d'un comportement parasitaire, au demeurant contraire à l'éthique professionnelle ; que le moyen n'est pas fondé* »<sup>532</sup>.

545. En droit sénégalais, le procès du chanteur DJ Awadi contre La SONATEL (Société Nationale des Télécommunications) reflète ce principe d'interdiction même si le tribunal régional Hors Classe de Dakar n'a pas fait droit à la demande du chanteur<sup>533</sup>. Ce dernier reprochait à la SONATEL d'avoir utilisé dans un spot publicitaire une de ses chansons portant le titre de « *Rosa* ». Le défendeur lui a opposé l'absence d'un enregistrement au BSDA pouvant soutenir ses allégations. La Cour d'appel a confirmé ce jugement dans un arrêt du 19 janvier 2009<sup>534</sup>. Mais nous nous limiterons à faire observer qu'ici la requête du demandeur consiste bel et bien à une demande en condamnation pour détournement des efforts et investissements, sans parler de la créativité nécessaire pour

---

<sup>528</sup> CA Paris, 18 mai 1989, Dalloz. 1990.340, note L. Cadiet.

<sup>529</sup> X. Desjeux, art précité

<sup>530</sup> J. Larrieu, « Un parasite dans les organes (de presse) », Propr. Indust., n° 2, comm., 11 : « *Il ne fait aucun doute que le deuxième organe de presse avait commis une faute. Alors que lui-même avait essuyé un refus d'interview de la part de l'industriel, il s'était sans vergogne « approprié par facilité les résultats du travail fourni » par La lettre M et avait « capté les renseignements obtenus par un confrère » en évitant, non sans malice, de le citer. Comme les Hauts conseillers le soulignent avec justesse, son comportement était « contraire à l'éthique professionnelle », à la déontologie du journalisme (Charte des devoirs professionnels des journalistes français, 1918, révisée en 1938 : « un journaliste digne de ce nom ne commet aucun plagiat, cite les confrères dont il reproduit un texte quelconque (...) ».*

<sup>531</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2009, n° 08-19.499, Sté Midi Libre c/ La Lettre M., JurisData n° 2009-049963.

<sup>532</sup> Ibid.

<sup>533</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, audience publique du 28 juillet 2006, Awadi c/ SONATEL mobiles SA.

<sup>534</sup> Cour d'appel de Dakar, arrêt n° 45 du 19 janvier 2009, Didier Awadi c/ SONATEL.

produire une chanson capable de capter les esprits. Il s'agit donc d'un pillage qui à l'avenir, à défaut d'être sanctionné comme il se devait par le juge, sera un facteur de dissuasion pour l'innovation.

546. Un arrêt similaire a été rendu par la Cour d'appel de Dakar, sur une affaire opposant le chanteur Abdou Guité Seck contre la société Disco Star<sup>535</sup>. Le chanteur reprochait à cette société d'avoir reproduit son œuvre « *DEVOLUTION* », sans aucune autorisation, se mettant ainsi dans son sillage profitant sans bourse délier de son investissement en effort de travail intellectuel. Ce détournement de l'investissement d'autrui s'est fait dans le cadre d'une atteinte à un droit d'auteur présumé, car la cour n'a pas retenu la demande faute de preuve.

547. On observe que l'idée du détournement des investissements d'autrui, quelle que soit la forme qu'il prend, est une extension doctrinale et jurisprudentielle du concept de parasitisme. Ce dernier permet de protéger les créations immatérielles de l'entreprise qui n'ont pas fait l'objet d'un droit intellectuel. Cette conception élargie du parasitisme présente l'intérêt de ne plus laisser impunis les agissements consistant en un détournement illicite de la propriété d'autrui, dès lors que ce bien immatériel, quelle que soit sa forme ou son objet, a fait l'objet d'un investissement pouvant être assimilé à des dépenses. Cette nouvelle conception a inspiré des initiatives législatives visant la mise en place d'un cadre plus légitime à la protection civile des créations d'autrui. Le projet de loi élaboré par Maître Desjeux intervient en ce sens. L'article 1<sup>er</sup> de la partie intitulé des principes généraux est disposé comme suit : « *Le fait, par un tiers, de reprendre pour exploiter à d'autres fins que l'usage privé, la prestation d'autrui, telle que définie ci-après, sans l'autorisation de celui-ci, constitue un abus de droit de la liberté du commerce et de l'industrie dont la victime est fondée à demander réparation* »<sup>536</sup>. Le tribunal de commerce de Nanterre a jugé que : « *Le fait par un « agent économique » d'utiliser de façon intéressée une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit spécifique constitue un agissement parasitaire* »<sup>537</sup>.

548. Ces nouvelles conceptions visant les possibles variations de l'application de la sanction du parasitisme ont notamment conduit M. le Tourneau a modifié sa définition initiale du parasitisme, aujourd'hui cette définition en plus de contenir différentes limites

---

<sup>535</sup> Cour d'appel de Dakar, arrêt n° 528 du 16 juillet 2006, Abdou Guité Seck c/ Société Disco Star.

<sup>536</sup> X. Desjeux, « La reprise de la prestation d'autrui : L'idée commerciale et l'investissement économique ; esquisse d'un projet de loi : Gaz. Pal. 1992, 2, doct., p. 973 et s.

<sup>537</sup> Trib. Com. Nanterre, 25 juin 1996, Les tambours de bronx, RIDA 1997/171, p. 402.

quant à l'application de la sanction, intègre le concept de la valeur économique, ne se suffisant plus comme l'avait initié M. Saint-Gal au concept de détournement de renommée<sup>538</sup>.

549. Le législateur est intervenu dans ce mouvement en consacrant cette extension dans le domaine de la base de données, notamment avec l'article L. 341-1 et suivant du Code de la propriété intellectuelle. Selon les termes de cet article : « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* »<sup>539</sup>.

550. Cette disposition, présente l'intérêt d'inclure dans les sources du droit du parasitisme, une consécration législative au même titre que la disposition concernant la protection de la marque renommée en l'absence de confusion. Elle représente de l'espoir pour les auteurs prônant des dispositions spécifiques en matière législative sur la protection de la concurrence déloyale et par la même occasion du parasitisme. Par ailleurs ne pourrait-on pas voir dans cette démarche du législateur, une démarche timide mais assurée visant plutôt à donner plus de légitimité à la théorie du parasitisme ? Etant donné que la concurrence déloyale est l'infraction principale dont-on a déduit celle du parasitisme, on peut se poser la question de la pertinence de telles initiatives, car pour une plus grande logique, il nous semble que ces dispositions sur le parasitisme devraient être précédées par une réglementation de la concurrence déloyale<sup>540</sup>.

551. Il est important de signaler que la protection de la valeur économique créée par un agent économique n'est pas automatique car la jurisprudence cantonne la sanction de leurs détournements à la condition d'une certaine originalité. Comme l'a démontré la

---

<sup>538</sup> Ph. le Tourneau, « Retour sur le parasitisme », Dalloz. 2000. 403: « *Quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements, commet un agissement parasitaire fautif. Car cet acte, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, même non concurrents et sans risque de confusion, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci est, en soi, un préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et/ou la réparation, lorsqu'elle ne dispose pas d'une autre action spécifique et qu'elle n'a pas bénéficié d'un droit privatif ayant expiré (sauf en matière de signes)* ».

<sup>539</sup> F. Pollaud-Dulian, note sous Civ. 1<sup>re</sup> mars 2009, pourvoi n° 07-19.734, arrêt n° 228, RTD Com. 2009, p. 724.

<sup>540</sup> En matière de concurrence déloyale, nous tenons à souligner cependant que certains auteurs voient les dispositions de l'article L. 121 du Code de la consommation sur les pratiques commerciales trompeuses, un début de législation en la matière.

Cour de cassation dans l'un de ses arrêts : « *Les avantages tirés du parasitisme sont à la mesure des investissements consentis par celui qui en est victime* »<sup>541</sup>. Il faut qu'il y ait des efforts sérieux créant une véritable valeur économique pour prétendre à une protection. C'est d'ailleurs à la suite de cela, que le juge, lors de l'évaluation du préjudice, pourra déduire le manque à gagner du parasité, le gain en avantage concurrentiel du parasite. Cette position de la jurisprudence n'est cependant pas fixe, car certains juges ont pu juger que la preuve de l'importance des investissements n'est pas une condition de la recevabilité de l'action en parasitisme<sup>542</sup>. Il s'ensuit ainsi que ce qui importe, c'est la licéité du dommage concurrentiel sous réserve d'un trouble commercial. Cet état de fait a poussé les défenseurs du parasitisme à prévenir du danger découlant d'une application trop étendue de la sanction du parasitisme<sup>543</sup>.

552. D'autres auteurs partisans de la théorie du parasitisme ont voulu rassurer à cette inquiétude en proposant une autre façon de modérer l'application de la sanction du parasitisme. Ils préconisent la prise en compte de la notion de valeur ajoutée pour l'admission de la liberté de la copie, ainsi que le respect du domaine des droits de propriété intellectuelle.

## **II) La prise en compte de la valeur ajoutée et la liberté de copie**

553. Certains auteurs ont suggéré en droit français le principe de la prise en compte de la valeur ajoutée apportée au travail d'autrui, comme une limite à l'application de la sanction du parasitisme. C'est une méthode visant à substituer à cette conception de la protection des investissements, celle de la valeur ajoutée, notion qui serait, beaucoup plus adéquate, notamment afin d'éviter l'empiètement redoutée de l'extension du parasitisme, sur le terrain de la propriété intellectuelle<sup>544</sup>. L'idée alors de la prise en compte de la valeur ajoutée lors de la reprise du travail d'autrui, dans un cadre non concurrentiel permettrait une meilleure corrélation de la sanction du parasitisme avec d'autres principes

---

<sup>541</sup> CA Paris, 18 mai 1989, JCP G 1989, I, 18706, Dalloz, 1990, somm. p. 76.

<sup>542</sup> Cass. com., 30 janv. 2001, n° 99-10.654, Sté Glock France c/ Mme Bécheret, Dalloz, 2001, p. 1939, note Ph. le Tourneau. ; il a ainsi été jugé par la Cour de cassation que la seule reprise des avantages concurrentiels d'un opérateur économique procurant des économies d'investissements ne saurait justifier une sanction pour parasitisme, mais c'est la faute créant un trouble commercial : Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07-11.385, RLDI 2008, n° 1164, obs. L. Costes, Propr. Intell. 2008, p. 329, obs. J. Passa.

<sup>543</sup> J. Passa, obs. précité.

<sup>544</sup> J. J. Frion, « Présentation d'une approche renouvelée de l'agissement parasitaire : Le critère de la valeur ajoutée substitué à celui de l'investissement, CCC. n° 7, juil. 2002, n° 15 : « *Ce n'est pas le principe de la sanction qui est critiquable mais seulement son critère d'application, à savoir le détournement, en général, de l'effort ou de l'investissement d'autrui* ».

juridiques et serait un outil de cohérence juridique. Le concept s'attaque à la modalité d'application de la sanction comme le souligne M. Fron<sup>545</sup>. C'est une solution de conciliation entre la problématique de la liberté de la copie et la possibilité de sa restriction par la sanction du parasitisme comme l'ont soulevé certains auteurs<sup>546</sup>.

554. La valeur ajoutée qui est définie comme l'apport non créatif mais original partant de la création d'autrui est présentée comme un fait excusable quelconque mais appliqué à la sanction de l'interdiction de reproduction ou de l'imitation d'autrui<sup>547</sup>. Cet apport doit être significatif selon les auteurs, qu'il soit une amélioration ou un apport technique sur la première réalisation du copié, il doit se différencier des éléments essentiels de la réalisation copiée pour être licite. Cette problématique de l'apport créatif permettant d'éviter la sanction de parasitisme peut être illustrée par un arrêt de la Cour d'appel de Dakar du 30 janvier 2009 sur la reprise par un photographe, d'une œuvre d'art lui ayant été prêtée, en toile de fond de son œuvre photographique. L'artiste, créateur du tableau a ainsi poursuivi le photographe pour revendication de droit d'auteur<sup>548</sup>. La question ici est de savoir si la photographie représentant en toile de fond le tableau d'autrui peut être considérée comme un apport créatif assez original pour être une œuvre distincte protégeable au titre du droit d'auteur ? Le tribunal pour rejeter la demande de plaignant évoque l'absence de preuve de l'enregistrement du droit d'auteur sur la toile<sup>549</sup>. Cette solution laisse perplexe car au-delà du fait que l'œuvre est protégée du seul fait de sa création, ce qui ne devrait poser aucune difficulté à prouver vu que les deux auteurs n'exercent pas le même art et que la signature du plaignant sur son œuvre devrait pouvoir prouver sa bonne foi, assez facilement ; le problème qui se pose est surtout l'existence ou non d'un apport créatif protégeable au titre du droit d'auteur. Etant donné que nous considérons que la demande aurait pu être mieux formulée, nous déplorons cette situation car l'espèce aurait pu être une belle occasion pour la jurisprudence sénégalaise de se prononcer sur la question. La décision serait ainsi une illustration de la condition

---

<sup>545</sup> Ibid.

<sup>546</sup> J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit, n° 369.

<sup>547</sup> CA Paris, 19 mai 1989, PIBD 1989, III, p. 519. La Cour d'appel n'avait pas retenu un fait justificatif de parasitisme mais l'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la question de cette justification fut mise à l'ordre du jour.

<sup>548</sup> Chambre civile et commerciale 1 de la Cour d'appel de Dakar, arrêt n° 71 du 30 janvier 2009, Amadou Diouma Diouf c/ Ousmane Ndiaye dit Dago.

<sup>549</sup> Ibid. Selon les termes de l'arrêt : attendu « *que sur ce point la Cour fait sienne, la motivation du premier juge en ce qu'il a estimé que Amadou Diouma Diouf n'a pas rapporté la preuve qu'il est le premier créateur des tissus « Batik » litigieux en produisant un titre en bonne et due forme* ».

d'originalité nécessaire à une œuvre qui en reprend une autre sur le principe de la valeur ajoutée.

555. Le professeur Marie Malaurie-Vignal pense qu'une interdiction stricte de la copie dans le droit de la concurrence n'est cependant pas souhaitable, car il conviendrait de différencier les produits marchands des créations contenant une valeur économique<sup>550</sup>. Ainsi s'il faut sanctionner les produits ou services du commerce, il ne devrait pas en être de même des initiatives de certains opérateurs économiques consistant en des techniques ou savoir-faire leur assurent un avantage concurrentiel<sup>551</sup>. Dès lors, le commerçant ne devrait pas être surprotégé lorsqu'il ne détient pas un droit de propriété intellectuelle car le commerce est un risque auquel il devrait faire face<sup>552</sup>.

556. Une telle position, même si elle présente le mérite de viser la restriction de la sanction du parasitisme manque un peu de pertinence. Cela découle de ce que l'entreprise ne doit pas seulement être protégée dans ses biens matériels, car son avantage concurrentiel est construit autour d'autres types de valeurs économiques. Le patrimoine de l'entreprise est constitué à la fois par des actifs immatériels, ainsi que par les produits ou services, fruits de ses différentes activités. La liberté de copier doit dès lors être limitée à la condition d'une justification légitime d'intérêt général.

557. Dans le cadre de la protection du parasitisme contre le travail d'autrui certains auteurs ont cependant avancé l'idée d'une extension de la sanction du parasitisme à la protection des idées.

### **III) La suggestion doctrinale de la protection des idées**

558. La protection des idées par le parasitisme prônée par une partie minoritaire de la doctrine française présente en notre sens un intérêt qu'il convient de relever. C'est une proposition découlant d'un besoin de combler un vide juridique et de satisfaire un besoin au sens de certains opérateurs économiques. C'est une proposition visant en matière de parasitisme économique, la protection des informations ou connaissances immatérielles

---

<sup>550</sup> M. Malaurie-Vignal, « Réflexion sur la théorie du parasitisme économique », CCC n° 10, Oct. 2001, chron. 15 : « Une interprétation mesurée de la théorie du parasitisme se fonde sur un principe de proportionnalité entre la répression et la liberté, c'est-à-dire entre la protection contre les « copieurs » et la liberté du commerce. Il nous a paru judicieux de placer la ligne de partage autour du bien ou de la prestation de services. »

<sup>551</sup> Ibid.

<sup>552</sup> Ibid.



ayant une certaine valeur économique, car procurant un certain avantage concurrentiel à leur titulaire.

559. Le législateur n'a pas souhaité protéger les idées pour le droit de la propriété intellectuelle, donc point de droit intellectuel car « *les idées par essence et par destination sont de libre parcours* »<sup>553</sup>. En droit d'auteur, seule l'œuvre est protégeable et cette dernière implique la mise en forme originale de l'idée. Dès lors l'idée n'est protégeable que si elle est ancrée dans une forme. Cela est aussi le cas en droit du brevet, où l'invention implique la possibilité d'une application industrielle<sup>554</sup>.

560. Cependant force est de constater que ce principe n'est pas très pertinent. Il semblerait qu'en matière économique notamment, les idées ont un poids concurrentiel avantageux de telle sorte qu'il est courant qu'on leur attribue un caractère confidentiel. La période précontractuelle est souvent grugée d'engagements de confidentialité lorsqu'il y a risque de dévoilement d'un savoir-faire ou de techniques commerciales. Si l'idée de la protection des idées par le parasitisme vise l'application de la responsabilité civile délictuelle, lorsqu'une faute pourra être démontrée, il nous semble que c'est pour la bonne raison que dans les affaires, les idées ont parfois un poids tellement conséquent, qu'il est préférable par mesure de prudence, de prévoir un régime permettant de protéger le titulaire de l'idée. Nul besoin de dire qu'une protection pareille est avant tout un encouragement à la recherche de l'innovation et une dissuasion contre les parasites<sup>555</sup>.

561. En droit français M. le Tourneau se présente comme un fervent défenseur de cette proposition doctrinale, position qu'il défend depuis 1984 notamment dans un célèbre article<sup>556</sup>. Selon lui s'il est clair que les idées ne peuvent être protégeables par le droit de la propriété intellectuelle, faute de bénéficier d'une forme originale<sup>557</sup>, elles peuvent au moins bénéficier du régime de protection de la responsabilité civile délictuelle, par le biais de

---

<sup>553</sup> Henri. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 1978, n° 18 et s. ; J. Passa, « La protection de l'information, un malentendu ? », *Droit et patrimoine*, n° 91, 1<sup>er</sup> mars 2001.

<sup>554</sup> Article L. 611-10 du CPI : « *Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ».

<sup>555</sup> V. en ce sens un arrêt de la Cour de cassation ayant rejeté un plagiat caractérisé au seul motif que la forme de l'œuvre a été épargnée : Cass. civ., 29 nov. 2005, n° 04-12.721, JurisData n° 2005-031021.

<sup>556</sup> Ph. le Tourneau, « Du nouveau sur la protection du logiciel et la protection des idées », *Rev. Juris. Com.*, 1984, p. 65 ; *Folles idées sur les idées* ; *Comm. com. électr.* 2001, chron. 4 ; J. Larrieu, « L'étudiant plagé et le financier », *Prop. Ind.*, n° 6, juin 2015, comm. 49.

<sup>557</sup> Article L. 112-1 du CPI : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* » ; I. Pignier, *La liberté de création*, thèse, Nice, 2013, n° 116.

l'action en parasitisme<sup>558</sup>. Il entend par idée : « *les informations, les connaissances et le savoir-faire* »<sup>559</sup>. Il ne s'agit donc pas de la protection d'une idée banale<sup>560</sup>.

562. Devant une telle nécessité de la protection de l'idée, des auteurs se sont exprimés sur la possibilité d'une protection pénale de l'idée avec le délit de vol des informations<sup>561</sup>. Le fondement de cette proposition s'oppose cependant en notre sens à la nature abstraite des informations, étant donné que l'article 311-1 du Code pénal français parle de : « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* », on observe cependant une évolution avec la jurisprudence. la Cour de cassation ayant récemment qualifié de « *biens* » des données informatiques dont elle a pénalement sanctionné la soustraction<sup>562</sup>

563. Selon nous, la position de M. le Tourneau exprimant le désir d'une protection des idées par le biais du parasitisme est très pertinente. Une interdiction de la protection des idées ne doit pas être générale, car il en existe, surtout en domaine économique, certaines formes dont la portée a un impact important dans la position concurrentielle de son détenteur sur le marché. Si par ailleurs, nous partons du fait que toute création, conception ou réalisation part d'une idée, il pourrait être paradoxal de protéger les inventions, les œuvres et les modèles, sans pour autant donner une certaine valeur aux idées qui en sont forcément le soubassement.

564. La jurisprudence française rappelle cependant, assez souvent, le principe selon lequel les idées ne sont pas protégeables<sup>563</sup>. Cette problématique est très fréquente en droit d'auteur, la protection des idées par le parasitisme pourrait permettre en ce cas, de dépasser ce cadre pour inclure toutes sortes d'idées, dès l'instant qu'elles contiennent une valeur économique pouvant créer une source de compétitivité économique. Pour éviter

---

<sup>558</sup> Ph. le Tourneau, *Le parasitisme*, op. cit., n°161.

<sup>559</sup> Ph. le Tourneau, « *Folles idées sur les idées* », *Ibid.*

<sup>560</sup> B. Edelman, *Création et banalité* : Dalloz, 1983, chron. p. 73 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique* : 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1999, n° 30.

<sup>561</sup> M.-P. Lucas de Leyssac, « *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?* », Dalloz, 1985, chron. p. 43 et s. ; J. Deveze, « *Le vol des biens informatiques* », *JCP G*, 1985, I, 3210.

<sup>562</sup> A propos de fichiers contenant des données informatiques confidentielles. V. A. Mendoza-Caminade, « *La protection pénale des biens incorporels de l'entreprise : vers l'achèvement de la dématérialisation du délit ?* », Dalloz 2015, p. 415 ; « *L'abus de confiance et le détournement de projet qualifié de droit de propriété* », *JCP G* 2005, II, 10034.

<sup>563</sup> CA Rennes, 14 oct. 2014, n° 405-406, RG.14/03641 : « *Il sera d'abord rappelé ici que les prétentions formées et les moyens et arguments soulevés par Monsieur X dans cette assignation sont, quelle que soit leur pertinence, des idées de libre parcours non protégeables, que c'est leur mise en forme dans l'acte suivant un apport intellectuel propre de son auteur qui peut constituer une oeuvre de création originale susceptible de bénéficier de la protection, et qu'il appartient à Monsieur X, qui la réclame, d'établir qu'il ne s'est pas borné à mettre en œuvre un savoir-faire mais que cet acte de procédure porte, en sus, l'empreinte de sa personnalité* ».

qu'une telle admission ne dérive sur des abus jurisprudentiels, certains ont proposé des limites conditionnant l'application de la sanction<sup>564</sup>. Cette limitation est très utile car elle a permis en même temps de rassurer les éventuels adversaires à la cause de la protection des idées, d'assurer un cadre favorable au développement de ces dernières dans le domaine des biens immatériels de l'entreprise.

565. Après observation de la jurisprudence existante et sa tendance actuelle<sup>565</sup>, il nous semble opportun d'exprimer de l'espoir sur l'admission jurisprudentielle d'une telle proposition. Il existe une jurisprudence tendant à sanctionner pour concurrence déloyale et parasitisme, l'utilisation des informations et savoir-faire communiqués dans la période précontractuelle<sup>566</sup>.

566. L'enthousiasme que nous nous permettons d'exprimer sur l'admission en jurisprudence du principe de la protection des idées ou concepts contenant une valeur économique, repose sur le constat d'une inconstance jurisprudentielle en la matière. Il résulte aussi par le constat d'un nouvel élan jurisprudentiel sanction du parasitisme dans des domaines similaires. Le principe dans cette jurisprudence est de sanctionner la faute d'usage illicite de biens immatériels contenant une certaine valeur économique procurée par les efforts intellectuels fournis en ce sens pas leur titulaire. Nous pensons notamment, à la protection de la base de données, à celle des concepts<sup>567</sup>, des idées publicitaires, ou encore à celle des logiciels.

567. Il nous semble important de signaler le rôle très important que pourrait jouer la protection des idées contre ceux que certains auteurs appellent les « *plagiaires astucieux* » ou « *parfaits plagiaires* »<sup>568</sup>. La seule protection de la forme en droit d'auteur ouvre la porte à beaucoup d'abus consistant à copier l'œuvre en prenant le soin d'éviter les

---

<sup>564</sup> Ph. le Tourneau, Ibid., n° 160 : ainsi le juge doit s'assurer que les idées à protéger : « 1) ont été extériorisées et au profit de celui qui les a fait connaître en premier ; 2) Sont le fruit de l'imagination ; 3) Ne sont pas tombées dans le domaine public ; 4) Ont une valeur économique procurant un avantage concurrentiel à son détenteur ; 5) Ne sont pas essentielles dans le domaine en cause ; 6) Ont été utilisées sans autorisation par un tiers dans une activité lucrative, essentiellement commerciale ».

<sup>565</sup> T. com. Paris, 13 janv. 1997, Gaz. Pal., 1998, 2, somm., p. 429 : « la reproduction « en utilisant des informations recueillies grâce aux investissements d'une société avec laquelle on a collaboré peut être qualifié de comportement parasitaire ».

<sup>566</sup> Ibid ; Ca Paris, 11 février 1998, PIBD 1998, 1, somm., p. 43.

<sup>567</sup> Cass. Civ. 1<sup>er</sup> nov. 2008, n° 06-19.021, JurisData n° 2008-045778. Cette jurisprudence a admis la sanction du plagiat du concept d'une œuvre littéraire et artistique. Cette solution est cependant loin de faire jurisprudence même si elle donne de l'espoir aux partisans de la protection des idées. Récemment la solution contraire a été retenue par l'arrêt, Cass. civ., 16 janv. 2013, n° 12-13.027, JurisData n° 2013-000437. Il juge que le droit d'auteur ne protège pas les concepts mais les formes originales.

<sup>568</sup> G. de Moncuit, op. cit.

caractéristiques formelles<sup>569</sup>. Un autre auteur a essayé de prévenir cette lacune judiciaire devenue lucrative pour les plagiaires<sup>570</sup>.

568. Certains ont proposé face à cela, la sanction de toute déclinaison de l'œuvre<sup>571</sup>. Cela nous semble constituer une solution partielle, car il serait mieux de consacrer tout simplement la protection d'un critère global de l'idée d'une œuvre.

## **Sous-section 2 : Critiques et propositions doctrinales sur la sanction du parasitisme**

### **Paragraphe 1) Les critiques envers la théorie de la sanction du parasitisme**

569. La légitimité de l'existence de la sanction du parasitisme fait l'objet d'un passionnant débat dans la doctrine française, la doctrine sénégalaise reste inaudible à cet égard. Avant sa proposition théorique par M. Saint-Gal, ainsi que son admission jurisprudentielle, des auteurs comme Roubier<sup>572</sup> ou Casalonga<sup>573</sup> avaient initié la problématique de son existence même s'ils se basaient sur le concept de la concurrence déloyale. On ressent dans leurs développements que la seule différence avec le débat actuel, est d'ordre terminologique puisque la création doctrinale du parasitisme n'existait pas encore officiellement<sup>574</sup>.

570. Depuis sa création et malgré la défense farouche de son principe, notamment assuré par M. le Tourneau<sup>575</sup>, des auteurs se sont exprimés sur le danger de son

---

<sup>569</sup> Cass. civ., 16 janv. 2013, op. cit.

<sup>570</sup> Ph. le Tourneau, op. cit. n° 156 : « La forme n'est que l'apparence de l'œuvre, qui est substantielle. C'est l'idée « qui fait mouche » ;

<sup>571</sup> G. de Moncuit, op. cit.

<sup>572</sup> P. Roubier, op. cit., p. 396.

<sup>573</sup> A. Casalonga, *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, t. 2, LGDJ, 1949 : « *Est-il donc, dès lors, impossible de protéger l'industriel qui, sans titre de propriété, ou avec des titres expirés ou déchus, ou déclarés nuls, chercherait à empêcher un concurrent de reproduire identiquement l'objet de sa fabrication, c'est-à-dire de le surmouler, et de bénéficier ainsi du Fruit de ses efforts ?* ».

<sup>574</sup> V. la position de A. Casalonga par rapport aux arrêts de son époque sur le « surmoulage », dont l'arrêt de la Cour de Lyon (31 mars 1943, Ets Faure Roux c/ Soc. Elastic et Tabarel, Gazette du Palais 1943, 1, p. 282), s'inscrit dans le débat doctrinal actuel, à travers échanges d'articles, par les professeurs Jérôme Passa et Ph. le Tourneau. Ce dernier concerne l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 octobre 2000 (CA Paris, 18 octobre 2000, Dalloz, 2001, p. 850).

<sup>575</sup> Ph. le Tourneau, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », Dalloz, 1990, p. 23 ; « Liberté égalité et fraternité dans le droit de la concurrence », Gaz. Pal. 1991, 2, 348 ; « Le parasitisme dans tous ses états,

existence. Ils se sont plus précisément prononcés sur celui découlant de son application inconsidérée. La critique principale qui ressort des études doctrinales consacrées est une crainte liée à la disparition de la liberté de copier qui pourrait s'inférer de l'application de la théorie du parasitisme dans la défense des inventions non protégées<sup>576</sup>.

571. M. Passa a longuement étudié ce risque dans ses diverses publications<sup>577</sup>. Il pense que le parasitisme, en défendant l'économie d'investissement provenant de la copie d'inventions non protégées, enfreint la liberté de concurrence, dans la mesure où c'est cette même liberté qui engendre la liberté de copier. Le préjudice découlant de cette dernière serait ainsi licite et fait naturellement partie du fonctionnement normal d'un marché libéral<sup>578</sup>.

572. Les arguments de M. Passa ont été déjà formulés par Roubier lorsqu'il affirmait qu' : « *il n'y a pas faute, même légère dans la reproduction d'objets qui ne sont pas protégés, sinon on parviendrait à reconstituer le droit privatif sous une autre forme (...)*<sup>579</sup>. Un auteur a, dans le passé, montré que cette crainte se base sur un risque réel, dans la mesure où s'exprimant sur le sujet, il a affirmé que les dépenses engagées pour la création d'une machine non protégée par le droit de la propriété intellectuelle, justifierait un véritable droit intellectuel protégeable<sup>580</sup>. Plus récemment, M. Parléani ont également renouvelé cette position, ils déclarent notamment que : « *tout usage d'un signe notoire, même non autorisé par son titulaire n'est pas forcément du parasitisme* »<sup>581</sup>.

573. Le professeur Bonnefont, dans ses écrits dédiés à l'analyse de certaines décisions jurisprudentielles sur le parasitisme, soulève le risque selon lequel le parasitisme,

---

PIBD, 1994 », n° 561, p. 36 ; « Retour sur le parasitisme », Dalloz, 2000, chron. 403 et s. ; « Le bon vent du parasitisme économique », CCC janv . , 2001, chron. 1 ; « Peut-on entonner le requiem du parasitisme ? », Dalloz Affaires, 2001. 1227 ; « De la modernité du parasitisme », Gaz. Pal. 2, doct. 1590.

<sup>576</sup> J. Passa, « Deux après, nouveau projet (isolé ?) de la notion de parasitisme, Propr. Int. ,n° 5, 1<sup>er</sup> avril 2005 ; « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique »,art. précité; « Première réfutation de la notion de parasitisme économique », Dalloz. 2000, p. 850 ;

<sup>577</sup> J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 342.

<sup>578</sup> J. Passa, op. cit., n° 369 : « *tenir pour répréhensible le seul fait de profiter des investissements d'un concurrent et, partant, de réaliser une économie en réduisant ses propres coûts de production conduit au renversement, autant dire à la négation pure et simple, du principe de la liberté de la copie (...). On ne peut reconnaître, d'une part, la licéité de la copie de ce qui n'est pas protégé, et interdire, d'autre part, son corollaire logique, à savoir la faculté de réaliser une économie d'investissement, sans vider de son sens le principe de la liberté de la copie.* »

<sup>579</sup> P. Roubier, Ibid.

<sup>580</sup> A. Casalonga, Ibid, n° 963 : « *nous estimons, pour préciser notre pensée, qu'une machine même si elle n'est pas protégée par un brevet ou par un modèle, peut parfaitement constituer une véritable création intellectuelle, du fait des dépenses engagées pour sa mise au point et pour sa construction et en raison aussi du travail nécessaire pour la réaliser* ».

<sup>581</sup> I. et G. Parléani, « La tentation du moyen âge. L'exemple du parasitisme », in Mélanges C. Cavaldà, 2001, Dalloz, p. 243.

dans son application pourrait devenir un prolongement des droits de propriété intellectuelle, notamment dans l'hypothèse où les anciens droits protégés sont tombés dans le domaine public<sup>582</sup>. Selon ses observations sur l'affaire Tank, et nous abondons dans ce sens, l'application du parasitisme peut entraîner : « *certain excès tendant à la continuation du droit privatif par d'autres moyens* ». Dans cette jurisprudence la Cour de cassation dans un arrêt de rejet a jugé : « *qu'il n'y a pas faute dans le seul fait de faire usage d'un modèle pouvant être considéré comme ressemblant à un modèle tombé dans le domaine public* »<sup>583</sup>.

574. Ces différentes positions visant la critique de l'utilisation extensive de la sanction du parasitisme revêt ainsi deux formes, à savoir, l'appréhension de la disparition de la liberté de copier et la consécration d'un droit privatif là où la loi ne l'a pas prévu. Ces inquiétudes paraissent fondées car elles visent la sauvegarde de la liberté concurrentielle. Cette liberté de concurrence, si chère, aux partisans de la suppression du parasitisme, ne doit pas être mise en cause, même sous l'excuse de la protection de certains agents économiques.

575. Nous ne partageons pas de telles inquiétudes, dans la mesure où il nous semble que même si la position des réfractaires du parasitisme peut paraître justifiée sous certaines conditions. Ce dernier point concerne l'éventualité d'un abus par le juge, de l'application inconditionnelle de la sanction du parasitisme. Une certaine logique devrait être recherchée dans les principes d'existence des droits de propriété intellectuelle.

576. Nous sommes fortement tentés cependant de soutenir les défenseurs de la théorie du parasitisme, ceci, dans la mesure où, comme l'a souvent répété M. le Tourneau, dans ses différents articles consacrés à l'infraction, il vaut mieux s'attacher au besoin du marché qu'à la logique de certains principes juridiques, car « *le droit est au service des hommes* » et non le contraire<sup>584</sup>. Les principes mobilisés par les droits de propriété intellectuelle et ceux de la théorie du parasitisme ne sont pas exclusifs en notre sens, car ils

---

<sup>582</sup> A. Bonnefont, « Parasitisme et concurrence déloyale : Il faut garder le cap », CCC, n° 3, chron. 4, « Parasitisme : L'étrange alchimie de l'affaire Tank », CCC, n° 3, mars 2004, chron. 4.

<sup>583</sup> Cass. com., 22 oct. 2002, arrêt précité.

<sup>584</sup> Ph. le Tourneau, « De la modernité du parasitisme », Gaz. Pal., 2001. 2. doctr. 1590 : « *Le droit n'est qu'un moyen, et au sein de celui-ci, la liberté de la concurrence* » ; « Faut-il entonner le requiem du parasitisme? », préc. ; « Parasitisme et marque notoire, ou de l'application du régime général de la responsabilité en présence d'une lacune du droit spécial », Gaz. Pal., 30 mars 2001 ; « Folles idées sur les idées », art. précité ; Le bon vent du parasitisme, Contrats, CCC. 2001 /1, Chron. p. 1 ; Retour sur le parasitisme, Dalloz. 2000, Chron. p. 403.

tendent tous à l'instauration d'une éthique des affaires par la protection de l'innovation et la sanction de ses détracteurs.

577. Pour nous, le principe de parasitisme doit être vu avant tout comme un renfort jurisprudentiel et parfois législatif aux protections apportées par les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale<sup>585</sup>. Certains opérateurs économiques ne vont pas hésiter à profiter des lacunes de la loi pour s'enrichir au détriment d'autrui. Le parasitisme est une sorte de mesure de prudence destinée à combler les cas d'espèces non concernés par les infractions précitées et qui pourraient porter préjudice au marché et à ses différents opérateurs.

## **Paragraphe 2) Les propositions doctrinales sur l'alternative au parasitisme**

578. La transversalité liée à l'application de la sanction du parasitisme a amené des auteurs à se pencher sur la possibilité d'une autre sanction du parasitisme, c'est-à-dire, une sanction différente des principes de la responsabilité civile délictuelle qui lui est actuellement appliquée.

### **I) Le traitement du parasitisme par la sanction de l'enrichissement sans cause**

579. La théorie de l'enrichissement sans cause invoquée par certains auteurs pour le traitement judiciaire civil des pratiques parasitaires est une construction essentiellement jurisprudentielle<sup>586</sup>. Elle est définie par son arrêt fondateur, comme la sanction civile des faits suivants: « *lorsqu'une personne a, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à une autre personne, un avantage que ne justifie aucune cause légale ou contractuelle, elle a une action pour se le faire restituer, l'action de in rem verso, car il est dans notre droit, un principe d'équité sous-entendu, selon lequel nul ne peut s'enrichir sans cause au dépend d'autrui* »<sup>587</sup>. Cette théorie à l'origine appliquée d'une manière très large par le juge, fut restreinte quant à ses conditions d'application pour éviter qu'elle ne soit appliquée

---

<sup>585</sup> C. Colombat, « Quelques réflexions « impertinentes » en matière de propriété littéraire et artistique », Mélanges Cavada, op. cit., p. 79 : Le parasitisme interviendrait pour « *pour pallier les incohérences ou les insuffisances de la loi* ».

<sup>586</sup> A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, Litec 1975, n°74 et s.

<sup>587</sup> Cass. req., 15 juin 1892, S. 93? 1, 281, Dalloz. 92? 1, 596, cité par J. Carbonnier, Droit civil Les obligations, t. 4, 22<sup>e</sup> éd., PUF, 2000, n° 307

dans des domaines déjà règlementés ou à des situations ne répondant pas à son principe d'origine<sup>588</sup>. La définition devient ainsi : « *l'action de in rem verso fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* »<sup>589</sup>.

580. Cependant, à la lecture de cette définition jurisprudentielle, on retrouve des points communs entre la théorie du parasitisme et celle de l'enrichissement sans cause. Le professeur Luc Cadiet a énoncé ce rapprochement, il parlait alors de se tourner : « *du côté des principes de l'enrichissement sans cause, et de l'action de in rem verso* » pour sanctionner le parasitisme consistant à un détournement d'investissement, auquel cas, l'application du régime de la responsabilité civile pourrait se heurter à la difficulté de prouver le préjudice et le lien de causalité<sup>590</sup>. La nécessité évoquée par l'auteur pour appliquer la sanction de l'enrichissement sans cause aux pratiques de parasitisme, vient de ce que le détournement du travail d'autrui représente plus une économie d'investissement induite pour le parasite qu'une perte éprouvée pour le parasité. L'idée est alors de se fonder sur la preuve de ce gain indu afin de sanctionner plus facilement ce type d'infraction<sup>591</sup>. L'explication d'une telle proposition doctrinale ressort en notre sens de ce que le parasitisme se présente toujours par ce double rapport positif et négatif concernant les effets du détournement des investissements d'autrui<sup>592</sup>.

581. L'enrichissement du parasite découle de l'économie qu'il va réaliser au niveau de la recherche, l'investissement financier ou intellectuel. Le fait est qu'il va se passer de cette procédure contraignante pour faire usage, au détriment d'autrui du travail déjà effectué par ce dernier. Il va ainsi réaliser un gain de temps pour les recherches, un gain d'argent pour les moyens financiers nécessaires et un gain concernant les efforts

---

<sup>588</sup> L'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 02 Mars 2015 procède de cette restriction notamment en soumettant l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause à la nécessité de l'existence d'une cause : Cass. civ. 12 mai 1914, DP, 1918, 1, note Naquet ; et sur le caractère subsidiaire de l'action in rem verso, Cass. civ., 2 mars 2015, 1<sup>re</sup> esp. : DP 1920,1, p.102.

<sup>589</sup> Définition doctrinale reprise par la jurisprudence. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 4<sup>e</sup> éd. 1869, 1876, t. VI, p. 578. Comp. 5<sup>e</sup> éd. 1897-1923, par Bartin, t. IX, p. 578 et notes, V. aussi éd. 1953, par P. Esmein, t. IX, p. 577 et 578 et suppl. permanent 1973, p. 577 et 578, et notes, cité par X. Pin, J.-Cl.Code civil, Fasc. 10 :« Quasi-contrats », 15 Avril 2009.

<sup>590</sup> L. Cadiet, note sous CA Paris 19 mai 1989, Sarl Parfums Ungaro C. Sarl Jean-jacques Vivier, Dalloz, 1990, p. 340

<sup>591</sup> A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, op. cit., n° 377.

<sup>592</sup> J. Dupichot, « Pour une réflexion doctrinale sur la nécessaire sanction du parasitisme économique : Vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ? », Gaz. Pal., 1987. 1. doctr. 348.



intellectuels nécessaires pour la réalisation de cet apport créatif. Il s'enrichit ainsi d'une valeur économique indue, dont la preuve peut être assez simple à établir, vu qu'il s'agira de la preuve de l'utilisation facultative et à titre lucratif du travail d'autrui.

582. Le fondement de cette proposition nous paraît ainsi justifiée dans la mesure où ce qui est recherché ici c'est la satisfaction de la victime des actes parasitaires en lui fournissant des moyens de prouver plus facilement l'acte de parasitisme. Certes la responsabilité civile présente un intérêt considérable mais la théorie de l'enrichissement sans cause, dans ce cas précis pourrait être plus favorable à la victime du parasitisme.

583. Cette proposition a été renouvelée par la doctrine actuelle dont nous partageons l'optimisme, même si pour le moment il ne ressort pas de la jurisprudence une admission de son utilisation dans le domaine du parasitisme, l'idée semble faire son chemin et on espère qu'elle finira par être adoptée pour une meilleure protection judiciaire des biens immatériels ayant fait l'objet d'importants investissements.

584. La critique majeure cependant formulée à l'égard de cette proposition doctrinale est le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale pour les cas ne relevant pas du parasitisme. Un auteur a répondu à cette objection en précisant que l'action en concurrence déloyale s'appliquerait au cas d'usurpation d'une identité commerciale mais pas par exemple lorsqu'il est question de détournement d'efforts intellectuels ou d'investissement de recherche ou financiers<sup>593</sup>.

585. Cet entrecroisement entre parasitisme et enrichissement sans cause est singulier et fait appel à une récente évolution jurisprudentielle et un vif débat doctrinal sur l'indemnisation des fautes lucratives. Certains auteurs semblent s'étonner d'une manière légitime, de ce que le calcul du préjudice du parasitisme puisse prendre en compte non pas les effets de l'acte sur le parasite mais plutôt ceux qu'il aurait sur le parasité<sup>594</sup>, et à juste raison, parce qu'il s'agit d'une économie d'investissement en toute illicéité concurrentielle. Un auteur est également intervenu en expliquant que c'est justement parce que le détournement d'investissement constitue un déséquilibre économique, qu'il faut par

---

<sup>593</sup> L. Cadiet, op. cit. : « *Cependant ce rejet, s'il peut s'expliquer en présence d'une usurpation de la notoriété d'autrui qui relève en effet de la concurrence déloyale, n'est pas semblablement justifiable dans l'hypothèse d'une utilisation illégitime du savoir-faire ou du travail intellectuel d'autrui* ».

<sup>594</sup> E. Agostini, « Les agissements parasitaires en droit compare, le cas Helmut Rotschild », JCP, 1987, I, 3284, n° 10.

conséquent essayer de contrebalancer cette injustice en donnant à la victime un moyen adéquat de défense constitué par l'action *in rem verso*<sup>595</sup>.

## **II) De l'application de l'action possessoire autonome.**

586. L'article 2255 du Code civil donne la définition de la possession : « *La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom* ». L'utilisation du terme « chose » par le texte de la loi, comme objet de la possession, montre, qu'à priori, le concept était destiné aux biens matériels. L'appliquer aux biens immatériels peut s'envisager comme le précisait justement Me Pélissier, à « *demander à la main de parvenir à saisir l'esprit* »<sup>596</sup>. Un paradoxe au-delà de la problématique liée à la dualité idéologique de la possession et de la détention. L'auteur précise alors, que la possession de l'immatériel peut-être admis si on considère que ce n'est pas l'appréhension matérielle de la chose qui emporte mais le pouvoir détenu sur elle<sup>597</sup>. Ce terme est dans ce sens défini par un auteur comme la : « *situation de fait exercée sur un bien mobilier ou immobilier qui suppose une emprise matérielle sur ce bien* »<sup>598</sup>. Dans le sens des valeurs économiques, il s'agira plutôt d'une emprise morale.

587. Le postulat de départ en matière de parasitisme est donc que la possession doit être légitimée, assimilée à la propriété en matière de droit des biens. Par conséquent sa jouissance paisible doit-être garantie par une action spécifiquement consacrée. C'est le sens qu'il faut donner à la proposition du professeur Mendoza-Caminade, dans sa thèse portant sur « *Les noms de l'entreprise* »<sup>599</sup>. Elle propose à la place de la sanction du parasitisme par application de la responsabilité civile, l'application d'une sanction autonome, notamment l'action possessoire jusque-là connue en droit des biens matériels<sup>600</sup>. L'intérêt d'une telle solution réside au fait qu'il n'ait point besoin de faire constater une

---

<sup>595</sup> A. Casalonga, Brevets d'invention, t. 2, LGDJ, 1949, n° 963.

<sup>596</sup> A. Pélissier, « La possession à l'épreuve de l'immatériel », in « La possession : Une notion en mutation ? », Droit et patrimoine, 2013, n° 230, p. 48.

<sup>597</sup> Ibid.

<sup>598</sup> R. Cabrillac (Sous la direction de), op. cit., 403.

<sup>599</sup> A. Mendoza, Les noms de l'entreprise, PUAM, 2002, n° 400 et s.

<sup>600</sup> N. Binctin, Le capital intellectuel, Dalloz, 2007, n° 197 : « *Outre les actions en contrefaçon, l'exploitation du bien intellectuel peut être troublée par la possession personnelle antérieure d'un tiers* ». Il découle de ce constat, qu'un préjudice distinct de la contrefaçon pourra être relevé au titre de l'atteinte à cette prérogative intellectuelle ».

faute pour engager l'action précitée<sup>601</sup>. La preuve d'un trouble au niveau de la jouissance du bien immatériel porteur de valeur économique par son titulaire devrait suffire à faire jouer la protection.

588. L'application de l'action possessoire autonome part du principe que la protection des signes non protégés par l'entreprise, en l'occurrence, les différents noms de cette dernière, vise à assurer une possession paisible de ces biens immatériels et devrait primer sur l'utilisation de la responsabilité civile délictuelle, dont l'objectif premier est loin de cette préoccupation<sup>602</sup>. La responsabilité civile délictuelle serait inadéquate car fortement ancrée dans la notion de préjudice et par la même occasion, à la faute qui en est l'élément détonateur. Admettre une telle solution serait de surcroît, un complément par rapport à la solution précédente portant sur la protection des investissements et du travail par l'action en répétition de l'indu basée ou d'enrichissement sans cause.

589. Ces solutions sont originales dans la mesure où elles permettraient une meilleure prise en compte de certaines formes de déloyauté. Ces dernières seraient traitées n'ont plus dans le cadre général de la responsabilité civile délictuelle, car elles n'auront pas d'autres protections spécifiques, mais parce qu'elles seraient traitées sur la base d'actions judiciaires efficaces et pertinentes par rapport aux solutions qu'elles auront à apporter.

### **III) Pour une propriété des créations intellectuelles apportant une valeur économique incorporelle de l'entreprise**

590. Il semble légitime d'invoquer, en notre sens, et à l'image de la doctrine précitée, des sanctions plus adaptées aux apports créatifs intellectuels des entreprises, il serait beaucoup plus valorisant pour l'entreprise de bénéficier d'une véritable propriété juridique sur toutes ses créations intellectuelles<sup>603</sup>.

591. En effet, nous pensons à l'instar de M. le Tourneau<sup>604</sup> que le fait que certains accusent le parasitisme de vouloir parfois créer un véritable droit de propriété, loin d'être

---

<sup>601</sup> Ibid.

<sup>602</sup> Ibid.

<sup>603</sup> M. Jacques Godfrain avait déjà émis l'idée dans une proposition de loi datant du 30 juin 1992 (Dr. Informatique et télécoms 3/1993, p. 90). L'article 1<sup>er</sup> de cette loi dispose que cette création vise : « *Toute création exploitable à des fins lucratives, qui résulte d'un travail intellectuel, accompli avec ou sans l'aide d'un matériel ou d'un logiciel, est constitutive d'un intérêt patrimonial susceptible de protection juridique* ».

<sup>604</sup> Ph. le Tourneau, « Le bon vent du parasitisme », art. précité : « *Nous n'avons pas proposé la création ex abrupto d'un nouveau droit de propriété, connaissant d'expérience la pusillanimité de la doctrine. Pourtant, le Code civil ne contient aucune limitation à cet égard* ».

une critique, est une voie à explorer<sup>605</sup>. Si cela venait à se réaliser, cette sanction permettrait de donner plus de sécurité juridique aux créations et œuvres non protégées par la propriété industrielle<sup>606</sup>.

592. La question qu'il nous semble opportun de poser est celle de savoir, en quoi les créations protégées sont-elles plus légitimes à l'être que celles qui ne le sont pas ? Autrement dit, si on part du constat que le parasitisme protège les créations incorporelles comportant une valeur économique, en quoi leur accorder un titre juridique pourrait-il constituer une gêne ? Au contraire nous pensons qu'à l'image des droits intellectuels l'existence de ce titre pourrait être un plus qu'il faut souhaiter dans la mesure où il serait un gage de sécurité pour les titulaires, et en même temps, un élément de dissuasion pour les parasites. L'existence de cette propriété intellectuelle sur les créations de l'entreprise telles que le savoir-faire, les différents noms de l'entreprise ou encore les signes, pourrait être une très bonne illustration sur le fait que le droit actuel entre d'un pas ferme dans l'ère de l'immatériel ou de l'incorporel. Cette tendance qui ne semble pas prêt de s'arrêter. Ça serait donc une mise en conformité des règles juridiques avec l'évolution de la société que de consacrer, d'une manière définitive, un statut entier et effectif à ces créations intellectuelles, ce qui serait un pas de plus pour une meilleure consécration de la loyauté dans le commerce.

593. Cette proposition reprise à un éminent juriste ne devrait pas poser de difficultés car comme le souligne un auteur le procédé ne demande pas de grands moyens car *« dès lors qu'un objet apparaît utile et appropriable, qu'il entre peu ou prou dans le commerce, il devient objectivement un bien et devrait être considéré comme tel quoi qu'en dise, surtout : que n'en dise pas, la loi »*<sup>607</sup>.

594. La création d'une propriété intellectuelle sur les apports créatifs de l'entreprise n'étant pas contraire, ni à la loi ni à l'ordre public, devrait ne pas se heurter à des principes supérieurs de l'ordre juridique. Cette propriété serait toujours sanctionnée par l'action en parasitisme qui y gagnerait par le même moyen en légitimité. Si une telle proposition venait à être admise par le législateur, le contentieux du parasitisme en serait allégé, mais également et nous l'espérons, cela pourrait diminuer les critiques doctrinales sur les risques liés aux modalités d'applications de la sanction du parasitisme. Nous ne

---

<sup>605</sup> Ibid.

<sup>606</sup> A. Lucas, op. cit, n° 416 et s., La proposition de M. Lucas conditionnait la protection à l'existence d'une utilité industrielle.

<sup>607</sup> F. Zenati et T. Revet, Les biens : PUF, 1997, n° 7.

pensons pas qu'il soit « superflu et donc inopportun, qu'une loi nouvelle régisse la « reprise de la prestation d'autrui », ou fâcheux qu'une loi instaurât un nouveau monopole au profit du créateur de « tout intellectuel » exploitable à des fins lucrative »<sup>608</sup>.

595. Il apparait que l'autonomie de l'infraction pour parasitisme ne fait pas encore le consensus au niveau doctrinal. Les auteurs lui cherchent encore des aménagements juridiques afin que la théorie soit plus pertinente. Il s'avère par ailleurs que la faiblesse de la théorie découle de ce qu'elle s'annexe de plus en plus aux actions judiciaires en contrefaçon et en concurrence déloyale.

---

<sup>608</sup> Ph. le Tourneau, « Le bon vent du parasitisme », art. précité., n° 25.

## **Section 2 :L’infraction accessoire du parasitisme économique**

596. Le parasitisme est très souvent invoqué dans les procès entourant la propriété intellectuelle. Pour cause, cette infraction exerce un rôle subsidiaire très prononcé avec les différentes infractions concernées de telle sorte que le principe de son autonomie en apparait affaibli. La frontière entre concurrence déloyale et parasitisme est de plus en plus floue (Sous-section 1), tandis que qu’il est également invoqué à souhait dans l’action en contrefaçon (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Parasitisme et concurrence déloyale, de la complémentarité à la confusion**

597. La distinction entre concurrence déloyale et parasitisme est devenue un exercice très périlleux en droit français comme en droit sénégalais. D’une côté, il existe une jurisprudence et une doctrine fixée sur la séparation conceptuelle et concrète des deux notions, d’un autre côté une observation des dernière décisions en la matière peut laisser perplexe sur l’existence réelle de cette distinction.

#### **Paragraphe 1) Les agissements parasitaires, une théorie à la fois distincte et complémentaire à celle de la concurrence déloyale**

598. A l’origine de la création des agissements parasitaires, l’idée était de créer une infraction différente de la concurrence déloyale, en ce qu’elle devait sanctionner des actes sortant du domaine traditionnel de la concurrence déloyale<sup>609</sup>. De nos jours encore, la

---

<sup>609</sup> Y. Saint-Gal, op. cit. H. Godinot, « Concurrence déloyale ou illicite », op. cit n°1. L’auteur opère dans sa thèse une nette distinction de la concurrence déloyale avec le détournement de clientèle en ces termes: « *Et d’abord, il faut une concurrence, c’est-à-dire une compétition entre deux personnes se livrant à un commerce ou à une industrie ou exerçant des professions au moins analogues. Hors ce cas, il peut sans doute y avoir lieu à des dommages et intérêts, mais il n’y a pas vraiment concurrence déloyale* ». L’auteur

jurisprudence continue de maintenir cette distinction<sup>610</sup>. Cette divergence des deux infractions apparaît notamment dans leur rapport de complémentarité. Le professeur Legeais confirme cet état de fait, quand il déclare que : « *La sanction du parasitisme consacre en réalité une extension de l'action en concurrence déloyale* ». Le fait que les deux infractions sont toutes deux traitées sous le régime de la responsabilité civile délictuelle ne fait que confirmer cet état de fait. Les articles 1382 et 1383 du code civil qui régissent ce régime exigent l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. Les deux infractions appartiennent ainsi à la même famille juridique et par la même occasion, elles sanctionnent la déloyauté commerciale causant un trouble concurrentiel ou commercial<sup>611</sup>. Roubier l'a bien précisé, en parlant du régime de l'action en concurrence déloyale, que : « *L'objet de l'action est en définitive, est d'empêcher que, dans la concurrence, certains moyens, jugés déloyaux, puissent être employés. Cela signifie qu'il s'agit de la sanction, non pas d'un droit, mais d'un devoir ; or, c'est précisément le caractère des actions en responsabilité de sanctionner la violation de devoirs* »<sup>612</sup>. Les deux infractions s'inscrivent dans le même cadre juridique, puisqu'elles découlent d'une faute commise dans le cadre des affaires. Elles sont de ce fait régies par la responsabilité civile délictuelle et sanctionnent la violation du devoir de loyauté concurrentielle. Cette proximité des deux infractions fait qu'elles peuvent être confondues dans certains cas, mais elles relèvent du reste par des modalités de mise en œuvre distinctes<sup>613</sup>.

599. De plus, la distinction repose essentiellement sur la double condition nécessaire à l'exercice de la concurrence déloyale contrairement au parasitisme. Il s'agit de l'existence d'une situation de concurrence doublée d'un risque de confusion. Sur ce plan,

---

s'inspire à cet égard d'Emile Bert considérant que : « *On ne conçoit de concurrence qu'entre deux individus exerçant la même profession. Si un boulanger, par exemple, détourne la clientèle d'un autre boulanger, en accomplissant des actes illicites et dommageables, ou en violant une clause d'un contrat, qu'ils avaient passé entre eux, il y a concurrence déloyale. Mais il n'y aurait pas de concurrence déloyale si des actes du même genre étaient dirigés par un boulanger contre un libraire, parce que s'ils étaient de nature à faire perdre au libraire sa clientèle, ils n'auraient pas pour effet de la faire acquérir au boulanger. De tels actes pourraient assurément donner lieu à des poursuites en dommages-intérêts, car en vertu des articles 1382 et 1383, tous ceux qui ont commis intentionnellement ou non, des faits portant préjudice à autrui, en doivent réparation* ». P. Tréfigny, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, n° 368.

<sup>610</sup> Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-11.044, Sté Ferragamo parfums : JurisData n° 2014-001569 ; Propr. industr. 2014, comm. 53 ; CCC. 2014, comm. 90, M. Malaurie-Vignal ; M.-L. Izorche, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *Droit du marché et droit des obligations*, RTD Com. 1998. 17.

<sup>611</sup> Ph. le Tourneau, J.-Cl. Conc.-conc. 2013, Fasc. 228, n° 1.

<sup>612</sup> P. Roubier, op. cit., t. 1, n° 118.

<sup>613</sup> Cass. com., 20 mars 2014, n° 12-18.518, Tod's : JurisData n° 2014-006515 ; CCC., 2014, comm. 127, M. Malaurie-Vignal.

la jurisprudence a assez souvent rappelé cette distinction, c'est notamment le cas, avec l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 2014 sur une affaire portant sur des faits de cumul de concurrence déloyale et de parasitisme<sup>614</sup>. L'arrêt retient que pour ce qui est du parasitisme : « *il s'agit de savoir si la société Concept Group s'est inspirée ou non, a copié ou non la valeur économique de la société Geox, s'est mise dans son sillage et s'est ainsi procuré un avantage concurrentiel, fruit de son savoir-faire* »<sup>615</sup>. La concurrence déloyale, pour sa part, nécessiterait un « *un très important risque de confusion sur l'origine des produits* »<sup>616</sup>.

600. L'existence d'une volonté de parasiter est une condition nécessaire à la recevabilité de l'action en parasitisme, un tel critère est inexistant en droit de la concurrence déloyale<sup>617</sup>. Le fait de se mettre dans le sillage d'un opérateur économique est forcément volontaire, c'est ce qui donne tout son sens à la théorie du parasitisme. Ce dernier ne pouvant découler de négligence ou d'un cas fortuit, si on considère que les cas occasionnés par les nécessités de la technique en sont exclus. La sanction du parasitisme se distingue de la concurrence déloyale qui sur ce plan, malgré le terme « *déloyal* » n'inclut pas un élément moral dans son appréciation par le juge. Le régime de l'article 1382 du code civil, ainsi que l'article 116 du Code des obligations civiles et commerciales ne le requièrent pas.

601. La Cour de cassation a récemment cassé un arrêt d'appel ayant retenu le parasitisme sans pour autant faire ressortir au préalable la volonté du parasite présumé de se mettre dans le sillage du parasite<sup>618</sup>. L'arrêt a ainsi retenu : « *qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la volonté de la société The Web Family de s'inscrire dans le sillage de la société Sebdo, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE* ». A contrario, l'action en concurrence déloyale ne requiert pas l'existence d'un élément intentionnel, le juge le rappelle assez souvent en jurisprudence : « *Alors que la caractérisation de la faute de concurrence déloyale n'exige pas la constatation d'un élément intentionnel ; que pour débouter MM Y... et X... de leur*

---

<sup>614</sup> CA Paris, pôle 5, 4e ch., 28 mai 2014, n° 12/01376, Sté Concept Group International : JurisData n° 2014-012319 ; CA Paris, pôle 5, 2e ch., 13 sept. 2013, n° 11/20659, Sarl Navyl c/ SAS Feiyue.

<sup>615</sup> Ibid.

<sup>616</sup> Ibid.

<sup>617</sup> J. Larrieu, « Un an de droit de la concurrence déloyale », Propr. Ind., n°10, oct. 2014, n° 8 : « *On n'est pas parasite par désinvolture* ».

<sup>618</sup> Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-10.039, op. cit.; n° 2014-001819 ; CCC. 2014, comm. 114, M. Malaurie-Vignal.



*action en concurrence déloyale, la Cour d'appel a retenu que la Société MICROSOFT ne savait pas qu'ils n'avaient pas donné leur autorisation pour l'utilisation de leur logiciel ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'Appel, qui a subordonné l'existence d'une concurrence déloyale fautive à la preuve d'un élément intentionnel, a violé l'article 1382 du Code civil* »<sup>619</sup>. Cet arrêt a été précédé par celui de la chambre commerciale de la cour de cassation du 30 janvier 2001 statuant dans le même sens<sup>620</sup>.

602. Au niveau probatoire, la distinction entre concurrence déloyale et agissement parasitaire est plus perceptible, la jurisprudence exige pour la constitution de la première infraction<sup>621</sup>, l'existence d'un préjudice déterminé, la seconde infraction peut être révélée par un faisceau de présomptions<sup>622</sup>. La preuve de la faute de concurrence déloyale est de ce fait beaucoup plus précise et difficile à apporter. Le fait que le parasitisme se prouve par faisceau d'indices est une preuve de la subtilité des agissements condamnables, il n'est pas besoin de prouver une faute mais un début de preuve pourrait suffire dans la mesure où cet ensemble tend à prouver qu'il y a eu intention de la part du présumé parasite de subtiliser une réussite commerciale ou technique d'un concurrent en toute illégalité. L'acceptation de la preuve par faisceau d'indices matérialise en notre sens le caractère volontaire de cette infraction. Le parasitisme accompli d'une manière astucieuse entraînerait une souplesse de l'exigence de preuve de l'infraction.

## **Paragraphe 2) La concurrence déloyale ou parasitaire**

603. La jurisprudence ne retient la concurrence déloyale que lorsque les actions parasitaires sont perpétrées dans le cadre concurrentiel : « *Le comportement parasitaire est un acte de concurrence déloyale, lorsqu'il concerne des entreprises en situation de*

---

<sup>619</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 2013, n° 12-20.687, X et Y c/ Microsoft : JurisData n° 2013-025752.

<sup>620</sup> Cass. com., 30 janv. 2001, Dalloz, 2001, p. 1939, note Ph. le Tourneau : « *Trois propositions s'évincent de cet attendu fondamental (...)* ; 2° *L'imitation n est en elle-même un comportement fautif lorsqu'elle est volontaire et non le fruit du hasard ou d'une nécessité; cela, sans qu'il soit besoin d'établir la réalité ni l'importance des efforts déployés et des investissements effectués par la victime du parasitisme, dont le parasite a ou aurait fait l'économie* ».

<sup>621</sup> Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-22. 413, Synergie : JurisData n° 2013-020678 : « *l'action en concurrence déloyale reposant sur une faute, son succès suppose rapportée la preuve de l'accomplissement d'actes positifs et caractérisés* ».

<sup>622</sup> Cass. com., 20 mars 2014, n° 12-18.518, préc. ; Cass. com. 4 fév. 2014, n° 13-11.044, Sté Ferragamo, *op. cit.* : « *à la différence de la concurrence déloyale, qui ne saurait résulter d'un faisceau de présomptions, le parasitisme, qui consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment des investissements consentis ou de sa notoriété, résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité* ».

*concurrency* »<sup>623</sup>. C'est le sens qu'il faut également donner, dans son principe, à l'arrêt de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Dakar du 15 Avril 2014<sup>624</sup>. Il procède d'une condamnation par recherche de confusion pour distribution hors réseau. Le distributeur agréé a ainsi introduit une action visant la sanction de cette pratique. L'intérêt de cet arrêt montre l'application pratique que fait la jurisprudence sénégalaise de la législation OAPI en matière de concurrence parasitaire<sup>625</sup>.

604. Nos observations sur la jurisprudence existante dans le droit des deux pays, montre que l'assimilation de la concurrence parasitaire à la concurrence déloyale est devenue une réalité même si en droit OAPI le texte semble ignorer la notion de parasitisme.

605. Tout d'abord, l'assimilation du parasitisme à la concurrence déloyale apparaît facilitée notamment par le biais de la théorie de la concurrence parasitaire, dans la mesure où leurs conditions d'application sont les mêmes. L'application de la responsabilité civile délictuelle des articles 1382 et 1383 du code civil se manifeste par l'exigence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

606. La faute de concurrence déloyale par concurrence parasitaire sera donc constituée par le détournement de notoriété ou d'apports créatifs abstraites comportant une certaine valeur économique pour les titulaires. La concurrence parasitaire vient donc rejoindre la trilogie des fautes de concurrence déloyale en étant la quatrième faute de concurrence déloyale. Cette dernière sera essentiellement constituée par l'acte selon lequel le parasite se met dans le sillage du parasité en recherchant la confusion avec ce dernier, dans le but d'un détournement de clientèle. La faute ainsi délimitée doit entraîner un préjudice que la jurisprudence mesure à l'aune du trouble commercial. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar, rendu le 15 juin 2004 et qui juge dans une espèce portant sur une utilisation illicite de marque: « *Que le risque de confusion phonétique et visuelle entre les deux produits est réel alors surtout qu'ils commercialisent du détergent ; que dès lors les agissements des défendeurs, qui ne sauraient méconnaître l'existence du produit dénommé « Soklin », procèdent d'une concurrence déloyale au sens de l'article 8 de l'accord révisé de Bangui ; Qu'il échet en conséquence de ce qui précède de les*

---

<sup>623</sup> Cass. Com. 6 janv. 1999, Dalloz. Affaires, 27 janv. 2000, p. 87, note Y. Serra ; La chambre commerciale de la même Cour, dans ses arrêts suivants : 20 janv. 2001, Dalloz. Affaires 2001.1939, note Ph. le Tourneau, 14 février 2012, n° 10-30872, BRDA 2012/9, n° 17.

<sup>624</sup> Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Dakar, Audience publique n° 3355/2014 du 15 Avril 2014.

<sup>625</sup> Ibid.

déclarer responsables »<sup>626</sup>. Ce jugement a été confirmé en appel par un arrêt de la Cour d'appel de Dakar du 28 Avril 2008 qui a le mérite de rappeler que cette attitude reprochée au défendeur est « *une violation de la liberté du commerce et de la saine concurrence* »<sup>627</sup>. Cette sanction de l'utilisation illicite de la marque pour concurrence déloyale est aussi l'objet de la demande en appel concernant la célèbre saga judiciaire sénégalaise concernant les procès relatifs à la marque « *Pages Jaunes* » annuaire téléphonique.<sup>628</sup>

607. L'assimilation de la concurrence déloyale à la concurrence parasitaire peut aussi apparaître du fait que les éléments distinctifs traditionnels de cette dernière infraction ne sont plus respectés par la jurisprudence. C'est le sens qu'il faut donner, notamment, à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 2007, lorsqu'il casse un arrêt d'appel au motif que : « *pour déclarer M. Y. irrecevable en sa demande en réparation de son préjudice personnel, l'arrêt retient que les parties ne sont pas en situation de concurrence ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé* »<sup>629</sup>. Cette décision est d'autant plus déroutante que le postulat de départ sur la différenciation entre concurrence déloyale et parasitisme reposait sur cette condition. Cette décision a été récemment confirmée par cette même Cour, lorsqu'elle a jugé que : « *qu'une situation de concurrence directe ou effective n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement la présence de faits fautifs générateurs d'un préjudice* »<sup>630</sup>.

608. La confusion des notions de parasitisme et de concurrence déloyale semble être une évidence également lorsque le juge admet que la condition de clientèle commune n'a aucune incidence sur la recevabilité du parasitisme ou agissements parasitaires ou concurrence parasitaires<sup>631</sup>. Cela laisse à penser comme l'a soulevé un auteur que : « *les*

---

<sup>626</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, audience publique ordinaire n° 1535 du 15 juin 2004.

<sup>627</sup> Cour d'appel de Dakar, arrêt n° 356 du 28 avril 2008, Etab. Soumaré et CIE c/ Groupe CCBM-SOPROMET.

<sup>628</sup> Cour d'appel de Dakar, arrêt n° 575 du 04 juillet 2008, Société Afripages Sarl c/ Sonatel. La Cour s'est déclarée incompétente au motif que selon elle, l'affaire comporte une atteinte pour contrefaçon qu'il fallait d'abord trancher, mais il nous semble intéressant de le citer, plus particulièrement l'argument de l'appelant précisant que : « *La SONATEL utilise la marque sans y être autorisée en adressant à des clients des correspondances et bulletins de souscriptions aux pages jaunes pour son annuaire 2004 tout en faisant référence aux pages blanches ; que ceci lui a causé un préjudice d'autant plus que la confusion est créée et entretenue par la SONATEL pour détourner sa clientèle , alors que son activité consiste uniquement à la confection d'annuaires réservés au professionnels* ».

<sup>629</sup> Cass. com., 20 nov. 2007, n° 05-15.643, M. X c/ FNAIM : JurisData n° 2007-041599 ; Propr. industr. 2008, comm. 71.

<sup>630</sup> Cass. com., 25 mars 2014, n° 13-12.502, SFR :JurisData n° 2014-006004.

<sup>631</sup> Cass. com., 15 nov.2011, n° 10-25.473, Marc Jacobs : JurisData n° 2011-025296 ; Propr. industr. 2012, comm. 19, J. Larrieu : « *l'exercice de l'action pour parasitisme ou concurrence parasitaire n'est pas subordonné à une absence de situation de concurrence entre les parties* ».

*frontières entre parasitisme et concurrence déloyale ont disparu. Le parasitisme n'est qu'une forme de concurrence déloyale* »<sup>632</sup>. Ce nouvel élan jurisprudentiel laisse encore plus perplexe lorsqu'il s'agit de faire disparaître la condition de clientèle commune de l'action en concurrence déloyale. Il est vrai que pour la concurrence parasitaire cela n'a sans doute aucun impact, mais pour les agissements parasitaires, il nous semble qu'il y a de quoi s'alarmer dans la mesure où, si on a eu besoin de distinguer ces dernières infractions avec celles de la concurrence parasitaire, c'est bien dans la logique d'une séparation entre un parasitisme concurrentiel et un parasitisme non concurrentiel. Cela peut amener à une confusion certaine au-delà, c'est une source de chaos juridique jouant sur la pertinence des règles juridiques en général<sup>633</sup>.

609. On a également fait le constat que très souvent la confusion entre parasitisme et concurrence déloyale s'opérait aussi par une terminologie ou expression jurisprudentielle assez particulière et reposant sur l'expression assez fréquente de « *concurrence parasitaire* ». La question est de savoir si la jurisprudence entend par là, le cumul des deux infractions en question, ou alors un rattachement volontaire des deux termes visant à confirmer ce que l'on redoute déjà et qui représente une totale assimilation entre concurrence déloyale et concurrence parasitaire. Les exemples ne manquent pas en jurisprudence, ils sont d'ailleurs très fréquents<sup>634</sup>.

## **Sous-section 2 : Parasitisme et contrefaçon, domaines distincts et complémentaires**

610. Les rapports entre la contrefaçon et le parasitisme semblent être plus nets, comparés avec ceux de la concurrence déloyale. Dans un premier temps, il convient de considérer que le parasitisme appartient à un domaine juridique distinct de celui de la contrefaçon, avant de voir que cette opposition est à l'origine de la possibilité de cumul entre les deux actions.

---

<sup>632</sup> J. Larrieu, Un an de droit de la concurrence déloyale, Propr. Ind. 2014, op. cit.

<sup>633</sup> A. Mendoza-Caminade, « De la déloyauté de toute compétition économique ou les mérites (redécouverts) de la concurrence déloyale », op. cit.

<sup>634</sup> Cass. com., 4 févr. 2014, arrêt préc. ; J. Larrieu, « Un an de concurrence déloyale », Propr. Ind. 2014, op. cit. : « *il s'agit de sanctionner un comportement déviant sur le marché, l'agissement parasitaire étant une manifestation de déloyauté parmi d'autres* ».

## **Paragraphe 1) Contrefaçon et parasitisme, de quelques données de divergences**

611. Le parasitisme entretient des relations variées avec le droit de la contrefaçon<sup>635</sup>. Si on part du principe que ces deux infractions sont belles et bien distinctes du fait de leurs natures et de leurs objets<sup>636</sup>, leur divergence en semble moins singulière, elle serait même normale. Il semblerait pourtant qu'elles soient parfois invoquées d'une manière cumulée dans des procès portant sur des faits d'atteinte à un droit intellectuel<sup>637</sup>.

612. La possibilité de cumul des deux actions lorsque les faits générateurs sont distincts illustre assez bien cette opposabilité<sup>638</sup>. La nature juridique ainsi que les fonctions parfois opposées des deux infractions sont le fondement de cette exigence<sup>639</sup>. C'est pourquoi la jurisprudence exige des faits distincts pour l'admission des deux infractions dans un même procès<sup>640</sup>.

613. La contrefaçon est une infraction de nature mixte du point de vue des ordres civil et pénal qu'elle concerne. Elle vise à rétablir le titulaire du droit intellectuel dans ses prérogatives monopolistiques<sup>641</sup>. Il tire son principe du droit des biens et rétablit la propriété subjective du titulaire<sup>642</sup>. Le parasitisme est plutôt une action en responsabilité délictuelle<sup>643</sup> et son intérêt est justement de combler les lacunes pouvant se présenter dans la réparation du préjudice des victimes d'actes allant à l'encontre de la liberté du commerce

---

<sup>635</sup> J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., p. 241 et s. ; Ph. le Tourneau, parasitisme, op. cit., n° 251 et s.

<sup>636</sup> A. Bonnefont, « Parasitisme, l'étrange alchimie de l'affaire Tank », op. cit : « *Marquons ici une différence : quand il y a contrefaçon, le trouble de la jouissance du droit de propriété intellectuelle suffit à justifier l'indemnisation alors que la mise en oeuvre de l'article 1382 exige davantage que la constatation d'un plagiat : il faut démontrer un préjudice : risque de confusion, concurrence prenant appui sur l'investissement d'autrui, exploitation d'une notoriété conduisant à son affaiblissement* ».

<sup>637</sup> G. de Moncuit, « Les relations entre contrefaçon et parasitisme », leconcurrentialiste.com, 02 mai 2014, consulté le 31/12/2014.

<sup>638</sup> M. Poumarède, note sous Cass. civ., 19 oct. 2004, LPA, 2005, n° 173, p. 10. « *En décidant que le fait de profiter à un moindre coût des efforts de conception et de réalisation effectués par la victime, ce qui avait dévalorisé son travail, constitue un fait distinct de la contrefaçon, la Cour de cassation prend clairement parti pour la possible coexistence de l'action en contrefaçon et de l'action visant à sanctionner des agissements parasitaires sur le terrain de la responsabilité civile* ».

<sup>639</sup> Cass. civ., 19 octobre 2004 ; Petites Affiches, n° 173 du 31 août 2005, p. 10, note Poumarède ; Cass. com., 22 octobre 2002, Go sport /Décathlon ; Cour de Cassation, ch. com., 22 octobre 2002, Métro / Cartier. ; plus ré

<sup>640</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 oct. 2004, pourvoi n° 02-16.057, plus récemment ; Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.914, F-D, SAS Vill c/ SAS Chanel : JurisData n° 2011-021607, obs MALAURIE-VIGNAL ; Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-65.839 : JurisData n° 2010-002596 ; Cass. com., 24 mai 2011 : JurisData n° 2011-009886. ; Cass. com., 24 mai 2011 : JurisData n° 2011-009887.

<sup>641</sup> P. Roubier, op. cit n°70 : « *L'action en contrefaçon suppose essentiellement qu'un droit a été violé* » ; J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 119.

<sup>642</sup> Ibid.

<sup>643</sup> CA Paris, 5 Avr. 1993 : Gaz. Pal., 1994, 1, somm., p. 54.

et de l'industrie<sup>644</sup>. Il découle de cela que l'on puisse aisément concevoir, que lorsque l'atteinte frauduleuse à un bien intellectuel fait intervenir le droit de la contrefaçon, il peut arriver que cette atteinte entraîne par la même occasion le délit de parasitisme<sup>645</sup>.

614. Une jurisprudence abondante soutient ce principe, nous citerons à ce titre, l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2009, qui juge qu'il n'est point besoin d'un droit intellectuel pour admettre l'action en parasitisme qui est autonome car relève de faits distincts<sup>646</sup>. Cet arrêt a été précédé par celui beaucoup plus illustratif du tribunal de grande instance de Paris<sup>647</sup>, lui-même précédé d'une jurisprudence conséquente en ce sens. La question de la nécessité de faits distincts entre contrefaçon et parasitisme ou concurrence déloyale est toujours d'actualité<sup>648</sup>. C'est en ce sens que la Cour de cassation a rejeté un grief de concurrence déloyale et parasitaire, dès lors qu'on l'a invoqué au titre d'une action en contrefaçon « *Considérant qu'aucun fait distinct des actes de contrefaçon ci-dessus analysés n'apparaît réellement être invoqué au titre de la concurrence déloyale ou parasitaire (...) qu'elle ne saurait pas plus à elle seule caractériser un agissement fautif ou parasitaire* »<sup>649</sup>.

615. La divergence invoquée autour de ces deux infractions pourrait s'expliquer par l'apparente incompatibilité entre la liberté du commerce et de l'industrie et les exceptions à cette même liberté, que constitue le droit de propriété intellectuelle. Il est cependant utile et même indispensable de voir que les exceptions instaurées par les droits intellectuels participent même à la loyauté dans l'exercice concurrentielle. Cela s'explique par le fait que la contrefaçon, en protégeant le titulaire de toute utilisation frauduleuse, assurent par la même occasion, la police des affaires, ce qui semble également être la fonction du parasitisme. Au regard de ces éléments, toute distinction tranchée sur l'intérêt des deux actions serait malvenue<sup>650</sup>.

---

<sup>644</sup> Ph. le Tourneau, op. cit., n° 251.

<sup>645</sup> G. de Moncuit, op. cit. : « *L'histoire est souvent la même. Le plaignant, estimant qu'il est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur son œuvre, intente une action en contrefaçon contre le contrefacteur. En même temps, il agit aussi sur le fondement du parasitisme, considérant que l'imitation de son œuvre constitue aussi un acte de parasitisme par exploitation et appropriation du travail d'autrui* ».

<sup>646</sup> Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.362, Sté Tentation : JurisData n° 2009-050898 ; CCC. 2010, comm. 76, M. Malaurie-Vignal.

<sup>647</sup> TGI Paris, 18 fév. 1998, Kléber : PIBD 1998, III, p. 295 ; TGI Rennes, 8 sept. 1997, III, p. 608.

<sup>648</sup> CA Douai, 7 mars 2013, n° 12/03958, Aleo Group LTD : JurisData n° 2013-006492. - Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-21.322, Sté Milo.

<sup>649</sup> CA Paris, 30 sept. 2014, Sarl Grapheine c/ SAS Graphemes, n°13/02064, JurisData n° 2014-024880.

<sup>650</sup> J. Passa, op. cit., n° 379; J. J. Burst, « Lien entre loi applicable et compétence judiciaire en contrefaçon », L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle », 15 Février 2012, n°2, p. 7.

616. Le cumul des deux demandes judiciaires permet le titulaire de l'œuvre intellectuelle de se faire indemniser, et le préjudice résultant de la copie, de l'utilisation illicite ou de la reproduction de son droit intellectuel, ainsi que le détournement parasitaire de la valeur économique de son droit intellectuel.

617. La doctrine n'est pas toujours été très favorable à ce cumul car, certains y voient, une dégradation de la place donnée aux droits subjectifs, objets de la propriété intellectuelle<sup>651</sup>. Une partie de la jurisprudence adopte également cette position, c'est ainsi qu'il a été jugé par la chambre civile de la Cour d'appel de Rouen que : « *la dévalorisation du produit qui résulte d'une distribution non sélective de celui - ci n'est que la conséquence inhérente à l'acte de contrefaçon et ne constitue pas un fait distinct de celle-ci* »<sup>652</sup>. L'objection d'un auteur à cette décision nous convient, elle consiste à soulever que le détournement d'investissement à lui seul permet d'accueillir l'action en parasitisme, à plus forte raison lorsqu'elle s'infère d'une atteinte à un droit intellectuel<sup>653</sup>.

618. Autrement dit, l'admission de plus en plus fréquente du parasitisme dans des procès concernant des droits intellectuels, alors qu'il existe une action spécifique plus appropriée, pourrait, à terme, rendre moins crédible le régime de l'action en contrefaçon. Ceci se justifie notamment de ce que le régime général de l'article 1382 applicable au parasitisme aura tendance à être invoqué partout, alors que le régime de droit commun n'est censé intervenir que lorsqu'il n'y a pas de dispositions spécifiques.

619. On considère que cette réticence n'est pas totalement justifiée, dans la mesure où les deux préjudices sont bien distincts et lorsque les faits sont distincts, les juges peuvent admettre des réparations spécifiques au parasitisme et à la contrefaçon. On en découvre l'intérêt également au niveau des titulaires des actions. En matière de contrefaçon, seul le titulaire de l'action pourra tenter l'action, le parasitisme sera alors un rempart pour le licencié, le cessionnaire, bref tout tiers au droit intellectuel qui aurait été lésé dans ses intérêts par ces actes.

620. Au contraire, il nous semble même plus opportun, pour l'intérêt des opérateurs économiques, comme le souligne le professeur le Tourneau, le caractère

---

<sup>651</sup> J. Passa, Ibid.

<sup>652</sup> CA Rouen, 25 sept. 2014, n° 05/01087, JurisData n° 2014-022683.

<sup>653</sup> M. Malaurie-Vignal, « De la délicate distinction entre concurrence déloyale et action en contrefaçon », CCC, n° 1, janv. 2012.

« *passé-partout* » de la sanction parasitisme est une aubaine, dans la mesure où, en plus d'éviter les fautes lucratives, il encouragerait l'innovation par la même occasion<sup>654</sup>.

621. Pourtant malgré l'intérêt que porte la condition de faits distincts, elle n'est pas toujours respectée par la jurisprudence, comme en témoigne cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 décembre 2013 jugeant que : « *l'action en concurrence déloyale peut être fondée sur les mêmes faits que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon de marque rejetée pour défaut d'atteinte à un droit privatif, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif* »<sup>655</sup>. Des arrêts semblables ont déjà été observés en jurisprudence par le passé, comme en atteste celui qui juge que l'exigence de fait distinct pour le cumul de la contrefaçon et du parasitisme dépend de la qualité du demandeur<sup>656</sup>. Cette forme de tendance jurisprudentielle déséquilibre la réglementation associée, il est difficile de lui trouver des justifications au regard du principe des droits de propriété intellectuelle ou celui de la responsabilité civile.

622. Parmi les conséquences pouvant découler de cet état de fait, on peut citer, le risque de faire de cette infraction de parasitisme une faute lucrative. Lorsque la victime ayant subi un double préjudice du fait de l'atteinte à son droit intellectuel, n'est indemnisée qu'à hauteur de la contrefaçon. la doctrine a relevé que dès lors, la sanction n'est plus dissuasive, car elle va entraîner l'enrichissement indu du parasite<sup>657</sup>.

## **Paragraphe 2) La subsidiarité entre parasitisme et contrefaçon**

623. L'action pour parasitisme est une action subsidiaire par nature, elle s'applique lorsqu'il n'y a pas de solution juridique spécifiquement prévue pour le cas d'espèce<sup>658</sup>. En matière de contrefaçon, le parasitisme pourra être invoqué lorsque l'action

---

<sup>654</sup> Ph. le Tourneau, « Le bon vent du parasitisme », art. précité.

<sup>655</sup> Cass. com. , 10 déc. 2013, n° 11-19872, Sté Lancôme parfums et beauté et compagnie et a. c/ M. F. D.

<sup>656</sup> Il s'agit en l'occurrence, de deux arrêts de la Cour d'appel de Paris d'Avril 2013 allant dans le même sens de l'admission d'un cumul des actions de parasitisme ou concurrence déloyale avec l'action de contrefaçon : Le licencié d'une marque a été admis à agir en parasitisme sur les mêmes faits invoqués par le titulaire des droits en instance pour contrefaçon : Cass. com., 22 mars 2005, Compagnie du grand large c/ X, Auchan et Champion organisation développement ; Concurrences n° 2-2005, p. 67, obs. Fasquelle et Mesa ; V. également, CA Paris, 10 avr. 2013, n° 11/12675, SARL Olim : JurisData n° 2013-009098 ; CA Paris, 17 avr. 2013, n° 12/12364, SA L'Oréal : JurisData n° 2013-009104.

<sup>657</sup> G. de Moncuit, op. cit.

<sup>658</sup> Ph. le Tourneau, op. cit, n° 250 : « *L'action en condamnation du parasite n'est recevable que si la victime ne dispose pas d'une autre voie juridique spécifique* » ; M. Poumarède, « La sanction du « pillage » de travaux universitaires par l'action en contrefaçon et la théorie du parasitisme », Gaz. Pal., n° 215, 28 oct. 2005, p. 14.



au principale échoue pour défaut de qualité ou d'intérêt, pour nullité de droit subjectif ou alors lorsque la demande en contrefaçon a été tout simplement rejetée<sup>659</sup>. L'action subsidiaire est donc une action secondaire introduite en même temps qu'une demande principale, et destinée à être examinée par le juge lorsque ce dernier n'a pas donné droit à l'action principale<sup>660</sup>.

624. Ainsi la subsidiarité de l'action en parasitisme par rapport à l'action en contrefaçon, révèle son intérêt lorsque le droit subjectif est inexistant, lorsqu'il est tombé dans le domaine public ou lorsqu'on est en présence d'un contrefacteur astucieux<sup>661</sup>. Le professeur Larrieu affirme à ce titre que : « *L'action en concurrence déloyale tend de plus en plus à devenir un substitut à l'action en contrefaçon. Des comportements parfaitement admissibles du point de vue de la propriété intellectuelle, sont sanctionnés au titre de la concurrence déloyale* »<sup>662</sup>. L'arrêt Bollé en matière de concurrence déloyale a éclairci ce principe en jugeant que : « *l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif, et que l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale à raison de sa copie, cette circonstance n'étant que l'un des facteurs possibles d'appréciation de l'existence d'une faute par création d'un risque de confusion* »<sup>663</sup>

625. En droit de la marque cette subsidiarité trouve son intérêt au regard du principe de spécialité de la marque. Cette dernière n'étant protégée au titre de la contrefaçon, que lorsque l'atteinte entre le domaine spécifié lors de l'enregistrement, il s'ensuit que, en dehors de cette possibilité, dans les situations de non-concurrence, le parasitisme puisse être invoqué à la place de l'action en contrefaçon afin de remédier à ce trouble concurrentiel<sup>664</sup>. Cette possibilité s'offre également à la victime d'atteinte sur la marque dont elle est titulaire, lorsque ses droits ont expiré, ou sont simplement tombés dans le domaine public. Dans ce cas, la contrefaçon ne pouvant plus être invoquée faute de

---

<sup>659</sup> Le Petit Robert 2013, p. 24448, V. Subsidiaire : « *Accessoire, secondaire* » ; G. Cornu (Sous la direction de), op. cit., p. 992, V. Subsidiaire : « *Qui a vocation à venir en second lieu, pour le cas où ce qui est principal, vient à faire défaut* » ; M. Poumarède, « Le cumul de l'action en contrefaçon et la théorie du parasitisme : de nouvelles perspectives ? », LPA, n° 137, 31 Août 2005, p. 10.

<sup>660</sup> Ibid.

<sup>661</sup> J. Larrieu, « Un an de concurrence déloyale », Propr. Ind., n° 6, nov. 2009.

<sup>662</sup> Ibid.

<sup>663</sup> Ibid. ; Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349, Sté Bollé protection : Propr. industr. 2007, comm. 73, J. Larrieu

<sup>664</sup> J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 379.

droit subjectif, la victime va naturellement se tourner vers la concurrence déloyale pour protéger ses droits. La jurisprudence avait très tôt pris position en faveur d'une telle possibilité, avec l'expression consacrée et selon laquelle la concurrence déloyale (entendu ici au sens du parasitisme, c'est-à-dire, en situation de non-concurrence): « *protège celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif* ».

626. Le droit d'auteur se trouve être un parfait exemple pour montrer l'intérêt de la subsidiarité de l'action en parasitisme par rapport à la contrefaçon, cela ressort notamment de la création de l'expression « *parasitisme artistique* »<sup>665</sup>. En ce sens, comme le souligne un auteur : « *L'inspiration trop marquée d'un artiste par un autre constitue un acte parasitaire, quand il crée un risque d'assimilation entre les œuvres et que celles-ci présentent une valeur économique* »<sup>666</sup>. Le parasitisme artistique est la sanction des actes parasitaires dits astucieux. En effet, il est souvent fréquent en matière de propriété littéraire et artistique, que les agissements visant l'atteinte de l'œuvre soient tellement bien orchestrés que l'application de la sanction du parasitisme devient impossible. Comme l'affirme M. Duthoit : « *souvent les plus audacieux, les plus habiles et en même temps les plus coupables, passent impunément à travers les mailles des réglementations légales et des procédures judiciaires* »<sup>667</sup>. La sanction du parasitisme par l'application de la responsabilité civile délictuelle devient le seul rempart pour la victime. C'est en référence à cette réalité qu'intervient l'expression de M. Vivant : « *Contrefaites ! Contrefaites ! Il en restera toujours quelque profit* »<sup>668</sup>.

627. Le risque d'une faute lucrative dans la sanction classique de la contrefaçon fait du parasitisme le meilleur outil pour dissuader les contrefacteurs disposant d'outils astucieux. La faute lucrative est définie comme l'infraction permettant à son auteur de s'enrichir. Cela se manifeste notamment par le fait que le parasite grâce au principe de paiement intégral du préjudice, réussit à faire des économies malgré la réparation de ce préjudice. La réparation du préjudice est strictement limitée au dommage causé à la victime, alors qu'il ressort assez souvent que les bénéfices du parasite sont bien supérieurs à ce préjudice. Le parasitisme est une solution à ce phénomène, en prenant en

---

<sup>665</sup> CA Paris, 27 fév. 2013, RG n° 12/01050, LEPI juin 2013, p. 81, obs. D. Lefranc : « *Mais le cœur du parasitisme artistique consiste en une maladie de l'inspiration chez le parasite, qui dépasse la limite du plagiat admissible pour pallier son déficit d'idées. Tout auteur est libre en effet de nourrir son art de celui des autres. Ce principe lié à la liberté d'expression cède quand le parasite aura retiré un avantage de l'opération. Il indemnise alors l'auteur victime d'un préjudice autant patrimonial que moral* ».

<sup>666</sup> Ibid.

<sup>667</sup> E. Duthoit, *Vie économique et Catholicisme*, Paris, Gabalda, 1924.

<sup>668</sup> M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », Dalloz 2009, p. 1839.

considération une partie du préjudice de la victime non compensé par la réparation octroyée par le juge lors de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon. Cette possibilité peut notamment s'effectuer par l'application par le juge des dommages et intérêts punitifs même si à l'heure actuelle, le droit français ne semble pas encore prête à admettre ce principe inspiré de l'outre-Atlantique<sup>669</sup>. Dès lors la lutte contre la faute lucrative par le parasitisme n'aura de sens que lorsque le juge basera son appréciation sur la base de dommages et intérêts punitifs couvrant en plus du préjudice l'ensemble des avantages dont a bénéficiés par le parasite après réparation du préjudice commercial matériel ou moral du parasité. La Cour de cassation ne semble cependant pas tout à fait opposé à ce principe puisque par un arrêt en date du 1<sup>er</sup> décembre 2010,<sup>670</sup> elle a affirmé que : « *Le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public* »<sup>671</sup>. L'application de cette sanction au droit du parasitisme serait un bon présage pour la lutte contre les infractions concernées. La mise en place d'une véritable amende civile visant la punition de l'auteur de parasitisme permettrait de mesurer la réparation, non pas à la l'aune du dommage mais plutôt à celle de la gravité de la faute. Plus la faute est grave plus la note risque d'être élevée. Ce procédé a tout son sens en matière économique où le gain est l'élément commun à toutes les activités. Le parasite ainsi dépouillé de tous bénéfices réalisés et parfois même au-delà, n'éprouvera certainement pas en notre sens, un désir de récidive. Cela permettrait d'éviter ce qui s'est produit avec l'affaire Champagne<sup>672</sup>. Dans cette dernière, Yves Saint Laurent a perdu juridiquement mais enregistre un profit considérable au niveau économique.

628. Que faire cependant des inquiétudes soulevées par la doctrine en ce qui concerne la possibilité d'un enrichissement illicite de la victime ? La réponse pourrait être selon nous et d'après le rapport Bétaille ayant déjà avancé cette proposition<sup>673</sup>, le versement du surplus d'indemnisation au trésor public pour éviter notamment des procès fondés implicitement sur un possible enrichissement. Cette solution nous semble en effet adéquate pour réaliser le double objectif de réparation et de dissuasion. On constate

---

<sup>669</sup> R. Mésa, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : Une solution au problème des fautes lucratives? », Gaz. Pal., 21 nov. 2009, n° 325, p. 15. Il convient de constater à ce sujet que le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations ne porte par une telle solution d'indemnisation ; A. Furlon, « Bilan et perspectives sur l'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon », LPA, n° 122, 21 juin 2011, p.8.

<sup>670</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-13.303, FS-P+B+R+I: JurisData n° 2010-022675; JDI 3, juill. 2011, 11, comm. O. Boskovic.

<sup>671</sup> Ibid.

<sup>672</sup> CA Paris, 15 déc.1993.

<sup>673</sup> Rapport commission Bétaille, ass. nat., session 2008/2009, n° 558.

cependant à regret que la concrétisation d'une telle suggestion est loin de se réaliser, vu son absence dans les dispositions de l'ordonnance du projet de réforme du droit des obligations, dont l'adoption est annoncée pour 2016<sup>674</sup>.

629. La compatibilité entre le parasitisme et le procédé de sanction de la faute lucrative découle de son caractère complémentaire ou subsidiaire dans les procès en contrefaçon notamment, car même si la loi a déjà amélioré le dispositif de réparation en prenant en compte, le préjudice moral, le gain manqué, la perte subie ou les bénéfices du contrefacteur, une sanction punitive supplémentaire ne ferait qu'augmenter la sécurité du titulaire des droits. Certains auteurs avancent, à ce propos, le risque d'un doublon en cas d'action publique ou correctionnelle, nous pensons que de telles inquiétudes ne sont pas fondées car une fois le dispositif bien acquis au niveau jurisprudentiel, les victimes auront le choix pour savoir dans quelle voie poursuivre selon leurs différentes attentes par rapport aux sanctions judiciaires.

630. Concilier le principe d'équité de la responsabilité civile avec les nouveaux impératifs de l'économie serait un vrai progrès du droit et les victimes ne pourront être que soulagées d'un tel avancement. Avec les nouvelles lois adoptées en matière de contrefaçon, le principe est en train de faire son chemin en droit positif français, nous ne pouvons que nous en réjouir, étant convaincue que la mise en place d'une telle sanction ne serait qu'un pas de plus pour l'effectivité des sanctions judiciaires dans le cadre général des infractions de concurrence déloyale et infractions voisines.

---

<sup>674</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf), consulté le 15/10/2015. Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015. Issu des dispositions de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015.

## Conclusion chapitre

631. L'infraction de parasitisme participe aujourd'hui d'une manière effective au contentieux de la propriété intellectuelle en France comme au Sénégal. Son autonomie apparait dans le cadre des agissements parasitaires qui permettent l'extension du domaine de la concurrence déloyale et celui de la contrefaçon. Elle reste d'origine jurisprudentielle en France, alors que l'annexe 8 de l'Accord de Bangui le consacre expressément.

632. On constate cependant que la jurisprudence française et sénégalaise ne semble pas toujours admettre cette indépendance de l'infraction. Force est de constater que les décisions judiciaires parlent encore de concurrence déloyale concernant des faits qui devraient relever du parasitisme. Le droit du parasitisme économique ou des agissements parasitaires en sort affaibli dans la mesure où on l'assimile de plus en plus à un acte de concurrence déloyale.

633. Le débat qui oppose en France partisans et opposants du parasitisme n'est pas encore clos. Pour certains réfractaires, l'application de cette sanction menace la liberté de copie, tandis que pour d'autres, c'est le concept même de la propriété intellectuelle qui risque d'en souffrir, puisque le parasitisme pourrait reconstituer de véritables droits subjectifs. Nous ne pensons pas que l'existence de la sanction du parasitisme soit futile. Cette assertion reste vraie tant que le juge, dans son appréciation des faits, reste dans la logique de sa mise œuvre. Autrement dit, le parasitisme doit rester une action subsidiaire visant à combler certaines lacunes de la loi en matière de protection des droits intellectuels en général.

## Transition

634. Les droits français et sénégalais ont instauré des modalités fortement convergentes sur la mise en œuvre des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Le Code de la propriété intellectuelle pour la France, et l'Accord de Bangui pour l'OAPI sont les sources juridiques directes de la lutte contre la contrefaçon en droit comparé. La recevabilité des actions dépend également de conditions procédurales généralement basées sur le cadre commun en matière civile et pénale au niveau des deux dispositifs.

635. Une fois l'appréciation de la faute effectuée par le juge, il devra ensuite procéder à l'évaluation de la sanction visant à fixer les mesures requises dans de telles circonstances. Les éléments de l'évaluation du préjudice peuvent être d'ordre légal ou jurisprudentiel en droit comparé. Les sanctions des deux infractions sont basées sur des dommages distincts. Les effets de la concurrence déloyale ou du parasitisme peuvent selon le cas, se cumuler ou s'alterner avec ceux de la contrefaçon



**PARTIE SECONDE :**  
**LES SANCTIONS DU DROIT COMPARE DES ACTIONS EN**  
**CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DÉLOYALE**





# **TITRE PREMIER : LES EFFETS DES ACTIONS EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE FRANÇAIS ET SENEGALAIS**

636. Présenter les sanctions des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale dans une démarche unitaire n'est pas chose aisée, la démarche n'est pourtant pas inédite<sup>675</sup>. La raison d'un tel constat est due au fait que les deux actions judiciaires sont autonomes la plupart du temps, elles bénéficient de cadres juridiques bien distincts. Nous trouvons cependant un grand intérêt à procéder de la sorte. Il nous semble que les sanctions judiciaires contenues dans les actions judiciaires concernées présentent de nombreux points de rapprochements qu'il serait utile de relever dans le cadre de l'analyse des points de convergence du résultat de ces actions<sup>676</sup>.

637. Les droits français et sénégalais des sanctions judiciaires en contrefaçon et en concurrence déloyale renferment autant des mesures de répression de l'auteur de la faute (Chapitre 1), que des outils de compensation du préjudice de la victime (Chapitre 2). Il convient de faire remarquer au préalable que la répression pénale de l'auteur de la faute intéresse uniquement l'action en judiciaire comparée en contrefaçon.

---

<sup>675</sup> P. Roubier, le droit de la propriété industrielle, t.1, op. cit. ; J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit. ; F. Gimondi, L'action mixte de contrefaçon et de concurrence déloyale, thèse, Montpellier, 1997.

<sup>676</sup> V. en ce sens, J.-P. Delpuech, L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, thèse, 1968, Paris. Les sanctions civiles en contrefaçon se reflètent en partie à celles existantes dans l'action pénale de la même infraction. Nous verrons que cette convergence se retrouvera plutôt au niveau de l'élément légal du délit pénal ou civil ; Mme Chouvet-Lefrançois parle en ce sens d' « homologie de contenu » : A. Chouvet-Lefrançois, « Les finalités de la sanction en droit pénal », in C. Mascala, art. précité.



# **Chapitre premier : Le résultat de l'action pénale en contrefaçon en droit comparé**

638. La répression pénale de la contrefaçon se résume par l'instauration par les législateurs français et sénégalais, de différentes peines (Section 1), auxquelles s'ajoutent des mesures complémentaires (Section 2).

## **Section 1 : Sanctions pénales principales en droit comparé de la contrefaçon**

639. On entend par règles matérielles, les peines qui visent directement la personne du contrevenant à la contrefaçon, son activité ou ses instruments de travail<sup>677</sup>. L'étude de ces mesures pénales (Sous-section 1) ne saurait être effective sans un regard sur la justification qui sous-tend ces peines (Sous-section 2).

640. Les deux systèmes juridiques ont développé, conformément à la fonction essentielle de la responsabilité pénale, notamment et en priorité, celle de réprimer les agissements délictueux, une sévérité des sanctions prévues qui reste liée à l'étendue des conséquences négatives que ces dernières peuvent couvrir<sup>678</sup>.

### **Sous-section 1 : Les sanctions infamantes de la contrefaçon en droit comparé**

641. Elles sont constituées par des restrictions de liberté, mais aussi par des amendes pécuniaires<sup>679</sup>. Le principe de la fixation de la peine en droit pénal de la contrefaçon relève en droit français comme en droit sénégalais, du principe de légalité des

---

<sup>677</sup> S. Guinchard et T. Débard, *Lexique des termes juridiques 2014/2015*, Dalloz, 2014, p. 726 : La peine est une « *sanction punitive qualifiée comme telle par le législateur, infligée par une juridiction répressive au nom de la société, à l'auteur d'une infraction en rétribution de la faute commise* ».

<sup>678</sup> J.-P. Stenger, J.-Cl. Brevets, Fasc. 4680 : « Sanction de la contrefaçon », n°2, 27 Août 2015.

<sup>679</sup> Dans l'ordre décroissant, il s'agit principalement en droit français des lois suivantes : Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon ; loi n° 2011-1843 du 8 décembre 2011 relatives aux certificats d'obtentions végétales ; loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet ; loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, ou Hadopi 2 ; loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 lutte contre la contrefaçon ; loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI ou Hadopi 1 ; loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben 2 ; loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite loi Perben 1 ; loi n° 92-297 du 1<sup>er</sup> juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle.

En droit sénégalais, il s'agit de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 sur le droit d'auteur et les droits voisins ; accord portant révision de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle.

peines répressives<sup>680</sup>. Ce dernier point fait que la démarche d'évaluation du préjudice du juge n'a pas la même importance qu'en droit civil, étant donné que, la peine répressive est fixée à l'avance par un texte.

### **Paragraphe 1) Les restrictions de liberté de l'auteur du délit en droit comparé**

642. L'action en contrefaçon entre dans le cadre d'une action en revendication de propriété, conformément au droit des biens d'où elle tire essentiellement son fondement. Elle se rapproche en ce sens de l'infraction pénale de vol dont elle est souvent assimilée<sup>681</sup>. Cette dernière est définie à l'article 311-1 du Code pénal français en tant que : « *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »<sup>682</sup>. Le Code pénal sénégalais donne la même définition en son article 364. La contrefaçon contrairement à l'infraction de vol sanctionne l'usage illicite de la « *chose immatérielle* » d'autrui. Le vol traite du bien matériel tandis que la contrefaçon traite du bien immatériel.

643. L'idée d'une sanction restrictive de liberté pour une infraction économique peut sembler trop sévère. Ceci est dû au fait que les infractions économiques ne sont pas toujours communément considérées comme présentant un caractère nocif contre l'ordre social. C'est le cas également de la « *criminalité à col blanc* » qui intervient à l'occasion de l'atteinte à la valeur économique de l'entreprise<sup>683</sup>.

644. Dans le cadre de la contrefaçon, le législateur est très tôt intervenu pour en faire un délit depuis les premières lois sur la protection de la propriété intellectuelle, depuis le Code pénal de 1810<sup>684</sup>. On peut remonter encore plus loin pour prouver la nature pénale

---

<sup>680</sup> Principe porté par l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis* » ; En droit français l'alinéa 2 de l'article 111-3 du Code pénal français qui prévoit en ce sens que : « *Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* ». Le droit sénégalais intervient dans le même sens dans l'article 4 du Code pénal sénégalais en termes similaires : « *Nul crime, nul délit, nulle contravention ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prévues par la loi ou le règlement avant qu'ils fussent commis* ».

<sup>681</sup> F. Stasiak, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com. électr.* 2009, étude 1 : « *qui contrefait un œuf, contrefait un bœuf* » ; X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteurs et droits voisins* : Dalloz, coll. Cours, 2002, n° 115 « *La contrefaçon serait à la propriété intellectuelle ce que le vol est à la propriété matérielle* ».

<sup>682</sup> Les droits de propriété intellectuelle n'étant pas assimilables à des choses, le vol ne peut être retenu à leur égard à cause notamment du caractère virtuel de leur nature.

<sup>683</sup> On pense notamment à l'usurpation de secret d'affaires pouvant se réaliser à l'occasion du délit d'abus de biens sociaux.

<sup>684</sup> Plus récemment, en droit européen, la résolution du 7 Septembre 2006 sur la contrefaçon de médicaments

de la sanction de la contrefaçon, notamment avec l'exemple de l'époque où l'on coupait la main de l'auteur de la contrefaçon.

645. La mesure pénale de privation de liberté est grave mais peut constituer un outil efficace prévu par le législateur allant dans le sens d'une plus grande dissuasion. Aujourd'hui d'ailleurs, nous remarquons que l'infraction est un moyen de blanchiment d'argent provenant d'autres formes de crimes, notamment en étant leur source de blanchiment<sup>685</sup>. Ces restrictions de liberté ne sont pas pour autant unitaires, car la sanction pénale de la contrefaçon connaît une certaine stratification prenant parfois en compte la gravité de la nature du délit<sup>686</sup>.

### **I) La privation de liberté dans la contrefaçon aggravée**

646. La peine de privation de liberté est une détention physique définie par M Cornu comme : L' « *Etat de l'individu retenu à quelque titre que ce soit dans un établissement pénitentiaire* »<sup>687</sup>. Peine prévue par les législateurs français et sénégalais, elle ne concerne les auteurs de la contrefaçon qu'à des degrés divers, les différentes formes de contrefaçon n'ont pas les mêmes effets quant aux mesures de répressions. C'est pourquoi les peines de prison prévues sont de plus ou moins longues selon la situation que revêt l'atteinte au droit intellectuel.

647. **Le cas du contrefacteur récidiviste.** La récidive selon Denisart, « *se dit de ceux qui tombent une seconde fois dans les mêmes fautes* »<sup>688</sup>. Le récidiviste a toujours été

---

et celle du 25 Avril 2007 sur la proposition de directive portant sur les mesures pénales pouvant assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, participent à l'arsenal européen visant l'uniformisation des sanctions pénales pour la prévention et la répression de la contrefaçon.

En France, des lois ont été votées afin de renforcer la sévérité des sanctions pénales contre la contrefaçon : Il s'agit de la loi n° 94-102 du 5 février 1994 ou loi Longuet sur la répression de la contrefaçon et la loi n° 2004-204 de lutte contre la criminalité, dite loi Perben II.

La loi Longuet n° 94-102 du 5 Février 1994 relative à la répression de la contrefaçon est la première à être votée. Elle augmente en pratique les amendes et les peines de prison. Elle hisse toutes les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle au rang de délit, elle étend la responsabilité morale au droit des marques, au droit des dessins et modèles, au droit d'auteur et droit voisins. La contrefaçon de marque devient un délit douanier. La loi Perben 2 ou la loi n° 2004-4 du 9 Mars 2004 augmente les peines de prison à trois ans et les amendes à 300 000 euros, elle double les peines en cas de commission du délit en « *bande organisée* ».

<sup>685</sup> B. Warusfel, « La contrefaçon entre concurrence et délinquance », Cahiers de la Sécurité, n° 15, janv.-mars 2011, p. 9. L'auteur y peint une criminalisation croissante de la contrefaçon faisant qu'au-delà de la sécurité économique, l'infraction devient une question de sécurité nationale.

<sup>686</sup> C'est notamment le cas pour la contrefaçon de marque, la contrefaçon des récidivistes ou encore celle menaçant la santé et la sécurité des personnes et des animaux.

<sup>687</sup> G. Cornu (Sous la direction de), op. cit., p. 396, . Le terme est assimilé selon l'auteur à l'incarcération, l'emprisonnement, la rétention pénitentiaire.

<sup>688</sup> Denisart, Collection de jurisprudence 1768, cité par R. Bueb, « Scolies de la Récidive : Du médical au

considéré comme un danger pour la société en droit occidental, c'est un « *délinquant d'habitude* »<sup>689</sup>. Le législateur a toujours prévu à son égard des peines plus lourdes, une telle conception peut notamment s'illustrer par les mesures d'éloignement par bannissement qu'on a pu observer dans certaines lois du 19<sup>e</sup> siècle<sup>690</sup>. Il arrivait ainsi que le récidiviste soit également marqué par une lettre au fer rouge afin de compenser l'insuffisance de moyens d'information de l'époque, sur les antécédents judiciaires d'un condamné<sup>691</sup>. Aujourd'hui ces techniques ont disparu mais l'idée reste la même, le législateur tient toujours à frapper d'une peine exemplaire le condamné récidiviste<sup>692</sup>.

648. Fort de cet héritage, la peine du contrefacteur récidiviste est la plus lourde aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais. Le législateur, dans la logique de la répression du délit pénal, renforce la sanction, souvent doublée pour l'occasion, afin d'effacer tout risque ultérieur de réitération de l'acte litigieux. Ce sont donc des mesures essentiellement disciplinaires et préventives<sup>693</sup>.

649. En droit français de la propriété industrielle la peine du contrefacteur de la marque est portée au double, d'après les termes de l'article L.716-12 du Code de la propriété intellectuelle. Les mesures correctionnelles prévues dans le cadre du brevet et des dessins et modèles vont dans le même sens avec les articles L.615-14-2 et L.521-13 du même Code. L'Accord de Bangui suit le même principe du renforcement de la sanction des contrefacteurs récidivistes. En matière de propriété industrielle, les dispositions de l'OAPI formulées dans les articles suivants : L'article 59 de l'annexe 1 sur les brevets<sup>694</sup>, l'article 40 de l'annexe 3 sur les marques, ainsi que l'article 25 annexe 4 sur les dessins et modèles, prévoient des peines doublées d'emprisonnement en cas de récidive. En matière de dessin et modèle et de modèle d'utilité, il n'y a pas de peine de prison prévue, le double des peines ne pouvant pas être requis en matière de peine de prison, le législateur a créé une

---

pénal », in Colloque de l'université Franche-Comté du 25 janv. 2007, « Le nouveau droit de la récidive », L'Harmattan, 2008, p. 12.

<sup>689</sup> Y. Jeanclos, « La récidive : Une pratique pénale en France du XVI<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle », in colloque préc.

<sup>690</sup> Loi du 13 mai 1802, 23 Floréal An X, article 1<sup>er</sup>, cité par Y. Jeanclos, art. précité in colloque préc. : « *Tout individu qui aura été repris de justice pour un crime qualifié par les lois et qui sera convaincu d'avoir, postérieurement à sa première condamnation, commis un second crime sera condamné à la peine prononcée par la loi contre le dit crime, et, en outre, à être flétri publiquement de la lettre R* ».

<sup>691</sup> Ibid.

<sup>692</sup> Y. Jeanclos, art. précité : « *Le récidiviste est considéré comme un danger pour la société. Aussi est-il vilipendé par le législateur pour répondre au besoin d'ordre public. Il est cependant l'objet de l'attention de juge qui s'efforce d'adapter la sanction à la personne du délinquant* ».

<sup>693</sup> A. Chouvet-Lefrançois, A. Mascala, op.cit., p.12 : « *plus la faute commise par le condamné est grave, plus importante est la souffrance de ce dernier* ».

<sup>694</sup> Cet article précise que : « *Il y a récidive lorsqu'il a été rendu contre le prévenu, dans les cinq années antérieures, une première condamnation pour l'un des délits prévus dans la présente annexe* ».



peine de prison adaptée. Elle est en l'occurrence de 15 jours à trois mois de prison pour le récidiviste en matière de modèle d'utilité, et de 1 à 6 mois en matière de dessin et modèle.

650. Ces sanctions pénales du récidivisme en matière de contrefaçon, s'inspirent en droit français, de l'article 132-10 du Code pénal qui dispose que : « *Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé* ». Une telle disposition est prévue en droit sénégalais au niveau de l'article 42 du Code pénal. Ce dernier dispose en des termes presque identiques que : « *Quiconque ayant déjà été condamné à une peine afflictive et infamante, ou seulement infamante, commettra un nouveau crime, sera passible du double de la peine encourue* ».

651. Cette tendance semble cependant être contraire à certains principes supérieurs en France comme au Sénégal<sup>695</sup>. Il s'agit des principes d'égalité devant la loi et celui d'individualisation des peines<sup>696</sup>. L'égalité devant la loi, principe fondamental portée par les constitutions françaises et sénégalaises semble être ignorée par la sanction du récidivisme<sup>697</sup>. L'absence de sa prise en compte apparaît du fait que le récidiviste ayant déjà payé son délit, il devrait être traité comme n'importe quel autre contrefacteur. La primauté de l'intérêt général semble cependant être une réponse adéquate devant cette inquiétude.

652. Le principe d'individualisation de la peine est également présent dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, en son article 8<sup>698</sup>. Le conseil constitutionnel français a d'ailleurs récemment eu l'occasion de se prononcer en sa

---

<sup>695</sup> Il s'agit des dispositions des constitutions concernées, ainsi que celles de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen consacrant les principes supérieurs sur les droits et libertés individuels.

<sup>696</sup> Ibid.

<sup>697</sup> Article 6 de la DDHC (déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen) de 1789 : « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » ;

Le principe est repris par l'article 1<sup>er</sup> du préambule de la constitution française du 4 octobre 1958 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion* » ;

En droit sénégalais un tel principe est repris au niveau de l'article 7 du titre II portant sur les libertés publiques et de la personne humaine de la constitution du 7 janvier 2001, disposant que : « *Tous les êtres humains sont égaux devant la loi* ».

<sup>698</sup> « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

faveur<sup>699</sup>, et son contenu semble également être opposé à la sanction du récidivisme. Cela se manifeste notamment par le fait que la sanction étant préétablie, le juge ne fait pas de distinction selon le cas de l'espèce en cause<sup>700</sup>. Il ne procède d'une analyse des faits que pour leur appliquer la sanction prévue par la loi.

653. On estime que les législateurs français et sénégalais doivent assurer la sécurité économique et par la même occasion, rétablir l'ordre concurrentiel troublé par les actes récidivistes en matière de contrefaçon. L'ordre pénal est justement mieux placé pour assurer une telle protection au nom de l'intérêt général. Il procède en l'espèce de la dissuasion ainsi que la prévention de tels faits. Il ne semble pas normal en notre sens qu'une personne ayant déjà été condamnée pour un fait et sanctionnée à cet effet puisse le réitérer. Cela pose d'une certaine manière le problème de l'efficacité des peines.

654. Après le contrefacteur récidiviste, la contrefaçon en bande organisée demeure la plus lourdement réprimée. Cette réalité est peut-être liée à la considération de ses effets nocifs pour la société. La bande organisée est constitutive selon la loi par : « *tout groupement formé ou toute entité établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* »<sup>701</sup>. En l'occurrence, cela se justifie en droit de la contrefaçon par l'existence de réseaux mafieux derrière le contrefacteur apparent.

655. Elle constitue une forme de criminalité organisée telle que définie à l'article 706-74 du Code français de procédure pénale. Le législateur est intervenu en ce sens pour y apporter une sévérité accrue en matière de sanction pénale. Il s'agit notamment de la loi n° 2004-204 du 24 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui a introduit cette possibilité en son article 34. Cette disposition modifiant désormais les articles du Code de la propriété intellectuelle portant la sanction des différents droits de la propriété intellectuelle en plus de la protection de la base de données, modifie ainsi les articles L. 335-2, L. 335-4, L. 343-1, L. 521-4, L. 615-14, L. 623-32 ; L. 716-10, L. 716-9. La disposition ajoute à chacun de ces articles la formule suivante : « *Lorsque les délits prévus (...) ont été commis en bande organisée, les peines*

---

<sup>699</sup> CC, n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011 ; CC, n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010.

<sup>700</sup> La procédure de la QPC ou question prioritaire de constitutionnalité est cependant un bon moyen mis à la disposition du justiciable et au juge constitutionnel d'annuler une décision lorsque cette dernière est disproportionnée par rapport à l'infraction encourue : V. en ce sens, la décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986. Ce contrôle ne permet pas au conseil constitutionnel de se substituer au juge en appréciant les faits de l'espèce, comme l'a bien démontré la décision de cette dernière dont la référence est la suivante : n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981.

<sup>701</sup> Article 132-71 du Code pénal.

sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende. Le droit sénégalais ne porte pas de dispositions similaires en matière de sanctions pénales de la contrefaçon. On peut se poser la question initiée par M. le Stanc, à savoir, quel sens faut-il donner à l'expression bande organisée ?<sup>702</sup> Un auteur a soulevé le constat que : « *les groupes criminels s'investissent souvent dans des activités de contrefaçon à côté des formes plus traditionnelles de trafic* »<sup>703</sup>. En effet nous pensons que l'idée d'une contrefaçon en bande organisée est à rapprocher de la tendance observée ces dernières années et concernant l'association des pratiques de contrefaçon avec l'industrie criminelle. L'industrie de la contrefaçon est dernièrement infestée par le monde du crime organisée. Cet état de fait s'explique pour ce qui est notamment des barons de la drogue, par le fait que, comme le souligne très bien un auteur : « *La gravité des sanctions diffère très fortement d'un domaine à l'autre. Les réseaux criminels ont donc tout intérêt à se tourner vers le trafic de contrefaçon. D'autant plus que ce trafic peut afficher maintenant une rentabilité intéressante dans le domaine des médicaments ou de la cigarette par exemple. A bénéfices comparables et risques encourus plus modestes, la contrefaçon attire indéniablement la criminalité organisée* »<sup>704</sup>. Le législateur français conscient de ce risque a ainsi créé une disposition adaptée visant à freiner ce phénomène. Le renforcement d'une telle sanction n'est, dès cet instant, pas fortuit et vise à démanteler ces réseaux criminels ayant infesté le domaine déjà saturé de la contrefaçon. Ces bandes organisées criminelles ont des moyens financiers importants qu'elles mettent pour l'occasion au service de leurs activités contrefaisantes. L'impact de leurs agissements n'en est que plus dangereux, car ayant très souvent la même ampleur<sup>705</sup>.

656. L'existence de ce dispositif est à encourager en droit français. Le législateur sénégalais devrait s'armer d'un outil juridique similaire. Ce dernier point serait en effet bienvenue, surtout lorsque l'on sait que l'Afrique est devenu un marché non négligeable

---

<sup>702</sup> C. le Stanc, « Sanction pénale de la contrefaçon », Propr. Ind. n° 4, Avr. 2004 ; p. 4.

<sup>703</sup> B. Warusfel, « La contrefaçon entre concurrence et délinquance », art. précité.

<sup>704</sup> A. Hyeans, « La contrefaçon dans le monde : entre danger, profits et perspectives », Cahiers de la sécurité, n° 15, p. 36. ; B. Fauran, « Les enjeux de la lutte contre les faux médicaments », Cahiers de la sécurité, n° 15, p. 63 : « *Les causes du développement de ce fléau sont tout simplement et malheureusement liées à sa rentabilité : les « marges bénéficiaires » sont énormes et le risque encore relativement peu élevé, ces deux facteurs étant bien entendu liés. Plus le risque de répression est important (...) plus les contrefacteurs doivent se « professionnaliser » et plus leurs marges bénéficiaires sont corrélativement réduites par les « investissements » qui doivent être faits en ce sens* ».

<sup>705</sup> Mickaël R. Roudaut, « La contrefaçon un crime invisible », Cahiers de la sécurité, n° 15, p. 25 : « *Au jeu de l'estimation savante, l'OCDE a revu à la hausse sa célèbre évaluation d'un marché mondial de la contrefaçon de 200 milliards de dollars par an (2005). Selon elle, la valeur des ventes de produits contrefaits dans le commerce international aurait atteint en 2007, 250 milliards de dollars, soit plus que le PIB de 150 États souverains* ».

pour les produits contrefaits. Il est surtout question, à cet égard, de la sécurité des populations locales.

657. Le contrefacteur d'une marque est lourdement punie en matière d'incarcération, le droit français, par le biais de l'article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit 4 ans d'emprisonnement pour l'auteur de ce délit. Il en est de même en droit sénégalais où il est prévu un emprisonnement de trois mois à deux ans, d'après l'article 37 de l'annexe 3 de l'Accord de Bangui. Dans les deux systèmes judiciaires ces peines sont plus lourdes que celles prévues dans les cas de contrefaçon intéressant les autres droits de propriété intellectuelle. En droit français, cette peine n'est pas uniforme pour toutes les contrefaçons de marque, car elle intéresse les actes visant la vente, la fourniture, l'offre à la vente ou la location de marchandises contrefaites. Ils peuvent se matérialiser selon l'article en trois groupes d'agissements que sont le fait :

« a) *D'importer, d'exporter, de réexporter ou de transborder des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;*

*b) De produire industriellement des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;*

*c) De donner des instructions ou des ordres pour la commission des actes visés aux a et b ».*

658. Le droit sénégalais ne fait pas cette distinction entre les formes de contrefaçon de marque. Il englobe dans la même sanction tous les cas de contrefaçon touchant à la marque.

659. L'aggravation de la peine de prison pour la contrefaçon de marque se justifie en droit français surtout par l'importance que revêt ce droit intellectuel dans la vie économique<sup>706</sup>. La marque est une valeur sûre garantissant l'origine industrielle des produits. Elle fait partie des actifs immatériels de l'entreprise dont l'importance se mesure au poids des investissements qu'elle mobilise. Que cela soit du point de vue des études de marketing, de la publicité ou des efforts de qualité, la construction de toute l'image de l'entreprise tourne en grande partie autour de ce signe distinctif. Ce dernier, lorsqu'elle

---

<sup>706</sup> La marque est de loin le droit intellectuel le plus répandu au vu de sa transversalité dans les différents secteurs économiques qu'elle intègre. Elle est utilisée dans tout le secteur industriel et commercial, le monde de la presse, de l'audiovisuel, etc. Cela lui donne une importance considérable qui transparait par la même occasion dans les règles qui régissent sa protection judiciaire. Elle s'oppose ainsi au brevet qui est uniquement axé dans le domaine industriel ; elle se rapproche un peu mais pas totalement du dessin et modèle qui touche à la fois au secteur industriel et commercial, ainsi que de l'obtention végétale, l'indication géographique et les autres signes de l'entreprise.

acquiert une certaine renommée va constituer une véritable valeur économique dont l'entreprise a tout intérêt à sauvegarder l'exclusivité.

660. La protection d'un tel investissement apparaît, de ce fait, tout à fait naturelle, surtout quand on connaît tous les artifices souvent employés par les contrefacteurs, pour s'approprier les avantages de la marque. Ils s'offrent ainsi mais frauduleusement les avantages d'une certaine notoriété dans le monde des affaires.

661. Ces peines privatives de liberté ont donc pour but de punir les contrefacteurs de marques, encore plus d'ailleurs, comme nous le montre le droit français, lorsque les actes sont les plus graves. En droit sénégalais, le législateur permet une graduation de la peine selon le degré de nuisance des actes. La peine pouvant être de 3 mois à deux ans, le juge estimera dans son travail d'appréciation, la mesure la plus adaptée pour l'espèce. On remarque que le maximum de peine applicable en droit OAPI n'est que la moitié de celle prévue en droit français. On espère que la sévérité de la loi française par rapport à la loi sénégalaise n'est qu'un reflet de l'importance des enjeux économiques que la marque comporte dans un pays plus fortement industrialisé, mais non une détermination judiciaire plus forte dans la lutte contre cette infraction.

662. Les produits contrefaisants n'épargnent aucun secteur de la vie courante, mais ils sont plus dangereux lorsqu'ils menacent directement la santé ou la sécurité des populations<sup>707</sup>. Le législateur français, conscient d'un tel état de fait, a introduit dans les différents articles entourant le régime de sanction de la contrefaçon, une formule visant spécialement « *les marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou de l'animal* ». Cette forme de contrefaçon est sanctionnée au même titre que la contrefaçon aggravée par bande organisée. La sanction pénale d'une telle pratique est donc plus lourde que celle de la contrefaçon dite ordinaire, elle est constituée en matière de privation de liberté, de 5 ans de prison. Elle est prévue aussi bien en matière de brevet, de marque ou de dessin et modèle<sup>708</sup>. Les articles du Code de propriété intellectuelle concernés sont les suivants : L. 615-14, L. 716-9 ou L. 521-10.

663. La mise en place d'un délit aggravé en matière de marchandises portant atteinte à la sécurité de l'homme, prend appui sur le besoin de sécurisation de plusieurs

---

<sup>707</sup> B. Fauran, « Les enjeux de la lutte contre les faux médicaments », art. cité : « *La contrefaçon des médicaments constitue un phénomène en expansion. Face à son développement, les ripostes s'organisent par le biais d'un approfondissement du cadre judiciaire* ».

<sup>708</sup> Les articles du Code de la propriété intellectuelle concernés sont les suivants : L. 615-14, L. 716-9 ou L. 521-10.

domaines mais le plus concerné est sans aucun doute celui de la contrefaçon de médicament<sup>709</sup>. Ce dernier fait des milliers de victimes chaque année et devient un problème de sécurité sanitaire qui avait grand besoin de l'intervention du législateur.

664. La France dispose traditionnellement d'un réseau de contrôle sécurisé des circuits pharmaceutiques mais avec l'avènement d'internet, un tel contrôle est devenu de moins en moins efficace. Il est par ailleurs apparu que les saisies douanières en France ont révélé un important mouvement de ces produits pharmaceutiques contrefaits dans le cadre du transit. La France devient ainsi un point de passage privilégié pour la circulation de ces marchandises. La loi n° 2014-315 a apporté une amélioration sur ce dernier point en abordant le traitement douanier de la question du transbordement des marchandises en France dans un sens d'une plus grande efficacité de la lutte douanière contre la contrefaçon.

665. L'Accord de Bangui n'a pas prévu à ce jour de disposition similaire. Nous ne pouvons qu'espérer qu'une telle chose arrive car la contrefaçon médicamenteuse fait beaucoup plus de victimes dans les pays en développements tels que le Sénégal<sup>710</sup>. A titre illustratif, la menace sanitaire et sécuritaire de la falsification des médicaments est un fléau mondial, spécialement dans les « *pays du Sud* » : « *Haïti, solution antitussive diluée dans un solvant toxique, 100 morts (1990) ; Niger, faux vaccins utilisés au cours d'une épidémie de méningite, 2500 morts (1995) ; Colombie, saisie de 20 000 tablettes de médicaments contre la grippe contenant de l'acide borique, de la cire et de la peinture ; Chine, 192 000 décès officiellement répertoriés ayant pour origine des médicaments contrefaits (2001) ; Chine, médicament antipaludiques contrefaits (échantillons recueillis en Birmanie, Laos, Vietnam, Cambodge et à la frontière entre Birmanie et Thaïlande en 2006) ; Nigéria, 84 enfants sont morts après avoir bu du sirop de paracétamol frelaté (2009)* »<sup>711</sup>.

---

<sup>709</sup> Selon la définition de l'OMS publiée en 1992 : « *Un médicament est contrefait lorsqu'il y a une fausse représentation de son identité et/ou de sa source. Cela s'applique au produit, à son conditionnement ou à toute autre information concernant l'emballage ou l'étiquetage. La contrefaçon peut s'appliquer à des produits de marque ou à des produits génériques. Les médicaments contrefaits peuvent être des produits contenant les bons ingrédients ou composants, pas de principe actif ou un principe actif en quantité insuffisante, ou encore des produits dont le conditionnement a été falsifié* », cité par B. Fauran, art. Précité. La complexité de cette définition montre la technicité autour de la conception de la contrefaçon du médicament. Il serait nécessaire aussi bien en France, qu'au Sénégal, qu'il existe des professionnels impliqués dans l'identification de ces produits contrefaits durant leur interpellation par les services de la Douane.

<sup>710</sup> <http://www.fakedrugskill.org/news/>, site consulté le 18/01/15.

<sup>711</sup> B. Fauran, art. Précité.

666. Devant ces effets graves et préoccupants de la contrefaçon médicamenteuse, il nous semble normal que le législateur français ait pensé à hausser cette forme d'infraction au rang de la contrefaçon aggravée et que les mesures judiciaires consacrées soient à la hauteur des effets néfastes qu'elle occasionne sur la santé et la sécurité des populations.

667. Le droit sénégalais n'est cependant pas dépourvu d'outils juridiques pour lutter contre ce fléau, même si selon nous, elle aurait tout à gagner à mettre en place un dispositif répressif plus fort et plus pointilleux que celui de la contrefaçon ordinaire pour lutter contre ce phénomène. Nous pensons à la sanction de la contrefaçon du brevet, mais également à celle de la marque, consacrées par les annexes 1 et 3 de l'Accord de Bangui<sup>712</sup>.

## **II) Peine d'incarcération pour le contrefacteur ordinaire**

668. L'emprisonnement, ou selon les termes de M. Guinchard, « *l'incarcération d'un condamné* »<sup>713</sup>, n'est pas uniquement l'apanage des formes de contrefaçon les plus graves. Elle est aussi prévue pour la contrefaçon simple au niveau des différents droits de propriété intellectuelle en droit français et sénégalais. Le régime est uniforme en France, deux lois successivement consacrées à la lutte contre la contrefaçon ont introduit cette uniformisation des sanctions carcérales prévues pour la forme simplifiée de contrefaçon<sup>714</sup>. La sanction privative de liberté de droit commun de la contrefaçon en France est ainsi de 3 ans de prison, que ça soit pour le brevet, la marque ou le dessin et modèle, pour ne citer que ces droits uniquement.

669. En droit sénégalais, cette uniformisation n'existe pas, tous les délits d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle ne sont pas punis de peine de prison, à l'image du brevet, du modèle d'utilité, ou du dessin et modèle. L'absence d'une telle mesure semble d'autant plus paradoxale que le contrefacteur récidiviste subira cette peine de prison. Il nous semble plus logique que le législateur OAPI uniformise ces sanctions, quitte à ce qu'il soit amené, à glisser les peines de prison actuellement requises en cas de récidive en contrefaçon de brevets et assimilés, à la sanction de la première violation de ces

---

<sup>712</sup> B. Ozoua, Brevets pharmaceutiques et l'accès aux médicaments dans les pays en voie de développement, thèse, Toulouse, 2013, n° 329 et s.

<sup>713</sup> S. Guinchard et T. Débard, op. cit., p. 349.

<sup>714</sup> Loi de lutte contre la contrefaçon n° 2007-1544 du 29 oct. 2007, et la loi renforçant la lutte contre la contrefaçon n° 2014-315 du 11 mars 2014.

règles, et de doubler ces peines en cas de récidive, comme cela s'est fait pour les autres droits de propriété intellectuelle.

670. La sanction de la contrefaçon de marque est punie par un emprisonnement de trois mois à deux ans<sup>715</sup>, il en est de même pour la violation du nom commercial, puni de 3 mois à 1 an d'emprisonnement<sup>716</sup>. Cette peine est similaire à celle appliquée à la contrefaçon des indications géographiques prévue par l'article 17 de l'annexe 6 de l'Accord de Bangui. L'article 43 de l'annexe 10 de l'Accord portant sur la protection des obtentions végétales porte de 1 à 6 mois la peine de prison requise pour le contrefacteur.

671. Il apparaît que les peines de prison prévues en droit sénégalais ne sont pas uniformes contrairement à celles fixées en droit français. Ces peines prévues en droit OAPI présentent ce qui nous semble être des failles pour un traitement efficace de la contrefaçon en zone OAPI. Le manque d'uniformisation de ces peines dénote l'absence de cohérence du système de protection de la propriété intellectuelle, car même si nous adhérons à l'idée d'un traitement adapté à chaque forme de contrefaçon, une trop grande diversité entre ces mesures ne peut que constituer un handicap pour l'application de ce droit, dans des pays où la majorité de la population n'est pas encore pleinement sensibilisée des enjeux de la défense des droits de propriétés intellectuelles.

672. Il nous semble également que les peines carcérales sont dérisoires au regard de la nocivité de la contrefaçon pour le développement économique des pays de la zone OAPI, ainsi que des pays en voie de développement d'une manière générale. On remarque que ces peines n'atteignent qu'au maximum 2 ans en cas de contrefaçon de marque. Elles peuvent, de ce fait, ne pas être suffisamment dissuasives pour les contrefacteurs. Le caractère lucratif des activités contrefaisantes peut prendre le pas sur la motivation de ces derniers, lorsque les peines carcérales ne sont pas assez longues.

673. Certains auteurs arguent que les peines privatives de liberté ne seraient pas adéquates au traitement de la contrefaçon sous prétexte que la contrefaçon n'implique aucune atteinte à l'intégrité corporelle<sup>717</sup>. Nous désapprouvons une telle affirmation, car comme présenté plus haut, la contrefaçon médicamenteuse ainsi que celle concernant les pièces détachées sont un véritable risque d'atteintes physiques pour les consommateurs ou

---

<sup>715</sup> Article 37 de l'annexe 3 de l'Accord révisé de Bangui.

<sup>716</sup> Al. 3 de l'article 16 de l'annexe 5 de l'Accord révisé de Bangui.

<sup>717</sup> W. Bourdon, « Le droit pénal est-il un instrument efficace face à la criminalisation croissante de la contrefaçon ? », Dalloz. 2008, p. 729.



utilisateurs de ces produits. La santé et la sécurité des personnes est un souci de premier ordre le législateur a bien fait de sanctionner au niveau pénal<sup>718</sup>.

674. La sanction pénale est avant tout un moyen de dissuasion et de répression, un tel outil ne devrait pas être négligé surtout à cause de son aspect répressif dans la lutte contre la contrefaçon. Cette dernière apparaît de plus en plus comme un moyen alternatif de financement de l'industrie criminelle<sup>719</sup>. On peut craindre à terme, que cette pluralité des facettes de la contrefaçon mêlant activités délictueuses et criminelles ne la rende beaucoup plus dangereuse. Si elle constitue déjà une source attrayante de rentrée d'argent pour l'industrie criminelle, le législateur devrait aller dans le sens d'une plus forte répression des actes qui l'entoure et non le contraire. Le droit pénal est justement le dispositif qui en notre sens, symbolise le mieux l'exigence d'une répression.

## **Paragraphe 2) Les peines afflictives dans la sanction pénale de lutte contre la contrefaçon en droit comparée**

675. Le droit pénal sanctionne d'office la plupart du temps les violations des droits de propriété intellectuelle au moyen d'amendes pénales. Aussi bien en matière de propriété industrielle, qu'au titre de la propriété littéraire et artistique. Ces amendes sont prévues aussi bien par le droit français, que par le droit sénégalais.

676. La notion d'amende pénale est définie en droit français comme : « *l'obligation faite à un condamné, en vertu d'une décision de la justice répressive, de payer à l'État, plus précisément au Trésor, une certaine somme d'argent. Ainsi comprise, l'amende pénale se distingue de bien d'autres sortes de versements* »<sup>720</sup>. Elle a donc avant tout une fonction répressive visant à ce que l'auteur d'un trouble, réponde de ce dernier par le moyen, du versement d'une somme d'argent.

677. Les amendes pénales de la contrefaçon, prévues en droit comparé de la propriété intellectuelle ne sont pas uniformes, elles sont graduées en fonction de la nature du droit concerné, leur montant varie parfois en fonction de l'auteur ou du degré des effets plus ou moins graves de l'infraction sur la vie économique ou la société d'une manière générale.

---

<sup>718</sup> Ibid.

<sup>719</sup> M. R. Roudaut, « Contrefaçon : Un crime invisible », Cahiers de la sécurité, n° 15, janv. 2011, p. 25.

<sup>720</sup> J. Y. Lassale, « Amende pénale », Rép. Dalloz pén. et proc. pén., déc. 2010, n° 1 à 13.

## I) L'amende pénale de la contrefaçon aggravée

678. La sanction pénale de la contrefaçon présente la particularité de la prise en compte d'un certain *intuitu personae*. La fixation de la peine pécuniaire destinée à sanctionner la violation du droit de la propriété intellectuelle prend parfois en compte la fonction ou la nature juridique de la personnalité du contrefacteur. La mesure pénale peut prendre en compte l'auteur des actes de contrefaçon, ou la victime de cette dernière. Ce dernier cas est pris en compte notamment lorsque la victime est menacée dans sa santé ou dans sa sécurité.

679. L'admission de la responsabilité pénale de la personne morale est un phénomène plus ou moins récent dans le système juridique français, elle n'était pas prévue dans le Code pénal de 1810<sup>721</sup>. Elle fut initiée par le projet de réforme du Code pénal<sup>722</sup> pour ensuite être codifiée par le nouveau Code pénal de 1994<sup>723</sup>. La loi d'adaptation de la justice pénale à l'évolution de la criminalité a étendu son principe en supprimant la condition de spécialité qui lui était jusqu'alors attachée<sup>724</sup>.

680. Cette responsabilité définie comme celle concernant: « *tous les groupements dotés de la personnalité morale* »<sup>725</sup>, repose d'après le droit pénal général, sur des règles spéciales, comparées avec les règles entourant la responsabilité de la personne physique<sup>726</sup>.

681. On conçoit bien, comme le précise l'article 121-2 du code pénal, que la société ne pourrait commettre d'elle-même au sens physique du terme, aucun acte physique délictuel, même si elle possède une personnalité juridique. Elle est donc représentée par ses dirigeants agissant en son nom et pour son compte dans le cadre de

---

<sup>721</sup> Article 121-2 du Code pénal : « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ».

<sup>722</sup> Décret n° 74-941 du 8 novembre 1974.

<sup>723</sup> Code dont les dispositions sont assises sur différentes lois du 22 juillet 1992 : Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du Code pénal, Loi no 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, Loi no 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique.

<sup>724</sup> Loi du 9 mars 2004, n° 2004-204 ; B. Pereira, « La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants », EMS, 2011, p. 86.

<sup>725</sup> B. Boulloc, « Coup d'œil sur la responsabilité pénale des personnes morales », RLDA, 2004, n° 71 ; note sous Cass. crim. 11 avr. 2012, n°10-86.974, « Regard sur l'actualité de la responsabilité pénale des personnes morales », RLDA, 2012, n° 73.

<sup>726</sup> B. Pereira, « La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants », Éditions EMS, 2011

leurs fonctions de gestion. La responsabilité pénale de la personne morale ne peut ainsi être engagée que lorsque son dirigeant agit dans le cadre de ses fonctions.

682. L'article L. 615-14-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose, à propos de la contrefaçon de brevet, que : « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction définie à l'article L. 615-14 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues par l'article 131-39 du même code* ». Ce texte renvoie le juge, pour la fixation de l'amende pénale contre les personnes morales, aux dispositions d'un texte spécifique du code pénal, notamment l'article 131-38. Ce dernier dispose que : « *Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction* ». Les articles L.716-11-2 du Code de la propriété intellectuelle sur la marque, L. 521-12 du même Code pour les dessins et modèles, consacrent le même principe et dans les mêmes termes.

683. Nous sommes favorables à l'instauration d'une responsabilité pénale de la personne morale, mais la possible multiplication de l'amende fixée pour la personne physique peut poser problème. Il existe toujours une personne physique derrière les actes de contrefaçon, elle représente les intérêts de l'entreprise, alors il nous semble que dans le cadre de cette responsabilité, cette dernière devrait pouvoir répondre directement de ses actes<sup>727</sup>. Le dirigeant qui sait par avance que son patrimoine personnel ne sera pas inquiété, serait peut-être moins vigilant que si c'était le cas<sup>728</sup>. Nous rejoignons dans ce sens M. Conte, qui dans son ouvrage consacré à « *l'auteur moral de l'infraction* », y procède d'une critique de la pertinence de la sanction pénale de la personne morale<sup>729</sup>. Selon ses termes, le fait que l'on veuille justifier la responsabilité pénale de la personne morale du fait du

---

<sup>727</sup> Pourtant la Cour de cassation a jugé dans le sens de la loi que : « *la faute pénale de l'organe ou représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci* » : Cass. crim., 26 juin 2001, Bull. crim. 2001, n°161 ; « *l'organe incarne la volonté du groupe qu'il exprime ou réalise* » ; A. Mestre, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, éd. Rousseau, 1899, p. 211 : « *le représentant agit au contraire par lui-même et pour le compte du représenté. C'est la volonté même de la personne morale qui anime l'organe, le représentant agit au contraire par lui-même pour autrui* ».

<sup>728</sup> T. corr. Lyon, 9 oct. 1997, Dr. Pénal 1997, comm. N° 154, obs. J. H. Robert. Le tribunal admet la nécessaire exigence d'une distinction des agissements de la personne morale de ceux imputables à la personne physique. Cette position n'emporte pas la majorité de la jurisprudence.

<sup>729</sup> Ph. Conte, L'auteur moral de l'infraction, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 478 : « *la personne morale est responsable pénalement d'une infraction commise pour son compte, mais par autrui. Sans doute certains auteurs ont-ils pu soutenir que les personnes morales étaient dotées d'une volonté propre, qu'il fallait distinguer de celles de ses membres* ».

profit retiré de l'infraction ne saurait être suffisant pour fonder l'existence de l'élément moral nécessaire en cas de délit<sup>730</sup>.

684. La portée des dispositions légales actuelles doit cependant, être mise sous le compte d'une disqualification des entreprises dont l'objet porte sur des activités de contrefaçon, en leur faisant subir des amendes exorbitantes. Dans un tel cas, on pourrait concevoir qu'en plus de constituer une punition, le législateur vise dans cette amende exagérée, l'appauvrissement financier d'une structure dont l'objet dissimulé est de porter atteinte au droit de propriété intellectuelle d'autrui. L'amende serait alors la répression d'un profit illicite qui se justifierait d'autant plus que c'est le patrimoine de la personne morale qui s'est enrichi des bénéfices de l'activité illicite.

685. L'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal offre cependant une possibilité d'inclure la personne physique « *exécuteur* » de la faute de contrefaçon de la personne morale, en tant que complice d'un tel acte. La disposition est la suivante : « *La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* ». La responsabilité du dirigeant devrait être invoquée au titre des dispositions de l'article 121-7 du Code pénal, notamment en tant que complice à la réalisation de l'infraction<sup>731</sup>. Par ailleurs cette possibilité est renforcée par la question de l'identification de la personne physique intermédiaire à la commission du délit engageant la responsabilité pénale de la personne morale<sup>732</sup>. Il apparaît qu'une certaine jurisprudence, certes minoritaire, a pu admettre l'absence d'une nécessité d'identification entre la personne morale et son représentant<sup>733</sup>. Certains auteurs préconisent au regard de la jurisprudence une sorte d'alternative à toute position tranchée sur la question. Une telle position nous semble plus pertinente, en ce qu'elle fait la part des choses selon la situation concernée<sup>734</sup>.

---

<sup>730</sup> Ibid.

<sup>731</sup> F. Rousseau, L'imputabilité dans la responsabilité pénale, thèse, Paris, Dalloz, 2009.

<sup>732</sup> M. E. Cartier, « Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français », LPA, 1999, n° 149, p. 18.

<sup>733</sup> T. corr. Versailles, 18 déc. 1995, JurisData n° 1995-990004. Selon le jugement de ce tribunal : « *L'infraction de marchandage est un délit continu. Dès lors qu'il est établi que cette infraction conclue par l'organe dirigeant d'une entreprise de construction a été commise pour le compte de la personne morale, il y a lieu d'entrer en voie de condamnation à son égard* » ; TGI Paris, 3 nov. 1995, Dr. Soc. 1996, p. 157, note A. Coeuret.

<sup>734</sup> B. Pereira, La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants, op. cit. : « *En cas d'infraction intentionnelle, la règle devra en principe consister dans l'engagement de poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice des faits, et contre la personne morale, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un organe ou représentant. En revanche, en cas d'infraction non intentionnelle,*

686. En droit pénal français et sénégalais, les amendes les plus élevées sont prévues pour les récidivistes de la contrefaçon. Il est prévu, que l'amende de ce dernier corresponde au double de celle de la peine simple, commise pour la première fois. L'Accord de Bangui définit le délit pénal de la contrefaçon, comme celui ayant été commis dans les cinq années de la première condamnation en contrefaçon.

687. L'amende ordinaire en droit français étant de 300 000 euros pour la violation de tous les droits de propriété intellectuelle, celle du récidiviste sera alors de 600 000 euros. Ces dispositions se trouvent dans les articles L. 712-12 pour les marques, L. 615-14-1 pour les brevets et L. 521-13 pour les dessins et modèles. Il va de soi qu'une telle somme vu son importance va constituer un élément de dissuasion efficace.

688. En droit sénégalais la récidive n'est pas toujours punie en la matière par une double peine. Parfois, la peine ordinaire est doublée d'une mesure carcérale. C'est le cas du brevet ainsi que du dessin et modèle. L'annexe 3 en matière de marque prévoit cependant la double peine en son article 40. La peine ordinaire étant d'un million à 6 millions, la peine de récidive sera alors comprise entre un million à 12 millions de francs CFA. L'article 147 de la loi sénégalaise de 2008 sur le droit d'auteur porte également au double l'amende du contrefacteur récidiviste qui devient 10 millions de francs CFA.

689. En droit français cette amende doublée est aussi appliquée à un autre type de contrefacteur, à savoir, celui qui « *est ou a été lié par convention avec la partie lésée* ». L'article L. 335-9 du Code de la propriété intellectuelle double l'amende financière de ce contrefacteur en matière de droit d'auteur. L'article L. 615-14-1 prévoit la même chose en matière de brevet, de même que l'article L. 712 du Code de la propriété intellectuelle pour la marque, ainsi que l'article L. 521-10 pour les dessins et modèles. Cette forme d'aggravation des peines financières montre que le législateur accorde une importance à l'exigence de loyauté dans les relations en cours ou post- contractuelles.

690. Ainsi cette forme de contrefaçon est présumée être facilitée par une relation professionnelle préexistante. Parfois la contrefaçon passe par le stade d'espionnage industriel, le salarié ou l'ex-salarié va illicitement détourner le secret de fabrique d'un

---

*mais aussi d'infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie en son encontre pour justifier une condamnation pénale* ». D'après cette méthode, il nous semble qu'en cas de contrefaçon, la responsabilité pénale de la personne morale pourra être recherchée par identification de la personne physique, organe ou représentant. Cela n'empêchera que cette dernière puisse être poursuivie pour complicité.

opérateur économique au profit du futur contrefacteur<sup>735</sup>. Actuellement la violation du secret de fabrique est un délit sanctionné par le droit pénal français<sup>736</sup>. On peut concevoir que le législateur veuille au-delà de la protection des informations confidentielles de l'entreprise, renforcer la sanction pénale de la contrefaçon subie par espionnage industriel.

## **II) Amendes appliquées aux bandes organisées et aux contrefacteurs liés à la victime par un rapport contractuel**

691. Le droit français a consacré une amende pénale spécifique pour la contrefaçon commise par bande organisée<sup>737</sup>. L'amende aggravée prévue pour ce type de contrefaçon touche presque le double de l'amende ordinaire du contrefacteur normal. Il est ainsi prévu une amende de 500 000 euros pour la contrefaçon opérée par le biais d'une bande organisée. Les articles du Code de la propriété intellectuelle contenant ce dispositif sont : l'alinéa 2 de l'article L. 615-14 pour les brevets, l'alinéa 4 de l'article L. 716-9 en matière de marque et l'alinéa 1er de l'article L. 521-10.

692. En notre sens, l'explication d'une telle sévérité est, comme en matière de peine d'emprisonnement, à mettre sous le compte de la tendance actuelle de l'interférence entre la contrefaçon et les secteurs du crime et de la mafia<sup>738</sup>. Ces derniers à la recherche du profit avant tout, sont attirés, autant par les bénéfices exorbitants de la contrefaçon que les amendes jusque-là modérées appliquées à sa sanction.

693. Cette mesure d'aggravation des peines visant toute contrefaçon reflétant les agissements d'une bande ou d'une organisation a toute notre faveur. Le droit sénégalais ne

---

<sup>735</sup> H. De Clerck, L. Van Sand, M. Cools, « Le contrôle préventif et répressif de l'espionnage économique, d'entreprise et industriel par la sécurité privé en Belgique », Cahiers de la Sécurité, n° 15, p. 19 « *L'espionnage économique, d'entreprise et industriel peut être perçu comme une prolongation de la problématique générale de contrefaçon et de falsification (...). Toute contrefaçon ou falsification est obligatoirement le résultat d'un espionnage initial* ».

<sup>736</sup> L'article L. 621-1 du CPI renvoie à ce titre à l'article L. 227-1 du Code du travail qui dispose que : « *Le fait, pour tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

<sup>737</sup> A. Brossard, « Crime organisé, Entreprises et corruption », LPA, 1996, n° 35, p. 11 : « *Ce qu'il est convenu d'appeler « le » crime organisé constitue la forme la plus évoluée de l'association criminelle. Il est caractérisé par une organisation structurée, hiérarchisée et secrète, en vue de la pérennité du groupe, et dont le but est la réalisation du maximum de profits par tous moyens, y compris criminels* ». La contrefaçon à l'image du crime organisé dont elle contribue de plus en plus à alimenter les fonds, n'est pas un délit anodin, au contraire ; E. Przywa, Cybercriminalité et contrefaçon, éd. Fyp, 2010, p. 98 ; B. Monnet, Les nouveaux pirates de l'entreprise, CNRS éd., 2010, p. 151.

<sup>738</sup> B. Warusfel, art. précité.

présente pas une telle mesure, nous espérons que le législateur OAPI saura s'inspirer pour une lutte judiciaire plus efficace contre la contrefaçon.

### **III) L'amende du contrefacteur portant sur une marchandise dangereuse pour la santé et la sécurité de l'homme**

694. Le législateur français, contrairement à celui du Sénégal, a prévu une amende particulière et aggravée pour le cas de la contrefaçon menaçant la personne dans sa santé ou sa sécurité. Cette forme de contrefaçon présente la spécificité d'avoir deux victimes directes que sont à la fois le titulaire du droit intellectuel contrefaite, et l'utilisateur du produit contrefait. Généralement les marchandises contrefaisantes dangereuses pour la santé sont les médicaments, les pièces détachées et les jouets. Du fait de leur ingérence dans l'organisme, les médicaments contrefaits sont de loin les produits les plus risqués. Les amendes pénales appliquées à cette infraction sont de l'ordre de 500 000 euros pour les brevets et les marques, selon les termes des articles en droit de la propriété industrielle Les articles dépositaires d'une telle disposition sont les suivants: L. 615-14 pour les brevets, il vise à l'instar des autres articles, les «*marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou de l'animal*»; l'article L. 521-10 pour les dessins et modèles et l'article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle.

### **IV) Les sanctions financières de la contrefaçon ordinaire**

695. Le droit français de la contrefaçon a uniformisé les amendes appliquées à la contrefaçon ordinaire. Les amendes sont moins importantes mais leurs montants sont uniformisés à 300 000 euros (196.600.000 francs CFA). Ce sont les articles L. 515-14, L. 521-10 et L. 716-10 du CPI qui supportent cette règle en matière de propriété industrielle. Le droit de la propriété littéraire et artistique ne diffère pas, en ce point, avec le droit de la propriété industrielle d'après l'article L. 335-2-1 du CPI.

696. En droit sénégalais, la tendance de cette uniformisation est la même sauf pour le droit du brevet et celui de la propriété littéraire et artistique. Les articles 42 de l'annexe 2 sur les modèles d'utilité, 37 de l'annexe 3 sur les marques, 25 de l'annexe 4 sur le dessin et modèle, 16 de l'annexe 5 sur les noms commerciaux, 36 de l'annexe 9 sur les schémas de configuration, ainsi que l'article 43 de l'annexe 10 sur l'obtention végétale,

fixent à 1 million et 600 000 francs CFA (2442,74 euros), le montant de l'amende pénale en contrefaçon. Il existe en droit OAPI cependant quelques particularités concernant notamment la sanction pénale de la violation du droit du brevet et celle concernant le droit d'auteur. Ce dernier est puni par l'article 142 de la loi de 2008 sur le droit d'auteur, par 5 000 000 de francs CFA (7633.58 euros), tandis que le droit du brevet punit d'une amende de 1 000 000 à 3 000 000 de francs CFA (1500 à 4500 euros) la contrefaçon de ce droit industriel. Cette différence entre ces dernières amendes avec le reste des droits de propriété intellectuelle n'est pas le fruit du hasard. Elle peut être le reflet du poids que représente la part du droit intellectuel considérée dans l'économie sénégalaise.

697. Ainsi, à titre illustratif, au Sénégal la contrefaçon du droit d'auteur est beaucoup plus importante, ceci apparaît surtout si on se réfère au contentieux judiciaire existant sur la question. Il en est de même pour les publications de la presse sur les faits d'actualité relevant de cet ordre. Nous avons remarqué, au regard à la jurisprudence étudiée, qu'en effet, la violation du droit de la propriété intellectuelle porte très souvent sur le droit d'auteur.

698. Une première explication de ces grands écarts d'indemnisation peut être la sous-industrialisation qui caractérise le Sénégal depuis longtemps, alors que l'industrie de l'art et celle de la musique sont devenues des plus florissantes. Cet état de fait peut ainsi engendrer une augmentation de l'amende consacrée en la matière, ceci au regard de l'impact d'une telle contrefaçon sur l'économie locale. Parallèlement en droit français c'est plutôt l'amende de certaines formes de contrefaçon de marques qui est ainsi augmentée par rapport à l'amende communément admise pour la contrefaçon ordinaire des droits de propriété intellectuelle. En France, il est ainsi prévu 400 000 euros d'amende pour la contrefaçon de marque, lorsqu'elle provient de l'importation, l'exportation, la réexportation ou le transbordement des marchandises contrefaites, ou alors, de la production industrielle de produits présentés sous une marque contrefaite. Ceci est un indice sur les priorités de protections spécifiques à chaque pays, mais aussi le reflet du niveau de leur développement économique.

699. Par ailleurs, on peut aussi voir dans cette différence d'indemnisation, un indice de la valeur de la production économique en France comme au Sénégal. En économie, il existe un indice permettant de mesurer cette valeur, il s'agit du Produit Intérieur Brut ou PIB calculé sur la base de chaque habitant. Il était de 1047\$ pour le Sénégal en 2014, d'après les données de la Banque mondiale, alors que pour ce qui est de



la France, cette dernière l'a fixé à 42503\$ par habitant<sup>739</sup>. Nous remarquons que l'écart du montant de ces amendes est aussi exorbitant que le niveau de croissance économique entre les deux pays. La considération de cette différence au niveau de la production peut être à l'origine de la différence des amendes fixées par les juges des systèmes juridiques considérés.

## **Sous-section 2 : Justification et portée des sanctions en droit pénal comparé de la contrefaçon**

700. L'existence des sanctions pénales en droit de la contrefaçon répond à un besoin précis. En notre sens, le législateur a mis en place la répression de l'infraction afin de montrer que la protection des droits intellectuels relève de l'intérêt général dont la protection est dévolue au droit pénal. L'analyse du cadre juridique de la justification et de la portée de l'application de ce dernier au droit de la contrefaçon nous semble utile.

### **Paragraphe 1) La justification des sanctions en droit comparé de la contrefaçon**

701. L'infraction pénale en contrefaçon vise à préserver pour le titulaire du droit intellectuel, la jouissance paisible de son bien. Elle fait partie de ce fait du droit à la liberté de propriété mais aussi, au droit à la sécurité nécessaire à l'exploitation de cette dernière. Le droit pénal étant justement attaché à la protection des libertés individuelles, son application dans le cadre de la lutte contre le délit de contrefaçon n'en est que très légitime.

702. La protection du droit pénal passe avant tout par l'instauration d'une réglementation légale selon les exigences du principe général de la légalité, fondement essentiel du droit pénal. Cette condition est satisfaite par la mise en place, à travers diverses lois et actes réglementaires, d'une censure de toute forme de violation des droits

---

<sup>739</sup> <http://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.PCAP.CD>, consulté le 24/01/15 : « *Le PIB par habitant est le produit intérieur brut divisé par la population en milieu d'année. Le PIB est la somme de la valeur ajoutée brute de tous les producteurs résidents d'une économie plus toutes taxes sur les produits et moins les subventions non incluses dans la valeur des produits. Elle est calculée sans effectuer de déductions pour la dépréciation des biens fabriqués ou la perte de valeur ou la dégradation des ressources naturelles. Les données sont en dollars américains courants* ».

intellectuels. Le Code de la propriété intellectuelle, l'Accord de Bangui, ainsi que la loi sénégalaise de 2008 sur le droit d'auteur sont les fondements légaux de l'existence de cette interdiction en droit comparé.

703. L'existence de cette réglementation présente un double intérêt pour le titulaire des droits intellectuels. Elle constitue une première barrière de défense dans la mesure où elle informe d'abord de l'existence de cette interdiction, dissuadant les réfractaires les moins scrupuleux et encourageant par la même occasion le bénéficiaire de la protection dans la perspective de l'innovation.

704. La réalité nous rappelle cependant que l'existence de textes incriminant les agissements litigieux ne présente pas toujours l'effet dissuadant que l'on aurait pu souhaiter. Le législateur, dans le sens de la sanction pénale de la contrefaçon, va ainsi permettre au titulaire d'engager devant le juge, une demande judiciaire pour une sanction répressive du contrefacteur de ses droits intellectuels.

705. Cette protection judiciaire concrétisée par l'action pénale en contrefaçon serait ainsi le moyen de renforcer la lutte contre l'infraction. Elle passe par une double intervention du juge, voir même triple. Ce dernier va en effet d'abord apprécier les faits qui lui sont soumis afin de déterminer s'il y a effectivement eu délit ou non. Autrement dit, il va qualifier les faits de l'espèce qui lui sont soumis afin de voir de quelle situation infractionnelle ils correspondent. En matière de contrefaçon, cette étape est simple dans la mesure où, il s'agira de relever la validité du droit intellectuel ainsi que la réalité de l'atteinte dont le prévenu est suspecté.

706. Une fois la démarche de qualification des faits effectuée, le juge doit passer par une interprétation légale de ce fait, en confrontant ce dernier aux textes répressifs en l'occurrence. Cette interprétation de la loi pénale est d'ordre strict, c'est une condition essentielle à laquelle le juge ne peut se soustraire. Cela signifie que, le juge ne fait que qualifier les faits d'après la stricte formulation contenue dans la loi. Une fois que cette démarche est effectuée, le juge va pouvoir infliger la sanction adéquate à l'auteur des faits litigieux. La défense procédurale donne à l'intervention du droit pénal en droit de la contrefaçon une pleine effectivité. L'existence des normes n'étant pas toujours suffisante pour ramener à la raison les délinquants, l'action judiciaire va permettre au juge correctionnel de passer à la phase active de son intervention par l'instauration d'une peine de répression de l'acte qui ayant été interdit par la loi, n'aurait dû jamais avoir lieu.

## **Paragraphe 2) La portée des sanctions en droit comparé de la contrefaçon**

707. La portée des sanctions instaurées par le droit pénal se justifie par le caractère légal de ces dernières. En effet le législateur par l'effet de l'interprétation stricte de la loi pénale donne un cadre rigide aux règles pénales de sanction de la contrefaçon<sup>740</sup>. C'est l'exclusion totale de l'arbitraire du juge qui est tenu strictement à ce que prévoient les textes<sup>741</sup>.

708. La sanction pénale de la contrefaçon en constitue ainsi une règle supérieure que l'on ne saurait ni déroger ni modifier. Cet état de fait renforce la légitimité de la protection octroyée par ce biais aux droits intellectuels. Il ne s'agit plus dès lors de sanctionner simplement la lésion d'un intérêt comme peut le faire le droit civil, mais à la protection de la liberté de création en découle.

709. La protection des droits intellectuels faisant partie intégrante du cadre plus général du droit des biens, l'action de défense contre l'usurpation illicite de cette propriété est semblable à l'action en revendication de propriété. L'ordre social dans le système capitaliste repose en grande partie sur le respect de la propriété d'autrui, car il est naturel que la recherche du profit qui ressort de ce système n'ait de sens que dans le cas où le profit ou le droit retiré de la création ou de l'activité commerciale et industrielle puisse être protégé de toute atteinte<sup>742</sup>. La fonction de protection du droit pénal intervient dans ce sens justement pour maintenir l'ordre social en cantonnant et réprimant les activités illicites telles que la contrefaçon.

710. On peut également déceler dans l'existence de cette infraction pénale, une manière pour le législateur de consacrer et de sauvegarder des intérêts supérieurs dans le cadre de la propriété intellectuelle<sup>743</sup>. Les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen, repris par moment dans les constitutions française et sénégalaise, de même que les principes constitutionnels en attestent. Ces textes hissent la lutte contre la contrefaçon à un niveau supérieur. Elle dépasse ainsi le simple cadre d'une revendication de l'atteinte à un intérêt personnel, et acquiert un enjeu supérieur, notamment, la protection de l'innovation<sup>744</sup>. Cette dernière est inscrite dans l'intérêt

---

<sup>740</sup> J. Borricand, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence française en matière pénale », in Problèmes actuelles de sciences criminelles, vol. XII, PUAM, 1999, p. 81.

<sup>741</sup> Ibid. ; C. Mascala, Droit pénale général, éd. Montchrestien, 2003, p. 19 et s.

<sup>742</sup> F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. , 1993, p. 313.

<sup>743</sup> Ibid.

<sup>744</sup> R. De Bellescize, « La communautarisation silencieuse du droit pénal », Dr. Pén., 2008, Etude n° 2 ; C.

général dans la mesure où elle est de nos jours un facteur incontestable de développement que tous les pays du monde essaient de maintenir au plus haut niveau au niveau interne ou communautaire.

711. La défense de la contrefaçon en matière pénale représente dès lors, à la fois, une protection d'une liberté individuelle, celle de la création et à titre incident, celle d'une jouissance paisible de ce droit subjectif, ainsi qu'un moyen efficace de promouvoir l'innovation, en assurant la sécurité des titulaires de droits intellectuels.

---

Lazergue, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1997.



## **Section 2 : Les mesures pénales dérivées en droit comparé de la contrefaçon**

712. La répression pénale de la contrefaçon n'est pas seulement constituée de peines d'incarcérations ou d'amendes, le législateur a prévu des peines complémentaires pouvant être prises par le juge pour faire face à toute forme de contrefaçon (Sous-section 1). Ces peines n'ont pas le caractère obligatoire des peines principales et sont donc laissées à la libre appréciation du juge. La variété de mesures complémentaires existantes donne ainsi au juge une large possibilité dont le but est de renforcer au mieux le caractère répressif des sanctions principales (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Le contenu des mesures répressives complémentaires applicables à la contrefaçon en droit comparé**

713. Les mesures pénales complémentaires à la sanction de la contrefaçon sont prévues aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais. La formule est plus ou moins identique pour tous les droits de propriété intellectuelle, dans chaque système judiciaire, même si on note parfois certaines particularités.

714. On a observé que ces mesures pouvaient être regroupées en sous-groupes, selon qu'elles concernent, respectivement, la personne physique ou morale du contrefacteur, l'établissement ou autres moyens utilisés dans la réalisation de l'infraction. La nature de ces mesures va dépendre du sujet auquel elles s'appliquent. Les dispositions du droit sénégalais ne sont pas aussi détaillées que les dispositions françaises, mais elles ont le mérite d'éclairer sur la volonté du législateur OAPI de vouloir combattre, par ces mesures, la réitération des activités contrefaisantes.

715. En droit français ces mesures existent aussi bien en droit de la propriété littéraire et artistique qu'en droit de la propriété industrielle. Ces dispositions sont donc réparties selon que le contrefacteur est une personne physique ou une personne morale.

716. Concernant les mesures sur les personnes morales, on peut les distinguer en deux groupes: Il y a d'abord le cas où c'est la personne morale en tant que contrefacteur qui est visée, et celui où elle n'est visée qu'en tant que moyen ayant servi les actes du contrefacteur<sup>745</sup>. La première série de mesures décelée dans la législation comparée de la contrefaçon, est celle qui s'attache aux moyens de la contrefaçon. Il y a d'abord, la fermeture totale ou partielle de l'établissement ayant servi à commettre les actes en cause peut être prévue contre le contrefacteur personne physique, pour une durée ne dépassant pas 5 ans. Cette mesure prévue aussi bien en droit de la propriété littéraire et artistique, qu'en droit de la propriété industrielle, vise avant tout, par mesure de prévention, à ôter au contrefacteur les moyens de réitération des actes interdits. En droit français on retrouve cette disposition à l'article L. 335-6 pour le droit d'auteur, L. 521-10 al. 2 pour le dessin et modèle, et L. 716-11-1 pour les marques. L'Accord de Bangui ne porte pas une telle disposition, mais la loi sénégalaise sur le droit d'auteur de 2008 le prévoit expressément dans les cas de récidive en contrefaçon. L'article 150 dispose en ces termes : « *En cas de récidive, après condamnation prononcée par application des articles 142,143 ou 144 la fermeture temporaire ou définitive des établissements exploités par le contrefacteur et ses complices pourra être prononcée* ».

*2. Toute infraction aux dispositions de l'alinéa précédent sera punie d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de cinq cent mille francs CFA ».*

717. En ce qui concerne la sanction des personnes morales coupables de contrefaçon, les dispositions du Code de la propriété intellectuelle sur les mesures complémentaires, présentes dans les articles précités sur le brevet, la marque ou le dessin et modèle, renvoient à l'article 131-39 du Code pénal. Ce dernier prévoit la possibilité d'une dissolution de la personne morale, ou l'interdiction définitive ou limitée au maximum à cinq ans, d'exercer l'activité professionnelle en lien avec la contrefaçon.

718. Par ailleurs, le droit français a prévu en matière de droit d'auteur, concernant la contrefaçon commise par le biais de la communication au public en ligne, la suspension

---

<sup>745</sup> N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, op. cit., n° 1391: « *A l'exclusion (surprenante) de la contrefaçon de brevets, le juge peut ordonner la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction* ».

de cet accès à ce service, pour une durée maximum d'un an, « assortie d'une interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur ». Cette mesure, prévue par l'article L. 335-7 du CPI, a été introduite par la loi dite HADOPI 2, n° 2009-1311, du 28 octobre 2009 sur la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet. L'intitulé de cette loi éclaire sur son objectif, une telle mesure s'inscrit dans le cadre global de la dissuasion de toute forme de piratage via internet.

719. Le droit sénégalais, de son côté, va régir des mesures complémentaires visant la « confiscation des instruments ou ustensiles ayant spécialement servi à commettre le délit ». On trouve cette disposition dans les articles 67 de l'annexe 1 sur le brevet, l'article 49 de l'annexe 2 sur les modèles d'utilité, l'article 43 de l'annexe 3 sur les marques, et à l'article 25 de l'annexe 5 sur les dessins et modèles. En ce qui concerne le droit d'auteur, l'article 148 de la loi sénégalaise de 2008, intitulé « confiscation », ne porte pas cette disposition, mais nous pensons qu'il doit s'agir d'une erreur de rédaction puisque le contenu de cet article ne correspond pas à son titre

720. Le Code pénal sénégalais instaure dans le même sens, la confiscation des recettes obtenues de la contrefaçon en matière de droits d'auteur. Cette disposition se situe à l'article 400 du Code précité. Il dispose en ce sens que : « Dans tous les cas prévus par les articles 397, 398 et 399, les coupables seront, en outre, condamnés à la confiscation des sommes égales au montant des parts de recettes produites par la reproduction, la représentation ou la diffusion Illicite »<sup>746</sup>.

721. En outre, dans le sens de la lutte contre les moyens de mise en œuvre de l'action en contrefaçon, les mesures complémentaires à la sanction de la contrefaçon prévues par le législateur, portent également sur les marchandises contrefaisantes. On rencontre de pareilles mesures aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais.

722. Ces mesures très détaillées en droit français de la propriété littéraire et artistique par l'article L. 335-6 du CPI, visent notamment, le retrait des circuits

---

<sup>746</sup> Les articles 397 à 399 portent sur la contrefaçon de droit d'auteur. Il est intéressant de remarquer ici que cette disposition pénale sénégalaise n'a été que récemment introduite en matière civile en droit français. Paradoxalement elle est inexistante en droit civil de la contrefaçon sénégalaise ainsi que dans les mesures pénales complémentaires française en matière de contrefaçon. En droit sénégalais, le juge civil a cas même fait sien cette peine puisqu'il l'applique déjà dans des sanctions civiles de la contrefaçon des droits intellectuels. Cette mesure est ainsi une preuve de l'imbrication des sanctions civiles et pénales. En matière de contrefaçon, les deux droits ne sont pas forcément distinctifs, que ça soit au niveau de la fixation des faits générateurs du délit ou au niveau des sanctions.



commerciaux, entièrement au frais du contrefacteur, des marchandises. La destruction ou la remise au propriétaire des droits, ainsi que la confiscation des recettes provenant de leur commercialisation pourront également être prévue.

723. Les articles L. 521-11 pour les dessins et modèles, L. 615-14-2 pour le brevet, et L. 623-28-1 pour les marques prévoient en ce sens, uniquement des mesures de retrait et de destruction de telles marchandises au frais du contrefacteur. Les personnes morales peuvent également faire l'objet de telles mesures. Les articles L. 335-8 pour le droit d'auteur, les articles L. 521-12, L. 615-14-2 et L. 716-11-1 en matière de propriété industrielle interviennent dans ce sens. Il n'y a ainsi pas de distinction entre la responsabilité pénale de la personne physique du délit de contrefaçon et celle de la personne morale, sur le traitement des marchandises contrefaisantes.

724. En droit OAPI, les dispositions sur ces mesures ne prévoient que la confiscation et la destruction. Les articles 67 de l'annexe 1 sur le brevet, 49 de l'annexe 2 sur les modèles d'utilité, l'article 43 de l'annexe 3 sur la marque et l'article 148 de la loi sénégalaise sur le droit d'auteur. En matière de dessin et modèle, l'article 28 de l'annexe 5 prévoit la confiscation, mais ce manquement pourra être comblé par la disposition sur la destruction des marchandises contrefaisantes sur le droit d'auteur, en vertu du principe de double de protection qui prévaut en matière de droit du dessin et modèle.

725. Les mesures complémentaires de la protection pénale de la contrefaçon visent aussi la personne du contrefacteur. Elles concernent les mesures de publication de la décision et parfois, le droit d'éligibilité de la personne physique responsable d'un tel délit. La publication des décisions sur la culpabilité du présumé contrefacteur est importante pour informer les clients sur les activités de leur fournisseur ou distributeur. Elle se fait dans des journaux spécialisés ou sur le site internet de commercialisation des produits en question. Les modalités de cette affichage sont fixées par l'article L. 131-35 du Code pénal<sup>747</sup>. Cette mesure est rendue possible en droit français, par le biais des dispositions des

---

<sup>747</sup> « La peine d'affichage de la décision prononcée ou de diffusion de celle-ci est à la charge du condamné. Les frais d'affichage ou de diffusion recouverts contre ce dernier ne peuvent toutefois excéder le maximum de l'amende encourue.

La juridiction peut ordonner l'affichage ou la diffusion de l'intégralité ou d'une partie de la décision, ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci. Elle détermine, le cas échéant, les extraits de la décision et les termes du communiqué qui devront être affichés ou diffusés.

L'affichage ou la diffusion de la décision ou du communiqué ne peut comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal ou de ses ayants droit.

La peine d'affichage s'exécute dans les lieux et pour la durée indiquée par la juridiction ; sauf disposition contraire de la loi qui réprime l'infraction, l'affichage ne peut excéder deux mois. En cas de suppression, dissimulation ou lacération des affiches apposées, il est de nouveau procédé à l'affichage aux frais de la

articles L. 335-6, L. 521-11, L. 615-14-2 et L. 716-13. Le droit sénégalais prévoit une telle mesure en matière de droit d'auteur, via l'article 149 de la loi de 2008 sur le droit d'auteur. L'Accord de Bangui ne le prévoit expressément que pour la contrefaçon de marque, en son article 42 de l'annexe 3.

726. La personne physique du contrefacteur, peut également être frappée d'une mesure d'interdiction d'éligibilité. La formule de cette interdiction uniquement prévue en droit OAPI par les articles 25 de l'annexe 5, 42 de l'annexe 3, est la suivante : « *Les délinquants peuvent (...) être privés du droit de participer pendant un temps qui n'excède pas dix ans, aux élections des groupements professionnels, notamment des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers* ».

## **Sous-section 2 : L'appréciation des mesures complémentaires en droit comparé**

727. Les mesures complémentaires de sanction pénale de la violation des droits de la propriété intellectuelle ne sont pas obligatoires en majorité. Les législateurs français et sénégalais utilisent souvent l'expression « *la juridiction peut ordonner* » qui exclut l'obligation pour ce juge d'imposer de telles mesures. Elles doivent s'appliquer selon la nécessité du cas de l'espèce en cause. Ce caractère facultatif des mesures prévues par le législateur en cas de sanction pénale, pose en notre sens, la question du principe de la légalité de ces mesures. Elles sont bel et bien prévues par le législateur mais leur caractère facultatif les différencie des sanctions pénales communes. Dès lors il semble intéressant d'éclaircir le sens du degré de la légalité de telles sanctions dans le droit pénal classique. La démarche du législateur dans la manière de présenter ces sanctions fait plutôt penser que ce sont des mesures greffées à la sanction pénale à titre de renforcement. L'utilisation de l'expression « *en outre* » en témoigne.

---

*personne reconnue coupable de ces faits.*

*La diffusion de la décision est faite par le Journal officiel de la République française, par une ou plusieurs autres publications de presse, ou par un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique. Les publications ou les services de communication au public par voie électronique chargés de cette diffusion sont désignés par la juridiction. Ils ne peuvent s'opposer à cette diffusion. L'affichage et la diffusion peuvent être ordonnés cumulativement ».*

728. Une autre caractéristique de ces mesures complémentaires qu'il nous semble intéressant de faire observer, est son caractère complémentaire. Nul doute que ce sont des mesures dont l'existence n'est possible que dans le cadre d'une première sanction principale. Elles visent alors à compléter ces mesures dès l'instant que le juge considère qu'elles pourraient être insuffisantes pour réprimer le délit.

729. Le caractère cumulatif de ces sanctions est une conséquence directe de sa complémentarité avec les sanctions pénales principales. Les mesures dites complémentaires à la sanction pénale se cumulent avec ces dernières, elles n'ont pas une autonomie telle qu'elles pourraient être appliquées à titre principal dans une sanction pénale pour contrefaçon.

730. La fonction de ces peines complémentaires nous apparaît avant tout comme un renforcement du caractère préventif de la sanction pénale contre la récidive. La dissuasion que ces mesures doit entraîner, relève de ce qu'elles tendent à supprimer les moyens de la contrefaçon. La fermeture de l'établissement ayant servi à la contrefaçon, ainsi que la confiscation des équipements du contrefacteur en sont des éléments illustratifs. Par ailleurs ce caractère préventif apparaît également en ce que le contrefacteur doit procéder au rapatriement des circuits commerciaux des produits contrefaisants, mais également, de ce qu'il doit supporter les frais de la destruction de la marchandise portant sur la violation du droit intellectuel en cause. En notre sens cette fonction préventive des mesures complémentaires est essentielle, car elle permet au-delà de la simple répression, d'organiser le traitement de l'ensemble des éléments tournant autour des activités du contrefacteur.

731. Ces mesures apparaissent comme un renforcement de la répression du contrefacteur en ce qu'elles prévoient parfois des sanctions touchant directement la personne du contrefacteur. C'est notamment le cas de la fermeture de l'établissement de la personne morale responsable du délit, ou encore, la disparition de certains droits d'éligibilité, mais également la publicité du jugement condamnant la contrefaçon.

732. Une autre forme de punition apparaît et consiste à ce que le contrefacteur doit supporter l'ensemble des frais de mise en œuvre des mesures complémentaires. Ces derniers comme mentionnées plus haut, concernent la destruction des marchandises, leur rappel des circuits commerciaux, et la publicité dans des journaux spécialisés ou pas.

## Conclusion du chapitre

733. La sanction pénale en contrefaçon révèle une multiplicité des mesures répressives prévues par le législateur dans ce domaine. Il existe de part et d'autre des privations de liberté, des amendes, ainsi que des mesures complémentaires de protection. On remarque que la gravité de la sanction pénale en contrefaçon peut autant provenir de la nature des marchandises en cause, que de la modalité de l'infraction, ou encore du caractère répété ou non des agissements. Nous avons également vu que l'auteur peut parfois y jouer un rôle, nous faisons référence à la contrefaçon commise par bande organisée, par un récidiviste ou une personne morale.

734. Le contrefacteur faisant face aux conséquences pénales de la violation du droit intellectuel d'autrui se verra donc imposer des sanctions pénales de différents ordres et dont le point commun reste la dissuasion par la répression. Ainsi la nature des sanctions découlent des fonctions spécifiques visées par le législateur pour un traitement efficace des actes de contrefaçon.

735. Les privations de liberté sont de natures foncièrement répressives car elles ont toujours représenté une mesure de punition judiciaire visant à réprimer un acte ayant violé l'ordre social. Les droits français et sénégalais de la contrefaçon contiennent de telles sanctions pénales. On constate que les peines sont plus longues et plus lourdes en droit français.

736. Les amendes financières sont également une originalité du droit comparé de la contrefaçon en France et au Sénégal. Elles visent une punition pécuniaire de la contrefaçon qui est une infraction essentiellement économique. Les législateurs français et sénégalais prévoient ces amendes pour toutes les formes de contrefaçon. Les amendes pénales sont cependant plus conséquentes en droit français, comparé au droit OAPI.

737. Les mesures complémentaires viennent parachever la sanction pénale de la contrefaçon. Elles visent essentiellement, en France comme au Sénégal, à prévenir la réitération des actes de contrefaçon. Cette prévention se mesure notamment par le rappel des marchandises contrefaisantes, leur confiscation ou leur destruction, elle apparaît également dans la possibilité de fermeture de l'établissement ayant abrité ces actes.

738. On relève en outre que les mesures pénales ne sont pas du même degré de sévérité. Elles sont plus importantes selon la gravité de la contrefaçon. Le législateur a ainsi aménagé la sanction pénale de la contrefaçon sur un seul critère, celui des conséquences plus ou moins négatives qu'elle peut avoir sur la société. Cette forme d'hierarchisation des actes de contrefaçon se constate d'avantage en droit français. Le système OAPI en connaît quelques exemples, sans aller plus loin. La graduation des sanctions pénales en contrefaçon nous semble présenter beaucoup d'intérêt. Le droit OAPI aurait tout à y gagner en intégrant un tel principe, surtout en matière de contrefaçon médicamenteuse.

# Chapitre second : Les mesures civiles des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale

739. L'indemnisation est de loin la mesure phare de concrétisation des actions civiles en contrefaçon et en concurrence déloyale<sup>748</sup>. En droit français de la responsabilité civile délictuelle, son régime est puisé des dispositions de l'article 1382 du Code civil, alors qu'en droit sénégalais, elle se base à l'article 133 du Code des obligations civiles et commerciales (Section 1)<sup>749</sup>. Ces régimes prévoient principalement la compensation financière, par l'auteur de la faute, des préjudices subis du fait de cette dernière par la victime<sup>750</sup>. Cette réparation cependant, composée d'une ou de plusieurs mesures, peut dès lors être un dédommagement, une cessation des actes fautifs, ou une mesure punitive civile<sup>751</sup>. Les formes de la méthode de réparation adoptée par le juge vont différer ainsi selon la fonction recherchée par ce dernier<sup>752</sup>. Des mesures complémentaires sont cependant accessoires à l'indemnisation (Section 2).

---

<sup>748</sup> V. en matière de contrefaçon, C. Roda, Les conséquences civiles de la contrefaçon des droits de propriété industrielle : Droit français, Belge, Luxembourgeois, Allemand, Anglais, Litec, 2011, n° 176 et s.; J. Dupichot, « L'indemnisation », LPA, 31 août 2006, n° 174, p. 33 : « *il apparaît que l'indemnisation, sujet au demeurant plus ambigu qu'il n'y paraît, est, en quelque sorte, l'aboutissement de l'action en responsabilité civile. Dès lors son importance pratique est essentielle tant pour la victime que pour le responsable* ».

<sup>749</sup> Ces deux articles disposent respectivement : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » ; « *le préjudice est en principe réparé par équivalence en allouant à la victime des dommages et intérêts* ». Nous remarquons que l'article 1382 associe l'obligation de réparation à la définition de la faute civile, alors dans le Code sénégalais des obligations civiles et commerciales les deux notions sont dissociées. En l'occurrence, l'article 133 traite uniquement de l'obligation de réparer le dommage, ainsi que la forme que le dédommagement doit prendre par défaut.

<sup>750</sup> M. E. Roujou De Boubée, Essai sur la notion de réparation, LGDJ, 1974.

<sup>751</sup> Ibid., alinéa 2 de article 133 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales : « *Toutefois, sous réserve du respect de la liberté des personnes ou des droits des tiers, les juges peuvent d'office prescrire, au lieu où en plus des dommages et intérêts, toute mesure destinée à réparer le dommage ou à en limiter l'importance* ».

<sup>752</sup> A. Bénabent, « La mise en jeu de la responsabilité civile », LPA, 20 janv. 2005, n°14, p. 31 : « *La responsabilité délictuelle n'a pas pour fonction de sanctionner. Sans doute a-t-elle souvent pour résultat de sanctionner. Mais sa fonction première est de réparer et cette fonction peut lui donner au sein de l'arsenal sanctionnateur une connotation, voire certaines infirmités particulières. C'est une sanction-réparation et non pas une sanction-punition* ».

## **Section 1 : Les techniques civiles de réparation des préjudices de contrefaçon et de concurrence déloyale**

740. L'indemnisation civile des préjudices des victimes de contrefaçon et de concurrence déloyale est soumise au principe de la réparation intégrale selon les règles de la responsabilité civile posées par les articles 1382 et suivants du Code civil français, ainsi que l'article 133 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales (Sous-section)<sup>753</sup>. De l'objectivation de la faute en responsabilité civile, à la prise en compte de nouveaux préjudices, le juge civil s'est conformé à la tendance en adaptant ses techniques d'évaluation du préjudice réparable aux évolutions sociojuridiques (Sous-section 2)<sup>754</sup>.

### **Sous-section 1: Fondements et pratiques de la réparation par équivalence en droit comparé de la contrefaçon et en concurrence déloyale**

741. La réparation civile des préjudices découlant de la contrefaçon et de la concurrence déloyale dans le droit de la responsabilité civile délictuelle répond à la nécessité de dédommagement dû par l'auteur des infractions du dommage causé à autrui dans le cadre de ses activités professionnelles<sup>755</sup>. Au niveau de l'Union européenne, on

---

<sup>753</sup> G. Viney, « L'appréciation du préjudice », LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 89 : « le principe dit de « la réparation intégrale » qui serait mieux défini par l'expression « principe d'équivalence entre dommage et réparation », Les effets de la responsabilité, LGDJ, 2010, n° 40 à 42 ; F. Siirainen, « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique », in Sciences juridiques de l'économie ? Un défi pour les économistes et juristes européens, colloque organisé par le GDR de droit économique et le LADEF Sorbonne le 23 mars 2001, actes publiés par le REDEF, <http://lodef.univ-paris1.fr>.

<sup>754</sup> L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in Sixième journée René Savatier, « Les métamorphoses de la responsabilité », PUF, 1997, p. 50 ; Ph. le Tourneau, « Des métamorphoses contemporaine et subtiles de la faute subjective », in Journées René Savatier, « Les métamorphoses de la responsabilité », PUF, 1997, p. 19 et s.

<sup>755</sup> L'article 1382 du Code civil, ainsi que l'article 118 du Code des obligations civiles et commerciales précisent en ce sens, que :Cass. civ., 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328, p. 222, JCP 1955. 8765, note R. Savatier : « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte*

peut citer parmi les sources textuelles de cette règle, l'article 24 de la proposition de règlement du parlement et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles disposant qu' : « *est notamment contraire à l'ordre public communautaire l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'allocation de dommages-intérêts non compensatoires* »<sup>756</sup>. Le conseil constitutionnel a également consacré un tel principe en jugeant que : « *Toute victime d'un dommage causé par la faute civile d'une personne de droit privé est en droit d'obtenir réparation du dommage subi* »<sup>757</sup>.

742. Au niveau interne, Cette règle est fixée par le législateur français à l'article 1149 du Code civil en matière contractuelle est transposée en matière de responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle par la jurisprudence<sup>758</sup>. la jurisprudence civile a également très tôt entériné le principe de la réparation intégrale du préjudice, comme en atteste notamment, l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1942 qui jugeait que : « *la victime a droit à la réparation totale du dommage qu'elle a subi (...), il s'ensuit que l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur l'étendue du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt* »<sup>759</sup>.

## **Paragraphe 1) La méthode d'indemnisation basée sur le principe de la réparation intégrale du préjudice**

### **I) Etat des lieux des fondements et délimitations appliqués à la réparation intégrale en droit comparé**

743. La réparation civile intégrale du préjudice est avant tout un outil jurisprudentiel permettant par le biais de l'indemnisation, le dédommagement intégral des conséquences des dommages subis par les victimes d'infractions civiles telles que la

---

*dommageable n'avait pas lieu* » ; Cass. civ. 8 mai 1964, RTD civ. 1965, p. 137, note Rodière : « *l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité* ».

<sup>756</sup> Europa.eu.int/eur-lex/fr/com/reg/fr\_register\_1920.html, cité par A. Ballot-Léna, La responsabilité civile en droit des affaires, Des régimes spéciaux vers un droit commun, LGDJ, 2008, n° 204.

<sup>757</sup> Cons. const., 22 oct. 1982, Dalloz, 1983. 189, note F. Luchaire.

<sup>758</sup> Arrêts préc. ; L'article 1149 du Code civil dispose que : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé » ; Y. Chartier, La réparation du préjudice, Dalloz, 1996, p. 38.

<sup>759</sup> Cass. Req., 24 mars 1942, Dalloz, 1942 118.



contrefaçon et la concurrence déloyale<sup>760</sup>. La réparation a été définie par la doctrine et la jurisprudence, à la lumière de l'article 1149 du Code civil, comme la compensation par équivalence pécuniaire et/ou en nature, du préjudice subi par le biais d'une faute délictuelle commise à leur égard<sup>761</sup>.

744. Le principe de la réparation intégrale représente à lui seul un symbole fondamental de l'institution judiciaire privée en ce qu'il reflète la substitution de la justice institutionnelle civile à la vengeance privée<sup>762</sup>. C'est une mesure d'équité garante d'une paix sociale dans la mesure où elle soulage doublement la victime d'un dommage en légitimant d'une manière officielle son préjudice mais également en lui attribuant une mesure de rétablissement dans sa situation antérieure, par une mesure se voulant la plus proche possible de la réalité<sup>763</sup>.

745. Ces considérations sur la notion de réparation sont également le fondement des sanctions civiles en contrefaçon et en concurrence déloyale. Les mesures de réparations concernant ces deux actions sont fondées en droit comparé sur les dispositions communes du régime de la responsabilité civile délictuelle. La différence de nature des deux actions judiciaires n'influe pas sur le l'objet de la réparation civile, il s'agit dans les deux cas de réparer les conséquences négatives des faits litigieux sur la victime. Le juge va chercher par le biais de l'appréciation du préjudice, la mesure de dédommagement applicable. La victime de la contrefaçon souffre de l'atteinte à son droit de propriété intellectuelle, alors que la victime de la concurrence déloyale est atteinte dans son droit de bénéficier d'une liberté de concurrence commerciale et industrielle détachée de déloyauté professionnelle.

746. En droit civil français la réparation intégrale emporte la prise en compte par le juge de l'équivalence qui doit exister entre le préjudice et son indemnisation<sup>764</sup>. Ce

---

<sup>760</sup> Cass. civ. 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328, p. 222, JCP 1955, II, 8765, note R. Savatier : « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ». Cette jurisprudence présente l'intérêt de dégager trois critères permettant de délimiter ce principe et ce sont : l'équivalence entre le préjudice et l'indemnisation, basée sur l'appréciation des préjudices économiques et du gain manqué.

<sup>761</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. , 7 déc. 1978, Bull. civ. II, n° 269 : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* » ; Cass. com., 2 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 380, p. 276 ; A. Mendoza-Caminade, Le nom de l'entreprise, op. cit, n° 411.

<sup>762</sup> C. Coutant-Lapalus, « Le principe de la réparation intégrale en droit privé », thèse, Dijon, 2001, n° 48.

<sup>763</sup> G. Viney, « Traité de droit civil : Les obligations : Effets », LGDJ, 1988, n° 57. L'auteur est favorable à une indemnisation prenant en compte « *l'équivalence entre dommage et réparation* ».

<sup>764</sup> P. Hébraud, préface, in M. E. Roujou de Boubée, « Essai sur la notion de réparation », LGDJ, 1974 : « *le*

principe n'est pas une règle légale identifiée en droit de la responsabilité délictuelle mais il constitue une méthode d'indemnisation d'origine prétorienne et inspirée de l'article 1149 applicable à la responsabilité contractuelle<sup>765</sup>. Il porte comme son nom l'indique, sur une réparation intégrale du ou des préjudices de la victime, avec une prise en compte, le cas échéant, du gain manqué ou de la perte subie par ce dernier<sup>766</sup>.

747. Le droit sénégalais est plus expressif en la matière, car le Code des obligations civiles et commerciales dispose dans son article 133 que le « *préjudice est par principe réparé par équivalence* ». Le caractère équivalent entre le préjudice et la réparation contient le principe de l'obligation de réparation du dommage intégral. La réparation intégrale n'étant que l'expression désignant la nécessité d'équivalence entre le préjudice de la victime et l'indemnisation qui lui est consacrée. Le droit sénégalais présente en ce sens une avancée par rapport au droit français car ce dernier n'a pas encore prévu au niveau de la réparation civile une disposition légale.

748. Une fois les fondements du principe de la réparation posés, il est important en notre sens, de parler de deux notions de base très utiles en la matière, pour ce qui concerne la compréhension de la méthode d'évaluation de l'indemnité due. Il s'agit d'abord de la liberté du juge en ce qui concerne l'appréciation ainsi que la méthode évaluative retenue par ce dernier<sup>767</sup>. Il bénéficie d'une liberté souveraine en la matière, et cela semble être en contradiction avec un principe essentiel en droit processuel. Il s'agit de celui porté par l'article 5 du nouveau Code de procédure civile. Ils disposent que : « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et uniquement sur ce qui est demandé* ». Cette disposition cantonne l'intervention du juge dans les prétentions des parties contenues dans les prétentions des intéressés. Il est intéressant de démontrer en ce sens, comme le souligne MM. Hauksson-Tresch, que cette limitation ne porte que sur l'objet du litige, non sur les moyens d'actions du juge<sup>768</sup>. C'est ainsi que le juge ne pourra pas, par exemple, de

---

*caractère compensatoire de la réparation découle de ce qu'elle repose sur l'équivalence avec le préjudice subi* ». Selon l'auteur l'équivalence entre les dommages-intérêts et le préjudice doit être qualitative ou quantitative. La réparation pécuniaire concerne ce dernier point alors que la réparation en nature sera plutôt attachée à la valeur de la chose.

<sup>765</sup> Ibid.

<sup>766</sup> Ces éléments pouvant se cumuler ou pas selon les situations.

<sup>767</sup> M. A. Lafortune et alii., « Définition et évaluation des préjudices économiques des entreprises », Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 1, janvier, 2014 : « *L'évaluation des préjudices subis par les victimes de fautes délictuelles ou contractuelles est fondamentalement une question de pur fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond* ». Cette liberté d'appréciation est basée selon l'auteur sur l'obligation de motivation portée par l'article 455 du Code de procédure civile et selon lequel : « (...) *Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif* ».

<sup>768</sup> N. Hauksson-Tresch, « La détermination par le juge du mode de réparation », LPA, 29 mai 1998, n° 64, p.

sa seule volonté, substituer une mesure de réparation à une demande en interdiction de poursuite des activités illicites<sup>769</sup>. La haute juridiction sénégalaise a très justement statué sur ce dernier point en jugeant que : « *Le juge ne peut statuer sur des choses non demandées, ni omettre de statuer sur des choses demandées, ni adjuger plus qu'il n'a été demandé* »<sup>770</sup>.

749. De la pluridisciplinarité qui se dégage de l'évaluation du préjudice pose par ailleurs problème. C'est une démarche nécessitant à la fois des connaissances juridiques, économiques, comptables, pour ne citer que celles-ci<sup>771</sup>. Cela a fait dire à un auteur, que cette tâche devrait être confiée à un médiateur.

750. La deuxième notion qu'il conviendrait de préciser en matière de réparation intégrale est, en notre sens, la date d'évaluation<sup>772</sup>. A l'état actuel de la jurisprudence, on fixe le montant du préjudice à partir de la date du jugement. Le droit français ne prévoit aucune disposition légale en la matière, mais le droit sénégalais conserve encore une avancée en matière de dispositions textuelles sur la réparation du préjudice civil. Le code des obligations civiles et commerciales dispose ainsi en son article 135 que : « *l'évaluation du dommage se fait au jour du jugement ou de l'arrêt* ». L'application de cette règle ne pose pas de difficulté dans la jurisprudence des deux systèmes juridiques considérés. Les

---

4. L'auteur se penchant sur le choix entre les modes de compensation par nature ou par équivalence de la réparation civile, relève que c'est le résultat de cette indemnisation que l'on mesure aux demandes des parties, pas le mode de choisi par le juge. Ce dernier relevant plutôt de la liberté souveraine d'appréciation du juge.

<sup>769</sup> Ibid : Le cas échéant « *comment admettre que la conséquence de ses décisions soit de maintenir des personnes dans l'illégalité ?* ». Le juge est donc ici non seulement lié par la demande des parties si telle est leur prétention, mais également par la logique supérieure de la lutte juridique contre ces infractions. Au-delà de la conclusion des parties une mesure de cessation de l'illicite est obligatoire lorsqu'une activité litigieuse a été constatée et qu'elle se poursuit toujours.

<sup>770</sup> Cour de cassation sénégalaise (juridiction remplacée depuis 2008 par la Cour suprême sénégalaise dans ses fonctions de juridiction du droit en dernier ressort), arrêt n° 88 du 6 déc. 2006, pourvoi formé contre l'arrêt n° 480 de la Cour d'appel de Dakar du 31 oct. 2003.

<sup>771</sup> C. Hausmann et alli, « Définition et évaluation des préjudices économiques des entreprises », art. précité. Nous n'adhérons cependant pas à cette position car il nous semble que la technique de l'expertise judiciaire intervient justement pour combler cette lacune.

<sup>772</sup> H. et L. Mazeaud, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », RTD. 1929, p. 17 à 56 : Les travaux pionniers des ces illustres auteurs sur la nature juridique du jugement par rapport aux droits consacrés par la réparation ont déblayé le terrain de la problématique en matière de créance indemnitaire : « *Le jugement ne crée rien, il n'est que déclaratif d'un droit préexistant* ». Nous faisons remarquer cependant qu'une telle affirmation nous semble relative, car en ce qui concerne le dédommagement civil, c'est le jugement qui crée le droit à la compensation du préjudice car sans celui-ci on ne peut à proprement parler de créance indemnitaire. La position qui se rapprocherait le plus de nous serait celle des auteurs qui se place entre la conception déclarative du jugement indemnitaire de la conception constitutive, en prônant un caractère déclaratif et constitutif du jugement : L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse. Paris, 1933, n°s 121 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations, 2, le fait juridique, A. Colin, 14 éd., 2011.

juridictions prennent systématiquement en compte ce principe dans leurs décisions ou arrêts.

751. La doctrine française s'est cependant penchée sur la question de la date la plus efficiente pour évaluer l'indemnisation de la victime des faits litigieux. Elle a ainsi mis en parallèle l'utilité liée à ce concept avec la fonction que peut revêtir le jugement indemnitaire dans l'existence du droit litigieux. A la suite de MM. Mazeaud<sup>773</sup>, M. Jourdain pense cependant que même si le jugement détermine le montant de la créance d'indemnisation, celle-ci naît au moment du dommage<sup>774</sup>. Pour notre part, nous pensons qu'il peut y avoir une nuance sur la fonction du jugement indemnitaire par rapport à la créance de dédommagement. Il n'y a pas de doute que ce jugement soit déclaratoire dans la mesure où il fixe et révèle le montant exact retenu par le juge comme étant celui de la réparation pécuniaire. Il nous semble cependant que contrairement à ce qu'en pense une partie de la doctrine française, et comme l'a affirmé M. Raynaud, ce jugement est également constitutif de droit<sup>775</sup>. En effet si le point de départ du fait dommageable est la date du fait générateur de l'acte illicite, sans jugement on ne peut à vrai dire parler de créance, car si tel était le cas, la victime n'aurait pas besoin de saisir le juge pour qu'elle soit exigible<sup>776</sup>.

752. Pour notre part, il nous semble plus pertinent de retenir la date du jugement pour fixer le montant total de la créance<sup>777</sup>. Cela est dû au fait que, le dommage peut avoir évolué depuis la constatation des faits litigieux, notamment lorsque qu'il n'y a pas eu d'interdiction de poursuite des actes litigieux entre temps. On remarque d'ailleurs en ce sens que souvent dans les ordonnances en référés, le juge fixe les dommages-intérêts à titre prévisionnel, ceci prouve que la date de décision au fond est celle à prendre en compte pour mesurer la consistance finale du préjudice. Il convient par ailleurs de faire une double distinction de ce préjudice final avec non seulement celui fixé d'une manière

---

<sup>773</sup> Ibid ; L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité de la responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>os</sup> 2246 et s. : « *Le rôle du jugement est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure, fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée* ».

<sup>774</sup> P. Jourdain, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », LPA, 09 novembre 2004, n<sup>o</sup> 224, p. 49 : « *S'il y a matière à hésitation, c'est peut-être parce que, comme on l'a suggéré, la créance de réparation se formerait par étapes successives. Embryonnaire au jour du fait générateur, elle se consoliderait tout au long d'une période de gestation pour ne naître et ne prendre définitivement forme qu'au jour du jugement* ».

<sup>775</sup> P. Raynaud, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », Paris, Sirey, 1959, n<sup>o</sup> 377.

<sup>776</sup> Ibid.

<sup>777</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 janvier 1979, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 18. Dalloz. 1979.

provisionnelle en référé, mais également parfois en première ou deuxième sous réserve d'une expertise ordonnée par le juge.

753. Il apparaît que la fixation du préjudice final le jour de la décision au fond sur les faits litigieux peut apparaître provisoire lorsque le dommage s'est poursuivi après le procès, faisant ainsi évoluer le préjudice, de telle sorte que le juge doit intervenir pour reformer son jugement antérieur et réévaluer le montant du préjudice.

754. Le préjudice économique découlant de l'acte en concurrence déloyale peut à la fois être d'ordre personnel et collectif<sup>778</sup>. Selon M. Dorandeu, il y a le préjudice personnel de la victime des agissements et celui subi par le processus concurrentiel tout entier<sup>779</sup>. Nous envisageons ici le préjudice personnel et individuel de la victime des actes de concurrence déloyale, préjudice professionnel subi dans le cadre des activités industrielles et/ou commerciales. Ce préjudice identifié par la jurisprudence sous le terme de trouble commercial renferme le ou les dommages causés à la victime par les agissements délictueux. Le trouble commercial est un terme générique qui désigne les différentes sortes de préjudice pouvant ressortir d'un acte de concurrence déloyale.

755. Le juge, dans sa démarche de mise en place d'une réparation conforme entre l'indemnité et le préjudice effectivement subi par la victime, doit d'abord procéder à l'identification du préjudice. Ce dernier est très souvent fortement relié en matière de concurrence déloyale au chiffre d'affaire des activités de la victime. Le chiffre d'affaires est défini comme l'« Ensemble de recettes réalisées par une entreprise dans l'exercice de son commerce ou de son entreprise »<sup>780</sup>. Le préjudice économique de la victime des actes de concurrence déloyale étant directement lié à l'état de son chiffre d'affaire, le juge va dès lors baser son analyse de l'existence du préjudice patrimoniale de la victime sur l'évolution de ce chiffre d'affaires.

756. A ce propos, il est apparu que sur une étude d'échantillon de décisions judiciaires sur la réparation des actes de concurrence déloyale, les juges basent leurs évaluations du préjudice économique de la victime sur une baisse du chiffre d'affaire<sup>781</sup>.

---

<sup>778</sup> N. Dorandeu, *Le dommage concurrentiel*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, n° 146.

<sup>779</sup> Ibid.

<sup>780</sup> G. Cornu, (Sous la direction de), *op. cit.*, p 172.

<sup>781</sup> C. Alexandre-Caselli, « La concurrence déloyale et l'effacement de la clientèle : Compte rendu d'une analyse jurisprudentielle », *Etude du Centre de recherche sur le droit des affaires*, « Clientèle et concurrence », Litec, 2000, p. 109.

757. Le premier support utilisé par le juge pour déterminer ce préjudice repose sur les conclusions parties demandeur à l'instance. En effet la preuve du préjudice du demandeur est d'abord apportée par ce dernier pour éclairer le juge dans son calcul de l'indemnité requise pour dédommager la victime. Le juge pourra par ailleurs faire intervenir un expert en cas d'insuffisance des éléments de la demande sur la preuve de son préjudice. Ce dernier doit se baser sur un commencement de preuve déjà fourni par la victime.

758. Par ailleurs, le juge ne peut fonder sa motivation sur la notion de perte de clientèle pour justifier l'existence du préjudice de la victime, à cause de la licéité de principe du dommage concurrentiel d'une part, et d'autre part, par le principe de non-appropriation juridique attachée à la clientèle<sup>782</sup>. Il n'en demeure pas moins que par sa nature de valeur économique de l'entreprise, cette dernière peut être un indice permettant au juge de déceler et de calculer le préjudice subi par la victime des agissements déloyaux. C'est la raison pour laquelle, certains auteurs pensent que le détournement de la clientèle doit être un indice du trouble concurrentiel occasionné par la concurrence déloyale<sup>783</sup>. Nous adoptons cette dernière position, mais nous considérons cet élément comme un révélateur du préjudice de la victime de la concurrence déloyale, dans les préjudices moraux ayant un effet économique négatif sur l'activité de la victime.

759. **La réparation intégrale du préjudice économique de la contrefaçon.** La réparation de la contrefaçon se présente sous les mêmes formes que la réparation de la concurrence déloyale. Ces deux infractions suivent les modalités de réparation du régime du droit commun de la responsabilité civile délictuelle.

760. En droit français, les modalités d'une telle évaluation de l'indemnité qui sont aujourd'hui soumises à un régime particulier, quoi que toujours basées sur les principes de base de la réparation du préjudice dans le régime de la responsabilité civile délictuelle.

---

<sup>782</sup> Y. Auguet, *Clientèle et concurrence*, op. cit., n° 255 : « *En matière de concurrence déloyale, plusieurs arrêts récents de la cour de Paris et de la cour de cassation ont expressément affirmé que la clientèle ne pouvait faire l'objet d'aucun droit privatif* ».

<sup>783</sup> C. Alexandre-Caselli, art. Précité, p. 121 : L'auteur dont l'étude s'est basée sur un échantillon de 160 arrêts de jurisprudence, recueilli entre janvier 1997 à juin 1998, remarque que : « *La mention de la perte de clientèle apparait peu fréquente (au plus 1 décision sur 4) et le montant de ce détournement n'est qu'exceptionnellement évalué. Tout au plus, le juge précise qu'il y a eu perte de clientèle et qu'il se fonde sur une baisse du chiffre d'affaires* ».

761. La directive communautaire 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, transposée en son article 13 en droit français par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 ont permis la codification des méthodes d'évaluation judiciaire pour la fixation du montant de la réparation du préjudice découlant de la contrefaçon<sup>784</sup>. Il ressort des dispositions de cet article, deux méthodes d'évaluations unifiées pour les préjudices découlant de la violation de l'ensemble des droits intellectuels. On trouve ces dispositions pour ce qui concerne les brevets, les marques, les dessins et modèles et le droit d'auteur<sup>785</sup>. Elles sont respectivement présentes au niveau des articles du Code de la propriété intellectuelle suivant : L. 615-7, L.716-4, L. L.521-7, L. 331-1-3.

762. Avant d'analyser les nouvelles dispositions législatives d'évaluation du préjudice, il serait utile en notre sens de relever les pratiques jurisprudentielles antérieures en la matière. En 1964, M. Chavanne déclarait déjà que pour évaluer le préjudice découlant de la contrefaçon, il y avait deux méthodes possibles consistant soit à indemniser la victime avec la totalité des bénéfices du contrefacteur, soit à lui réclamer le bénéfice que l'on aurait dû faire si on n'avait pas été victime de la contrefaçon<sup>786</sup>. Ce dernier élément représentant ce que l'on appelle communément le manque à gagner, ce terme est encore utilisé de nos jours dans les mêmes circonstances, c'est-à-dire, dans la perte de réalisation d'une éventualité favorable<sup>787</sup>. Il apparaît dès lors que la méthode d'évaluation de la contrefaçon ne s'est pas toujours rattachée aux principes de la réparation intégrale utilisés en droit de la responsabilité civile délictuelle.

763. Admettre que la victime de la contrefaçon puisse se faire attribuer tous les bénéfices découlant des activités contrefaisantes c'est introduire une possibilité d'enrichissement de cette dernière, dans la mesure où ces bénéfices peuvent largement dépasser le préjudice économique réel subi par le contrefacteur. La deuxième méthode basée sur le calcul du gain manqué des titulaires des droits va également dans le même sens, le juge ignore le préjudice réel souffert par la victime, alors que l'on sait que c'est justement ce préjudice qui est l'élément de base de la méthode d'évaluation de la réparation intégrale communément utilisée par la jurisprudence en droit français.

---

<sup>784</sup> C. Champagner Katz, « L'évaluation et la réparation du préjudice né des actes de contrefaçon et ses évolutions depuis la loi de 2007 », Cahiers de la sécurité, n°15, 2011, p. 106.

<sup>785</sup> Art. précité.

<sup>786</sup> A. Chavanne, « L'évaluation des dommages et intérêts dans les instances en contrefaçon de marque de fabrique », RIPI, 1964, p. 284.

<sup>787</sup> Art. précité.

764. Nous remarquons que la réparation civile de la contrefaçon datant de la période précédant la loi française de lutte contre la contrefaçon ne respecte pas entièrement le principe d'indemnisation posé par l'article 1382 du Code civil. On applique le plus souvent la disposition de l'article 1149, qui même si elle s'inscrit dans le cadre de la réparation intégrale du préjudice, va au-delà puisqu'il va permettre la prise en compte non plus du strict dommage causé par la contrefaçon à la victime, mais également les retombées de l'activité contrefaisante. Cet article conditionne dans la prise en compte du dommage, la perte subie ou le gain manqué de la victime de la contrefaçon. On se plaçait donc non plus du côté de la victime afin de jauger son préjudice, à partir des conséquences négatives directement ressenties par son activité du fait des agissements délictueux, mais plutôt du côté de l'activité de l'auteur de la contrefaçon<sup>788</sup>.

765. D'un autre côté, l'analyse de la perte subie permet la prise en compte du préjudice économique directement souffert par la victime de la contrefaçon du fait de la violation de son droit de propriété intellectuelle. Cette méthode de l'article 1149 du Code civil correspond parfaitement au principe de la responsabilité intégrale. La difficulté relevant de la preuve de la réalité de cette perte fait que la deuxième méthode a été la plus utilisée, ainsi « *le préjudice subi par le breveté du fait de la contrefaçon s'analyse essentiellement en un gain manqué* »<sup>789</sup>.

766. A partir de la loi française de 2007 sur la lutte contre la contrefaçon, ces méthodes jusque-là jurisprudentielles, et indirectement consacrées sur le plan législatif, ont été directement introduites dans le régime de sanction de la contrefaçon. Elle acquiert désormais une base légale en matière de contrefaçon.

767. Les articles actuels du Code de la propriété intellectuelle consacrés à la méthode d'évaluation de l'indemnisation de la victime de la contrefaçon, en l'occurrence les articles L. 331-1-3 pour le droit d'auteur, L. 521 pour les dessins et modèles, L. 615-7 pour les marques et L. 716-14 pour les brevets, prévoient distinctement dans leur terme de rédaction deux méthodes de calcul des dommages et intérêts requis au titre de l'indemnisation. Il y a d'une part, la méthode communément appelée analytique et

---

<sup>788</sup> M. Mathély, « De l'évaluation de l'indemnité de contrefaçon, ann. prop. Ind., 1963, p. 249 : « *En droit français, l'évaluation d'une indemnité est dominée par deux règles fondamentales. 1) La première règle est celle qui est écrite dans l'article 1382 du code civil (...) cette réparation comporte une double limite : a) l'indemnité doit réparer seulement le préjudice directement imputable à la faute sanctionnée ; b) l'indemnité doit réparer seulement le préjudice effectivement souffert (...).* 2) La deuxième règle est celle qui est écrite dans l'article 1149 du code civil. (...). Ces éléments du préjudice sont, d'une part, la perte subie, d'autre part, le gain manqué par l'effet de la faute sanctionnée ».

<sup>789</sup> Art. précité.



consistant pour le juge à prendre : « *en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral au titulaire des droits du fait de l'atteinte* », et d'autre part, la méthode dite forfaitaire qui consiste « *à titre d'alternative ou sur demande de la partie lésée* », d' « *allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a été porté atteinte* ».

768. Il apparaît dès lors que la méthode nouvellement consacrée, est beaucoup plus complète que celle dite de réparation intégrale. La première repose sur deux considérations : D'une part elle intègre la perte subie, préjudice strictement constaté de la victime, d'autre part, elle va même plus loin que les dispositions de l'article 1149 ayant ajouté la prise en compte du gain manqué. La méthode de la réparation forfaitaire, alternative, qui va fonder l'indemnisation sur les redevances devant être normalement perçues par le titulaire des droits en cas d'octroi d'une licence d'exploitation. Autant dire que cette méthode inédite force le contrefacteur à assurer le minimum d'indemnisation à la victime en lui versant les sommes requises comme s'il avait lui-même donné son assentiment à cette exploitation. C'est une mesure qui permet au juge en cas d'absence de preuve suffisante sur le préjudice de la victime, de permettre une indemnisation de cette dernière, et donc une sanction de l'auteur de cette atteinte sur le principe de la protection du monopole du réservataire du droit intellectuel. Cette méthode est beaucoup plus simple à appliquer pour le juge, elle ne nécessite pas un calcul minutieuse du montant du préjudice. en notre sens, elle est moins intéressante pour la victime car elle n'inclut pas le préjudice moral de cette dernière. Elle pourrait apparaître comme une manière de former un contrat de licence à posteriori à la faveur du contrefacteur. Elle lui fait verser les droits de licence, prévus en cas d'utilisation licite des droits d'autrui. Par ailleurs, on peut légitimement craindre que du fait de la complexité liée à la preuve des préjudices de contrefaçon, ainsi que des méthodes de calcul des dommages et intérêts, qu'elle ne provoque un laxisme chez les juges saisis. Dans cette hypothèse, au lieu d'être purement exceptionnelle, elle pourrait être plus fréquemment utilisée. Les termes de l'article font de la méthode forfaitaire une méthode alternative mais il nous semble qu'elle doit demeurer marginale car la méthode analytique apparaît beaucoup plus complète en ce qu'elle tend à l'appréhension de tous les préjudices de la victime.

769. La méthode analytique de calcul des dommages et intérêts de la victime de la contrefaçon est beaucoup technique, mais nous apparaît plus favorable à la victime, mais également dissuasive envers l'auteur du délit. Elle permet à la fois la prise en compte du préjudice économique mais également le préjudice moral et cela constitue une avancée considérable par rapport au mode traditionnel de réparation du préjudice découlant de l'article 1382 du Code civil organisant la responsabilité civile délictuelle.

770. Les modalités de l'application par le juge de ce principe en droit de la contrefaçon et en droit de la concurrence déloyale ne sont pas similaires du fait de la différence de fondement liée aux préjudices concernés. Que l'on se place du côté de l'application de la notion de cette réparation dans la réalité concrète de l'infraction ou plutôt, de celui de l'application qu'en fait le juge selon le fait de l'espèce invoqué, l'originalité du principe de la réparation intégrale demeure en ce qu'il prend toujours la forme de l'infraction à laquelle on l'applique.

771. Il peut apparaître un certain écart entre la théorie et la pratique concrète dans la réparation civile des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale. La liberté du juge y joue dès lors un rôle considérable. Ce dernier découle de la flexibilité des dispositions du régime de la responsabilité civile. Son appréciation souveraine va déterminer l'orientation ou le poids qu'il souhaite attribuer aux pièces et conclusions des parties.

772. Le juge chargé de mettre en œuvre le principe classique de la réparation du préjudice civil de la contrefaçon et de la concurrence déloyale doit baser son évaluation de l'indemnisation, sur trois critères comme le souligne si bien le professeur Chartier<sup>790</sup>. Il s'agit du critère de la date de l'appréciation du préjudice réparable, de l'exigence de l'équivalence de ce dernier avec le dommage effectif, et enfin, le critère qui interdit le principe de l'enrichissement de la victime du fait de cette infraction<sup>791</sup>.

---

<sup>790</sup> Y. Chartier, op. cit, p. 41 : « le dommage doit être évalué par le juge à la date de sa décision ; le montant de l'indemnisation ne peut être inférieur au préjudice subi, il ne peut non plus lui être supérieur ».

<sup>791</sup> Ibid.

## II) La jurisprudence du dédommagement dans les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale

773. **La pratique de l'évaluation de la contrefaçon en droit comparé :**  
L'évaluation du préjudice en matière de propriété intellectuelle repose sur une technique originale visant, pour le juge, à apprécier au plus près de la réalité du préjudice subi, l'indemnisation de la victime<sup>792</sup>. Le droit sénégalais ne se différencie pas du droit français sur ce plan. Le principe est une réparation pécuniaire du préjudice par équivalence. Le droit français se démarque cependant du droit sénégalais sur plusieurs plans, à savoir d'abord, l'existence d'une disposition législative portant sur la méthode de quantification du préjudice de la victime des actes contrefaisants<sup>793</sup>. En effet, en France, la loi n° 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon, transposant l'article 13.1 de la directive 2004/48 dont elle contient les directives, prévoit les modalités d'indemnisation du préjudice de contrefaçon. Il est prévu pour le calcul des dommages et intérêts sanctionnant la contrefaçon des droits de la propriété intellectuelle, la prise en considération par le juge, des conséquences économiques négatives de la contrefaçon, ainsi que le préjudice moral et le bénéfice du contrefacteur<sup>794</sup>. Cette disposition a été ensuite étendue à tous les droits de

---

<sup>792</sup> CA Paris, 22 mai 2013, n° 10/06602 : PIBD 2013, n° 988, III, p. 1313 : La Cour d'appel réformant l'évaluation en première instance du préjudice provisionnel l'a fixé à 350 000 euros. Elle s'est basée sur une mesure d'expertise qui a été ordonnée à cette fin et qui a permis de relever que : « *la masse contrefaisante correspond au minimum à 13.619 chapeaux litigieux pour une marge réalisée par la société SOL France de 1.891.658 euro au minimum et par la société VIVISOL France de 334.081 euro au minimum, que le préjudice de gains manqués sur la seule location de bouteilles subi par la société Air Liquide Santé France est évalué à 232.498 euro au minimum, que la redevance indemnitaire à laquelle aurait pu prétendre la société Air Liquide Santé International est évaluée à 83.362 euro au minimum* ».

<sup>793</sup> Il faudra cependant noter que, même si les dispositions sénégalaises en matière d'évaluation du préjudice en contrefaçon font uniquement référence au principe de la réparation intégrale des préjudices, conformément à l'article 133 du Code des obligations civiles et commerciales, il arrive que la jurisprudence passe outre de telle sorte à se rapprocher du régime actuel existant en la matière en droit français. C'est le cas notamment de la décision suivante : Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement n° 1605 du 06 juillet 2005. Le juge, dans ses motivations sur les dommages et intérêts prend en compte « *l'importance du préjudice moral et matériel ainsi que l'importance des gains de Disco Star (le défendeur)* ». Cette décision datant de 2005, c'est-à-dire, avant la directive 2004/48 du parlement européen et du conseil ainsi que la loi de 2007-1544, il apparaît que c'est d'ailleurs la jurisprudence sénégalaise qui est en avance sur la prise en compte du gain du contrefacteur par rapport au droit français.

<sup>794</sup> En matière de brevet, c'est l'article L. 615-8 qui le prévoit et la disposition est prévue de la manière suivante : « *Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :*  
1) *Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée ;*  
2) *Le préjudice moral causé à cette dernière ;*  
3) *Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon.*  
*Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée. »*

propriété intellectuelle par la loi n° 2014-315 de renforcement de la lutte contre la contrefaçon. Cette mesure indemnitaire encore récente en droit français du contentieux de la propriété intellectuelle reste originale, comparée au droit civil sénégalais de la contrefaçon, encore restée sous le joug des principes de la réparation classique en matière délictuelle.

774. Deux méthodes de calcul du préjudice en matière de contrefaçon existent désormais en droit français : Il y a d'abord celle que l'on appelle communément la méthode analytique, identifiée par certains auteurs comme celle prenant en compte la réparation intégrale du préjudice subi mais également comme le veut la loi, les recettes illicites obtenues à partir de cette activité<sup>795</sup>. Cette dernière est un montant dégagé à partir de calculs opérés à la fois sur l'activité de la victime, ainsi qu'au niveau de celui du contrefacteur<sup>796</sup>. L'apport de la loi ici est plus situé dans la détermination des postes de préjudices que dans le calcul de la quantification du montant de ce dernier<sup>797</sup>. En effet, si on compare les analyses doctrinales opérées en la matière, dans le temps, on se rend compte que la méthode de réparation dite intégrale a été respectée en matière de contrefaçon jusqu'en 2007, date d'apparition du préjudice lié aux recettes du contrefacteur avec l'avènement de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon<sup>798</sup>. Cette évolution du traitement judiciaire de la contrefaçon rejoint d'une certaine manière du cadre plus général de la révolution déjà observée en droit de la responsabilité civile et consistant à l'apparition de nouveaux préjudices<sup>799</sup>.

775. La deuxième méthode d'analyse est la méthode dite forfaitaire, qui est alternative et est appliquée à la demande de la victime ou à l'initiative du juge. Elle consiste à fixer l'indemnisation du titulaire des droits violés à hauteur d'une somme

---

<sup>795</sup> C. Champagner Katz, « La mode cible privilégiée de la contrefaçon », Cahiers de la sécurité, n° 15, janv.-mars 2011, p. 61.

<sup>796</sup> Cela apparaît notamment dans le calcul du gain manqué pouvant consister à la détermination des marges bénéficiaires multipliées par le nombre d'exemplaires contrefaisants.

<sup>797</sup> C. Champagner Katz, « L'évaluation et la réparation du préjudice né des actes de contrefaçon et ses évolutions depuis la loi de 2007 », Cahiers de la sécurité n°15, janv.-mars 2011, p. 107.

<sup>798</sup> A. Chavanne, « L'évaluation des dommages-intérêts dans les instances en contrefaçon de marques de fabrique » art. précité ; P. Mathély, « De l'évaluation de l'indemnité de contrefaçon », art. précité ; H. Lécuyer, « Bilan et perspective sur l'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon », LPA, 21 juin 2011, n° 122, p. 8.

<sup>799</sup> L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in Sixièmes journées René Savatier, Les métamorphoses de la responsabilité, PUF, 1997, p. 50. L'auteur évoque dans cet article, de la prolifération des variétés de préjudices réparables qu'il explique dans le sens de la contrefaçon, par l'expansion des préjudices moraux. La prise en compte des bénéfices du contrefacteur est dès lors une indemnisation du préjudice moral de la victime. Par ailleurs comme nous le verrons dans nos développements consacrés à la peine privée, cet élément nouveau des préjudices réparables participent de la fonction de dissuasion de la sanction-réparatrice.

supérieure aux redevances normalement dues par le bénéficiaire d'un droit d'exploitation licite<sup>800</sup>.

776. **En matière de propriété littéraire et artistique.** L'originalité de l'évaluation du préjudice de l'auteur dans le droit de la propriété littéraire et artistique en droit français, repose sur un calcul opéré par le juge afin de déterminer le dédommagement requis pour la victime des actes de contrefaçon<sup>801</sup>. La méthode de réparation intégrale suit ici le même principe que celui existant pour les autres droits de propriété intellectuelle. M. Henri constate en ce sens que cette évaluation se matérialise par deux méthodes, à savoir, l'évaluation sur le revenu, et l'évaluation forfaitaire<sup>802</sup>. Ces dernières reposent sur des modalités différentes, la méthode calquée sur le revenu va permettre au juge de prendre en compte dans son travail, l'activité économique du contrefacteur mais aussi celle de la victime afin de déterminer l'intensité négative de l'atteinte au niveau de l'auteur des droits de propriétés littéraires et artistiques<sup>803</sup>. La réparation intégrale s'intègre dans cette méthode même si elle n'en épouse pas tous les contours<sup>804</sup>.

777. Le juge bénéficiant cependant d'une liberté d'appréciation souveraine des éléments versés au débat, il apprécie ainsi si l'évaluation du demandeur sur son préjudice est justifié, il peut s'y conformer ou la réformer par le biais notamment d'une expertise<sup>805</sup>.

---

<sup>800</sup> Cette forme de réparation ne concerne pas nos analyses sur la réparation intégrale, elle sera traitée dans nos développements ultérieurs sur d'autres principes de réparation. Il nous est apparu utile de l'énoncer présentement pour donner un point de vue panoramique sur l'état actuel du régime de la méthodologie réparatrice en droit civil de la contrefaçon.

<sup>801</sup> La jurisprudence rappelle constamment en ce sens les modalités de calcul du préjudice de la victime de la contrefaçon selon les lettres de la loi de lutte contre la contrefaçon, ex. CA Paris, 20 févr., RG n° 11/06089, JurisData n° 2013-002827 : « *Considérant qu'en vertu de l'article L. 331-1-3 du code de la propriété intellectuelle, la juridiction prend en compte, pour fixer les dommages-intérêts, les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte* ».

<sup>802</sup> G. Henry, L'évaluation en droit d'auteur, Litec, 2007, n° 71 et s.; L'article 263 du Code procédure civile dispose en ce sens que : « *l'expert n'a lieu d'être ordonné que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge* ».

<sup>803</sup> La loi de lutte contre la contrefaçon a introduit la prise en compte du gain manqué de la victime, titulaire des droits intellectuels. Cela entraîne que le juge doit inclure dans son calcul du préjudice, des conditions hypothétiques telles que le gain manqué ou plus globalement la situation de la victime si la contrefaçon n'avait pas eu lieu. La méthode de réparation intégrale du préjudice qui est en l'occurrence une méthode de compensation par équivalence vise ainsi, pour le juge, à restituer au près de la réalité, la situation de départ de la victime. Cela concerne principalement le préjudice matériel étant donné qu'en notre sens le préjudice moral vise moins une compensation affective qu'une fonction de satisfaction de la victime.

<sup>804</sup> On fait référence ici au fait que la réparation intégrale correspond dans la méthode analytique à ce qui correspond au strict dommage subi, c'est-à-dire, à la perte économique éprouvée, au dommage moral et éventuellement au gain manqué. Le préjudice découlant de la prise en compte du bénéfice du contrefacteur participe à la fonction punitive de la réparation et est donc à classer selon les analyses, dans la catégorie des peines punitives.

<sup>805</sup> CA Paris, 11 mai 2012, RG n° 11/05313 : Le juge a réformé l'évaluation du préjudice faite par le demandeur. Ce dernier s'était basé pour son calcul sur le nombre d'exemplaire écoulé par le contrefacteur

Cette dernière doit être prise lorsque son utilisation est opportune pour le juge, et qu'il ne puisse procéder de lui-même à l'analyse et l'interprétation des moyens et pièces des parties<sup>806</sup>.

778. En notre sens, selon une analyse de la jurisprudence récente en la matière, nous avons pu opérer plusieurs constats. Ces derniers ne sont pas toujours satisfaisants en matière de contrefaçon de la propriété littéraire et artistique, il est fréquent que le juge énonce la méthode requise pour le calcul des dommages et intérêts<sup>807</sup>. Le juge évoque les différents postes de préjudice et les modalités de calcul de leur montant, il ne révèle cependant pas toujours sa démarche pour l'appliquer aux circonstances de l'espèce<sup>808</sup>. Il en ressort dès lors une certaine opacité sur la teneur des différents chefs de préjudice constituant le montant total de l'indemnisation. Dans la jurisprudence sénégalaise, le jugement en première instance sur l'affaire concernant le chanteur Abdou Guité Seck est très révélateur en ce sens<sup>809</sup>. Dans cette espèce portant sur un préjudice pour contrefaçon de droit d'auteur, le juge prend en considération, l'«*état des dépenses nées de la confection*» de l'œuvre de la victime, estimé à 5 139 000 francs CFA, ainsi que l'importance du préjudice moral et du gain du contrefacteur, pour fixer la créance d'indemnisation du chanteur à 2 000 000 de francs CFA. Cet état de fait dans les motivations du juge sénégalais, peut dans ce sens être également illustré par une décision très célèbre par le montant exorbitant de l'indemnisation octroyé à titre de contrefaçon de droit d'auteur<sup>810</sup>. La motivation du juge de l'arrêt réformateur d'appel concernant l'affaire

---

présumé, 25 000 ouvrages en l'occurrence. Il a donc évalué son préjudice patrimonial à 10 000 euros. La Cour d'appel chargée de casser le jugement ayant réduit le préjudice ainsi fixé a confirmé l'arrêt et donc l'évaluation du premier juge qui avait déterminé un préjudice patrimonial de 5000 euros, ainsi qu'un préjudice moral d'un même montant. Le juge de la Cour d'appel ayant estimé que l'absence d'éléments comptables et financiers empêchait d'avoir une idée précise de l'étendue du préjudice ; TGI Paris, 18 déc. 2009, JurisData n° 2009-016553, RG n° 09/00540 : L'évaluation du préjudice subi par les demandeurs était de 15 000 000 euros, mais le juge l'a ramené à 300 000 euros.

<sup>806</sup> Cour suprême de Dakar, arrêt n° 74 du 1<sup>er</sup> Aout 2012, pourvoi formé contre l'arrêt n° 633 de la Cour d'appel de Dakar du 6 sept. 2011. La haute Cour juge que : « *Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, après avoir énoncé « une telle mesure ne peut en aucune manière porter sur des questions auxquelles le juge a les moyens factuels et juridique de répondre, mais doit être simplement destinée à lui apporter un éclairage sur des éléments techniques et précis, inaccessibles à sa connaissance* », a retenu « *qu'en l'espèce (...)posent moins une question technique qu'une question d'administration de la preuve qui, au regard de l'article 156 du code de procédure civile, ne nécessite pas une expertise* » ; D'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis ».

<sup>807</sup> CA Paris, 20 fév. 2014, RG n° 11/06089, JurisData n : 2013-002827 : Le juge soutient que les éléments versés au débat ne permettent pas de fixer avec exactitude le volume de la contrefaçon, et par la même occasion, le préjudice de la victime ; CA Paris, 11 juin 2014, RG n° 13/10764, JurisData : 2014-014663.

<sup>808</sup> CA Bordeaux, 8 sept. 2014 ; CA Paris, 30 sept. 2014, RG n° 13/07464 ; CA Versailles, 4 déc. 2014, RG n° 12/05634, JurisData 2014-033482.

<sup>809</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Abdou Guité Seck/ Disco Star, jugement précité.

<sup>810</sup> CA de Dakar, 14 fév. 2003, Mademba Diop/ Youssou Ndour, appel du jugement n° 922 du 15 mai 2001, rendu par le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar.

qui opposait le célèbre chanteur Youssou Ndour à M. Diop, est constituée comme suit : « *Statuant à nouveau ; Dire et juger que Youssou Ndour a plagié et contrefait les œuvres du sieur Mademba Diop. En conséquence le condamner à payer au sieur Mademba Diop la somme de 500 000 000 de francs CFA à titre de dommages-intérêts* ».

779. Il est parfois mentionné le chiffre d'affaires du contrefacteur pour estimer la masse contrefaisante<sup>811</sup>. Cet élément est très fréquemment utilisé par les juges dans le calcul du préjudice de la victime des faits contrefaisants. Il permet de déterminer la perte subie mais également le gain manqué de la victime. Ce dernier est également déterminé à partir de la marge bénéficiaire de la victime des faits litigieux.

780. On constate d'une manière générale une lacune sur la ventilation des postes de préjudice ainsi que leur motivation<sup>812</sup>. Le juge procède dès lors par un montant global de dommage et intérêts incluant très souvent par la même occasion le préjudice moral<sup>813</sup>. Le juge invoque parfois le dommage ayant entraîné ce dernier mais on ne retrouve pas souvent les éléments de détermination de son montant. Un tel état de fait est à déplorer dans la mesure où, c'est justement cette transparence dont les justiciables ont besoin pour faire confiance à la justice et espérer une meilleure prise en compte de leurs intérêts.

781. La jurisprudence sénégalaise en matière de contrefaçon de la propriété littéraire et artistique ne fait pas office d'exception en la matière, bien au contraire. La décision n° 1614 en première instance, du tribunal régional hors classe de Dakar concernant l'affaire du chanteur Awadi contre la SONATEL contre la Société Nationale de Télécommunication en est un parfait exemple<sup>814</sup>. Le tribunal faisant droit à la requête du chanteur, fixe les dommages et intérêts à 350 000 000 de francs CFA à titre de dommages et intérêts sans que le requérant ou le juge ne donne des détails ni sur la nature du poste de préjudice concerné, ni sur les modalités de fixation de ce montant qui apparaît par ailleurs exorbitant. La Cour d'appel ayant infirmé cette décision ne s'est pas plus prononcée sur cet

---

<sup>811</sup> CA Paris, 11 juin 2014, arrêt précité.

<sup>812</sup> T. Corr. Paris, 19 déc. 2013, JurisData n° 2013-035120. Le juge accorde 10 000 euros au titre du dommage lié à la violation du droit de la paternité de l'œuvre et 10 000 euros au titre du préjudice moral. On ne dispose pas d'éléments supplémentaires sur sa démarche concernant la fixation du préjudice. Les exemples de jurisprudence de ce genre ne manquent malheureusement pas en droit français. Il en est ainsi de, TGI Rennes, 30 nov. 2006, RG n° 06/4420 ; TGI Paris, 19 oct. 2007, RG n° 06/11874 ; TGI Paris, 19/12/2013, JurisData n° 2013-035120 ; TGI Paris, 22 mai 2014, RG n° 09/17285, JurisData n° 2014-026062.

<sup>813</sup> Il arrive également parfois que le juge ne retienne que le préjudice moral de l'auteur, s'il ne constate pas un préjudice économique évaluable. CA Paris, 24 févr. 2012, RG n° 10/10583. Ici le juge a estimé l'indemnisation à 15 000 euros.

<sup>814</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement civil n° 1614 du 28 juillet 2006.

élément insuffisant du calcul du préjudice. La validité du droit d'auteur invoquée faisant défaut, il n'a pas eu à se prononcer sur la justesse ou non de la méthode de calcul du préjudice retenu<sup>815</sup>.

782. **La réparation par équivalence du préjudice dans la propriété industrielle.** La réparation intégrale appliquée à la propriété industrielle repose souvent sur des éléments d'appréciation du préjudice plus facilement quantifiables comparés aux droits de la propriété littéraire et artistique, le préjudice patrimonial y est également beaucoup plus important<sup>816</sup>. Les activités commerciales entourant l'exploitation économique de ces droits font qu'il existe la plupart du temps des documents comptables et financiers permettant de jauger la réalité du préjudice<sup>817</sup>. La conséquence de cet état de fait est que le juge pourra baser son évaluation des différentes formes de préjudices sur la base d'informations plus fournies que dans le cas de la propriété littéraire et artistique<sup>818</sup>. Ce dernier point se justifie surtout en droit sénégalais où l'exploitation de la propriété littéraire et artistique ne fait pas souvent l'objet d'une compatibilité. Beaucoup d'artistes exercent encore leur art sous une forme traditionnelle même si aujourd'hui cette tendance est en train de changer.

783. La pertinence de la détermination par les parties<sup>819</sup>, le juge, ou l'expert du préjudice patrimonial souvent constitué d'un gain manqué et d'une perte subie repose sur la documentation comptable de la victime et du contrefacteur<sup>820</sup>. Le préjudice moral en

---

<sup>815</sup> CA Dakar, arrêt n° 45 bis, 19 janv. 2009 : « *Qu'en effet le demandeur n'a pas rapporté la preuve qu'il est l'auteur ou le détenteur légitime et exclusif des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux attachés à l'œuvre attachés à l'œuvre* ».

<sup>816</sup> Cela n'empêche que l'on peut tout a fait rencontrer des cas d'espèces où le juge ne relèvera qu'un préjudice moral, soit qu'il n'existe pas de préjudice patrimonial, soit que les éléments apportés au débat ne permettent pas d'apprécier un préjudice patrimonial : V. respectivement en ce sens, CA Colmar, 25 janv. 2011, RG 1 A n° 08/00004 ; CA Dakar, civ. et com. 1, n° 556, 24 juillet 2009 : La somme de 80 000 000 de francs CFA a été retenu comme dommages et intérêts pour contrefaçon de marque en matière textile. Cette indemnisation exorbitante a été répartie entre les 4 défendeurs. Par contre les motivations du juge sur les modalités de fixation de ce montant sont inexistantes.

<sup>817</sup> CA Paris, 9 oct. 2009, RG n° 09/06271: Dans ce cas d'espèce, le juge a calculé l'indemnisation de la contrefaçon de marque sur la base des ventes réalisées par le contrefacteur. Le juge a eu assez d'informations sur l'activité litigieuse pour pouvoir procéder à un abattement de 10% correspondant à la vente ne relevant pas de la revendication du titulaire des droits. Il a ensuite appliqué au pourcentage restant la marge brute du contrefacteur, pour fixer un dédommagement à hauteur de 3 424 480 euros.

<sup>818</sup> Ibid.

<sup>819</sup> CA Dakar, civ. et com. 1, n° 556, 24 juillet 2009, ici conformément à la tendance existante dans les procès portant sur un préjudice économique, un demandeur a fixé son préjudice à 500 000 000 Francs, somme correspondant selon lui, à la baisse de ses ventes dans la sous-région. Le tribunal a estimé que le lien de causalité n'étant pas établi entre les activités des contrefacteurs et la baisse du chiffre d'affaires du requérant, ramène ce montant à 1000 000 de dommages-intérêts à la charge de chacun des trois usurpateurs.

<sup>820</sup> A. Bénabent, art. précité : L'auteur parlant de la prise en compte d'éléments aléatoires dans le calcul du préjudice, notamment dans celui du gain manqué, affirme que : « *la cour de cassation a même donné, un jour où elle était particulièrement en forme, un mode d'emploi à un raisonnement en plusieurs temps qui aboutit à*



matière de propriété industrielle présente la particularité de ne pas s'attacher à la personne du titulaire des droits, mais plutôt à la valeur du droit intellectuel concerné.

784. Le juge opère dès lors un calcul, qui est souvent basé sur le chiffre d'affaire du contrefacteur, mais aussi sur celui de la victime des actes contrefaisants. Il pourra ainsi calculer les marges bénéficiaires pour le calcul des préjudices réparables. La Cour d'appel de Paris a ainsi rendu un arrêt très illustratif dans cette démarche de calcul qui peut apparaître très surprenant<sup>821</sup>. Les faits de l'espèce concernaient une contrefaçon de brevet. Le juge, pour évaluer le gain manqué de la société victime de la contrefaçon, a dégagé aussi bien du côté du contrefacteur que de la victime, la marge brute des sociétés, sur la période des activités litigieuses. Il est important de remarquer par ailleurs, qu'en l'espèce le gain manqué est le principal préjudice relevé, il ne dépend pas donc de la perte subie dont il apparaît en l'occurrence totalement autonome. L'équation posée par le juge pour dégager la marge brute est la suivante : Prix de vente moyen – Prix d'achat. Effectué sur l'activité du contrefacteur et sur celle de la plaignante, le juge en a dégagé deux montants constituant dans leur addition, le gain manqué total de la victime de la contrefaçon<sup>822</sup>.

785. L'intérêt de cet arrêt est le fait qu'il montre bien la démarche de calcul adoptée par le juge dans la fixation de l'indemnisation du préjudice de la victime. Il est intéressant de constater le caractère transversal de la méthode d'évaluation du préjudice. Le juge opère certes une démarche de qualification juridique des faits, mais utilise DANS le même sens différentes disciplines. On aurait pu espérer qu'il puisse fixer une indemnité, ainsi qu'une sanction sans passer par des manœuvres qui relèvent plus du domaine des sciences dures. Le calcul du préjudice est en ce sens, une illustration de la technicité de l'appréhension par le juge des faits de propriété intellectuelle.

786. En ce sens, nous pouvons avancer une autre illustration de ce phénomène notamment en la prise en compte du bénéfice du contrefacteur. Il s'agit d'un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris sur une affaire de contrefaçon de modèle<sup>823</sup>. Sur un chiffre d'affaire de 191 400 euros, le juge a dégagé une marge brute de 32 324 euros et un bénéfice illicite de 94 000 euros. C'est ce dernier élément qui nous intéresse particulièrement. Il a été basé sur les attestations procurées par le commissaire au compte

---

*une règle de trois : quantifier l'avantage maximum qui aurait été donné, puis quantifier le taux de chances que l'on avait de parvenir à cet avantage et enfin une règle de trois pour évaluer l'indemnisation ».*

<sup>821</sup> CA Paris, 11 janv. 2012, RG n° 08/08144, JurisData n° 2012-010540.

<sup>822</sup> Dans cette affaire ce gain manqué a été d'un montant particulièrement élevé, à savoir, 298 272, 29 euros.

<sup>823</sup> CA Paris, 18 juin 2014, RG n° 13/22981, JurisData n° 2014-028518.

de la société contrefaisante ainsi que les saisies de différents documents faites dans les locaux de cette dernière.

787. La banalisation du droit intellectuel ainsi que la dépréciation de la valeur de ce même droit sont souvent invoquées pour justifier la réparation du préjudice moral des entités victimes de contrefaçon<sup>824</sup>.

788. Nous remarquons cependant que la tendance générale des décisions n'est pas à la motivation détaillée des démarches d'évaluation des postes de préjudices en matière de contrefaçon des droits de propriété industrielle<sup>825</sup>. Le juge français continue pour une majeure partie de ses décisions à octroyer des dommages et intérêts globaux sans ventilation ou sans justification sur la méthode suivie<sup>826</sup>. Ce constat s'est fait aussi bien dans les instances du premier que du second degré<sup>827</sup>. Il nous semble important de souligner qu'une telle pratique est regrettable surtout au vue de l'insécurité juridique que cela peut occasionner chez les justiciables.

789. **L'évaluation du préjudice de la concurrence déloyale en droit comparé.** Le principe de la réparation intégrale en droit de la concurrence déloyale est la méthode classique d'indemnisation des différentes sortes de troubles commerciaux pouvant découler des actes fautifs constitutifs de cette infraction. La jurisprudence prend en considération plusieurs éléments au sens de l'article 1149 du Code civil. Ce sont la perte subie, le gain manqué et le préjudice moral<sup>828</sup>.

---

<sup>824</sup> A ce titre voir arrêts précédents, où il a été respectivement retenu 30 000 euros et 16 000 euros de dommages et intérêts supplémentaires pour préjudice moral.

<sup>825</sup> TGI Paris, 11 juin 2010, n° 2010-010740 : 150 000 euros de dommages et intérêts pour contrefaçon de marque renommée ; TGI Toulouse 16 janv. 2006, n° 2006-310153, RG n° 99/02712 : 30 000 euros de dommages et intérêts pour contrefaçon de brevet, doublé de 10 000 euros d'indemnisation pour contrefaçon de marque ; CA Paris, 21 mai 2014, RG n° 12/22080, JurisData n° 2014-012531 : 40 000 euros de dédommagement pour contrefaçon de modèle; et nous ne citerons qu'à titre secondaire le TGI Paris, 6 fév. 1998, n° 1998-220.233, RG n° 94/20350, où le juge se limite à une mesure d'interdiction car ne jugeant pas posséder d'éléments suffisants pour l'appréciation du préjudice réel.

<sup>826</sup> Ibid.

<sup>827</sup> TGI Paris, 25 mai 2007, n° 2007-004664, RG n° 05/07793 ; CA Nancy, 22 avr. 2014, n° 14/01052, n° 12/01173, JurisData 2014-014584 : 10 000 euros de dommages-intérêts retenus pour contrefaçon de dessin et modèle ; CA Paris, 9 sept. 2014, RG n° 13/02294, JurisData n° 2014-020175 : 50 021 euros de préjudice pour contrefaçon de marque ; TGI Paris, 19 mars 2009, n° 2009-023287, RG n° 09/01746 : 3000 euros de dommage et intérêt ; TGI Toulouse, 23 mai 2006, n° 2006-304025, RG n° 06/01056 : 10 000 euros d'indemnisation octroyée à la victime ; TGI Toulouse, 19 janv. 2006, n° 2006-310153, RG n° 99/02712 : 30 000 euros de dommage et intérêts pour, de part et d'autre, sanctions et dédommagement d'une contrefaçon de brevet portant sur une station d'épuration.

<sup>828</sup> T. com. Paris, 14 fév. 2014, n° 2014-029610, RG n° 2010031677. La Cour pour déterminer et fixer le préjudice à 250 000 euros pour contrefaçon par recherche de confusion, dégage une perte de marge brute de 37% du chiffre d'affaires, une perte de chance de 15 000 euros et un préjudice moral de 15 000 euros.

790. Le préjudice patrimonial de la victime des agissements déloyaux est souvent constitué par une perte de marge éprouvée ou un gain manqué. Selon nos observations le premier élément d'appréciation du préjudice de la victime est l'évaluation que cette dernière fait des conséquences négatives qu'il a subies du fait du dommage ainsi que les preuves qu'il rapporte sur l'existence d'un tel préjudice<sup>829</sup>.

791. Le juge français en matière de concurrence déloyale prend toujours en compte les conclusions du demandeur principal ainsi que celles du demandeur reconventionnel, pour le calcul du préjudice. Il apparaît que les prétentions des demandeurs sont toujours supérieures à l'indemnisation finalement retenue par le juge<sup>830</sup>. Cela peut s'expliquer par le fait que le demandeur n'est pas tenu dans ses conclusions, de justifier par les pièces du dossier, ses différentes prétentions, alors que le juge, même s'il se base sur les éléments du débats, ne peut ignorer les éléments probants devant soutenir et surtout justifier le dédommagement retenu.

792. L'appréciation souveraine du juge occupe une place primordiale en droit de la concurrence déloyale. Nous avons remarqué que très souvent, les parties n'apportent pas suffisamment de preuves à leurs différentes prétentions pécuniaires. Le juge ne se résout cependant pas à une approximation en pareil cas, il prend en compte non pas les éléments comptables ou commerciaux des activités considérées, mais les données liées à l'environnement démographique de l'entreprise victime, sa taille ou son poids économique<sup>831</sup>. M. Bénabent appelle cette pratique celle du « *préjudice inclus* »<sup>832</sup>. Selon l'auteur, « *c'est le minimum de préjudice, le principe de préjudice qui se déduit de l'existence même de la faute* »<sup>833</sup>. L'insuffisance de motif est dans ce sens parfois source de

---

<sup>829</sup> T. com Paris, 8 nov. 2013, n° 2013-034388, RG n° 20110402047, le juge n'a retenu ici qu'un préjudice de manque à gagner de 6391000 euros pour dénigrement de l'opérateur téléphonique FREE par son concurrent NUMERICABLE. Ce manque à gagner par une baisse de souscription aux abonnements de la victime constatée. Le préjudice est fixé en multipliant le nombre de la baisse des abonnés par la valeur moyenne d'un abonné chez cet opérateur.

<sup>830</sup> T. com. Paris, 23 janv. 2004, RG n° 2001026248 le plaignant réclame en réparation de son préjudice, la totalité de la diminution de son chiffre d'affaire sur la période estimée des actes fautifs, le tribunal ayant rappelé que le chiffre d'affaires et différent de la marge, fixe le dédommagement à 12 000 euros ; T. com., 9 déc. 2005 : RG n° 2005011088 : 15000 euros demandées contre 2000 euros octroyées par le juge ; CA Paris, 29 fév. 2012, n° 10/10400, JurisData 2012-009228, le demandeur avait fixé le montant de son préjudice sur la valeur de l'ensemble du volume de produits contrefaisants saisis par la douane, la Cour a passé outre même s'il a fixé un montant élevé d'indemnisation correspondant à 60 000 euros ;

<sup>831</sup> T. com. Paris, 30 mars 2004, RG n° 2003028984 : Le tribunal a retenu en l'espèce 10 000 euros de dommages et intérêts au regard de la taille de l'entreprise, étant donné l'insuffisance des pièces probantes permettant de retenir une mesure plus proche de la réalité du préjudice.

<sup>832</sup> A. Bénabent, art. précité. L'auteur s'inspire de la l'expression de faute incluse utilisée en droit commun de la responsabilité civile.

<sup>833</sup> G. Viney, « l'évaluation du préjudice », art. précité : « *c'est surtout en cas de faute lucrative que la valeur objective du dommage est déconnectée. Elle l'est d'ailleurs par la force des choses en matière de*

cassation, c'est le sens qu'il faut donner à l'arrêt de la Cour suprême du 7 juin 1995 où le juge sénégalais de la haute cour a pu juger : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans indiquer ni analyser les pièces auxquelles elle se référerait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »<sup>834</sup>. Cette forme de décision est à encourager aussi bien en France qu'au Sénégal car on observe une grande fréquence de jurisprudence insuffisamment motivée, de telle sorte que le véritable intérêt juridique des décisions demeure invisible.

793. Le juge a ainsi pu considérer, en matière de droit d'auteur, la faible intensité de diffusion du numéro d'un magazine litigieux. Cette circonstance faisant que même sans pièce établissant le chiffre d'affaire exacte de l'opération commerciale liée à la vente du magazine, le montant du préjudice ne pouvait pas être très élevé selon lui, notamment au regard de la faible diffusion du magazine portant l'œuvre violée.

794. Dans les cas les moins fréquents, le demandeur en concurrence déloyale appuie sa demande et son évaluation du préjudice avec ses livres comptables ou commerciaux ou bien, avec des attestations d'experts comptables<sup>835</sup>. Dans ce dernier cas, le juge va procéder à un calcul minutieux alliant à la fois l'activité de la victime et celle de l'auteur de la faute pour déterminer le plus exactement possible le préjudice souffert par la société plaignante<sup>836</sup>. Il va alors recourir à l'analyse des chiffres d'affaires, marges brutes, et prix de vente moyen, pour déterminer le gain manqué. La perte subie est parfois calquée sur la marge bénéficiaire de l'activité du défendeur.

---

*concurrence déloyale car il est généralement impossible de mesurer l'impact exact du comportement déloyal sur la diminution de la clientèle et la baisse du chiffre d'affaires, de telle sorte que les tribunaux ont été amenés à renoncer à exiger de la victime qu'elle prouve un dommage, se contentant de la preuve d'une faute ».*

<sup>834</sup> Cour suprême de Dakar, arrêt n° 73 du 7 juin 1995, pourvoi formé contre l'arrêt d'appel n° 94 du 31 janv. 1986 ; la Cour de suprême de Dakar semble très vigilante sur le contrôle de la motivation du juge, c'est le sens qu'il faut donner à la décision suivante, cassant un arrêt d'appel pour cause de contradiction dans les motifs en matière de rupture anticipée de contrat : Cour suprême de Dakar, arrêt n° 62 du 16 juin 2010, pourvoi formé contre l'arrêt n° 156 de la Cour d'appel de Dakar du 27 février 2009 ; voir également, cassation pour moyens vagues et imprécis, Cour suprême de Dakar, arrêt n° 69 du 18 mars 2010, pourvoi formé contre l'arrêt n° 6 du 25 juillet 2008 par la Cour d'assises de Saint-Louis.

<sup>835</sup> T. com. Paris, 14 fév. 2014, n° 2014-029610, RG. n° 2010031677, le juge calcule le préjudice total réparable en passant par la détermination de la marge brute, de la perte de chance et du préjudice moral de la victime. Le taux de marge brute étant fixé à 37 % du chiffre d'affaire, cela ramène la perte de marge brute à 18200 euros pour 800 ouvrages que les victimes avaient espéré écouler pour un prix unitaire donné. Une fois les autres postes de préjudice pris en compte, le préjudice total est ramené à 250 000 euros.

<sup>836</sup> Cass. Req., 24 mars 1942, Dalloz, 1942 118. C'est ce souci d'exactitude qui a poussé la jurisprudence dans cet arrêt fondamental, à procéder à une révision à la hausse de 35% du préjudice, même après un rapport d'expertise précédent une variation de prix. Dans cette logique, il est de nos jours encore possible, suite à une augmentation du préjudice, de saisir le juge afin que cette évolution soit constatée et que la créance d'indemnisation puisse soit augmentée.

795. Il est aussi d'usage que le juge français, face à une insuffisance des pièces probantes de la demande, de fixer un montant de dommages et intérêts toutes causes de préjudices confondus<sup>837</sup>. Prendre des mesures d'indemnisations provisoires en attendant d'une instruction ou d'une expertise afin de déterminer au mieux la réalité du préjudice du plaignant<sup>838</sup>. Les résultats du rapport d'expertise sont souverainement appréciés par les juges du fond, et ils s'y réfèrent d'une manière générale. C'est dans ce sens que la Cour suprême de Dakar, dans son arrêt du 24 juin 1995, rappelle très justement, que ce ne sont pas aux parties de juger les insuffisances de ce rapport.<sup>839</sup>

796. Cette importance accrue de la place de la faute dans la jurisprudence en concurrence déloyale est un peu paradoxale dans la mesure où les motivations du juge devraient même, selon certains, nuancer la prise en compte de celle-ci dans les « *considérants* », devant le risque que cela ne déclenche la censure des juridictions supérieures<sup>840</sup>. Le principe même de la réparation civile intégrale rattachée au régime de la responsabilité civile délictuelle classique, serait plutôt en notre sens une prise en compte accrue du préjudice dans sa réalité stricte. Ce constat est d'autant plus avéré que la tendance d'objectivation de la responsabilité civile délictuelle amorcée depuis longtemps confirme ce mouvement. A terme, on pourrait donc craindre un rapprochement, voire un possible amalgame avec la responsabilité pénale dans laquelle le caractère punitif de la mesure emporte une plus grande considération de la faute et par la même occasion de l'auteur de cette dernière.

797. On pourrait par ailleurs voir dans cette tendance, un rapprochement du droit de la concurrence déloyale à celui du droit de la contrefaçon. La prise en compte de la peine punitive indemnitaire est une réalité dans cette infraction, notamment, depuis la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007. La prise en compte des bénéfices du contrefacteur ainsi que la surévaluation de la redevance normalement due par le

---

<sup>837</sup> T. com., 12 déc. 2003, RG n° 2002014479 : le demandeur avait estimé son préjudice commercial comme étant égal au à la marge brute réalisée par l'auteur des faits délictueux. Cette dernière correspondant au 2/3 du chiffre d'affaires réalisé par le défendeur, soit 174558,39 euros pour les exercices des années 1999, 2000 et 2001. Le demandeur avait aussi ajouté un préjudice moral d'atteinte à l'image de marque de 50 000 euros. Le juge non convaincu par les éléments probants accompagnant ces allégations, a finalement retenu un montant total de 100 000 euros de dédommagement, toutes causes de préjudices confondus ; dans le même sens d'une appréciation globale du préjudice, voir, T. com. Paris, 23 janv. 2004, RG n° 2001026248 ; T. com. Paris, 13 mai 2005, RG n° 2004013771 ; T. com. 17 mars 2006, RG n° 2005077471 ; T. com. Paris, 28 avr. 2006, RG n° 2005085442, en matière de publicité trompeuse ; T. com., 15 fév. 2007, RG n° 2005081690.

<sup>838</sup> TGI Bobigny, 28 nov. 2006, RG n° 03/04798. Le tribunal a fixé des dommages et intérêts provisoires dans l'attente du résultat de l'expertise qu'il a ordonnée.

<sup>839</sup> Cour suprême de Dakar, arrêt n° 74 du 17 juin 1995, pourvoi formé contre l'arrêt n° 953 du 28 juil. 1989 de la Cour d'appel de Dakar.

<sup>840</sup> Ibid : « *S'il ne le dit pas, sa décision ne sera exposée à aucune censure* ».

contrefacteur au regard de la réparation forfaitaire, sont des procédés qui instaurent désormais la peine punitive dans la réparation civile de la contrefaçon. La concurrence déloyale qui ne dispose pas de régime juridique propre, et dépend des règles classiques de la responsabilité civile délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil, s'écarte de ces dernières lorsque les juges sanctionnent dans le procès, « *officieusement et de manière inavouée* »<sup>841</sup> des fautes lucratives par une « *réparation-sanction* »<sup>842</sup> se rattachant plus à l'existence de la faute qu'à la réalité du dommage<sup>843</sup>. Cette tendance devrait s'atténuer avec l'entrée en vigueur de l'actuel projet de réforme du droit des obligations qui sanctionne dans ses dispositions la répétition de l'indu<sup>844</sup>.

## **Paragraphe 2) La réparation des préjudices moraux en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale**

798. La prise en compte du préjudice moral dans la sanction réparatrice des dommages relevant du droit économique est un phénomène récent dans le régime de la responsabilité civile délictuelle, cette responsabilité n'était pas prévue dans le Code civil de 1804<sup>845</sup>. Le dommage moral concernant en principe le préjudice extrapatrimonial, ne devrait pas apparaître selon une certaine logique des choses dans le cadre des dommages purement économiques et donc patrimoniaux<sup>846</sup>. Etudier le dommage moral dans le cadre de la réparation intégrale consistera à orienter notre analyse de ce type de préjudice dans le cadre de sa fonction purement compensatoire<sup>847</sup>.

---

<sup>841</sup> G. Viney, « L'évaluation du préjudice », art. précité.

<sup>842</sup> A. Bénabent, art. précité.

<sup>843</sup> J. Larrieu, « Un an de concurrence déloyale », *Prop. Ind.*, n°6, juin 2009, chron.5, p. 11 : L'auteur déclare à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Armando du 2 décembre 2008, *JurisData* n° 2008-046120 : « *il s'agit de fustiger un comportement anormal plus que de remédier au dommage subi par un commerçant* ».

<sup>844</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf), consulté le 15/10/2015.

<sup>845</sup> Ce type de dommage non prise en compte dans les préjudices réparables dans le Code civil de 1804 a fait l'objet d'un important conflit doctrinal quant au fondement juridique auquel elle se rattache. Pour Savigny, réfractaire à la réparation du préjudice moral, ce dernier n'étant pas prévu par le Code civil, ne devrait pas entrer dans le champ du préjudice réparable, alors que pour ses opposants tels que Ihering, ce n'est pas un argument suffisant puisque rattachée à une fonction de peine privée la réparation du préjudice moral est tout à fait admissible. La jurisprudence majoritaire est allée dans le sens de la dernière position, c'est le sens qu'il faut donner à la décision suivante : *Civ.* 13 février 1923, *Dalloz.* p. 1923-1-52 S. 1926-1-325 : « *l'article 1382 du code civil, par la généralité de ses termes, vise la réparation du dommage moral comme celle du dommage matériel* ».

<sup>846</sup> F. Givord, *La réparation du préjudice moral*, thèse, Grenoble 1938 : « *Il est en effet préférable de substituer à cette division entre dommage matériel et dommage moral une autre, tirée d'une des divisions essentielles des droits, et d'opposer le dommage patrimonial au dommage extrapatrimonial* »

<sup>847</sup> Art. préc., p. 159.

799. La jurisprudence s'est cependant attachée à relier ce principe à certains dommages économiques. Ce sont des dommages que nous jugeons plus ou moins hybrides en ce qu'ils ne sont pas purement quantifiables au sens financier du terme, ils ont cependant des conséquences préjudiciables dans l'activité de la victime des actes contrefaisants<sup>848</sup>. Ainsi, ce sont des dommages qui ont une connotation morale dans la mesure où leur effet a un impact négatif sur la réputation économique du droit intellectuel de l'auteur de ce droit ou de l'entité ayant vocation à l'exploiter.

800. Dans la sanction civile de la contrefaçon, le préjudice moral est l'atteinte qui porte préjudice soit à l'image positive du droit intellectuel, de telle sorte que l'activité économique qui en dépend pourrait en être affectée même d'une manière indirecte, soit au produit relié à ce droit intellectuel. Ainsi, les préjudices ayant été invoqués en ce sens sont : L'atteinte au nom patronymique, l'atteinte au respect de l'œuvre, l'atteinte au droit privatif, l'atteinte au monopole et l'atteinte à l'image de marque. Ces formes de dommages sont purement attachées au droit intellectuel. Mais il peut arriver que ces dommages soient hybrides dans la mesure où n'étant pas des préjudices purement extrapatrimoniaux, ils vont cependant entraîner des préjudices d'ordre économique directes ou indirectes à la personne morale, titulaire ou exploitant le droit intellectuel violé. Nous pouvons citer en ce sens à titre illustratif, la banalisation ou la dilution d'une réputation commerciale liée à l'atteinte à une marque ou celle de tout autre droit intellectuel.

801. En matière de concurrence déloyale, comme l'a démontré M. Stoffel-Munck, le dommage moral de la personne morale est lié à la personnalité économique de cette dernière<sup>849</sup>. La forme la plus fréquente du dommage moral pour concurrence déloyale est le dénigrement d'une entreprise ou celui de ses produits. Le préjudice économique direct d'un tel acte peut se matérialiser par une baisse du chiffre d'affaire, mais également celui d'atteinte à la crédibilité à la performance commerciale ou industrielle de l'entreprise.

802. Certains auteurs estiment que l'idée d'une compensation des dommages moraux dans le cadre du principe de la réparation intégrale du préjudice est fonction d'une nécessité de satisfaction de la victime associée à la réparation du préjudice. Introduire la compensation du dommage moral dans la réparation d'une faute civile c'est essayer de

---

<sup>848</sup> Ibid : « *La réparation du préjudice moral découle de l'extension indéfinie du principe de la réparation contenue dans les articles 1382 et 1383 du code civil. C'est une règle d'origine prétorienne car n'ayant donc aucun fondement légal* ».

<sup>849</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Le préjudice moral des personnes morales », in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 159.

procurer avant toute chose une satisfaction de la victime. C'est la fonction satisfaisante de la réparation du préjudice moral largement défendue par une partie de la doctrine. Appliquée à la contrefaçon cela permettrait ainsi à la victime de la contrefaçon de ressentir un sentiment d'équité de ce que son préjudice extrapatrimonial est pris en compte. Le juge se place toujours dans le cadre de la fonction compensatrice de la réparation civile.

803. Nous pensons qu'une telle conception de la fonction du dommage moral ferait double emploi avec la réparation du préjudice matériel qui constitue un élan du juge visant à rétablir la situation de la victime dans son état initial. Si l'opportunité d'une réparation du préjudice moral ne fait pas de doute à notre sens, la rattacher à une fonction satisfaisante ne nous paraît pas pertinent. La majorité de la doctrine ainsi que la jurisprudence penchent plutôt vers une autre conception que nous aurons l'occasion de démontrer dans nos prochains développements, il s'agit de celle de voir dans la réparation du préjudice moral, la réalisation de la fonction punitive de la réparation.

804. La prise en compte jurisprudentielle du préjudice moral en droit de la concurrence déloyale connaît une importance non négligeable dans la fixation de l'indemnisation de la victime. En matière de concurrence déloyale pour désorganisation, le juge a retenu un préjudice pour atteinte à la considération de l'entité plaignante. Cela a ainsi pu se présenter dans un cas où la société victime, faisant l'objet d'une poursuite judiciaire non encore effective, pour contrefaçon, a vu ses ventes chuter car le demandeur en avait informé ses distributeurs avant la fin du procès.

805. En matière de reproduction illicite, la dépréciation et la vulgarisation des produits de la victime ont également pu être retenue en tant que préjudice moral réparable. La recherche de confusion de celui que l'on peut nommer le délinquant concurrentiel entraîne la banalisation des produits originaux dans la mesure où très souvent les produits litigieux sont vendus dans de piètres conditions et à des prix dérisoires. Les préjudices moraux pour perte de crédibilité, détournement de clientèle et la déstabilisation concurrentielle une perte de clientèle découlent souvent d'une faute d'usurpation de signe.

806. Le dénigrement par publicité trompeuse fait souvent l'objet d'une indemnisation basée sur le préjudice moral. Il en ressort un affaiblissement de l'image de la marque et par la même occasion une diminution de la capacité concurrentielle de la victime. Le cas de dénigrement implicite est également fréquent en jurisprudence<sup>850</sup>. Il a

---

<sup>850</sup> T. com. Paris, 1 avr. 2005, RG n° 2005005183 : le préjudice moral invoqué ici est l'atteinte à l'image de



ainsi été jugé que le fait d'informer les distributeurs d'un fournisseur d'une poursuite judiciaire pour contrefaçon concernant ce dernier, alors que le procès est en cours, est constitutif de concurrence déloyale par dénigrement<sup>851</sup>.

807. Le dédommagement du préjudice moral se résout assez souvent symboliquement à « *un euro* », ceci est constaté lorsque la faute n'a, soit pas eu des conséquences dommageables identifiées ou qu'elle n'en a pas eu<sup>852</sup>. Il apparaît aussi lorsque le préjudice est constaté, et que le juge n'établit pas à partir des faits un lien de causalité direct et certain entre le fait fautif et le préjudice<sup>853</sup>. Le juge accorde dès lors un dédommagement dérisoire mais symbolique en ce qu'il consiste en un rappel à l'ordre pour le fauteur et une consécration judiciaire du caractère légitime de la requête du plaignant.

## **Sous-section 2 : La réparation punitive dans le droit comparé des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

808. La lutte contre la faute lucrative dans le contentieux civil de la contrefaçon et de la concurrence déloyale est une réaction contre les limites que connaît le droit français le principe de la réparation intégrale du préjudice de la victime de ces infractions<sup>854</sup>. Il est apparu qu'une indemnisation strictement liée au préjudice économiquement évaluable n'est pas assez dissuasive<sup>855</sup>, Cela ne compense pas réellement l'entier préjudice des victimes de contrefaçon ou de concurrence déloyale<sup>856</sup>.

---

l'entreprise induisant par la même occasion une perte de clientèle.

<sup>851</sup> CA. Paris, 7 nov. 2012, RG n°11/14297 : le juge a retenu en l'occurrence une indemnisation de 2000 euros pour chacun des deux plaignants concernés.

<sup>852</sup> T. com. Paris, 17 sept. 2004, RG : 2004028739 ; T. com. Paris, 14 déc. 2005, RG n° 2005057214 ; T. com. Paris, 5 avr. 2006, RG n° 2006074920.

<sup>853</sup> T. com. Toulouse, 9 déc. 2012, JurisData n° 2013-032919. Le tribunal motive la fixation du préjudice à un euro symbolique par l'absence d'élément causal certain entre la baisse du chiffre d'affaires et les faits de concurrence déloyale, cela est également dû à l'absence de pièces probantes et la durée insignifiante de la période concernée.

<sup>854</sup> G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », Dalloz, 2009, p. 2944 : les adversaires des dommages et intérêts punitifs « *invoquent la contradiction avec le principe de la réparation intégrale, fondement essentiel du droit français de la responsabilité civile* ».

<sup>855</sup> C. Coutant-Lapalus, op. cit., n° 447 : « *la fonction punitive de la responsabilité civile a évolué : si elle est désormais quasiment absente des conditions de mise en œuvre de cette action, on la retrouve néanmoins au stade de l'indemnisation des dommages, par l'intermédiaire des mesures de peines privées* ».

<sup>856</sup> P. Roubier, Théorie générale du droit, Paris, Sirey, 1951, n°11, p. 36.

809. La jurisprudence adopte une tendance vers une extension des préjudices économiques réparables, en prenant notamment en compte les bénéfices des contrevenants<sup>857</sup>. Elle renforce par ce procédé la sanction des fautes les plus graves<sup>858</sup>.

## **Paragraphe) La peine privée dans le droit civil de la réparation en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale**

### **I) La sanction par la prise en compte de certains préjudices dans la méthode d'évaluation analytique**

810. L'idée de la lutte contre la faute lucrative part du principe d'un constat de la limite que représente l'application de la réparation intégrale du préjudice. Le sens de cette mesure peut être rapproché de l'idée selon laquelle : « *Qui cherche à s'enrichir du bien d'autrui devrait être appauvri du sien* »<sup>859</sup>.

811. Une doctrine autorisée s'est en effet exprimée en ce sens, c'est le cas de Mme Roujou de Boubée ayant déclaré que : « *l'équivalence absolue du montant de la réparation et de l'étendue du dommage n'est réalisée que dans un système de réparation intégrale. Or la réparation n'est pas toujours intégrale* »<sup>860</sup>. Mme Carval et M. Bénabent s'inscrivent dans ce sillage et affirment respectivement que : « *à supposer que le préjudice puisse être exactement évalué, il n'est pas certain que l'indemnité compensatrice suffise à assurer une sanction suffisamment dissuasive de la faute commise* »<sup>861</sup>, « *il est évident que la nature des choses rend le plus souvent illusoire cette « remise en l'état » à la fois parce que certains dommages sont irréversibles (qu'on songe au dommage corporel ou au dommage moral) et parce qu'il est souvent conjectural de savoir avec précision quelle serait la situation de la victime « si l'acte dommageable ne s'était pas produit* »<sup>862</sup>. Ces positions concernant l'institution traditionnelle de la réparation intégrale ont notamment fait dire à MM. le Tourneau et Cadiet, que : « *la réparation intégrale de ces préjudices*

---

<sup>857</sup> A. Chavanne, art. précité.

<sup>858</sup> G. Viney, « l'appréciation du préjudice », art. précité.

<sup>859</sup> C. Beccaria, Des délits et des peines, Payot et Rivages, 2014, p. 113.

<sup>860</sup> M. E. Roujou de Boubée, op. cit., n° 47 ; plus récemment, F. Pollaud-Dulian, préface, in C. Coutant-Lapalus, op. cit., n°9, : « *Madame Coutant-Lapalus s'inscrit dans le courant qui juge nécessaire de redonner un caractère dissuasif à la responsabilité civile (...) Elle prône une distinction et un équilibre entre réparation et sanction-dissuasion* ».

<sup>861</sup> S. Carval, op. cit., n° 118.

<sup>862</sup> M. Bénabent, Les obligations, Paris, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd., 1999, n° 695.

*n'est qu'une dangereuse vue de l'esprit dont l'abandon est réclamé par la plupart des auteurs depuis longtemps* »<sup>863</sup>. Ces auteurs formulent des limites au principe de la réparation intégrale et proposent également l'adoption de la peine punitive en droit français. Les infractions économiques de contrefaçon et de concurrence déloyale entraînent des préjudices souvent différents de celui de la perte réelle constatée et dont la non-prise en compte par le juge est préjudiciable pour la victime. Dès lors il est nécessaire que les règles de la responsabilité civile soient aménagées afin de remédier à cette lacune indemnitaire.

812. La peine punitive adoptée pour venir combler cette lacune, est définie par un auteur comme : « *une sanction civile punitive indépendante de toute idée réparatrice, infligée à l'auteur d'une faute qui lui ai moralement imputable, au profit exclusif de la victime, qui peut, seule, en demander l'application* »<sup>864</sup>. On constate que cette fonction punitive est fortement identifiable dans les méthodes indemnitaires de la contrefaçon et de la concurrence déloyale<sup>865</sup>. La loi n° 2007-1544 du 29 octobre de lutte contre la contrefaçon suivant les dispositions de l'article 13 de la directive 2004/48/CE fixent les modalités du calcul de l'indemnisation de la victime de la contrefaçon par le calcul des différentes conséquences négatives de la contrefaçon. Ces dernières ne se résument plus à la perte subie, stricte préjudice matériel de la contrefaçon, mais aussi, le manque à gagner et le bénéfice du contrefacteur<sup>866</sup>. Ces dispositions seront renforcées par la loi 2014-315 du 14 mars 2014<sup>867</sup>. D'après ces dispositions, la réparation forfaitaire doit également cependant être supérieure à la redevance due en cas de licence d'exploitation, elle n'inclut pas les préjudices moraux<sup>868</sup>.

813. Aussi bien en droit de la contrefaçon que dans celui de la concurrence déloyale, la lutte contre la faute lucrative apparaît par la prise en compte des dommages

---

<sup>863</sup> Ph. le Tourneau, L. Cadiet, Droit de la responsabilité civile et des contrats, Paris, Dalloz, 2000/2001, n° 1589, p. 358.

<sup>864</sup> A. Jault, « La notion de peine privée », LGDJ, 2005, n° 415.

<sup>865</sup> La réparation civile par tradition, grâce au principe de réparation intégrale, ne s'intéressait qu'à la compensation du préjudice de la victime des actes illicites. La vengeance privée a toujours existé mais le Code civil de 1804 ne l'a pas introduit dans les fonctions attribuées au régime de la responsabilité civile délictuelle même si certains auteurs pensent que l'idée de faute de l'article 1382 couvre entièrement cette notion. L'idée de faute permettrait la prise en compte de la sanction du coupable dans le cadre de l'indemnisation de la victime.

<sup>866</sup> J.-M Bruguère, A. Buisson, F. Dumont, P. Deprez « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », RLDI 2008/37 p. 58 et s.

<sup>867</sup> C. Maréchal, « Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon », Comm. com. électr., 1/06/2014, n°6, p. 9 ; TGI Paris 24 janvier 2013 RG n°10/14541.

<sup>868</sup> C. Maréchal, art. précité.

moraux, mais également, par la prise en compte des bénéfices du contrefacteur<sup>869</sup>. Il est intéressant de relever de ces deux éléments de la réparation punitive en droit civil, une des manifestations de la fonction disciplinaire de la réparation civile.

814. **L'aspect punitif de la prise en compte du gain manqué** : Le caractère punitif de l'indemnisation actuelle des dommages et intérêts apparaît aussi en notre sens en la prise en compte du gain manqué de la victime de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale<sup>870</sup>. La détermination du gain manqué s'inscrit dans le processus de la réparation intégrale du préjudice, c'est dire qu'elle a la spécificité d'être à la fois autonome et rattachée au préjudice final servant de base à l'indemnisation de la victime<sup>871</sup>.

815. Concrètement, il ne s'agit plus seulement des conséquences négatives de l'acte ressenti au niveau de la victime, mais également de ses conséquences dans les chances de profit de la victime du contrefacteur ou du concurrent déloyal<sup>872</sup>. La prise en compte du gain manqué se fait principalement en apportant la preuve de la situation

---

<sup>869</sup> M. Hugueney, l'idée de peine privée en droit contemporain, éd. A. Rousseau, 1904 in F. Givord, La réparation du préjudice moral, thèse, Grenoble, 1938, n° 71 : « *il y aura peine privée lorsque l'indemnité à verser par son auteur à la victime différera pour le montant de celui du tort éprouvé* », lorsque « *l'importance attribuée à l'élément fautive sera « un élément caractéristique » du montant de la condamnation, lorsqu'enfin elle aura pour but « moins de venir en aide au lésé que de réprimer un agissement coupable* ».

<sup>870</sup> Cette modalité n'est pas nouvelle mais elle entraîne en notre sens l'évaluation du préjudice en dehors de la sphère du strict préjudice de la victime. La prise en compte du gain manqué fait partie du cadre plus général de l'indemnisation de la perte de chance en droit français. En ce sens, voir S. Le Gac-Pech, « La perte d'une chance de nouveau à l'honneur », LPA, n° 169, 23 Août 2013, p. 7 ; et surtout, F. Leduc, « La perte de chance : Rapport de synthèse », LPA, n° 51, 31 oct. 2013. Ici l'auteur présente la perte de chance sous deux formes que sont « *la non-obtention d'un avantage escompté* » ou « *la perte d'une chance d'éviter le dommage définitif* ». Dans le cadre du gain manqué en contrefaçon ou en concurrence déloyale, il nous semble que la première l'hypothèse est celle qui correspond le plus au préjudice économique découlant des deux infractions.

<sup>871</sup> S. Guinchard et Th. Débard, op. cit, p.615 : Ces auteurs associent le terme gain manqué à une « *manque à gagner qui peut donner lieu à réparation par application des règles de la responsabilité civile* », ils précisent qu'« *avec la perte éprouvée* », ils « *constituent, en responsabilité civile, les 2 éléments de calcul pour l'indemnisation du préjudice subi* ». En ce qui concerne l'autonomie de ce préjudice par rapport au préjudice final, la Cour de cassation se positionne pour son affirmation, selon F. Leduc, art. précité : « *si la perte de chance était totalement autonome par rapport au dommage final (...), il n'y aurait pas lieu d'allouer une indemnité complémentaire au titre de la perte de chance en cas d'aggravation du dommage final* ». Pour notre part, nous pensons qu'il serait dommage de trancher sur deux sortes de préjudices qui au final, nous paraissent interdépendantes. Le préjudice final intégral de la victime prend normalement en compte celui découlant de la perte de chance en plus des préjudices effectifs évaluables. Le préjudice de perte de chance peut certes exister sans tout autre préjudice, et demeure de ce fait autonome. Le préjudice final ne pourrait s'évaluer d'une manière effective, sans prise en compte de la chance perdue. Il ressort de ce qui précède que c'est l'évaluation du dommage final qui est dépendante de l'évaluation du préjudice partiel et non le contraire.

<sup>872</sup> F. Leduc, art. précité : « *En d'autres termes, selon le juge judiciaire, l'indemnisation de la perte de chance doit nécessairement correspondre à une fraction du préjudice final* »

économique de la personne physique ou morale lésée si les actes délictueux n'avaient pas eu lieu<sup>873</sup>.

816. Le gain manqué ne fait pas l'objet d'une définition légale en droit français, mais on peut le définir à partir de la pratique jurisprudentielle, comme : « *la disparition de la possibilité d'un évènement favorable* »<sup>874</sup>. La définition est plus complète en doctrine, notamment avec MM Guinchard et Débard, selon lesquels le : « *préjudice résultant de la disparition, due au fait d'un tiers, de la probabilité d'un évènement favorable et donnant lieu à une réparation mesurée sur la valeur de la chance perdue déterminée par un calcul de probabilités et qui ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »<sup>875</sup>. Nous associons ainsi la définition du gain manqué à celle de la notion de perte de chance beaucoup plus usitée dans les débats doctrinaux analysés ainsi que dans la pratique jurisprudentielle<sup>876</sup>. Le juge sénégalais n'ignore pas ce poste de préjudice, la Cour suprême adopte la même définition que celle existante en droit français dans une décision du 26 avril 2011<sup>877</sup>. Elle rappelle à cet effet que : « *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable constitue la perte d'une chance réparable* ».

817. Les fautes pour contrefaçon ou pour concurrence déloyale dans leur préjudice final évaluable comprennent des préjudices tenant aux conséquences négatives des actes délictueux sur le profit qu'aurait pu attendre la victime de ses activités ou de sa propriété intellectuelle. L'évaluation d'un tel préjudice répond à un certain nombre de conditions dont la première est le caractère certain et direct du préjudice malgré son état non encore effectif. Selon M. Leduc, « *une chance ne devient réelle ou sérieuse qu'à partir*

---

<sup>873</sup> O. Sabard, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », LPA, n° 218, 31 déc. 2013, p. 23 : « Il faut déterminer la probabilité de réalisation d'une espérance sans le fait dommageable ».

<sup>874</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 2010, n° 09-69195: Bull. Civ. I, n° 200; O. Sabard, art. Précité: la victime souffre d'un préjudice car « *en raison d'un comportement fautif d'un de ces concitoyens, sa vie est bouleversée, ses projets compromises. Ainsi ses espérances ne deviendront jamais réalité. Il ou elle a subi un préjudice, constitué par la disparition de ses espérances* ». Concrètement dans le cas du préjudice de contrefaçon ou de concurrence déloyale, cela se manifeste respectivement selon l'infraction, la perte de chance de réaliser d'octroyer un contrat de licence ou par des ventes manquées.

<sup>875</sup> S. Guinchard et Th. Débard, op. cit., p. 736.

<sup>876</sup> P. Jourdain, « La perte de chance, une curiosité française », in Mélanges Wessner, 2011, éd. O. Guillod et C. Müller, p. 167. ; E. Pouliquieu, « L'intensité de la perte de chance réparable », RLDC, mars 2013, p. 16 ; A. Guégan-Lécuyer, « L'indemnisation de la perte certaine d'une chance même faible », Gaz. Pal. 21 avr. 2013, p. 14.

<sup>877</sup> Cour suprême de Dakar, arrêt n° 25 du 6 avril 2011 : arrêt de cassation de l'arrêt n° 158 rendu par la Cour d'appel de Dakar, du 27 février 2009, l'arrêt d'appel avait rejeté une demande en réparation fondée sur un gain manqué sous prétexte que le préjudice n'était pas réel, il avait jugé que : le demandeur n'ayant « *ni allégué ni rapporté la preuve qu'elle était sûre de gagner le marché si les offres étaient arrivées à temps (...) la perte de chance assimilable à un préjudice hypothétique, ne saurait suffire pour engager la responsabilité de DHL* ».

du moment où sa probabilité de réalisation est suffisamment forte »<sup>878</sup>. L'évaluation va cependant nécessiter une démarche de calcul consistant en une mesure de la probabilité de réalisation de la chance espérée<sup>879</sup>.

818. En notre sens l'appréciation du gain manqué n'étant pas une mesure récente de réparation du préjudice, elle demeure l'un des éléments admis, malgré une certaine controverse doctrinale, de la réparation classique et intégrale du préjudice. Il n'en demeure pas moins en notre sens qu'il peut en même temps être un paramètre éclairant sur le dispositif punitif que comporte la réparation civile des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale. Ce caractère découle selon nous de ce que le juge fixe son montant en considération des conséquences négatives des actes fautifs. Ceci est d'autant plus intéressant et dissuasif pour l'auteur des actes délictueux, qu'il va devoir réparer un préjudice aléatoire, reposant totalement sur l'arbitraire du juge chargé de juger l'affaire<sup>880</sup>. Ce caractère arbitraire découle de l'insuffisance de la preuve de causalité entre le fait générateur et le dommage et renforce par ailleurs la souveraineté du juge en matière d'évaluation du préjudice réparable dans cette matière<sup>881</sup>.

819. Il apparaît que ce poste du préjudice est totalement autonome des autres éléments du préjudice économique de la victime des faits litigieux. Il peut ainsi être retenu en même temps que la perte subie et le préjudice moral, mais il peut également arriver que le juge ne retienne que le seul préjudice du gain manqué. C'est notamment le cas, dans l'arrêt confirmatif d'appel de la Cour d'appel de Dakar du 28 avril 2008 qui retient qu' : « un préjudice est grave par la perte de marché ainsi que pour le gain manqué qui en

---

<sup>878</sup>F. Leduc, art. précité. L'auteur par ailleurs propose qu'en lieu et place de la perte de chance, que le juge indemnise plutôt « un préjudice de déception et de frustration » évalué « sans référence au préjudice final ». Nous pensons qu'un tel préjudice ne saurait être favorablement accueilli dans le droit économique ou l'essentiel des victimes sont des personnes morales dont il serait difficile voire impossible de relever et d'évaluer de tels dommages du fait du caractère spécial lié à leur forme de personnalité ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2013, n° 12-14439 : « la perte d'une chance même faible est indemnisable ».

<sup>879</sup> A. Bénabent, « La chance et le droit », 1973, LGDJ, 2014, n°237 : « Remettre la victime dans la situation où elle était est impossible puisque la chance, perdue, ne peut plus être courue. On l'indemnise par l'équivalent de cette chance, considérant qu'elle a subi, un préjudice certain dont le quantum varie selon que la chance perdue était plus ou moins grande. Le recours à la probabilité est ici on ne peut plus direct : il sert à calculer la valeur de la chance ».

<sup>880</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance : rapport introductif », LPA, n° 218, 31 déc. 2013 : La liberté du juge associée comme le relève M. Borghetti, à une demande dont la formulation est « en passe de devenir rituelle » et font que l'auteur craint que cela ne débouche sur « une paralysie sociale », dans la mesure où actuellement invoquée à toute forme de procès, cette tendance de la demande quasi automatique de la perte de chance fait même oublier que l'idée de la chance manquée repose avant tout sur une expectation positive, l'espérance que « les choses suivent leur cours normal ».

<sup>881</sup> Cette part de plus en plus active de l'arbitraire du juge spécialement dans les procès où s'applique le régime de la responsabilité civile a fait dire à un auteur, que la tendance du droit contemporain de la responsabilité civile est au « refoulement de l'exigence de certitude » : C. Synthèz, « La perte de chance, une notion en quête d'unité », LPA, n° 2018, 31 oct. 2013.

découle »<sup>882</sup>. Cette autonomie est intéressante à soulever, car c'est ce qui fait toute l'originalité de ce préjudice. Ce dernier n'étant pas une perte éprouvée, son caractère punitif n'en est que plus affirmé, d'autant plus qu'en indemnisant une perte hypothétique, le juge vise essentiellement la répression de l'acte fautif. Il dédommage non seulement la perte subie mais également les gains non perçus mais qui auraient pu l'être.

820. **La prise en compte du bénéfice du contrefacteur dans le calcul du préjudice.** Après la prise en compte du gain manqué, et celle des préjudices moraux dans la réparation du préjudice intégrale des victimes de contrefaçon et de concurrence déloyale, la prise en compte du bénéfice du contrefacteur est intervenue dans une période plus récente. Cette dernière est de loin la plus audacieuse récemment tentée par le législateur français en matière d'insertion des mesures punitives<sup>883</sup>. Elle demeure donc une véritable innovation de la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007 qui transpose une partie des dispositions de l'article 13 de la directive 2004/48/CE.

821. C'est une mesure favorable aux partisans de l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français en tant qu'outil juridique de lutte contre la faute lucrative. Elle répond, comme le dirait un auteur, à un besoin visant « *la sanction de la faute lucrative* » par « *une neutralisation de son résultat profitable* »<sup>884</sup>.

822. Cet élément du préjudice récemment introduit dans le calcul de l'indemnisation due à la victime de la contrefaçon, n'est pas encore totalement entré dans les mœurs jurisprudentielles en matière de droits d'auteurs et assimilés, selon nos observations. La disposition encore récente en est peut-être l'origine.

823. Jusque-là le juge a pu prendre en considération les bénéfices illicites du contrefacteur dans le cadre du calcul du gain manqué de la victime des actes contrefaisants. Cette logique découle du fait du calcul par le juge de la marge bénéficiaire du contrefacteur pour déterminer la situation normale du demandeur en l'absence de contrefaçon

---

<sup>882</sup> CA Dakar, civ., civ. et com. 4, n° 356, 28/04/2008.

<sup>883</sup> CA Colmar, 20 sept. 2011, PIBD 2011, n° 953, III, 6 : « : « *Attendu qu'eu égard aux évaluations précédemment faites du préjudice subi par l'exploitant du brevet et des bénéfices réalisés par le contrefacteur, l'indemnité allouée à la société Prodis sera fixée à l'aune des bénéfices réalisés par la société MBI, soit 29388,66 euros, ainsi que le permet le régime d'indemnisation institué par l'article L. 615-7 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction actuelle* ».

<sup>884</sup> R. Mésa, « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », JCP G., n° 20, 21 mai 2012, doctr. 625 ; A. Grolée, « La répression de la contrefaçon, de nouvelles perspectives », LPA, n° 245, 7 déc. 2007, p. 3.

824. Le bénéfice du contrefacteur peut ne pas directement constituer un gain manqué pour le titulaire des droits dans la mesure où il peut exister des produits substituables dans le marché, auquel cas les clients auraient pu se tourner vers ces produits là au lieu de ceux de la victime. Par ailleurs, si le contrefacteur vendait d'autres biens licites, sa marge bénéficiaire ne correspond pas entièrement au bénéfice de la contrefaçon, le juge passe par un calcul des différentes proportions pour déterminer la part exacte de l'activité contrefaisante dans les bénéfices de l'activité du défendeur.

825. **L'indemnisation punitive du dommage moral.** En ce qui concerne la réparation des dommages moraux dans l'indemnisation civile, il faut reconnaître que le principe de leur indemnisation ne fait pas l'unanimité dans la doctrine française<sup>885</sup>. Pour certains auteurs, cette réticence est liée à la difficulté d'appréciation de cette forme de préjudice<sup>886</sup>. D'autres, s'appuyant sur sa nature spécifique, relèguent l'indemnisation du préjudice moral économique dans le cadre de la fonction punitive de la réparation civile<sup>887</sup>. Cette conception part du principe que l'indemnisation du préjudice moral est un transfert du dommage de la victime vers l'auteur du dommage. Elle lui fait porter en plus de la compensation financière du préjudice économique directe, l'indemnisation des répercussions morales de ses actes envers la victime.

826. L'admission du caractère punitif des dommages moraux est pertinente en notre sens, dans la mesure où les répercussions économiques des dommages moraux ne font pas partie des préjudices directement ressentis par la victime et par conséquent la preuve de leurs existences ainsi que de leur étendue, pourraient paraître difficile à apporter, au titre du préjudice économique, aux yeux de certains. Les préjudices moraux permettent ainsi d'éviter cette lacune en faisant endosser au contrefacteur, l'entière conséquence de son acte. Le caractère punitif de cette mesure est d'autant plus sensé qu'elle pourra considérablement augmenter le montant des dommages et intérêts dus par l'auteur des faits.

827. **Le préjudice complémentaire de parasitisme dans les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale.** La sanction du parasitisme invoquée dans les

---

<sup>885</sup> F. Givord, op. cit. n°1 : « Il est en effet préférable de substituer à cette division entre dommage matériel et dommage moral une autre, tirée d'une des divisions essentielles des droits, et d'opposer le dommage patrimonial au dommage extrapatrimonial ».

<sup>886</sup> Ibid : « Les adversaires de la réparation, dont Savigny est le plus illustre invoquaient à l'appui de leur thèse des considérations de toutes sortes. (...) Argument pratique ; la preuve de ce préjudice est impossible d'en chiffrer la réparation (...) par sa nature, il irréparable ».

<sup>887</sup> M. Huguency, op. cit. : L'auteur partisan de ce courant doctrinal déclare « : « un chat, par négligence est écrasé ; on s'en console aisément. Quelqu'un le tue par malice ; la souffrance éprouvée décuple ».



procès en contrefaçon et en concurrence déloyale vise à combler les champs du préjudice non prise en compte par les infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale. Le préjudice de parasitisme peut venir se cumuler à ceux pris en compte par la contrefaçon et la concurrence déloyale. Il peut également être considéré à titre subsidiaire.

828. Cette infraction présente la particularité d'un outil juridique visant dans le cadre de la contrefaçon, à sanctionner le délinquant astucieux pouvant par différents procédés passer par les mailles du filet des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence. Dans le cadre de la concurrence déloyale, cette sanction, en prenant en compte les moyens déloyaux utilisés dans le cadre hors concurrentiel, va réprimer et donc punir, les procédés délictueux utilisés dans la vie des affaires. L'aspect punitif du parasitisme relève en notre sens dans un cadre ou un autre, de ce qu'il indemnise en dehors des préjudices de contrefaçon et de concurrence déloyale classiques, des dommages naissant à la même occasion que les faits de ces infractions, mais pouvant échapper à la justice du fait qu'ils ne tombent pas sous le cadre restreint du domaine juridique de ces délits.

829. En matière de contrefaçon, ou de violation des droits intellectuels, la sanction du parasitisme touche, ce que l'on nomme la contrefaçon astucieuse. Très prisée en matière artistique notamment, les préjudices sanctionnés par le parasitisme sont les reprises de concepts artistiques. Les idées étant de libre parcours, le droit d'auteur ne protège que celles qui ont une forme originale. Certains ont pu profiter des zones d'ombres de la loi pour échapper à la contrefaçon. La sanction civile du parasitisme est apparue être un outil répressif entre les mains du juge dans le sens où elle va dissuader de tels agissements en sanctionnant leurs auteurs.

830. En matière de déloyauté des moyens de concurrence industrielle et commerciale, la sanction du parasitisme apparaît également être un outil de punition très appréciable dans la mesure où elle va permettre au juge d'intervenir dans les situations hors concurrence, et prenant en compte les préjudices subis par certains opérateurs économiques du fait d'entreprises ne convoitant pas la même clientèle. L'arrêt Champagne a été l'affaire la plus illustrative en matière de preuve de l'inefficacité de la dissuasion des mesures de sanction de cette infraction. Il a été rapporté que la société Yves Saint Laurent condamnée pour parasitisme se serait vantée d'avoir « *perdu juridiquement mais gagné*

*économiquement* »<sup>888</sup>. M. Dreyer le soulignait également en matière de presse, que : « *même les professionnels des médias en conviennent : un budget est prévu pour les amendes. Certes, ces dernières peuvent être lourdes. Mais les conséquences économiques sont généralement moins graves que les pertes de parts de marchés dues aux sanctions des lecteurs* »<sup>889</sup>.

831. Ces deux exemples font partie d'un phénomène assez fréquent dans le domaine de l'indemnisation en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale. Face à cela on ne peut qu'approuver l'efficacité que pourrait présenter l'instauration d'une mesure de peine privative dans le cadre de l'indemnisation de ces deux délits.

832. Concrètement la mesure se présente sous deux formes selon que l'on se trouve en matière de concurrence déloyale ou en matière de contrefaçon. En matière de contrefaçon, c'est uniquement la méthode analytique qui présente cet avantage. La ventilation de la réparation selon le poste de préjudice concerné permet au juge de faire la différence entre les différents moyens de calcul du préjudice subi et les bénéfices illicitement obtenus par le contrefacteur.

833. En matière de concurrence déloyale, la faute lucrative est combattue par l'action en parasitisme économique récemment admise en jurisprudence. La protection conférée par la concurrence déloyale et parfois également par la contrefaçon ne couvrent pas tous les champs de préjudice du fait de leur champ d'action restreint, la théorie du parasitisme est venue compléter cette lacune en permettant d'une part, la réparation des actes de déloyauté commerciale ou industrielle dans le cadre non concurrentiel, et d'autre part, les formes de contrefaçon astucieuses permettant d'échapper à la sanction prévue par la jurisprudence et la loi dans ces cas de figures.

834. Ces deux paramètres de détermination de l'indemnisation des dommages et intérêts punitifs comme une sanction sont d'autant plus pertinents en notre sens, qu'il répond aux différentes conditions relevées par les auteurs pour distinguer la réparation de la peine civile. Dans ce sens, selon M. Hugueney, trois critères permettent de différencier ces deux mesures civiles<sup>890</sup>. Un critère objectif, un critère subjectif et un critère téléologique. Le premier se base sur le montant de l'indemnisation, cette dernière devant être plus conséquente dans une peine privée que dans le cadre d'une stricte réparation. Ce

---

<sup>888</sup> CA Paris, 15 Décembre 1993 : R.J.D.A, 1994, n° 352, in A. Jault, La notion de peine privée, op. cit., n° 8 : « *les gains retirés ont été finalement bien plus important que la réparation exigée par les juges* ».

<sup>889</sup> E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, art. précité.

<sup>890</sup>

critère n'est pas automatique car il ne s'applique pas à tous les cas de figure. Cela peut être vrai lorsque la peine privée comporte en même temps une mesure de réparation, ce qui est souvent le cas dans la réparation des préjudices économiques comme dans les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale.

835. Le deuxième critère dit subjectif s'appuie sur le rôle de la faute dans la détermination de l'étendue du préjudice. Nous ne pouvons qu'appuyer une telle position dans le cadre de l'indemnisation des dommages moraux ainsi que la prise en compte du gain manqué. La raison est que, dans ses deux postes de préjudices de la contrefaçon et de la concurrence déloyale, l'appréciation de la faute n'intervient qu'au niveau de la détermination de la recevabilité de l'action. Le calcul du préjudice moral stricto sensu, ainsi que la prise en compte du gain manqué ne nécessite pas l'évaluation du degré de gravité de la faute.

836. Quant au critère téléologique largement moins critiqué par la doctrine, il s'appuie sur la fonction visée par la réparation pour différencier la réparation de la peine punitive. Il s'agit selon l'auteur du critère qui s'attache à la finalité de la mesure. Ce critère est beaucoup plus distinctif dans la mesure où il permettra de révéler si la mesure considérée vise à « *guérir une blessure* » ou à « *infliger une blessure* »<sup>891</sup>. Ce critère emporte également notre faveur car il nous semble que, surtout dans le cas où nous l'invoquons, la mesure de peine punitive se différencie de la mesure de réparation par la fonction que le juge cherche à lui donner, c'est-à-dire, s'il s'agit de compenser une perte, ou de sanctionner une faute.

837. Au regard de ce qui précède, nous ne pouvons que désapprouver l'affirmation en ce sens de Mme. Roujou de Boubée, lorsqu'elle avance que : « *la réparation se mesurerait exactement sur l'étendue du dommage, la peine privée se mesurerait sur la gravité de la faute* »<sup>892</sup>. Dans le cadre du préjudice économique plus spécifiquement une telle assertion ne se justifie point car le juge complète le principe de la réparation intégrale par une considération tenant à la situation de l'auteur des faits incriminés.

---

<sup>891</sup> Ch. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, n°454.

<sup>892</sup> M. E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1975, p. 55.

## **II) La sanction par la méthode d'évaluation forfaitaire du préjudice**

838. La loi de 2007 faisant suite à la directive 2004/48 a introduit dans les dispositions législatives en matière de contentieux de la contrefaçon, la possibilité pour le juge, soit d'office ou à la requête du demandeur, de fixer une somme forfaitaire à titre de dommage et intérêt.

839. Cette méthode qui peut paraître singulière au regard de la réparation intégrale du préjudice. Elle apparaît comme une sanction punitive plus qu'une indemnisation réparatrice dans la mesure où le forfait est calqué selon les termes de la directive ainsi que celles de la loi, sur la redevance que l'exploitant habilité du droit aurait versée à la victime. Cette fonction dénote une visée punitive dans la mesure où elle oblige l'usurpateur du droit intellectuel à s'acquitter à posteriori de l'obligation pécuniaire du licencié à celui qui en est le détenteur légitime.

840. On peut s'interroger pour savoir s'il s'agit d'une forme de rectification de la situation illicite du contrefacteur ? La réponse à cette question n'est pas aisée car si c'était le cas, le contrefacteur pourrait continuer à utiliser le droit intellectuel, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, surtout lorsque l'on sait que très souvent le juge après avoir vérifié la validité du titre en question et constaté l'existence de situation illicite, ordonne la cessation illicite de l'activité contrefaisante.

841. Ceci étant, devant le risque que cette méthode devienne une aubaine pour le contrefacteur, la jurisprudence s'est mise à renforcer d'une manière tacite la sévérité de cette technique, en surévaluant presque automatiquement la redevance normale du licencié. On peut remarquer ce cas de figure dans plusieurs arrêts où le juge après avoir constaté un prix inférieur de la redevance normalement due au titulaire des droits, fixe des dommages-intérêts supérieurs à cette somme<sup>893</sup>.

842. Il est intéressant de voir qu'il ne s'agit pas seulement d'offrir à la victime la redevance manquée si on lui avait demandée son autorisation, mais plus encore de dissuader le délinquant de récidiver. Une telle initiative de la jurisprudence est à saluer

---

<sup>893</sup> CA Paris, 11 juin 2014, RG n° 13/1076, JurisData n° 2014-014663, où la redevance normale constatée s'élève au montant de 7700 euros, alors que les dommages et intérêts toute cause de préjudice confondu ont été fixés à 30 000 euros.

avec force, elle dénote une volonté prétorienne de renforcer les moyens de lutte contre le fléau de la contrefaçon, quel que soit la méthode.

843. Cette méthode est par ailleurs en notre sens un moyen de contourner l'absence de motivation des juges sur les méthodes de détermination du préjudice. Il apparaît selon nos observations sur la jurisprudence consacrée, que les juges n'opèrent pas très souvent la ventilation des postes de préjudices comme il se devrait. En effet, ces derniers multiplient les indemnisations toutes causes de préjudices confondues. Les juges invoquent souvent le manque d'éléments suffisants sur lesquels baser leur évaluation, de telle sorte qu'ils fixent un montant de préjudice total. Cette pratique étant regrettable en notre sens aussi bien au regard de la loi mais également au regard de la sécurité juridique que doivent garantir la jurisprudence. Nous pensons dès lors que la méthode forfaitaire serait également un début de solution au sens où même si elle est une méthode globale de détermination du préjudice, elle n'en reste pas moins une réparation pécuniaire justifiée puisqu'elle prend appui sur la redevance normale due par le licencié et ne peut en être inférieure.

### **Paragraphe) Contribution à la critique des dommages et intérêts punitifs en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale**

844. Les dommages et intérêts punitifs s'inscrivent dans la logique de la peine privée. Cette dernière, conformément à l'ancienne notion primitive de vengeance privée, consistait à faire payer à l'auteur d'une faute, son acte par une mesure de sanction. Faisant suite aux nombreuses mutations qu'a connues le régime de la responsabilité civile délictuelle, les dommages et intérêts punitifs sont de plus en plus pris en compte dans le dispositif juridique actuel<sup>894</sup>. Dans le cadre de la contrefaçon et de la concurrence déloyale, ils constituent un procédé juridique de lutte contre la faute lucrative<sup>895</sup>.

---

<sup>894</sup> P. Jourdain, « Famille et responsabilité », in Mélanges Pierre Catala, Litec, 2001, p. 569. L'auteur affirme que « le droit de la responsabilité subit une profonde crise, fruit des mutations dont il a été l'objet au cours de ces dernières décennies. Ainsi le divorce du couple Responsabilité-culpabilité, reflet des fonctions préventives, normatives et répressives qui lui étaient jadis assignées et sur lequel il reposait, est désormais définitivement prononcé ». L'existence de la peine privée quoique encore largement latente dans les effets de la responsabilité civile actuelle, permet d'abord de relativiser un tel point de vue. Une peine privée inclut forcément l'idée d'une responsabilité fautive et par conséquent la notion de culpabilité de son auteur. Par ailleurs, si tel que le relate M. Mazeaud, à l'origine la sanction de la responsabilité civile était teintée d'une forte dose de subjectivité, entraînant par la même occasion la prise en compte de la faute tant dans sa gravité que dans son élément moral, on peut se baser sur cela pour dire que la peine privée procède d'un mouvement rétroactif des principes de la responsabilité civile. Dans un tel cas, on ne peut que s'étonner des réactions

845. L'existence des dommages et intérêts punitifs dans le système juridique français est cependant une réalité mitigée car le législateur n'a pas pleinement assumé son acception dans la méthode civile d'indemnisation des préjudices<sup>896</sup>. Dans les dispositions législatives ayant trait à la réparation de la contrefaçon, le législateur indique bien que le contrefacteur encourt sa responsabilité civile par atteinte au droit intellectuel d'autrui<sup>897</sup>. Ceci devrait conformément à la tradition judiciaire française, correspondre à l'application du principe du droit commun de la réparation intégrale. Il n'en est rien cependant car les articles du Code de la propriété intellectuelle portant sur la sanction civile de la réparation de la contrefaçon disposent que le juge dans son évaluation du préjudice de la victime de tels actes, devrait prendre en considération les bénéfices du contrefacteur. Cette position du législateur empêche aux dommages et intérêts punitifs d'avoir une légitimité certaine dans les sanctions prévues contre les auteurs de contrefaçon ou de concurrence déloyale<sup>898</sup>.

846. Par ailleurs une partie de la doctrine combat activement l'instauration d'un tel principe en droit français car ils y voient « *un regrettable mélange des genres* »<sup>899</sup>. Les dommages et intérêts punitifs présentent à la fois les caractéristiques de la sanction civile, mais surtout celles de la sanction pénale, alors que cette dernière donne certaines garanties que l'on ne retrouve pas dans les dommages et intérêts punitifs<sup>900</sup>.

847. Appliquées aux préjudices découlant des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale, ces critiques nous semblent plutôt mal fondées. Cette position méconnaît un point important en l'espèce, c'est le fait que loin de ne protéger que des intérêts individuels, ces infractions ont la particularité de pourvoir à la protection d'intérêts supérieurs tels que la protection de l'ordre concurrentiel ou celle de l'innovation<sup>901</sup>. La

---

vives que sa réintégration provoque chez une partie de la doctrine française.

<sup>895</sup> A. Jault, La notion de peine privée, LGDJ, 2005, n° 8.

<sup>896</sup> E. Dreyer, « L'indemnisation de la contrefaçon sur internet », note sous cass. crim. 18 janv. 2011, n° 10-83.956, JCP., 2011, note 487.

<sup>897</sup> Articles du Code de la propriété intellectuelle portant sur la réparation des différents droits de propriété intellectuelle, notamment les articles.

<sup>898</sup> Art. précité.

<sup>899</sup> E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », JCP G., 2008, 1. 201 : « *La peine privée est celle qui sanctionne une faute en tenant compte de la gravité de la faute, à la demande et dans l'intérêt exclusif de la victime* ».

<sup>900</sup> E. Dreyer, « l'indemnisation de la contrefaçon », art. précité : « *dès lors qu'une indemnité dépasse ce qui est strictement nécessaire pour réparer les conséquences dommageables d'une infraction, elle sort de la matière civile pour entrer dans la matière pénale* ».

<sup>901</sup> P. Roubier, t. 1, op. cit, n° 4 : « *La théorie de la propriété industrielle, comme on l'a vu, consiste essentiellement en une régularisation juridique du jeu de la concurrence entre les producteurs. Au point de vue des moyens juridiques employés, cette régularisation comporte deux degrés possibles, selon que l'action concédée est l'action en concurrence déloyale ou l'action en contrefaçon : La première, comme on l'a vu, est seulement la sanction d'un devoir, la seconde est la conséquence d'une véritable droit privatif* ».

contrefaçon, en instaurant une interdiction d'exploiter illicitement l'innovation d'autrui, défend le monopole d'exploitation de ce dernier<sup>902</sup>. Par ce procédé cette sanction qui ressemble plus à une action en revendication de propriété longtemps assimilable au vol, mérite des dispositions d'indemnisation beaucoup plus sévères. Se limiter à la stricte réparation du préjudice de la victime de la contrefaçon ne serait pas assez dissuasif en notre sens<sup>903</sup>. Il en est de même pour ce qui est de la concurrence déloyale. cette nécessité est très réelle au-delà de la création de la théorie du parasitisme venue compléter la lutte judiciaire contre la concurrence déloyale. Elle reflète la fonction préventive et disciplinaire de telles infractions<sup>904</sup>. Les dommages et intérêts punitifs sont les meilleurs outils pour atteindre un tel objectif<sup>905</sup>.

848. Les opposants à la peine civile punitive ont avancé l'idée que face au risque de l'amalgame pouvant être fait entre les régimes de responsabilité civile et de responsabilité pénale du fait de l'instauration des dommages et intérêts punitifs, il serait plus opportun d'utiliser l'amende civile<sup>906</sup>. Cette dernière serait plus conforme au principe classique de réparation intégrale. Elle permettrait d'éviter ce que certains auteurs craignent le plus, à savoir l'enrichissement indu de la victime de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale<sup>907</sup>. Cela reviendrait à réparer l'injustice par une autre, car des dommages et intérêts supérieurs au préjudice réellement subi entraîneraient un avantage concurrentiel à la faveur de la victime de ces infractions. En d'autres mots, on ne peut combattre la faute lucrative par un dédommagement lucratif.

849. Une telle proposition a certainement certains attraits, car il semblerait que l'aspect punitif des dommages et intérêts du même nom fait penser à la protection de l'intérêt général et comme dans le cadre du procès pénal, la faute d'une telle nature peut

---

<sup>902</sup> Ibid.

<sup>903</sup> S. Stasiak, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. com.; électr.*, 2009, étude 1 ; X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteurs et droit voisins*, Dalloz, collection cours, 2002, n° 115 : « *La contrefaçon est à la propriété intellectuelle ce que le vol est à la propriété matérielle* » ; Ch. Caron, *Droits d'auteurs et droits voisins*, Litec, 2006, n°28.

<sup>904</sup> R. Mésa, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *Dalloz*, 2005, p. 2666.

<sup>905</sup> H. Lecuyer, « L'indemnisation du préjudice en matière de préjudice de contrefaçon », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2008, p. 12.

<sup>906</sup> Behar-Touchais, « l'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA*, n° 36, 20 novembre 2002 ; G. Viney, « quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *Dalloz*, 2009, p. 2944 : l'auteur partagée entre un besoin de réforme de droit de la responsabilité civile et la crainte de l'inadéquation des dommages et intérêts punitifs déclare que : « *Toutefois on dénonce également volontiers un « mélange des genres » entre droit civil et droit pénal en soulignant que ces dommages et intérêt sont assimilables à une sanction pénale alors que leur prononcé n'est pas soumis au garantie qu'offre le droit pénal* ».

<sup>907</sup> Art. précité.

être sanctionnée financièrement par une amende directement due aux caisses de l'Etat<sup>908</sup>. Cela n'empêche dans le cas où une personne venait à subir un privilège de ce fait, elle pourrait toujours en demander la réparation, mais l'amende qui vise la sanction de l'acte au regard de l'ordre social ne lui est pas due. Le juge pénal actionné par le biais d'une demande en réparation du préjudice personnel subi du fait de l'infraction va pourvoir à cette demande en se limitant à réparer le préjudice de la victime.

850. C'est donc un tel rapprochement qui peut expliquer la position de la doctrine en faveur de l'amende civile pour le traitement disciplinaire de la sanction civile en matière de préjudice économique, plus particulièrement ceux résultant de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale.

851. Nous considérons qu'il est plus important de s'attacher à la portée concrète d'une règle juridique qu'à vouloir à tout prix s'attacher à une logique des systèmes juridiques dont les contours n'ont jamais été aussi tranchés<sup>909</sup>. Nous rejoignons un auteur qui pense que l'intérêt de la peine civile conviendrait plus à compenser « *l'exclusion des intérêts collectifs* » de la peine privée. Dans le cas concret des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale, l'application de la simple peine civile nous paraît insuffisante.

852. Une autre proposition de la doctrine serait d'introduire un élément moral dans la mise en place d'une peine punitive<sup>910</sup>. Cela consisterait pour le législateur à instaurer une norme dans laquelle l'indemnisation des fautes intentionnelles serait plus élevée<sup>911</sup>. En droit de la contrefaçon, l'article 13.1 de la directive 2004/48/CE avait prévu cette prise en compte, notamment prévoyant que le contrevenant à l'interdiction de contrefaçon « *sans le savoir ou sans avoir de motifs raisonnables de le savoir* », soit soumis à une sanction réparatrice spécifique consistant « *au recouvrement des bénéfices ou le paiement des dommages-intérêts susceptibles d'être préétablis* ». Cette mesure n'a pas été transposée par le droit français, ce dernier ne prend pas en compte d'une manière explicite, l'intention du contrefacteur dans la gravité de la sanction.

---

<sup>908</sup> A. Jault, La notion de peine privée, op. cit., n° 413. L'auteur s'oppose à une telle considération car selon lui la peine privée remplit plus une fonction de justice privée : « *le cantonnement de la peine privée à la protection des seuls intérêts de la victime, nous semble cependant correspondre davantage à la réalité du droit positif. Il explique en premier lieu, l'attribution privative du montant de la peine à la victime. Il justifie en second lieu, le pouvoir dévolu à la victime de demander ou non l'application de la peine* ».

<sup>909</sup> G. Viney, art. précité: « *les principes juridiques sont faits pour servir la justice et non l'inverse, qu'un principe révèle son insuffisance, il doit être nuancé ou écarté...* ».

<sup>910</sup> G. Viney, « l'évaluation du préjudice », art. précité.

<sup>911</sup> Ibid.



853. Les infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale relèvent de fonctions multiples. Ce sont des outils juridiques englobant des vertus diverses, et le droit procédural qui les entoure ne fait que garantir le respect de cet état de fait. On ne doit pas perdre de vue l'objectif premier des dommages et intérêts punitifs qui ne sont que des moyens de dissuasion placés sous le contrôle de l'appréciation souveraine des juges du fonds. C'est justement ces derniers qui feront en sorte que leur mise en place ne cause pas un dommage au bon fonctionnement de l'économie en octroyant un avantage concurrentiel qui pourrait créer un trouble concurrentiel et préjudicier par la même occasion le marché dans l'ensemble de son fonctionnement.

## **Section 2: Les sanctions complémentaires à l'indemnisation en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale**

854. Les sanctions accessoires à la réparation dans les actions civiles en contrefaçon et en concurrence déloyale se résument d'une manière générale par une interdiction de poursuite des activités litigieuses (Sous-section 1), ainsi que d'autres mesures visant soit à renforcer la punition de l'auteur du délit, ou à gérer les moyens du contrefacteur (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Les mesures de cessation des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

855. On parle d'interdiction de poursuite des activités litigieuses en contrefaçon et en concurrence déloyale lorsque l'action judiciaire a pour objet de sanctionner des faits en cours. Lorsque les faits sont révolus ou ponctuels, il n'est dès lors plus nécessaire d'avoir recours à cette mesure<sup>912</sup>.

856. En pareil cas, le procès civil en contrefaçon ou en concurrence déloyale rejoint pleinement la fonction première du régime de la responsabilité civile qui s'applique en l'occurrence, celle de l'indemnisation.

---

<sup>912</sup> J. Boyer, « Le juge des référés peut... », in Mélanges dédiés à Louis Boyer, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 135 et s. L'auteur met en exergue les facultés du juge des référés et leurs caractères dérogatoires notamment en ce qu'il statue sur un contentieux non encore jugé. En l'espèce, il est permis de faire constater que la mesure de cessation de l'illicite est valorisée par la procédure du référé qui lui donne une plus grande efficacité en notre sens; « Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, 6 Juillet 2005, jugement précité.

857. Le rétablissement de la situation de la victime des actes contrefaisants ou déloyaux passe avant tout par l'interdiction de poursuite des actes litigieux<sup>913</sup>. Cette mesure consiste à ordonner, l'interruption des agissements illicites constatés<sup>914</sup>.

858. Les mesures de cessation fréquentes dans les procès en réparation de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale en droit comparé<sup>915</sup>. Ce sont des mesures répondant aux conditions de mise en œuvre de la notion générale de cessation de l'illicite, longuement analysée par la doctrine française<sup>916</sup>. Si les modalités peuvent se recouper dans la sanction des différentes infractions mentionnées, il ressort de la jurisprudence étudiée que la notion de cessation de l'illicite est à la fois une fonction autonome pouvant être détachée du régime de réparation de la responsabilité civile délictuelle, et en même temps, une composante essentielle de ce régime qu'elle complète efficacement par ailleurs<sup>917</sup>. En d'autres termes, elle représente, seule une mesure préventive dans la responsabilité civile, et cela n'empêche pas qu'elle soit une composante légitime de la mesure de réparation civile.

859. L'interdiction de poursuite des actes illicites présente un intérêt considérable dans la sanction civile des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Roubier disait à ce propos en matière de contrefaçon que « *La première chose à faire est d'empêcher que la contrefaçon se poursuive, et par conséquent de rendre au titulaire du droit son exclusivité* »<sup>918</sup>. Cette mesure est aussi présente dans la procédure des référés, où l'article 809 du Code de procédure civile permet une cessation de l'illicite provisoire<sup>919</sup>.

---

<sup>913</sup> Ce rétablissement est vu selon certains auteurs comme une mesure rectificative, car elle viserait à mettre le fait illicite en conformité avec la règle de droit violée. Nous pensons qu'une telle considération rejoint l'idée de rétablissement dans la mesure où le juge va chercher à corriger la situation de la victime comme si l'acte délictueux n'avait pas existé.

<sup>914</sup> Cet état de fait amène certains auteurs à penser que la mesure de cessation de l'illicite est une réparation en nature et cette position renforce l'idée d'autonomie qui la caractérise. Elle est ainsi détachée de la mesure de réparation, mesure compensatrice et pécuniaire par nature. Elle vise à faire cesser l'illicite en rétablissant la situation de jouissance paisible des droits de la victime.

<sup>915</sup> R. Savatier, Des effets et de la sanction du devoir moral, thèse, Poitiers, 1916, p. 134 : « *l'article 1382 ne permet pas seulement d'obliger à réparer en nature le préjudice causé par l'infraction à un devoir ; il implique également pour les tribunaux, la faculté de prévenir ce préjudice en ordonnant l'accomplissement forcé du devoir* ». Nous considérons qu'en l'espèce, il s'agit du devoir de loyauté en droit de la concurrence déloyale, ainsi que celui du respect du monopole du titulaire du droit intellectuel pour ce qui est de la contrefaçon.

<sup>916</sup> M. E. Roujou de Boubée, op. cit., n° 47 : L'auteur pense que la cessation de l'illicite intervient dans le cadre de fonction préventive de la réparation civile, complémentaire à celle de la réparation.

<sup>917</sup> C. Bloch, La cessation de l'illicite, Dalloz, 2008: Avant-propos de Ph. le Tourneau. Selon l'auteur, si l'autonomie de la cessation de l'illicite se mesure au fait qu'elle se rattache à l'acte illicite et non à la faute, et en même temps au trouble et non au préjudice, cela n'empêche pas qu'elle représente par ailleurs une fonction de la responsabilité civile totalement intégrée par la jurisprudence française.

<sup>918</sup> P. Roubier, op. cit., n° 100.

<sup>919</sup> L'article dispose en ce sens que : « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation*

Elle remplit la même fonction que dans les actions en concurrence déloyale et en contrefaçon, et présente le même intérêt.

### **Paragraphe 1) Autonomie de la cessation de l'illicite dans la mesure réparatrice**

860. La mesure d'interdiction de poursuite des actes de contrefaçon ou de concurrence déloyale est une sanction autonome dans la réparation civile des dommages découlant de ces infractions dans l'exercice de la responsabilité civile délictuelle.

861. La fonction de prévention qui est aujourd'hui reconnue à la responsabilité civile délictuelle se manifeste par la faculté qui est donnée au juge de mettre un terme aux agissements prohibés. Ces derniers doivent en effet être interrompus et surtout interdits pour l'avenir afin que la victime du délit soit protégée d'une manière efficace. C'est ainsi que très souvent, le juge interpellé pour une affaire de contrefaçon ou de concurrence déloyale, aura tendance à faire accompagner cette mesure par une astreinte visant comme le souligne M. Savatier à prévenir le préjudice de la victime « *en ordonnant l'accomplissement forcé du devoir* »<sup>920</sup>.

862. La fonction préventive attachée à cette peine est ainsi une manifestation de la fonction plus étendue de la responsabilité civile délictuelle. Cela n'empêche cependant que cette autonomie se manifeste par ailleurs, par le caractère disciplinaire de cette même mesure. Le juge qui interdit la poursuite des actes de contrefaçon ou de concurrence déloyale, remet par la même occasion l'auteur du délit dans l'ordre, dans la mesure où, on peut y voir une sanction disciplinaire de ce dernier. C'est cette facette de la mesure d'interdiction qui rapproche celle-ci et par la même occasion la responsabilité civile, de la peine punitive.

863. La sanction civile étant traditionnellement associée à l'indemnisation, l'existence de la mesure de cessation de l'illicite lui donne un caractère hybride, car il

---

*sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » ; V. Rondeau-Rivier, « l'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », Gaz. Pal. 1991, doct., p. 355.

<sup>920</sup> R. Savatier, op. cit., p. 134.

permet d'ajouter à la sanction réparatrice une mesure disciplinaire d'interruption des faits<sup>921</sup>.

864. La cessation de l'illicite est une mesure très fréquemment retenue dans la sanction civile de la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, elle est ainsi retenue en dehors de tout préjudice et donc, en dehors de toute réparation. C'est ce caractère qui a poussé M. Bloch à proposer une action au fond en cessation de l'illicite totalement séparée de l'action en indemnisation<sup>922</sup>. Ainsi l'auteur propose même que l'article 1382 du Code civil français soit réformé en ce sens, notamment en lui ajoutant un deuxième alinéa disposé comme suit : « *Indépendamment de la réparation du dommage éventuellement subi, le juge prescrit toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir ou faire cesser le trouble illicite* »<sup>923</sup>. La proposition à laquelle nous adhérons est encore récente. Elle ne figure pas cependant dans l'actuel projet de réforme du droit des obligations en France. Nous observons cependant que le droit sénégalais très répondu a consacré cette proposition. L'alinéa 2 de l'article 133 du Code des obligations civiles et commerciales dispose dans des termes assez proches de sens, que : « *toutefois, sous réserve du respect de la liberté des personnes ou du droit des tiers, les juges peuvent d'office prescrire, au lieu ou en plus des dommages et intérêts, toutes mesures destinées à réparer le dommage ou à en limiter l'importance* ». Nous distinguons dans une telle règle, une possibilité donnée au juge sénégalais, en cas de besoin, de prescrire des mesures de cessation de l'illicite destinées, dans le cadre préventif de ses fonctions, à limiter l'étendue du dommage, en interdisant la poursuite des faits litigieux.

865. Dès lors, la mesure de cessation de l'illicite, indifférente à la sanction réparatrice du dommage, vise à freiner la poursuite des activités contrefaisantes et par la même occasion à prévenir les dommages futurs liés à ce délit. La contrefaçon est un délit sanctionnant la violation du monopole d'autrui et l'illicéité concerne la faute constituée par les agissements concernés. L'interdiction va donc viser, non pas le préjudice à réparer, mais la disparition de la faute ayant entraîné ce préjudice<sup>924</sup>. Ainsi donc, la condition de la

---

<sup>921</sup> A. Bénabent, art. précité. L'auteur parle notamment de réparation-sanction.

<sup>922</sup> C. Bloch, op. cit. n° 239: « *Si l'on peut légitimement souhaiter que le législateur donne corps à une «action» civile substantielle en cessation de l'illicite, gageons qu'il le fera dans la plus sobre continuité de notre droit positif, en la concevant comme une branche de l'action en responsabilité civile* ».

<sup>923</sup> Ibid.

<sup>924</sup> N. Hauksson-Tresch, art. précité : « *Alors que la réparation à proprement parler opère sur la matière du préjudice, la suppression de l'illicite agit sur sa cause. Elle pour but d'empêcher le dommage de se produire en touchant au fait générateur* ».

mise en place de cette mesure, c'est bien l'existence des activités contrefaisantes, non pas la faute qu'elles représentent ou le dommage qu'elles entraînent.

866. **Intérêt dans l'action en contrefaçon** Il nous semble qu'en droit de la contrefaçon la mesure de cessation des activités contrefaisantes n'apparaît pas secondaire par rapport à la mesure de réparation du préjudice de la victime, car c'est la nature juridique du bien protégé qui lui donne cette importance<sup>925</sup>. D'une manière générale, il est plus urgent que le propriétaire d'un bien usurpé en demande la restitution, que la réparation du préjudice découlant de son utilisation illicite. Le titulaire du droit intellectuel a certes souffert des conséquences du dommage provoqué par la contrefaçon, mais il nous semble qu'il lui est beaucoup plus utile dans l'immédiat de réclamer au juge l'arrêt de la poursuite des faits délictueux. L'action en contrefaçon étant assimilée à une action en revendication de propriété, il est nécessaire que le titulaire des droits récupère la réservation de son monopole avant toute chose. L'action en cessation de l'illicite apparaît ici totalement distincte dans sa fonction à celle de l'indemnisation. Elle se rattache non pas au caractère fautif de la violation du droit intellectuel, mais plutôt au caractère illicite du trouble qu'elle représente dans la jouissance paisible du titulaire du droit.

867. **En matière de concurrence déloyale.** En matière de concurrence déloyale, l'autonomie de la cessation de l'illicite présente un intérêt considérable. L'interruption du trouble illicite, manifestation par essence, du trouble concurrentiel constitutif du préjudice de la victime de ce délit, vise à arrêter les agissements atteignant la victime dans l'exercice de sa liberté de commerce ou de l'industrie, mais également le processus concurrentiel. Ce dernier point fait que l'enjeu est beaucoup plus vaste qu'en droit de la contrefaçon, la cessation de l'illicite entraîne le juge dans un processus de rééquilibrage à la fois micro-économique et macro-économique.

868. Rétablir la victime dans l'exercice libre de sa liberté du commerce et de l'industrie, c'est rétablir par la même occasion l'ordre économique. il n'y a que la technique de la cessation de l'illicite qui permet de parvenir à ce résultat. Ainsi, le juge dispose d'un moyen efficace pour consacrer au niveau jurisprudentiel la lutte judiciaire contre l'usage des moyens déloyaux dans le commerce. C'est dans ce sens qu'il convient

---

<sup>925</sup> M. E. Roujou de Boubée, op. cit, n° 78-2 : « *les mesures supprimant la situation illicite agissent, elle sur la cause efficiente du préjudice, elles en tarissent la source* ».

de comprendre la proposition d'un auteur pour la consécration d'une action autonome en cessation de l'illicite<sup>926</sup>.

---

<sup>926</sup> C. Boch, *op. cit.*; Y. Saint-Gal, « La nouvelle loi française instituant une action en cessation en matière de concurrence déloyale, et sa place dans la C.E.E », *RTD eur.*, 1965, p. 94.

## **Paragraphe 2) L'interdépendance de l'interdiction de poursuite avec le dédommagement de la victime**

869. Il va sans dire que la cessation de l'illicite est un élément primordial dans la sanction en contrefaçon et en concurrence déloyale. Elle résume à elle seule le sens qu'il faut donner à l'ensemble des moyens de lutte contre les infractions économiques. Le but étant qu'en cas de violation de la loi, l'intervention du juge permette de mettre un terme aux agissements litigieux constatés. L'indemnisation vient dès lors compléter ce procédé en dédommageant les conséquences négatives de l'acte qui n'aurait dû jamais avoir lieu.

870. La complémentarité qui se dégage de ces deux mesures dans les décisions judiciaires laisse parfois penser que la mesure accessoire voire subsidiaire de la sanction réparatrice est celle de l'interdiction de poursuite des activités illicites. Il semblerait qu'il n'en est rien, bien au contraire. La réparation a un intérêt considérable certes dans une décision basée sur la responsabilité civile car il est d'usage de considérer que les articles 1382 et suivants du Code civil français, ainsi que l'article 118 et suivant du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales ne visent, que le dédommagement du préjudice né d'une faute civile.

871. Considérée dans sa fonction de la réparation civile, la place de la cessation de l'illicite se présente dès lors comme secondaire. Il faut cependant aller au-delà de ce regard simpliste en se plaçant plutôt dans le cas de la fonction spécifique qu'on a voulu donner à la responsabilité civile dans le cadre de la nature de la faute à laquelle il s'applique en l'espèce.

872. Quel que soit le juge saisi il apparait que, les actions en concurrence déloyale et en contrefaçon visent en partie la reconnaissance judiciaire de l'illicéité des faits présentés aux débats et une interdiction à postériori. La fonction de l'illicite est ainsi en notre sens primordial même dans un procès civil car elle procède à un renforcement jurisprudentiel des infractions existantes en permettant au juge, après l'intervention du législateur, la prohibition d'une faute.

873. L'astreinte joue une fonction essentielle à cet effet, elle vient compléter l'interdiction de poursuite en permettant le rappel de l'interdiction d'un acte, permet de



renforcer la dissuasion. C'est ainsi que dans certaines décisions de justice, il est fréquent de voir le juge fixer une astreinte en cas de non-respect de cette interdiction.

874. Au final quel que soit la place que l'on attribue à la cessation de l'illicite dans la sanction indemnitaire, le plus important est de voir l'intérêt que cette interdiction représente. Elle complète et donne un sens à la réparation du préjudice de la victime. Cette dernière serait inefficace pour la victime si son dommage continue dans le temps.

875. **Manifestation dans l'action en concurrence déloyale** : la cessation de la poursuite des agissements présente un intérêt considérable dans la lutte contre la concurrence déloyale<sup>927</sup>. La réparation seule ne saurait rétablir l'équilibre concurrentiel qui doit régner dans le marché des biens et services, il est important également que l'interdiction de poursuite des actes litigieux soit prononcée pour donner une efficacité satisfaisante à la mesure de réparation<sup>928</sup>.

876. Dans le cadre de la concurrence déloyale, la cessation de l'illicite remplit des fonctions plus étendues, elle protège un dommage individuel, ainsi que le processus de fonctionnement du marché<sup>929</sup>. Il découle de ce qui précède que la fonction de la cessation de l'illicite protège à la fois un intérêt personnel et collectif à la fois. Il en ressort que le nombre de personnes ayant intérêt pour agir afin de faire constater un tel droit devrait s'élargir et ne se limitera plus dès cet instant à la seule victime directe de l'infraction<sup>930</sup>. On pense à cet effet aux associations professionnelles et aux syndicats.

877. **En matière de contrefaçon**. L'intérêt du cumul de l'interdiction de poursuite des activités illicites à la réparation du préjudice occasionnée par ces derniers, à la victime d'une contrefaçon, est indéniable. Il est beaucoup plus opportun en effet, pour la victime d'obtenir la cessation de l'illicite en plus de son indemnisation. Cela va lui

---

<sup>927</sup> P. Tréfigny, *L'imitation*, op. cit., n° 299. J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, PUF, 1989, n°171. L'auteur admet que les mesures d'interdiction sont la fonction disciplinaire essentiellement poursuivie par le demandeur en concurrence déloyale.

<sup>928</sup> R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Conséquences et aspects divers de la responsabilité, 2<sup>e</sup> éd. 1951, p. 169, n° 594. L'auteur avance que la cessation de l'illicite relève d'une exécution forcée de l'accomplissement d'un devoir.

<sup>929</sup> Si la réparation, dans le même cadre que l'action civile en contrefaçon protège un intérêt personnel, l'arrêt de la poursuite des activités poursuit un but tout autre, car il concerne le rétablissement d'un cadre loyal d'exercice des activités commerciales et industrielles. Cela n'empêche que l'intérêt de la victime des actes déloyaux s'y trouve également, il pourra ainsi exercer son droit d'une manière autonome ou solidaire. Cela ouvre l'action en cessation de l'illicite non seulement aux victimes par ricochet pourrait-on ainsi dire de la déloyauté commerciale ou industrielle. Il pourra ainsi s'agir d'actions collectives mais également celle introduite par des associations professionnelles Ceci est une proposition que nous formulons à la destination des législateurs français et sénégalais, afin qu'une plus grande efficacité soit recherchée et tirée des règles de droits existantes.

<sup>930</sup> Ibid.

permettre de recouvrer son droit de réservation exclusif de l'exploitation du bien intellectuel dont il est seul titulaire.

878. L'originalité du droit de la contrefaçon sur ce plan, est qu'il n'est point besoin de prouver un préjudice ou même un début de préjudice pour obtenir ce jugement. Contrairement à la règle classique d'objectivation de la responsabilité civile, ce qui est poursuivi ici c'est le rétablissement du titulaire des droits dans son monopole. Il également question de la punition de l'auteur des faits délictueux par l'interdiction de poursuite de son activité, même si à ce niveau la victime n'a pas encore prouvé l'existence de son préjudice.

879. Ainsi, dans la jurisprudence sénégalaise en matière de contrefaçon de la propriété littéraire et artistique, la motivation des juges sur des décisions cumulant interdiction et réparation de la contrefaçon se présente dans des formulations telles que: « *Entendre ordonner la cessation de toute fabrication de TEE SHIRTS portant la griffe « SET » ; (...) ; S'entendre le requis condamné à payer au requérant la somme de 50 000 000 de francs CFA à titre de dommages et intérêts* »<sup>931</sup>.

880. Il s'ajoute à l'interdiction de poursuite de l'activité litigieuse, une panoplie de peines dérivées à l'indemnisation principales. Elles se résument à des obligations de faire essentiellement.

## **Sous-section 2 : Les mesures accessoires à la sanction civile**

881. Ces mesures complémentaires sont essentiellement jurisprudentielles, elles découlent de la liberté du juge conformément à la marge d'appréciation que lui offre en droit comparé les règles légales entourant le régime de la responsabilité civile délictuelle. En effet selon les articles 1382 et suivants du code civil français, ainsi que les articles 118 et suivants du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales, les juges sont tenus de répondre aux prétentions des parties mais garde une liberté sur les modalités. Les mesures complémentaires dans la réparation civile entrent justement dans sa marge de manœuvre.

---

<sup>931</sup>Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, 10 avril 1991, n° 1090.

882. Il existe cependant en jurisprudence en droit comparé une sorte d'alignement du juge civil par rapport au juge pénal quant à la récurrence de certaines mesures complémentaires en matière de contrefaçon. Ces mesures, en l'occurrence, entrent dans le cadre punitif des techniques de sanctions civiles en contrefaçon. Elles se présentent plus comme des peines visant à punir l'auteur des faits litigieux, et donc la sanction de ce dernier, qu'une réparation dans le sens où elle viserait la situation de la victime.

883. L'intérêt de ces mesures est que le juge peut les ordonner sans demande préalable. Cela peut provenir du fait qu'elles soient considérées comme des mesures secondaires et non subsidiaires. Ainsi elles n'ont aucune autonomie par rapport à la mesure de réparation civile ou par rapport à la mesure punitive. Elles sont donc dépendantes de la recevabilité de la demande en contrefaçon ou en concurrence déloyale.

### **Paragraphe 1) L'astreinte ou l'exécution forcée de la créance de l'auteur des infractions.**

884. Comme le précise la jurisprudence sénégalaise, l'astreinte : « *n'est pas une réparation, mais un procédé de contrainte et d'exécution des décisions* »<sup>932</sup>. Cette définition rejoint celle du droit français, en l'occurrence celle de l'article 33 de la loi du 9 juillet 1991, ainsi que les articles 51 à 53 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, et selon laquelle, c'est une « *condamnation financière destinée à assurer l'exécution prise par une décision du juge* »<sup>933</sup>.

885. Ces définitions permettent de faire ressortir les fonctions occupées par cette institution en droit de la contrefaçon et en droit de la concurrence déloyale<sup>934</sup>. Elle apparaît ainsi comme un moyen permettant au juge d'assurer l'effectivité de ses sanctions pécuniaires en adjoignant parfois l'indemnité d'une peine pécuniaire par jour de retard<sup>935</sup>.

886. Il est apparu en effet que l'indemnisation de la victime ne se résout pas avec le prononcé de la décision. Cette dernière crée la créance pécuniaire de l'auteur de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale et, il est certain que tous les débiteurs ne sont

---

<sup>932</sup> CA Dakar, civ. et com. 1, n° 77, 30/01/2009.

<sup>933</sup> B. Armand et alii, Formulaire commentée procédure civile, « Liquidation de l'astreinte », I. 940-11 ; P. Esmein, « Peine ou réparation », in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Sirey, 1961, p. 36.

<sup>934</sup> H. Vizioz, « Les pouvoirs des juges des référés en matière d'astreinte », JCP 1948, I, 1948 : « Sous le nom d'astreintes on désigne des condamnations, toutes destinées à amener celui chez qui elle est prononcée à ... »

<sup>935</sup> G. Doranges, Le jugement indemnitaire, éd. mare et martin, 2013, n° 273.

pas bons payeurs. Le juge peut sur demande de la partie bénéficiaire ou de son propre chef, ordonner le paiement de l'indemnisation sous astreinte, selon les termes de l'article 131 du Code français des procédures civiles d'exécution.

887. L'idée selon laquelle l'astreinte permet de sanctionner un dommage né du retard d'exécution est à exclure, la jurisprudence française l'a bien précisée dans un arrêt de la Cour de cassation de 1959 : « *l'astreinte n'a pas pour fonction de compenser le dommage né du retard* »<sup>936</sup>. Elle se distingue de la mesure réparatrice, de ce qu'elle n'est pas basée sur un préjudice quelconque mais sur la faute consistant à l'inexécution délictuelle d'une obligation de faire. Certains qualifient l'astreinte d'une obligation en nature. Ce dernier point nous laisse cependant perplexe, parce que l'astreinte est uniquement fixée en valeur numéraire, de telle sorte qu'elle ne peut être qu'une somme d'argent, auquel cas, il ne serait pas utile de lui attribuer une qualification. Cela laisserait supposer qu'elle peut revêtir d'autres formes d'exécution.

888. En droit de la concurrence déloyale ou en droit de la contrefaçon, l'astreinte peut cependant concerner deux formes de sentences. La forme la plus fréquente est une astreinte basée sur le versement à la victime du montant de son dédommagement. C'est le cas classique que l'on rencontre souvent dans les décisions concernant les deux infractions.

889. Elle peut cependant se résoudre par ailleurs à l'obligation immédiate de cessation de l'illicite. Dans ce cas, sa fonction ne change pas mais son objet fait que son caractère punitif ne fait plus aucun doute. Elle devient un élément complémentaire d'une mesure se voulant elle-même complémentaire à la réparation. Dans un tel cas, elle vient renforcer la mesure d'interdiction de poursuite des actes litigieux.

890. La liquidation de l'astreinte intervient afin que le paiement de l'indemnisation puisse faire l'objet d'une exécution forcée, c'est ce qui a fait dire au juge sénégalais dans une décision rejetant une demande de liquidation, que seules les décisions définitives sur l'objet de l'astreinte peuvent entraîner la liquidation de cette dernière<sup>937</sup>.

---

<sup>936</sup>Cass. civ., 20 octobre 1959, n°57-10110, Bull. I, n° 459, p. 347, in Ibid., p. 256.

<sup>937</sup>CA Dakar, civ. et com. 1, n° 77, 30/01/2009 : « *Considérant que le jugement attaqué avait fixé l'astreinte à 300 000 francs par jour de retard à compter dudit jugement ; que cependant sa liquidation définitive ne peut intervenir qu'après une décision définitive rendue sur la cause objet du présent litige ; que faute pour l'intimé d'avoir déjà obtenu une décision définitive de condamnation, il y a lieu de dire que la demande est prématurée et de la rejeter* ».

## **Paragraphe 2) Publications et prise en charge des marchandises contrefaisantes en droit comparé**

### **I) Sur les mesures de publication**

891. La mesure civile de publication est une peine commune entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale. Elle consiste en la publication de la décision de sanction dans des revues ou sites internet désignés par le juge. Elle peut aussi consister en des affichages ou dans le cadre d'un contentieux sur internet, sur la page web du défendeur<sup>938</sup>. Dans la jurisprudence sénégalaise, il apparaît que les mesures de publication sont assez souvent ordonnées au journal « *Le soleil* »<sup>939</sup>.

892. L'intérêt d'une telle mesure est d'abord de réparer le préjudice du demandeur surtout dans les faits de concurrence déloyale pour dénigrement. La victime qui se voit ainsi blanchi peut espérer recouvrer dès lors les pertes subies que ça soit en matière d'image ou de clientèle.

893. Pour l'auteur de l'infraction l'effet de cette mesure est répressif et s'analyse comme le contrepoids du bénéfice que peut en tirer la victime. L'affichage, la publication, informent les tiers de l'existence du procès mais également de la condamnation qui en est ressortie. Il peut en découler plusieurs conséquences. D'abord, la personne physique ou morale qu'elle concerne va perdre en crédibilité aussi bien en termes d'image, qu'en termes de clientèle. Une telle publicité négative ne peut qu'être dissuasive sur les performances mais aussi sur la confiance que les tiers peuvent désormais espérer avoir en elle.

894. Cette peine civile procède alors d'un renforcement du caractère punitif du jugement ou de l'arrêt qui l'a ordonnée. Elle est en même temps un caractère réparateur car elle constitue une mesure de publicité pour la personne physique ou morale victime.

---

<sup>938</sup> A. Mendoza-Caminade, Le nom de l'entreprise, op. cit, n° 413.

<sup>939</sup> CA Dakar, civ. et com. 1, n° 77, 30/01/2009 « *Considérant que cette demande est fondée, qu'il y a lieu d'y faire droit en ordonnant la publication de la présente décision au journal « le soleil* ».

## **II) La prise en charge des marchandises contrefaisantes**

895. La prise en charge des marchandises contrefaites est une mesure accessoire à la sanction civile de la contrefaçon. Elle se réalise généralement par la destruction des marchandises contrefaisantes<sup>940</sup>. Elle fait souvent suite à un retrait des circuits commerciaux ou une confiscation des produits litigieux. Cela peut concerner également la confiscation de ces marchandises au profit de la victime du délit. En droit sénégalais, ce cas est souvent prévu en ce sens, comme l'illustre les décisions analysées.

896. Cette mesure de destruction quoique de nature civile présente un double intérêt que l'on peut qualifier de punitif. Il convient d'abord d'y voir un moyen d'évacuer des circuits commerciaux des produits portant sur la violation d'un droit intellectuel. C'est un moyen d'assainissement du secteur industriel ou commercial concerné. Le propriétaire des droits y a par ailleurs tout intérêt car cela procède de la régularisation du caractère exclusif de son droit de réservation. C'est un moyen de réaliser une fonction essentielle de l'action civile en contrefaçon, c'est-à-dire, une action en revendication d'un droit de propriété immatérielle.

897. La deuxième fonction relevant de la destruction des marchandises contrefaisantes est celle de dissuasion. Elle est souvent ordonnée aux frais du contrefacteur, qui se voit ainsi doublement puni. Il perd d'abord le bénéfice de produits sur lesquels il a dû investir des moyens matériels et financiers, mais également, il doit payer les frais de procédure de cette sanction.

898. On peut craindre dans la perspective d'une prolifération de telles mesures largement inspirées du droit pénal, qu'il y ait au final un mélange des genres par rapport à la spécificité relative à la matière civile ainsi qu'à la matière pénale. Ces mesures procèdent sans aucun doute d'une volonté de punition de l'auteur des actes litigieux, ce qui est louable en soi, mais peut par exemple faire double emploi lorsqu'on est en présence d'une peine punitive. Une certaine partie de la doctrine est favorable à l'admission d'un tel

---

<sup>940</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, n° 1605, 06 juillet 2005. La destruction des marchandises provenant d'une contrefaçon pour piraterie a été ordonnée sous ces termes : « *Attendu que Abdou Guité a sollicité la destruction des produits contrefaits saisi en application des dispositions de l'article 63-2 de l'annexe VII qui prévoient que la destruction des œuvres contrefaites peut être demandée à la juridiction compétente par le titulaire des droits violés ; Qu'il échet dès lors d'ordonner la destruction des deux disques ayant fait l'objet de la saisie* ».

principe en droit français. La jurisprudence devrait en l'occurrence veiller à ce que ces mesures soient limitées dans le cadre de l'action purement civile.

899. Sur le plan pratique, Il nous semble qu'il est plus prudent de dissuader le délinquant pour éviter notamment la récidive, et en ce sens, rien de tel qu'un dédommagement suivi de mesures complémentaires punitives. Ceci donne un caractère hybride mais efficace au procès civil, même si les partisans d'un respect stricte de la logique juridique pourraient trouver à en redire.

## Conclusion du chapitre

900. L'application du régime classique de la réparation civile par le droit de la responsabilité civile délictuelle français et sénégalais est pertinente au regard de la fonction de dédommagement qui ressort des actions civiles en contrefaçon et en concurrence déloyale. Les postes de préjudices pris en compte, dans ce cadre, évoluent et se multiplient.

901. La réparation intégrale du préjudice est la méthode d'indemnisation retenue aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais. Elle s'appuie au niveau de l'article 1382 et suivant du Code civil et de l'article 134 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales. Cette méthode qui suppose une compensation entière de tout le préjudice est aujourd'hui en phase de dépassement. La réparation civile introduit de plus en plus d'éléments de nature punitive. Cette réalité a conduit un auteur à parler de « *sanction-réparation* ». Les mesures complémentaires à la sanction telle que l'interdiction de poursuite ou la publication de la décision de sanction renforcent le caractère répressif de la réparation civile en droit français et sénégalais des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale.

902. Le législateur français a introduit, dans cette logique, de nouveaux paramètres de calcul de l'indemnisation de la victime, notamment dans le traitement judiciaire de la contrefaçon. Il s'agit du calcul de la masse contrefaisante devant révéler la perte subie ou le gain manqué de la victime. Nous ne pouvons qu'approuver de telles initiatives et la récente loi de renforcement de la lutte contre la contrefaçon est venue parachever ce mouvement en introduisant la prise en compte du bénéfice du contrefacteur dans la mise en place de l'indemnisation de la victime. Cette nouveauté semble en contradiction avec le principe classique de la réparation du préjudice interdisant l'enrichissement sans cause de la victime. Ce n'est qu'une opposition de façade dans la mesure où le préjudice moral inclut dans cette réparation ne peut être exactement appréhendé. Nous pensons que dès lors, il peut sembler exagéré de parler d'une indemnisation lucrative. On constate qu'en droit OAPI, le principe de réparation reste dans les textes, dans le cadre classique de la responsabilité civile, mais le juge sénégalais semble passer outre. On relève des décisions qui mentionnent la prise en compte des bénéfices du contrefacteur. On espère que cette situation entrainera une future révision des dispositions



de l'Accord de Bangui dans ce sens. Pour le moment ce dernier reste muet sur les modalités de réparation de la contrefaçon

# TITRE SECOND : LE CONCOURS DES SANCTIONS DE CONTREFAÇON ET DE CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE

903. La contrefaçon et la concurrence déloyale sont des infractions présentant des rapports complexes et leurs sanctions présentent le même mouvement. Elles sont invoquées dans un même contentieux en matière de protection des droits intellectuels<sup>941</sup>. Cette pratique fait apparaître une réalité juridique particulière dans le contentieux de la propriété intellectuelle en droit comparé<sup>942</sup>. La doctrine s'est fréquemment prononcée sur la question du cumul entre les deux actions dans un même procès et les positions sur le fondement et la portée de cette réalité sont contrastées<sup>943</sup>. Une demande en concurrence

---

<sup>941</sup> La connexité des deux infractions se reflètent notamment, dans les dispositions du Code de la propriété intellectuelle sur la compétence procédurale en matière de contrefaçon. L'article L. 615-19 du Code de propriété intellectuelle dispose en ce sens que : « *Toutes les actions mettant en jeu une contrefaçon de brevet et une question de concurrence déloyale connexe sont portées exclusivement devant le tribunal de grande instance* ». Cette disposition se retrouve en matière de marque à l'article L. 717-4 du Code de propriété intellectuelle, c'est également le cas en droit d'auteur et en droit du dessin et modèle ; Ph. le Tourneau (Sous la direction de), Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit., n°7018, J. Passa, Droit de la propriété industrielle, tome 1, op. cit., n° 426, Droit de la propriété industrielle, t.2, op. cit., n° 634 ; J. Azéma et J.-C. Galloux, Droit de la propriété industrielle, 7<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 1681 ; Gautier, P.-Y., Propriété littéraire et artistique, op. cit., n°66, 784 .

<sup>942</sup> En droit sénégalais, c'est dans le dernier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de l'annexe 8 de l'Accord de Bangui qu'apparaît cette notion : *Parlant des fautes de concurrence déloyale, la disposition prévoit que : « Les articles 1 à 6 s'appliquent indépendamment et en sus de toute disposition législative protégeant les inventions, les dessins et modèles industriels, les marques, les œuvres littéraires et artistiques et autres objets de propriété intellectuelle »*. Contrairement au droit français qui conçoit cette disposition au niveau textuel qu'en matière procédurale, le droit sénégalais, par les dispositions de l'Accord de Bangui prévoit expressément la corrélation des sanctions de la concurrence déloyale avec celles de la contrefaçon.

<sup>943</sup> P. Roubier, « Distinction entre l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale », RTD civ., 1952. 61.

déloyale pourra ainsi se joindre à une action en contrefaçon, que cette requête soit simultanée ou non<sup>944</sup>. Dans ce dernier cas la sanction de la concurrence déloyale sera subsidiaire à celle de la contrefaçon, elle permettra ainsi une substitution des mesures offertes par le régime général à celles que prévoit le régime spécial.

904. Analyser la règle de cumul entre ces deux actions judiciaires, sera pour nous l'occasion, de mettre en évidence la justification, le bien fondé et la portée d'un tel principe en droit de la propriété intellectuelle des systèmes juridiques sénégalais et français (chapitre premier).

905. En dehors de l'association des deux actions, la sanction de la concurrence déloyale peut être une simple option pour le demandeur, elle pourra être retenue par le juge, ou imposée par la nature de l'objet immatériel (chapitre second). Il s'agit des cas où la protection des valeurs économiques immatérielles, au sens large du terme, est uniquement sanctionnée par le régime des articles 1382 et suivants du Code civil.

---

<sup>944</sup> Ibid.

# Chapitre premier : La complémentarité des sanctions de contrefaçon et de concurrence déloyale

906. Le fait distinct, élément de recevabilité de l'admission jurisprudentielle des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale est une notion qui repose sur une base solide en droit comparé. Le cumul des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale, repose sur la condition de faits distincts (Section 1)<sup>945</sup>. Elle consiste pour le juge, à exiger pour la réalisation de cette association de demandes judiciaires, des éléments de faits autonomes invoqués à la base de chaque prétention<sup>946</sup>. Cette règle qui s'inspire en notre sens, du principe *Non Bis In idem*, vise avant tout, à éviter une double condamnation ou indemnisation et par la même occasion une double intervention du juge<sup>947</sup>. Un tel procédé présente l'intérêt de délimiter ces deux actions à un double niveau. Comme le soulignait Roubier, la délimitation s'appuie sur leurs causes et leurs objets distincts<sup>948</sup>. La portée considérable de cette condition s'oppose à ses propres limites (Section 2). L'opposition qui semble se dégager de ces infractions pourrait s'atténuer en considération des principes supérieurs communs qui les régissent (Section 3).

---

<sup>945</sup> J-P. Delpuech, L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, art. précité.

<sup>946</sup> J. Larrieu, « Le fait distinct de concurrence déloyale », *Propr. Ind.*, n° 10, oct. 2013, comm. 75.

<sup>947</sup> M. Bénéjat, La responsabilité pénale des professionnelle, op. cit., n° 252 ;

<sup>948</sup> P. Roubier, t.1, op. cit, p. 307 et s. d'autres auteurs se sont également penchés sur la distinctivité des deux actions judiciaires. V. en ce sens notamment ; J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit, n° 66 et s.; J. Schmidt-Szalewski, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, *RTD Com.* 1994. 455, p. 456 ; J. Boré, note, *Dalloz*, 1986.121 ; S Durande, « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *Dalloz*, 1984, chron. 187 ; J.M. Mousseron, « Responsabilité civile et droit intellectuels », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 247 ; F. Bussy-Dunaud, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties : l'étendue de la faculté de choix du plaideur, *LGDJ*, 1988, p. 99 et s. ; J. Larrieu, « Le fait distinct de concurrence déloyale », *Propr. Ind.*, n° 10, octobre 2013, comm. 75.

## **Section 1 : Le fondement de la condition de faits distincts dans l'action mixte**

907. L'exigence des faits distincts dans le contentieux de la propriété intellectuelle représente un point essentiel dans l'étude du droit de la contrefaçon et de la concurrence déloyale<sup>949</sup>. Elle permet par la même occasion, de faire la distinction entre les infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale, aussi bien au niveau de leurs fondements juridiques (Sous-section 1), qu'à celui de leurs modalités de mise en œuvre (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : L'opposition des éléments de fond des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale**

908. Au niveau des fondements juridiques du droit processuel de la contrefaçon et de la concurrence déloyale, les deux actions se distinguent sur plusieurs points, à savoir la nature de leurs régimes juridiques, ainsi que les modalités de fixation de ces derniers. Des auteurs autorisés se sont exprimés en la matière<sup>950</sup>. Les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale se distinguent par leurs natures juridiques mais également par leurs fonctions, ainsi que leurs effets dans les litiges en droit de la propriété intellectuelle<sup>951</sup>.

---

<sup>949</sup> J. Passa, op. cit, n° 66 et s., « Heurts et malheurs du fait de la concurrence déloyale distinct de la contrefaçon : panorama de jurisprudence récente », Propr. Int. n° 15, 1<sup>er</sup> avril. 2005.

<sup>950</sup> Note n° 902; S. Roubin Devriendt, « Des interactions entre concurrence déloyale et contrefaçon : Cumul et points de jonction », LPA, 06 janv. 1997, p. 4 ; S. Chatry, « La recevabilité en contrefaçon et en concurrence déloyale », Dalloz. 2013, p. 1392 ; T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile et les droits subjectifs », RTD. Civ., 2007, p. 227.

<sup>951</sup> Ibid.

## **Paragraphe 1) La pluralité au sein de la contrefaçon**

909. Il ressort du régime de la contrefaçon une certaine forme de pluralité. Cela se manifeste notamment par l'existence des principes du droit pénal, ainsi que ceux de la procédure pénale. Ce même constat s'applique pour le droit civil ainsi que celui de la procédure civile. Loin de constituer une faiblesse du régime bien au contraire, cet état de fait peut être un avantage, car il matérialise la divergence des manifestations de l'infraction ainsi que celle de la complexité de ses conséquences.

910. La définition de l'infraction ne change pas cependant, le droit civil emprunte au droit pénal sa conception de l'infraction en droit comparé<sup>952</sup>. La contrefaçon civile ou pénale découle de la violation d'un droit de propriété intellectuelle. Il s'agit d'une terminologie unitaire enveloppant une multitude de situation. On parle ainsi de contrefaçon de marque, de brevets, de dessin ou modèle etc. Le constat est le même en ce sens aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais. L'analyse du terme « *contrefaçon* » fait apparaître un mot composé qui en dit long sur la connotation négative qu'on a voulu coller à cette infraction<sup>953</sup>.

### **I) Le régime pénal du droit de la contrefaçon**

911. Au sens des principes communs du droit pénal, un délit doit comporter un élément matériel, un élément légal, ainsi qu'un élément moral. Le droit pénal de la contrefaçon, sanction par nature répressive depuis ses origines, ne fait pas exception à cette règle<sup>954</sup>. Cette nature pénale de l'infraction découle de la forme aggravée que le législateur a voulu donner à la mesure juridique contre ce fléau<sup>955</sup>.

---

<sup>952</sup> Le droit de propriété intellectuelle s'assimile selon J. M. Mousseron, à une technique de « *maîtrise de fait sur une « valeur » au sens économique du terme, un « bien » au sens juridique du mot (...) c'est-à-dire de la réservation par la technique juridique du droit de propriété* » : « *Responsabilité civile et droits intellectuels* », art. précité.

<sup>953</sup> V. en ce sens, l'origine du mot contrefaçon en latin : Contra Facere ou une action qui s'oppose à ce qui est déjà fait. L'idée peut renvoyer à l'action d'abimer ce qui est accompli, notamment en l'occurrence les valeurs des droits de la propriété intellectuelle.

<sup>954</sup> P. Roubier, t. 1, op. cit, n° 71 : « *Dans ses origines historiques, la punition de la contrefaçon a été l'une des premières manifestations du droit de la propriété industrielle. (...) Cette protection pénale est traditionnelle dans notre droit* ».

<sup>955</sup> Le délit pénal est une peine correctionnelle au sens des droits français et sénégalais. L'article 131-3 du Code pénal français dispose en ce sens que : « *les peines correctionnelles encourues par les personnes physiques sont : 1° L'emprisonnement ; 2° L'amende, 3° Le jour amende* » ; Le Code pénal sénégalais en son article 9 prévoit trois formes de peines correctionnelles que sont : « *1° L'emprisonnement à temps dans un lieu de correction, 2° L'interdiction à temps de certains droits civiques, civils ou de famille, 3° L'amende* ». Il apparaît ainsi que les peines pénales applicables au délit de contrefaçon sont de natures

912. L'élément légal de l'infraction est actuellement défini de la même manière dans toutes les formes de droit intellectuel existant. On retrouve cette définition unitaire législative aussi bien dans le Code de la propriété intellectuelle, regroupant les dispositions des différentes lois en la matière, ainsi que dans l'Accord de Bangui qui fait office de loi sénégalaise en matière de propriété industrielle. Ses dispositions sont complétées en matière de propriété littéraire et artistique, par la loi sénégalaise de 2008 sur le droit d'auteur. Les définitions contenues dans ces textes consacrent une conception unitaire de l'infraction même si elle regroupe différents droits intellectuels et différentes formes d'agissements<sup>956</sup>. L'élément légal de l'infraction est donc une interdiction générale de porter atteinte de quelque manière que ce soit, au droit intellectuel d'une personne quelle qu'elle soit.

913. Une fois qu'on a établi qu'une contrefaçon au sens légal du terme n'est constituée que par une violation à un droit intellectuel, il importe, de passer à l'élément matériel du délit. Cette dernière sera donc constituée par la forme de cette interdiction en pratique. En l'occurrence, il s'agit de voir si au niveau de chaque droit intellectuel, cette interdiction revêt les mêmes formes ou s'il peut y avoir une certaine différence. Il faut savoir qu'en ce sens que le droit français beaucoup plus ancien que le droit sénégalais en la matière, a connu une évolution qui s'est récemment parachevée par une harmonisation au niveau de la réglementation pénale de la contrefaçon, notamment avec les récentes lois de lutte et de renforcement de la lutte contre la contrefaçon. Les lois françaises n<sup>os</sup> 2007-1544 et 2014-315 ont en effet harmonisé les règles matérielles de caractérisation des différentes formes de contrefaçon en droit français. Dès lors, on peut retrouver dans chaque droit intellectuel, les mêmes formes de violation du droit intellectuel<sup>957</sup>.

914. Celle-ci pourra ainsi être constituée aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais à partir des agissements suivants : La fourniture de moyens, la fabrication, l'importation, l'exportation, la mise sur le commerce, le recel, ou la complicité dans l'accomplissement de tels agissements.

---

afflictive ou infamante. Ce sont des peines graves au regard de la nature économique de l'infraction, d'autant plus que les auteurs dans ce type de situation bénéficient d'une impunité caractérisée.

<sup>956</sup> On parle ainsi de contrefaçon, que ça soit un usage illicite de marque, une reproduction d'un dessin ou modèle, d'une œuvre de forme artistique pure, ou encore la fabrication d'un objet breveté. Le paradoxe d'une telle généralisation de l'infraction, est tel que nous l'avons déjà souligné, ces formes d'atteintes sont différentes dans leur manifestation mais également dans leur gravité, c'est pourquoi que ça soit au niveau de la définition ou au niveau des sanctions, la forme unifiée du régime peut être un handicap pour l'efficacité de la protection de la propriété intellectuelle.

<sup>957</sup> Ibid.

915. Au niveau de l'élément moral, les droits civils français et sénégalais de la contrefaçon ne tiennent paradoxalement pas compte, d'une manière générale, de l'élément intentionnel dans la caractérisation du délit de violation du droit intellectuel d'autrui. Les règles de la recevabilité de l'action en attestent. Le juge tient compte de l'existence de l'atteinte mais avant tout, de celle de la validité du droit. Une fois ces paramètres établis, il passe à la sanction.

916. Le Code de la propriété intellectuelle ainsi que l'Accord de Bangui contiennent cependant des dispositions qui reflètent un peu, ce qui aurait dû être une condition pleine et entière de l'existence du droit, à savoir l'élément intentionnel. L'adverbe « *sciemment* » souvent employé dans la définition de l'infraction laisse penser à une place capitale de l'élément moral dans la détermination par le juge de l'infraction, mais nous remarquons, que cet élément, en pratique, joue sur l'aggravation de la peine, il est présumé dans l'appréciation de l'atteinte.

917. Faire ressortir le caractère pénal du régime de la contrefaçon est un point essentiel dans la délimitation de cette infraction avec celle de la concurrence déloyale. En effet, le droit pénal caractérise la lourdeur de la sanction mais également la gravité de la faute commise. La règle vise la punition de l'individu ayant contrevenu à une règle de fonctionnement de l'ordre social. En l'occurrence la contrefaçon punit l'atteinte à la propriété d'autrui, qui s'assimile au vol, une interdiction remontant bien avant les 12 commandements du prophète Moïse, et contenant en l'occurrence la règle « *Tu ne voleras point* ».

918. La réglementation pénale de la contrefaçon est tout à fait légitime car elle vise un intérêt collectif au-delà là du simple intérêt du titulaire du droit intellectuel. Elle s'oppose ainsi à la réglementation civile pouvant concerner la concurrence déloyale qui vise en principe un intérêt individuel<sup>958</sup>.

---

<sup>958</sup> Ce caractère peut également apparaître au niveau de la recevabilité des deux actions judiciaires, en ce qui concerne les titulaires des actions. En droit pénal de la contrefaçon, l'intervention du procureur de la république via l'action publique donne un caractère institutionnel à la lutte contre la contrefaçon. Le ministère public est sous l'autorité du ministre de l'intérieur, garant de l'ordre public. En instaurant en droit comparé une procédure pénale contre la contrefaçon, les législateurs français et sénégalais ont ainsi voulu donner à l'infraction une haute connotation répressive. Au niveau de la concurrence déloyale, par contre, le préjudice individuel limite la titularité de l'action à la victime des faits litigieux. Cela pourrait expliquer l'exclusion de la procédure pénale dans ce type de litige. D'un autre côté ce raisonnement présente une limite dans la mesure où on peut estimer que l'intérêt général est une somme d'intérêts individuels et que l'occurrence il aurait pu être concevable que le procureur puisse intervenir face à ce type d'infractions, notamment pour assurer le respect d'une valeur fondamentale de la liberté concurrentielle et qui se trouve être le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.



## **II) La réglementation civile de la contrefaçon**

919. Au niveau civil, les règles de la contrefaçon sont moins formalistes, la caractérisation du délit repose sur l'appréciation du juge qui dispose en la matière d'une liberté souveraine<sup>959</sup>. La définition civile de la contrefaçon emprunte cependant en droit comparé, celle établie par les textes répressifs. La contrefaçon est appréciée sur la base d'une atteinte à un droit intellectuel.

920. Ce sont les règles du droit des obligations civiles délictuelles qui vont s'appliquer et cela donne une toute autre coloration au droit de la contrefaçon<sup>960</sup>. Le juge français va se baser sur les articles 1382 et suivants du code civil, alors que le juge sénégalais sera cantonné en la matière aux dispositions des articles 116 et suivants du code des obligations civiles et commerciales.

921. Le traitement civil de la contrefaçon pourra cependant se faire aussi bien au niveau du juge civil qu'au niveau du juge pénal. Dans ce dernier cas, conformément aux principes de la réglementation pénale, la victime d'un délit pénal peut demander la réparation civile du préjudice dont elle aura souffert du fait d'une infraction pénalement réprimée.

922. Le principe du délit civil est plus simple car l'appréciation de l'infraction par le juge ne se base point sur un texte mais sur la liberté octroyée à ce dernier qui va lui permettre de jauger et de fixer les éléments du délit, selon l'usage jurisprudentiel existant.

923. La contrefaçon se distingue cependant la concurrence déloyale par l'existence dans la première d'une action pénale. Cette dernière partage avec le traitement civil de la contrefaçon quelques règles telles que la définition de l'infraction.

---

<sup>959</sup> G. Doranges, op. cit, n° 185.

<sup>960</sup> En ce sens, il est prévu dans les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, au niveau de chaque droit intellectuel, à l'instar de l'article L. 521-1 du CPI sur les dessins et modèles : « Toute atteinte portée au droit du propriétaire (...) constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur ». A titre illustratif, l'article 47 de l'annexe 3 de l'Accord de Bangui dispose également que : « Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils et jugées comme matières sommaires ». Ces deux articles portant sur les actions civiles en contrefaçon valent pour les autres droits intellectuels et consacrent ainsi une procédure civile de sanction de ces délits.

## **Paragraphe 2) La forme unitaire du droit de la concurrence déloyale**

924. Contrairement à la contrefaçon qui connaît dans son principe aussi bien des règles civiles que des règles pénales, le délit de la concurrence déloyale n'est traité qu'au niveau civil<sup>961</sup>. Le juge est en principe libre, dans son appréciation de la forme que doit revêtir l'acte de concurrence déloyale. Cette liberté est cependant fortement encadrée par les dispositions de certains textes généraux ou les précédents jurisprudentiels.

925. L'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris de 1883 dont la France et le Sénégal sont membres définit la concurrence déloyale comme : « *Tout acte contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* ».

926. Il existe cependant au sens de la même convention, trois formes d'actes que l'usage a également relevé comme étant les plus récurrentes. Ces formes de concurrence déloyale relevées dans la Convention de Paris depuis 1883 et retenues par une partie influente de la doctrine française en la matière, en l'occurrence Roubier, sont constituées par la confusion, le dénigrement et la désorganisation.

927. En droit sénégalais, contrairement au droit français, il existe une disposition légale sur la concurrence déloyale. Il s'agit de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui. Cette annexe donne une définition de l'infraction civile qui recoupe celle donnée par la convention de Paris susmentionnée ainsi que les usages des tribunaux français en la matière, notamment dans ses articles 2 à 7. L'article 1<sup>er</sup> de l'annexe précité dispose en ce sens que : « *Outre les actes et pratiques visés aux articles 2 à 6, constitue un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, est contraire aux usages honnêtes* ». Les articles citent ainsi la confusion, l'atteinte à l'image et à la réputation d'autrui, la tromperie à l'égard du public, le dénigrement, l'usage illicite de l'information confidentielle d'un tiers, ainsi que la désorganisation<sup>962</sup>.

928. L'originalité de la réglementation sénégalaise de la concurrence déloyale se présente ainsi à un double niveau, à savoir, l'existence en elle-même de la disposition textuelle contrairement en droit français, mais également sur la variété des formes du délit retenues par l'Accord de Bangui. En effet on reproche souvent au droit français,

---

<sup>961</sup> G. Mayer, De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière de noms et marques, thèse, Paris, 1879, p. 116.

<sup>962</sup> L'article 1<sup>er</sup> contient une erreur de rédaction car les formes de concurrence déloyale sont réparties non pas entre les articles 2 à 6 mais inclut également l'article 7 portant notamment sur la désorganisation.

l'inexistence d'une réglementation textuelle en matière de concurrence déloyale<sup>963</sup>. Le droit OAPI dispose donc d'une vraie avancée sur cette question.

929. Au niveau des formes de l'infraction, il convient de noter que l'annexe VIII de l'Accord de Bangui ne prétend pas à une énumération exhaustive, mais les formes de l'infraction retenues par défaut sortent du cadre classique de la trilogie des actes de concurrence déloyale. Ainsi on retrouve la concurrence déloyale par usage illicite de l'information confidentielle, l'atteinte à l'image et à la réputation, la tromperie à l'égard du public, ou encore, la concurrence déloyale portant sur l'information confidentielle.

930. Ainsi que l'on se situe en droit français ou au droit sénégalais, le constat est le même, la nature juridique des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale se différencie d'abord par les disciplines qui sous-tendent les deux infractions. La contrefaçon est invoquée dans le cadre de l'atteinte à un droit intellectuel, et s'est largement inspirée du droit pénal, tandis que la concurrence déloyale repose sur le régime commun de la responsabilité civile délictuelle et ne naît que par l'intermédiaire d'un délit civil ou d'un quasi-délit tels que prévus par les règles en la matière dans le Code civil ou le Code des obligations civiles et commerciales.

## **Sous-section 2 : Une opposition dans les modalités de mise en œuvre des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

931. La différence de fondement des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale transparaît également dans la mise en œuvre par le juge de ces règles dans les différentes actions consacrées au traitement judiciaire de l'infraction. La recevabilité ou non des demandes en contrefaçon et ou en concurrence déloyale, est l'occasion pour ce dernier, de délimiter le domaine du délit concerné mais également de montrer la condition matérielle entourant l'infraction. Selon que l'on soit face à une demande en contrefaçon ou en concurrence déloyale, le juge va déterminer en début d'instance, la réalité de l'existence de la faute invoquée.

---

<sup>963</sup> Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », art. précité.

## **Paragraphe 1) L'opposition des actions au niveau des fondements**

932. La recevabilité des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale ne relève pas du même ressort en termes de fondements normatifs<sup>964</sup>. Autrement dit, pour apprécier la légitimité judiciaire de l'instance, le juge va se placer à des niveaux différents selon qu'il s'agisse d'une demande en contrefaçon ou en concurrence déloyale. La différence de fondement de la recevabilité de ces délits est identique en droit français et en droit sénégalais. Cette différence est un paramètre déterminant dans les conditions réciproques de connexité des actions judiciaires. On ne pourrait en effet reprocher à un juge d'exiger des faits distincts pour admettre l'introduction dans un même procès, des demandes portant sur les infractions aux règles de recevabilité divergentes.

### **I) Les conditions de validité et d'opposabilité des droits intellectuels dans la contrefaçon**

933. En matière de contrefaçon, contrairement à ce qui se pratique dans l'action en concurrence déloyale, la recevabilité de l'action dépend de deux paramètres que le juge doit toujours prendre le soin de déterminer. Ce sont la validité du droit intellectuel visé et la preuve de l'opposabilité du droit face aux tiers.

934. Au niveau du premier élément de recevabilité, la faute de contrefaçon ne peut porter que sur un droit intellectuel valide. Ce dernier point est mesuré d'une manière différente selon le droit de la propriété intellectuelle concerné<sup>965</sup>. Il n'est pas parfois requis de prouver l'enregistrement du droit pour donner la justification de sa validité. Il en est ainsi de la propriété littéraire et artistique, où le droit naît du seul fait de sa création dans une forme originale. En propriété industrielle le droit de la marque s'acquiert par le titre obtenu à partir de l'enregistrement.

---

<sup>964</sup> S. Chatry, « La recevabilité de l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale », Dalloz, 2013, p. 1392 : « L'examen au fond d'une action en justice est précédé de l'appréciation de sa recevabilité par l'application de l'ancienne maxime « pas d'intérêt, pas d'action » consacrée en droit positif par l'article 31 du code de la procédure civile. L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale y sont différemment soumises ».

<sup>965</sup> En droit français comme en droit OAPI, la validité des droits repose sur des critères différents. Le brevet protège l'invention susceptible d'application industrielle ; la marque est un signe distinctif selon les produits ou services désignés dans l'enregistrement ; le dessin et modèle est selon les termes composant l'expression, un assemblage de lignes ou couleurs, ou une forme originale associée ou non à des dessins ; la propriété littéraire et artistique protège les œuvres littéraire ou artistique ; les indications géographiques identifient un produit selon son territoire originaire ; et les obtentions végétales protègent les nouvelles variétés végétales. Le droit intellectuel est un droit subjectif qui protège la nouveauté dans la propriété industrielle, ainsi que l'originalité dans la propriété littéraire et artistique.

935. Le deuxième élément de la recevabilité de l'action en contrefaçon est l'opposabilité du droit intellectuel face au tiers. Il importe de préciser que sur ce plan il n'y a de différence qu'au niveau du support contenant la publication<sup>966</sup>. Il existe en droit français et sénégalais, différents registres permettant, selon le droit concerné, de publier à l'attention des tiers, l'existence de la protection intellectuelle sur le droit privatif concerné<sup>967</sup>. En droit français cette publication est assurée par l'INPI qui reçoit et enregistre la demande de protection, tandis qu'en droit OAPI, cette tâche relève de la structure régionale de l'OAPI<sup>968</sup>.

936. Au-delà de la preuve de l'existence du droit intellectuel, le juge devra rechercher si le droit invoqué n'est pas déchu du fait soit de l'expiration de la date maximale de protection, ou alors pour certains droits, pour non-paiement des redevances dues pour le maintien en vigueur des droits<sup>969</sup>. La détermination de ce dernier point permettra de connaître l'effectivité de la validité du droit invoqué.

937. Comme nous l'avons montré plus haut, la recevabilité de l'action en contrefaçon est un point important dans l'étude de l'intérêt des faits distincts dans l'action mixte en contrefaçon et en concurrence déloyale. Cela vient du fait qu'elle est l'occasion de déceler les différences fondamentales entre ces deux infractions. La différence qui transparait ici est notamment la première manifestation de l'opposition existante dans la nature intrinsèque des infractions.

938. Ainsi comme le souligne l'illustre Doyen Roubier, l'action en contrefaçon relève des droits subjectifs. Ces derniers préexistent à l'action qui vient confirmer leur légitimité en sanctionnant la violation des prérogatives qu'ils concèdent à leurs titulaires. Dès lors il est logique que contrairement à l'action en concurrence déloyale, la demande en

---

<sup>966</sup> Selon le droit intellectuel concerné, l'OAPI prévoit la publication du droit octroyé dans le registre spécial consacré. Il s'agit du registre spécial du brevet, le registre spécial des marques, ou du registre spécial des dessins et modèle. En droit français, l'INPI procédera à cette publication dans le registre national concerné, qu'il s'agisse du registre national du brevet, du registre national de la marque ou du registre national des dessins et modèles.

Une fois ces publications effectuées, le droit devient désormais opposable aux tiers et par conséquent recevable dans l'action en contrefaçon.

<sup>967</sup> Ibid.

<sup>968</sup> Cette dernière dispose de structures nationales de liaison, à l'image l'ASPIT au Sénégal pour ce qui concerne la propriété industrielle, ou du BSDA en matière de propriété littéraire et artistique. Le dépôt et la demande d'enregistrement se passe au niveau de ces sous-structures qui transfèrent le dossier à l'OAPI pour ce qui concerne la publication.

<sup>969</sup> La durée de protection des droits n'est pas homogène bien au contraire, à titre de rappel, elle est de 20 ans pour le brevet, 10 ans pour la marque, 5 ans pour le dessin et modèle, 70 ans après la mort de l'auteur en droit de la propriété littéraire et artistique. La marque est renouvelable indéfiniment, alors que les dessins et modèles sont renouvelables par tranche de 5 ans, jusqu'à 25 ans maximum.

contrefaçon soit basée pour sa recevabilité sur la preuve de la validité du droit mais également de même que l'opposabilité de ce dernier au tiers.

939. L'action en contrefaçon étant une action attitrée, il importe que le titulaire de l'action autorisée par le législateur soit clairement identifié afin que la recevabilité de l'action soit retenue. Il s'agit en l'occurrence du titulaire des droits, et sous certaines conditions, du licencié exclusif à l'exploitation d'un tel droit.

940. Les conditions de recevabilité de l'action en contrefaçon relève d'abord de l'existence d'un droit valide en propriété intellectuelle. Contrairement à l'action en concurrence déloyale, les conditions communes de l'intérêt et de la qualité sont strictement limitées à des cadres répondant à la logique de protection de la propriété intellectuelle. Les trois conditions de la recevabilité cantonnées autour de la validité des droits, l'opposabilité de ces dernières, ainsi que la titularité de l'action sont des spécificités originales de l'action en contrefaçon.

## **II) De l'intérêt à agir en concurrence déloyale**

941. L'action en concurrence déloyale est une action banale, c'est-à-dire, une demande judiciaire dont le bénéficiaire n'est pas restreint par la loi, comme c'est le cas dans l'action en contrefaçon<sup>970</sup>. Cet état de fait relève du caractère impersonnel de l'intérêt objectif protégé par l'action en concurrence déloyale<sup>971</sup>. L'infraction en concurrence déloyale relève des actions ne comportant pas de droits préexistants<sup>972</sup>. C'est une action

---

<sup>970</sup> L'action en concurrence déloyale est entièrement calquée sur le régime de la responsabilité civile délictuelle en droit comparé. Contrairement à l'action civile en contrefaçon plutôt rattachée aux modalités de la procédure pénale, la recevabilité de l'action en concurrence déloyale va dépendre de la réunion de trois éléments, que sont : la faute, le dommage, et le lien de causalité. Ces composantes sont également celles requises dans la détermination de la faute civile délictuelle de l'article 1382 du Code civil ainsi et l'article 116 du Code des Obligations Civiles et Commerciales en droit sénégalais, en l'occurrence; V. en ce sens, Cass. Com. 16 déc. 2008, n° 07-17.092, JurisData n° 2008-046323 : « *L'action en concurrence déloyale n'est pas un succédané de l'action en contrefaçon et exige la preuve d'une faute relevant de faits distincts de ceux allégués au titre de la contrefaçon* ».

<sup>971</sup> P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 10 et s. L'auteur indique à propos des situations juridiques objectives, que « *certaines situations répugnent franchement à être classées et cataloguées sous la rubrique des droits proprement dits. Et cependant, elles ont une valeur juridique indéniable, elles commandent nos relations sociales, elles sont sources de prérogatives et de charges ; mais on ne peut les appeler « des droits », parce qu'elles ont la figure de situations établies d'autorité en vue du bien commun, et non pas pour le service d'intérêts individuels. Les charges dépassent en général les prérogatives* ». Le point de vue de l'auteur s'applique ainsi à l'action en concurrence déloyale du point de vue de l'intérêt social commun que constitue l'exercice effective de la liberté concurrentielle dans la limite de la loyauté des moyens de conquêtes de la clientèle.

<sup>972</sup> J.-M. Mousseron, « Responsabilité civile et droit intellectuels », in *Mélanges Albert Chavanne*, Paris, Litec, 1990, p. 250 : « *Chronologiquement, on peut estimer, et l'expérience de la réservation des logiciels est instructive sur ce point, que la protection par l'intervention du droit de la responsabilité précède celle du*

judiciaire constitutive de droit<sup>973</sup>. Il s'agit du droit à l'indemnisation de son préjudice et de l'interruption des activités litigieuses.

942. Dès lors, la recevabilité d'une telle action ne sera pas cantonnée à des critères subjectifs, mais sur des critères objectifs tels que la qualité à agir et l'intérêt à agir. Si le critère de la qualité à agir repose sur ces considérations de droit commun, l'intérêt à agir sera calqué sur la nature de l'action, c'est-à-dire, l'existence de la violation d'un usage honnête en matière industrielle et commerciale<sup>974</sup>.

943. Le critère de la déloyauté spécifique à la concurrence déloyale présente un intérêt considérable. Il vise la violation d'un devoir reposant sur l'intérêt général. En effet, il apparaît que dans les règles de fonctionnement basique de toute communauté, les droits sont souvent le pendant des devoirs. Le devoir de déloyauté constitue par la même occasion, si on peut dire, le revers de la médaille de la liberté concurrentielle et par la même occasion celui de la licéité du dommage concurrentiel. Ce dernier n'est permis que dans la mesure où les moyens de conquête de la clientèle s'inscrivent dans l'ordre de la normalité des usages commerciaux et industriels. Contrairement à la contrefaçon où la protection du droit privatif ne bénéficie qu'à une seule personne et ne contient pas pour autrui une autorisation limitée à l'atteinte<sup>975</sup>, l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie est une prérogative commune.

944. Selon les règles de la responsabilité civile délictuelle applicables, le demandeur à l'action en concurrence déloyale, contrairement à l'action en contrefaçon, doit avoir souffert de la violation de l'exercice de la liberté concurrentielle, se matérialisant notamment par un abus manifeste de cette liberté qui a entraîné un préjudice.

945. L'intérêt pour agir en concurrence déloyale est ainsi un intérêt personnel, il peut cependant ne pas toujours être un intérêt individuel. Il est tout à fait possible, contrairement à la contrefaçon, qu'une association professionnelle puisse intenter une action dans le but de défendre les intérêts judiciaires de ses membres.

---

*droit de la propriété* ». Nous comprenons dans cette assertion, que le droit de la concurrence déloyale régi par la protection commune et générale de la responsabilité civile délictuelle, sanctionnant toute faute personnelle créant un dommage à autrui, contient déjà les prémisses de la sanction de la contrefaçon et en est par la même occasion distincte. La règle générale précède à la règle spéciale.

<sup>973</sup> L. Mazeaud, De la distinction des jugements déclaratifs, op. cit.

<sup>974</sup> T. Azzi, art. précité. ; X. Desjeux, « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie : A propos de la sanction de la copie », art. précité.

<sup>975</sup> Les exceptions aux droits intellectuels ne sont pas en contradiction avec le monopole du titulaire du droit intellectuel puisqu'ils protègent des intérêts supérieurs. Dans le cadre de la concurrence déloyale cet intérêt supérieur ne pourrait être retenu dans un cadre illicite d'utilisation des moyens concurrentiels.

946. Ainsi, il apparaît au niveau de la recevabilité de l'action, que la demande judiciaire en concurrence déloyale se différencie de l'action en contrefaçon par le critère objectif rattaché à cette dernière. Toute personne ayant souffert des conséquences de la violation du devoir de loyauté requis dans l'exercice de la liberté concurrentielle pourra ainsi, intenter une action afin de recevoir une réparation de son préjudice. La contrefaçon, reposant sur un critère subjectif, ne pourra être intentée que par le titulaire du droit subjectif. Lequel devra dès lors répondre à l'exigence de validité et d'opposabilité pour être retenu.

947. De ce fait, au niveau de la nature juridique des infractions en cause, les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale ne peuvent reposer sur une même faute car les éléments de détermination des infractions sont totalement différents.

948. L'intérêt à agir du demandeur en concurrence déloyale est subi, à l'image de celui du demandeur en contrefaçon. Ils subissent tous les deux les effets négatifs des actes illicites provenant des auteurs des deux infractions, mais à la différence près que le premier va réclamer la mise en conformité du fauteur avec son obligation de loyauté, alors que le second va demander au juge de faire respecter son droit de propriété, en interrompant l'atteinte dont il fait l'objet par le biais du contrefacteur.

949. L'intérêt à agir de la victime des faits de concurrence déloyale sera ainsi mesuré à l'aune de la liberté du commerce et de l'industrie, laquelle est un principe général bénéficiant à tous les agents économiques participant au jeu de la concurrence. C'est un intérêt que l'on peut qualifier de libre, comparé à l'intérêt légitime de type restrictif que l'on retrouve dans l'action en contrefaçon.

950. Ici apparaît plus que jamais la distinction entre les deux actions, car en concurrence déloyale, l'originalité de l'action est que l'intérêt légitime d'agir peut être plus ou moins considéré comme restrictif si on retient le fait que la victime a été spécialement visée par un acte offensif de déloyauté, tel que la confusion, le dénigrement ou la désorganisation. Il peut arriver que la concurrence déloyale porte préjudice à l'ensemble du marché, dans ce cas l'intérêt devient libre car toute personne qui se manifeste et prouve son préjudice se verra dédommée.



## **Paragraphe 2) La distinction procédurale des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

951. Les conditions de cumul des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale se vérifient au niveau procédural des deux actions judiciaires. Le rapport divergent des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale relatif à leurs fondements se reflète également dans les conditions de mise en œuvre des deux actions judiciaires. Il ne s'agira pas moins, selon nous, à mettre en corrélation les différentes règles procédurales initialement traitées afin de montrer le bien-fondé que peut avoir l'exigence de faits distincts dans la mise en œuvre des actions judiciaires concernées.

### **I) Parallélisme des compétences judiciaires applicables à la contrefaçon et à la concurrence déloyale**

952. Le contentieux de la propriété intellectuelle connaît actuellement en France des règles de compétences judiciaires spéciales. Le contentieux de la contrefaçon se distingue de celui de la concurrence déloyale par les règles dérogatoires qui entourent l'exercice de sa saisine judiciaire. La France se distingue en ce sens du Sénégal où c'est encore le droit de la procédure civile ainsi que celui de la procédure pénale qui régit la mise en œuvre de l'action en contrefaçon.

953. En droit de la concurrence déloyale, et dans les deux systèmes juridiques, il n'y a pas de différence entre la procédure civile de droit commun avec celle qui entoure l'infraction sanctionnant la déloyauté concurrentielle. Les articles 1382 du code civil et 116 du Code des Obligations Civiles et Commerciales applicables sont des régimes communs.

954. En France, le tribunal de commerce est compétent lorsque le litige concerne deux commerçants, à l'occasion de l'exercice de leur activité professionnelle. Lorsque l'acte litigieux est mixte, le contentieux peut être régi conformément au droit commun par le tribunal de grande instance. Au Sénégal, les tribunaux régionaux ou départementaux en formation civile et commerciale seront compétents pour traiter de cette infraction.

955. En cas de connexité entre les deux actions judiciaires, comme c'est le cas dans la situation de cumul des prétentions de contrefaçon et de concurrence déloyale dans un procès commun, le Code de la propriété intellectuelle prévoit que c'est le tribunal de

grande instance qui est également compétent. Cette dernière dérogation aux règles de compétence de la concurrence déloyale relève du fait que le juge civil spécialiste du traitement civil de la contrefaçon est plus apte à traiter par la même occasion la concurrence déloyale, que le juge du tribunal de commerce dans le cas inverse. Cela est d'autant plus avéré que la concurrence déloyale, connexe à l'action en contrefaçon, concerne la protection des droits intellectuels. L'appréciation du préjudice découlant donc de ces droits est du ressort du juge du tribunal de grande instance<sup>976</sup>.

956. La fixation de la compétence juridictionnelle en matière de contrefaçon est tout à fait différente car elle relève de la nature spéciale du contentieux concerné. Ainsi, contrairement à la concurrence déloyale, relevant du domaine commun de la responsabilité civile délictuelle, les règles de compétence dans le contentieux civil de la contrefaçon vont relever de dispositions spéciales de nature règlementaire. Le tribunal de grande instance de Paris est ainsi compétent pour juger du contentieux civil en matière de brevets.

957. En matière de droit de la propriété littéraire et artistique, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a modifié l'article L. 331-3 du Code de la propriété intellectuelle qui retient désormais que : « *les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique (...) sont exclusivement portées devant les tribunaux de grande instance (compétents en la matière)* »<sup>977</sup>.

958. La compétence des tribunaux en matière de propriété industrielle est dévolue en matière de droit du brevet, de certificat d'utilité, de certificat complémentaire de protection, topographie semi-conducteur, au tribunal de grande instance de Paris, par l'article D 211 du Code de l'organisation judiciaire<sup>978</sup>.

959. Dans le même sens, le tableau VI annexé à l'article D 211-6-1 du Code de l'organisation judiciaire créé par le Décret 2009-1205 du 9 octobre 2009 en son article 3, fixe la compétence des tribunaux en matière de marque, de dessin et modèle et d'indications géographiques<sup>979</sup>. Les tribunaux de grande instance retenus à cet égard sont ceux qui sont situés dans les sièges suivants : le contentieux des marques, des dessins et

---

<sup>976</sup> TGI Paris, 31 janv. 2012, RG n° 2010/09060, PIBD 2012, n° 964, III, p. 443 : cette situation relèverait d'une nécessité de « *spécialiser les juridictions en créant des pôles en ce domaine* ».

<sup>977</sup> P. Greffe, « Quels sont les tribunaux de grande instance compétents pour ordonner la saisie-contrefaçon en droit d'auteur ? », Propr. Ind., n° 5, mai 2013, somm. 36.

<sup>978</sup> C. Le Stanc, « Spécialisation des juridictions de propriété intellectuelle : Le juge pénal n'en a cure », art. précité.

<sup>979</sup> Ibid.

modèles et du droit d'auteur est limité, lui, au tribunal de grande instance de Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nanterre, Nancy, Paris, Rennes, Fort-de-France et Strasbourg.

960. Cette spécialisation des juridictions date de la loi de 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon transposant en droit français les dispositions prévues par la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004. Cette réforme a donc permis la prise en compte du caractère spécifique du contentieux de la contrefaçon. Avant cette loi, la procédure en matière de contrefaçon dépendait au même titre que celle de la concurrence déloyale, du droit commun de la procédure civile. Sous la réserve de la problématique d'accès à la justice par les justiciables, nous saluons une telle initiative législative et réglementaire en droit européen et français. Au regard de la complexité technique des litiges en matière de propriété intellectuelle, il serait souhaitable que le législateur sénégalais et OAPI fasse la même modification. Ceci est d'autant plus nécessaire selon nos observations, que le contentieux de la propriété intellectuelle est loin d'être récurrent dans l'actualité jurisprudentielle sénégalaise. On estime par ailleurs que les juges ont encore moins acquis l'expérience requise pour traiter les questions techniques de la matière, d'où l'intérêt de procéder à une spécialisation des juridictions pour le traitement de ce type de litige.

## **II) Règles de prescription et droit de poursuite attachés aux actions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

961. L'analyse des règles de prescription des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale contient des éléments de différenciation des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Il en est également de même du droit de poursuite attaché à chaque contentieux.

### **A) Règles de prescription en droit comparé des actions judiciaires en contrefaçon en concurrence déloyale**

962. En France, la règle de prescription de la concurrence déloyale repose sur le droit commun de la responsabilité civile. Elle est d'une durée de 5 ans et est basée à l'article 2224 du code civil. Cette disposition est également présente à l'article L. 110-4 du Code de commerce, visant les obligations entre commerçants<sup>980</sup>. Cet article organise le délai d'extinction des actions personnelles ou mobilières. Aux termes de l'article, le délai

---

<sup>980</sup> C Béguenet-Maurel, Dictionnaire de la prescription civile, 2<sup>e</sup> éd., Francis Lefebvre 2014, p. 367.

court à partir du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

963. En droit civil sénégalais, la prescription extinctive de droit commun est de 10 ans selon l'article 222 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales. Cette durée s'étend donc au double de la période retenue en droit français. La lecture de cette disposition appelle un double constat : d'une part, il est intéressant de voir que l'action en concurrence déloyale est attachée aux actions personnelles contrairement à la contrefaçon. Cela permet de voir que la sanction de la concurrence déloyale consacre une créance personnelle directement attachée à la personne de la victime.

964. D'autre part, la sanction de la concurrence déloyale apparaît non pas comme la réparation d'un dommage découlant de l'usurpation d'un bien, comme cela peut être le cas en matière de contrefaçon, mais plutôt comme la revendication du respect d'un droit collectif mais personnel. Ce dernier élément répond à l'exigence d'un préjudice direct et personnel exigé par le droit commun pour mesurer le caractère réparable des préjudices dont l'indemnisation est réclamée.

965. Au niveau de la contrefaçon, le droit français de la propriété intellectuelle fixe la prescription à 5 ans, pour les brevets, « à compter des faits qui en sont la cause », d'après l'article L. 615-8 du Code de la propriété intellectuelle. L'article L. 521-3 du même Code consacre le même délai pour les dessins et modèles. Il en est ainsi pour les marques, aux termes de l'article L. 716-5. Ce délai est aujourd'hui aligné à celui du droit commun.

966. Le droit OAPI ne prévoit pas de règles spéciales de prescription en matière de contrefaçon. On peut estimer à cet égard alors qu'en matière civile, la concurrence déloyale partage le même délai de prescription que l'action en contrefaçon dans les termes de l'article 222 du Code des obligations civiles et commerciales.

967. En droit pénal de la contrefaçon, la prescription va suivre le même principe qu'en droit pénal général. L'article 722 du Code de procédure pénale sénégalais fixe à 5 ans la durée de prescription en matière correctionnelle<sup>981</sup>. On peut en déduire que, autant en matière civile le délai de prescription en droit sénégalais sera supérieur qu'en droit français, autant en droit pénal, le délai restera le même.

---

<sup>981</sup> Les dispositions exactes de l'article sont les suivantes : « *Les peines portées par un arrêt ou jugement rendu en manière correctionnelle se prescrivent par cinq années révolues, à compter de la date ou cet arrêt ou jugement est devenu définitif* ».

## **B) Droit de poursuite pour la sanction des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

968. Le droit de poursuite est l'obtention de la qualité requise pour exercer les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Ce droit appartient aux titulaires de l'action. Dans le sens d'une infraction comme dans l'autre, les conditions d'acquisition de ce droit ne sont pas dévolues aux victimes selon les mêmes critères. Cette différence de modalités de poursuite peut dès lors être un paramètre de délimitation des actions judiciaires, dès lors que l'on se place sous l'angle procédural pour en analyser les éléments.

969. Au niveau de la concurrence déloyale, c'est le droit commun qui définit cette habilitation à l'article 31 du Code de la procédure civile, ce droit, en ces termes : *« l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention »*. Cette disposition du droit français est similaire au droit sénégalais. Ce dernier ne contient pas une disposition expresse dans le sens du Code de la procédure civile, mais l'usage permet de se référer directement au droit français en cas de vide juridique. L'observation de la pratique jurisprudentielle en la matière permet d'avancer que généralement en matière de concurrence déloyale, cet intérêt réside dans le succès de sa prétention relative à la réparation de la faute de déloyauté.

970. En droit de la contrefaçon, ce n'est pas l'existence du préjudice qui conditionne cette prérogative. Si le préjudice est nécessaire, c'est uniquement dans le sens de l'évaluation de l'indemnité de la victime. Cette dernière n'est autre que le titulaire des droits intellectuels ayant fait l'objet d'une atteinte. Cette dernière est relative au droit d'exploitation exclusive attaché au principe de monopole octroyé par de telles formes de droits.

971. En d'autres termes, contrairement à la concurrence déloyale, attachée à la dénonciation d'un comportement répréhensible vis-à-vis de la loi, dont seule la victime dispose d'un intérêt à agir en justice, en matière de contrefaçon, la situation s'assimile plutôt à une revendication de propriété qu'un tiers aurait illicitement usurpée. Dans ce dernier cas, la saisine du juge en ce sens ne peut être faite que par une personne ayant un droit sur l'exploitation du monopole. En l'occurrence, il s'agit du propriétaire du droit et accessoirement, sous certaines conditions, du licencié, ou du cessionnaire des droits d'exploitation de l'œuvre, notamment dans le cadre de la propriété littéraire et artistique.

## **Section 2 : La portée et limites du cumul des sanctions dans l'action combinée en contrefaçon et en concurrence déloyale**

972. Les fondements du principe de cumul des actions judiciaires en contrefaçon transparaissent dans différents éléments entourant les actions judiciaires en contrefaçon et en concurrence déloyale (Sous-section 1). En pratique, ce principe n'est pas entièrement respecté par une partie de la jurisprudence française (Sous-section 2). Par ailleurs, l'idée d'une fonction commune entre la contrefaçon et la concurrence déloyale y serait également opposée (Sous-section 3).

### **Sous-section 1 : Portée de l'exigence des faits distincts dans la demande judiciaire conjointe en contrefaçon et en concurrence déloyale**

973. L'action cumulée en contrefaçon et en concurrence déloyale présente le paradoxe lié à la différence de fonction attachée à chacune des infractions qu'elles sanctionnent<sup>982</sup>. Les deux infractions fondées sur des fautes distinctes, ne contiennent pas le même traitement visant à enrayer les dommages qu'elles occasionnent.

---

<sup>982</sup> TGI Paris, 10 février 2009, RG n° 2009-011849, RG n° 08/05498 : concernant un litige sur l'utilisation litigieuse par un concurrent de la marque d'autrui comme mot-clé de référencement et noms de domaine sur internet, le tribunal rejette la demande de sanction pour contrefaçon, mais retient la concurrence déloyale et le parasitisme en ces termes : « *La réservation de 24 noms de domaine intégrant le terme Linxea qui est la dénomination sociale et le nom commercial de la société LinXea qui est également titulaire des noms de domaines déclinés à partir de ce signe, et ce, dans le seul but d'empêcher la réservation par la société Linxea de nouveaux noms de domaine et notamment des noms de domaine linxeasofica.fr et linxea-sofica.fr, et donc de développer son activité de vente de produits d'assurances et financiers par internet, constitue un acte de concurrence déloyale (...) le caractère déloyal et fautif de cet acte est démontré du fait qu'aucune exploitation des 24 sites n'a jamais été envisagée ; qu'il s'agissait donc bien de bloquer ou au moins de ralentir le développement d'un concurrent performant (...) Il est également reproché à la société FINANCE SELECTION d'avoir acheté les termes linxea et linxeavie comme mots clés (...) ce faisant la société FINANCE SELECTION a volontairement tenté de se mettre dans le sillage de la société linxea qui est*

## **Paragraphe 1) Les éléments fournis par de la détermination de la faute**

974. A chaque faute correspond une mesure appropriée au regard des éléments de faits qu'elle mobilise. En contrefaçon, elle correspond à ce que la victime associe à sa demande principale une requête pour concurrence déloyale. La contrefaçon s'appuie sur des faits principaux distincts de ceux de la concurrence déloyale.

### **I) La faute en contrefaçon en droit comparé**

975. L'acte en contrefaçon ne s'accomplit que dans la violation d'un droit intellectuel. Dès lors il sera nécessaire pour le demandeur d'invoquer une faute pour que le juge puisse accueillir sa demande<sup>983</sup>. Cette étape ne se confond pas avec l'évaluation du préjudice qui permet d'évaluer la sanction nécessaire. Il ne suffit pas d'avoir un droit valide pour tenter une action, il faut que cette dernière soit basée sur une réelle atteinte par un tiers du droit intellectuel protégé, sous peine de sanction sur la base de l'article 700 du Code de procédure civile pour procédure abusive.

976. Les formes d'atteintes retenues en droit français sont également les mêmes en droit OAPI. Cette pluralité des formes ne se confond pas avec la diversité des droits intellectuels concernés. On parle bien de contrefaçon de brevet, de marque, de dessin et modèle ou encore droit d'auteur, mais cette distinction n'est basée que sur la nature du droit intellectuel protégé. Elle peut recouvrir en notre sens des formes d'atteintes qui peuvent se retrouver dans différents droit intellectuels.

977. La faute de contrefaçon généralement comprise comme un concept unique de fraude à la propriété immatérielle d'autrui renferme un double sens. La première est celle que nous venons de voir notamment avec le contenu du terme en fonction d'un droit intellectuel ou un autre. Il convient au passage de préciser également la richesse que peut connaître cette définition au regard de chacun des domaines intellectuels concernés. Un même droit peut concerner des secteurs d'activités tout à fait différents. C'est ainsi que la

---

*connue de même que ses produits qu'elle décline à partir de ce signe, sous ce vocable complètement arbitraire* ». L'intérêt de cet arrêt est de montrer le principe du cumul qui repose sur les fonctions divergentes recherchées dans la demande simultanée des fautes de contrefaçon et de concurrence déloyale ou de parasitisme. Un même litige peut regrouper ces différentes demandes de sanction-réparation car justement le juge délimitera dans son jugement le domaine respectif de chaque chef de préjudice invoqué.

<sup>983</sup> TGI Paris, 16 Avr. 1974, PIBD 1974, III, 382 ; CA Paris, 27 juin 1968 : Dalloz .S. 1968, 699, note C.-I. Foulon-Piganiol : « lorsque l'action est fondée sur une contrefaçon ou imitation frauduleuse à l'exclusion de tout autre fait la situation est régie par les seules dispositions que le législateur a instituées à cet effet, sans que le régime jurisprudentiel de la concurrence déloyale puisse être arbitrairement substitué ».

violation du droit d'auteur peut intervenir aussi bien dans le monde de l'édition, que dans le monde du cinéma, de la musique, dans le secteur de la mode, dans le domaine des arts purs ou appliqués. La marque présente également une illustration intéressante en ce sens, puisqu'aujourd'hui la contrefaçon qui porte sur le droit privatif qui la concerne, est invoquée aussi bien dans le contentieux relatif à internet, que dans la vie réelle. Il apparaît que le contentieux de la contrefaçon de marque peut concerner aussi bien le secteur de la consommation courante, que le secteur du commerce au sens large, ou alors dans la mode, l'automobile, ou dans le droit de la distribution.

978. Il existe ainsi au sens de la réglementation anti-contrefaçon, et ceci dans l'ensemble du droit comparé, des contrefaçons par fabrication, usage, vente, mise en vente, offre à la vente, importation, exportation, recel, imitation, reproduction partielle ou totale, fourniture de moyens. Ces formes de contrefaçon qui ne sont pas toujours sanctionnées avec la même sévérité sont une preuve patente de la complexité attachée au régime juridique de la contrefaçon.

979. En droit français, certaines formes de contrefaçons sont pénalement réprimées. Le droit des marques fait notamment la différence entre la contrefaçon de marque en dehors de la considération d'un risque de confusion. L'article L. 713-2 cite en ce sens, d'une part, la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque même avec l'adjonction de mots tels que : « *formule, façon, système, imitation, genre, méthode* », ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés par l'enregistrement ».

980. En matière de brevet, ce sont les articles L. 613-3 à L. 613-4 qui citent les différents actes réalisant la contrefaçon dans cette forme de droit intellectuel. Sont dès lors pénalement punis, la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, « *l'importation, l'exportation, le transbordement* » ou la détention aux fins précitées de produit breveté, du procédé breveté, du produit obtenus directement à partir de ce dernier. La livraison des produits ou de procédés contrefaisants est également punie au niveau pénal.

981. La faute de contrefaçon apparaît bien complexe comparée à celle de concurrence déloyale. On constate cependant que malgré tout, elle présente l'intérêt d'être plus facilement identifiable au regard de la faute de concurrence déloyale. Déceler une atteinte à un droit intellectuel peut de prime abord paraître plus simple pour le juge, dans la



mesure où la faute a déjà été prévue par les textes. Dans ce sens, la marge de manœuvre du juge est moins importante qu'en cas de concurrence déloyale, la déloyauté est uniquement basée sur les usages du commerce et de l'industrie, lesquels usages restent très variés et changeants selon les époques mais également selon le milieu où les faits se déroulent.

982. D'un autre côté, si la faute de contrefaçon présente l'intérêt d'être préalablement définie par le législateur, il n'en demeure pas moins que la technicité qui entoure parfois certains droits intellectuels est loin de faciliter le travail du juge dans son appréciation. C'est cette complexité des affaires relevant de la propriété intellectuelle qui est à l'origine de la spécialisation des juridictions traitant le contentieux en cette matière.

983. Le juge bénéficie ainsi de moins de liberté dans l'appréciation de la faute de contrefaçon. Dans l'action pénale en contrefaçon cette appréciation se limite à l'application des dispositions de la loi aux faits de l'espèce. Dans l'action civile, le principe reste le même, le droit civil de la contrefaçon emprunte au contentieux pénal, le principe de légalité car la faute civile en contrefaçon est toujours appréciée à l'aune de la définition pénale en la matière. Il s'agit du principe de la légalité des peines en matière pénale.

## **II) La faute de concurrence déloyale en droit comparé**

984. La faute en matière de concurrence déloyale est aussi diversifiée que celle de la contrefaçon, au sens où l'action judiciaire peut être fondée sur une variété d'actes. La détermination de l'infraction permet de sanctionner un nombre considérable d'agissements illicites<sup>984</sup>.

985. La Convention de Paris de 1883 dont font partie la France et les pays de l'OAPI comme le Sénégal, cite trois types de fautes que sont la confusion, le dénigrement et la désorganisation. La doctrine française s'est également plus ou moins cantonnée à cette trilogie<sup>985</sup>. Cette délimitation datant des premières heures de la révolution industrielle française a beaucoup évolué, ne serait-ce que si on considère le contentieux de la concurrence déloyale qui prend source sur internet.

---

<sup>984</sup> Y. S.-Gal, Les marques de fabrique et la concurrence déloyale, cité par, J.-P. Delpuech, in, L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, op. cit. : « *d'une manière générale, doivent être considérées comme réalisant une concurrence déloyale dans la compétition économique tous agissements qui consistent à employer des moyens fallacieux dans la vente de produits, tous actes d'un commerçant ou d'un fabricant qui cherche soit à tirer parti à son bénéfice d'une situation acquise par un tiers, soit à discréditer la marchandise ou l'entreprise d'autrui, ou encore à désorganiser cette dernière et parfois même les marchés commerciaux ou une partie de ceux-ci* ».

<sup>985</sup> A l'image des professeurs Paul Roubier, Jérôme Passa ou Arnaud Lecourt.

986. En droit sénégalais, un texte légal institué dans les annexes de l'accord de Bangui comporte une énumération, certes non exhaustive, des cas de déloyauté répertoriés selon les usages commerciaux et industriels de la zone OAPI. Cette délimitation partielle ne limite pas le juge car ce dernier face à l'évolution du contexte socio-économique, reste libre de déceler et sanctionner d'autres fautes de concurrence déloyale.

987. La limite et le cadre des usages commerciaux et industriels est très imprécis et variable. Comme le souligne l'adage populaire, « *vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* ». C'est donc dire que ce cadre ouvre la faute de concurrence déloyale à toutes sortes de déloyauté. La seule limite sera l'imagination des contrevenants à la loi<sup>986</sup>. La faute de concurrence déloyale sera ainsi contrairement à celle de la contrefaçon, un paramètre évolutif et épousant la forme de la culture socio-économique du lieu du litige.

988. Nous pouvons à ce titre avoir une satisfaction de ce que notre analyse, du fait de la globalisation de l'économie, ainsi que la similarité des systèmes socio-économiques entre le Sénégal et la France, ne porte sur des dispositifs totalement opposés.

989. Au contraire, du fait de ce passé commun et de ces systèmes convergents, le droit français et sénégalais de la concurrence déloyale présentent même dans les faits litigieux relevés, une grande uniformité. Ceci dit, cela ne nous prive pas d'éléments de comparaison, bien au contraire, car ces derniers ne sont pas des systèmes miroirs.

990. Au niveau de l'identification des fautes de concurrence déloyale, le Sénégal dispose d'un texte législatif en la matière. Cela fait toute la différence avec le droit français car malgré les vœux exprimés en ce sens par des auteurs de renoms en la matière, la loi française ne comprend guère de lois expressément formulées sur la question du régime de la concurrence déloyale<sup>987</sup>.

991. Au sens du régime de la responsabilité civile délictuelle, la faute de déloyauté sera dès lors retenue par le juge dès lors qu'elle entraîne un préjudice et présente un lien de causalité avec ce dernier. Au regard de la jurisprudence française, la définition de la faute est devenue très laxiste, on peut dire que cette absence de texte peut entraîner des excès. L'expression de concurrence déloyale n'est pas révélatrice de la véritable nature de l'infraction. L'élément de clientèle commune n'est ainsi pas rigoureusement exigé par la jurisprudence. Cette dernière vacille en ce sens de telle sorte que la faute de parasitisme

---

<sup>986</sup> P. Roubier, op. cit., t. 1, p. 512 : « *la loi ne peut prévoir à l'avance toute les formes possibles de concurrence déloyale qui varient beaucoup avec les époques et avec les mœurs* ».

<sup>987</sup> Y. Picod, art. précité.

ayant été qualifiée à la base pour suppléer à la concurrence déloyale dans un cadre hors concurrence, se confond avec elle. Cet état de fait se rencontre également dans l'action cumulée entre contrefaçon et en concurrence déloyale. Il a été que l'exigence de faits distincts n'étant pas toujours respectée par les juges, il en ressort un chaos jurisprudentiel quant à la délimitation de la faute de concurrence déloyale avec celles des infractions connexes<sup>988</sup>.

## **Paragraphe 2) Les éléments de distinction fournis par les sanctions**

992. Les éléments relatifs à la sanction des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale peuvent également être une source de distinction entre les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Les sanctions de ces deux actions peuvent prendre parfois la même forme mais cela n'empêche qu'elles remplissent des fonctions différentes. Ce dernier point est un indice important sur la portée de la justification de l'exigence de faits distincts dans l'action cumulée en contrefaçon et en concurrence déloyale.

### **I) La distinctivité de la fonction de la sanction en contrefaçon en droit comparé**

993. L'analyse de la fonction du droit de la contrefaçon peut s'illustrer à deux niveaux. Il y a d'un côté les sanctions pénales et d'un autre les sanctions civiles.

994. Sur le plan des sanctions pénales, la fonction de la peine en contrefaçon est tout à fait originale comparée à la concurrence déloyale. Il s'agit ici de réprimer un délit, celui consistant à usurper le droit intellectuel d'autrui. La sanction présente également l'intérêt d'être un moyen de dissuasion efficace contre la pratique des activités contrefaisantes.

995. Les deux fonctions essentiellement contenues dans ces peines sont la prévention par la dissuasion, mais également la répression par les différentes mesures de contraintes physiques ou financière. L'existence de peines infamantes telle que les mesures de détention carcérale reflètent le caractère fondamentalement répressif de l'action en

---

<sup>988</sup> Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349, JurisData n° 2007-039494 : Propr. Ind. 2007, comm. 73, J. Larrieu.; Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-21.723, JurisData n° 2012-012928, Propr ind. 2012, comm. 84, J. Larrieu.

contrefaçon. La sanction pénale existante en matière de contrefaçon n'est pas concernée par l'exigence de fait distinct découlant de l'action cumulée en contrefaçon et en concurrence déloyale. Cette dernière est entièrement civile et ceci s'explique en partie par le fait qu'il n'existe pas une action pénale en concurrence déloyale.

996. Sur le plan civil, la sanction réparatrice de la contrefaçon permet au juge de compenser le préjudice économique découlant de la violation du droit de propriété intellectuelle de la victime de tels agissements. Le préjudice prend la forme de la valeur de l'exploitation du droit intellectuel considéré. Ainsi le juge va se baser sur une méthode, celui du calcul des revenus qui auraient été encaissés par le titulaire des droits si la contrefaçon n'avait pas eu lieu.

997. L'originalité de la sanction civile de la contrefaçon par rapport à la concurrence déloyale, est qu'elle a connu ces dernières années, jusqu'à très récemment d'ailleurs, un phénomène nouveau et qui est en l'occurrence, une méthode analytique prenant en compte les bénéfices illicites tirés des activités litigieuses, mais aussi par ailleurs, d'une méthode forfaitaire avec une forte connotation punitive.

998. La sanction civile de la contrefaçon tend dès lors, et de la plus en plus, à se rapprocher de la méthode de traitement traditionnelle de l'infraction, c'est-à-dire, de la répression punitive. On est certes loin de la répression très souvent infamante des solutions pénales en la matière, mais la nature punitive de la fonction que le législateur français a voulu donner à la sanction réparatrice se fait de plus en plus sentir.

999. La méthode analytique est celle qui se rapproche le plus des modalités de réparation de la concurrence déloyale, du fait d'abord qu'elle prend en compte une méthode d'analyse détaillée du préjudice et également par la similarité de l'intitulé des certains postes de préjudices.

1000. Cette apparente ressemblance entre les méthodes de calcul analytique du préjudice s'arrêtent là, car en effet, à part la prise en compte des postes de préjudice tels que la perte subie, le gain manqué ou le préjudice moral, la similarité des modalités ne va pas plus loin car le contenu de ces postes de préjudices sera totalement différent.

1001. Ainsi au niveau du préjudice économique, la perte subie par le demandeur en contrefaçon diffère de celle de la victime d'une concurrence déloyale car elle concerne très souvent la perte de marge ou celle du chiffre d'affaire liée à l'exploitation du droit intellectuel usurpé, alors qu'en matière de concurrence déloyale, la variation du chiffre

d'affaire est liée à la baisse de rentabilité de l'activité économique entière, et très souvent lié à une perte de clientèle. Le gain manqué du contrefacteur est également toujours lié à l'exploitation futur du droit intellectuel surtout en droit de la propriété littéraire et artistique, ou alors à l'exploitation reliée à ce droit intellectuel, alors que dans la concurrence déloyale, il s'agira toujours de la chance de réalisation d'une marge positive relative à l'ensemble de l'activité. Le droit moral n'est pas en reste puisque les préjudices moraux de l'auteur, de l'inventeur ou du titulaire du signe ou du modèle seront toujours reliés au droit privatif, alors que dans la concurrence déloyale les dommages moraux sont reliés à l'entreprise ou le fonds de commerce. Il apparaît par ailleurs que dans la méthode analytique de détermination du préjudice économique du contrefacteur, la prise en compte du bénéfice du contrefacteur est exclusive à cette action. Il apparaît comme un nouveau poste de préjudice ajouté à ceux du titulaire de la contrefaçon. Un tel préjudice ne saurait être pris en compte dans la sanction en concurrence déloyale pour le moment, faute de dispositions législatives en la matière, comme cela a été fait en contrefaçon par le législateur français. Nous remarquons à cet égard, que le droit OAPI n'a pas non plus prévu la prise en compte du bénéfice du contrefacteur dans la sanction de la contrefaçon, mais on constate qu'une telle règle se retrouve dans les dispositions du Code pénal sénégalais portant sur la répression de la violation du droit d'auteur et des droits voisins. Le Code pénal sénégalais prévoit en son article 400 que : « *Dans tous les cas prévus par les articles 397, 398 et 399, les coupables seront, en outre, condamnés à la confiscation des sommes égales au montant des parts de recettes produites par la reproduction* ».

1002. Suite à ce qui précède, on constate que les méthodes analytiques d'évaluation des préjudices dans les sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale ne présentent des similarités que dans la forme, se résumant ainsi aux intitulés de certains postes de préjudice. La fonction recherchée les différencie totalement puisque la sanction en contrefaçon intervient dans le cadre de la protection d'un bien intellectuel, alors que celle de la concurrence déloyale n'est admise que dans la sanction d'un abus dans la liberté du commerce et de l'industrie.

1003. L'originalité de la sanction de la contrefaçon comparée à celle de la concurrence déloyale apparaît également dans l'existence des méthodes de calcul de l'indemnisation due à la victime de la première infraction. La méthode forfaitaire est uniquement possible dans l'action en contrefaçon, étant donné qu'elle est basée sur la redevance normalement due par le licencié. Une telle méthode ne pourrait se retrouver

dans l'action en concurrence déloyale. Certains auteurs interprètent l'existence de cette méthode comme une manière pour le législateur de rendre licite la pratique litigieuse en validant a posteriori le contrat de licence d'exploitation qu'il aurait dû conclure avec le titulaire avant d'exploiter son droit intellectuel.

1004. La condition de faits distincts retrouve ici également tout son intérêt car il est évident que la fonction de la sanction de l'action en contrefaçon diffère totalement de celle de l'action en concurrence déloyale et nécessite de ce fait, d'être basée sur des éléments factuels différents, car la logique juridique voudrait que le fait générateur détermine la nature de la sanction. En d'autres termes la justification de la sanction de la contrefaçon ne peut se mesurer que par la faute caractérisée et répondant aux critères spécifiques que le législateur lui a fixée.

## **II) La régulation concurrentielle par la sanction dans l'action en concurrence déloyale**

1005. La sanction de la concurrence déloyale n'est traitée qu'au niveau civil, contrairement à celle de la contrefaçon prévu aussi dans la voie civile que dans la voie pénale. Ce constat peut faire l'objet de plusieurs interprétations.

1006. Il convient d'abord de préciser que l'absence de sanction pénale de la concurrence déloyale fait que la sanction de cette infraction ne doit pas être assimilée à une répression. Les véritables règles de punition de l'auteur d'une infraction sont en effet contenues dans la voie pénale. Cette dernière contient à ce titre des peines infamantes, des amendes pénales, peines de prisons, ainsi qu'une modalité procédurale strictement inspirée de la répression<sup>989</sup>.

1007. Si on peut voir dans l'absence de sanctions pénales, un assouplissement du traitement judiciaire de l'infraction en concurrence déloyale, on peut aussi y voir la conséquence de l'absence des normes légales autour de cette infraction. En effet, la règle pénale est essentiellement d'ordre légal, et le fait que l'infraction de concurrence déloyale soit totalement d'origine prétorienne peut expliquer en droit français l'absence du traitement pénal que connaît ce délit de nature civile. Cependant ce dernier point ne saurait également être suffisant car le droit sénégalais de la concurrence déloyale est un droit

---

<sup>989</sup> F. Desportes et L. Lazerques-Cousquier, op. cit, n°1.

textuel puisqu'étant expressément prévu dans l'annexe VIII de l'Accord de Bangui. Pourtant en droit sénégalais, le délit de concurrence déloyale est resté civil.

1008. Il s'agit dès lors d'un véritable choix d'allègement de la solution judiciaire pour la concurrence déloyale. On peut également y voir une manière de privilégier la sanction civile de cette infraction. Une indemnisation ainsi qu'une cessation de l'illicite étant dès lors suffisantes pour en assurer la sanction.

1009. La nature essentiellement réparatrice de la sanction de la concurrence déloyale est un élément distinctif mais ne suffit pas à expliciter l'exigence de faits distincts dans les actions mixtes en contrefaçon et en concurrence déloyale. Il faudra s'attacher à la fonction recherchée dans de telles mesures pour que cette distinction puisse se faire<sup>990</sup>. L'action cumulée en contrefaçon et en concurrence déloyale est en effet une action civile, dès lors, il apparaît clairement que la distinctivité des sanctions ne concernent que les mesures civiles en contrefaçon et en concurrence déloyale.

1010. La fonction première et commune recherchée dans les infractions est le dédommagement des préjudices de la victime des fautes de contrefaçon et de concurrence déloyale. Il apparaît cependant qu'on peut voir au niveau de la concurrence déloyale une volonté du juge de compenser des postes de préjudices spécifiques que l'on ne retrouve pas dans les faits fautifs ayant entraîné la contrefaçon. C'est ce qu'on appelle une fonction de régulation économique, dans la mesure où le juge recherche dans la concurrence déloyale, à remédier au détournement illicite de clientèle occasionné par l'usage des moyens litigieux<sup>991</sup>. Dès lors la fonction de la concurrence déloyale peut apparaître comme une

---

<sup>990</sup> Y. Auguet, « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in Mélanges Yves Serra, op. cit., p. 26. A ce titre, J.-P. Delpuch, défend dans sa thèse une définition de la concurrence déloyale partagée entre la fonction de détournement de clientèle, critère purement économique, avec celle de la déloyauté, élément juridique de l'infraction. Selon lui le premier élément viserait la fonction des fautes en concurrence déloyale, alors que le deuxième concernerait les formes juridiques de l'infraction : L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, thèse, Paris, 1968, p. 149.

<sup>991</sup> Certains auteurs ont très tôt dégagé le détournement de clientèle comme l'objet de la concurrence déloyale et la sanction de l'infraction viserait dès lors, la régulation du déséquilibre concurrentiel occasionné par de tels agissements, V. Allart, op. cit., n°1 : « *La concurrence déloyale est tout agissement, toute manœuvre ayant pour but de détourner la clientèle, d'un établissement industriel ou d'une maison de commerce* » ; Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, 1<sup>er</sup> éd., p. 8 : « *La concurrence déloyale cherche dans tous les cas à s'emparer indument de la faveur du public et par suite à s'attirer une clientèle qui sans ces manœuvres pourrait s'adresser ailleurs* » ; M. Nast, cité par Mermillod, in, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis*, Thèse, Lyon, 1954 : « *il y a concurrence déloyale ou illicite dans l'acte ayant pour but ou pour conséquence de détourner la clientèle d'une ou plusieurs maisons rivales déterminée. C'est une spécialité nécessaire du préjudice qui est le critérium de la concurrence déloyale ou illicite* ».

sanction réglatrice dans la mesure où elle permettra de remédier au déséquilibre concurrentiel<sup>992</sup>.

1011. Les préjudices de concurrence déloyale sont composés des conséquences négatives économiques et morales. Ils sont constitués par les dommages découlant des fautes de concurrence déloyale. Il s'agit notamment des conséquences des faits de dénigrement, de confusion, de désorganisation, etc. Le préjudice économique constitué de la perte subie et du gain manqué se mesure au niveau des variations du chiffre d'affaires constatées dans la période de l'infraction. Cette variation n'est prise en compte que dans la mesure où sa causalité avec les faits litigieux est établie.

1012. Par ailleurs, il convient de préciser qu'au niveau du préjudice moral les postes de dommages sont plus nominatives mêmes si très souvent, ils sont moins détaillés dans leur mode de calcul que les préjudices économiques en concurrence déloyale.

1013. On parle ainsi en matière de concurrence déloyale pour recherche de confusion ou usage illicite de marque, de dilution de la valeur du signe, de perte de distinctivité, de détérioration de l'image de l'entreprise, de perte de clientèle, ou de mauvaise publicité.

1014. L'indemnisation des préjudices en concurrence déloyale n'a de sens par rapport à la contrefaçon, que dans la mesure où, elle se rattache à des fautes distinctes de cette dernière. Ainsi, l'indemnisation d'une confusion par concurrence déloyale lorsqu'elle est attachée à celle occasionnée par un acte de contrefaçon, ne vise que l'aggravation de ce risque de confusion. D'autres faits distincts de ceux de la contrefaçon devant être invoqués à la base de la demande de dédommagement pour concurrence déloyale par confusion.

## **Sous-section 2 : Le sens de la cessation de l'illicite dans l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale**

1015. La cessation de l'illicite est une mesure commune aux infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale aussi bien en droit français, qu'en droit sénégalais.

---

<sup>992</sup> Ibid.



Cette mesure qui permet au juge d'interdire la poursuite des activités illicites n'a pas cependant la même portée, selon qu'elle est prononcée en droit de la contrefaçon ou en droit de la concurrence déloyale.

### **Paragraphe 1) La cessation de l'illicite en droit de la contrefaçon**

1016. L'interdiction de poursuite prononcée dans l'action en contrefaçon se distingue par la fonction essentielle qu'elle joue dans le rétablissement de la situation du titulaire du droit.

1017. Elle remplit ici principalement le rôle de reconstituer l'exclusivité de la réservation de la propriété du titulaire du droit intellectuel. Cette fonction de la cessation de l'illicite dans l'action en contrefaçon est tout à fait originale comparée à l'action en concurrence déloyale où son rôle est différent.

1018. L'action en contrefaçon protège un droit dans le cadre de la violation dont il fait l'objet, et donc devant une situation juridique subjective. La protection de ce droit subjectif a d'abord été assurée par le législateur avec la création du délit de contrefaçon. La peine de cessation de l'illicite est une mesure que l'on peut considérer comme le moyen pour le juge de renforcer l'instauration du délit au niveau légal par un contrôle du juge a posteriori. Il ne s'agit pas seulement d'un contrôle mais également d'une obligation de ne pas faire ayant cette fois-ci, la nature de sanction disciplinaire.

1019. L'obligation de ne pas poursuivre les activités illicites visent une obligation de ne pas faire, en l'occurrence celle de ne pas usurper la propriété immatérielle d'autrui. Certains préfèrent parler d'obligation en nature dans la mesure où elle permet au débiteur de l'obligation, notamment l'auteur des faits, d'accomplir l'obligation qu'il était censé respecter en amont. Les deux conceptions se justifient en notre sens, mais considérer la cessation de l'illicite comme une obligation en nature permet d'éviter la lourdeur terminologique de parler d'une obligation de ne pas faire portant sur une obligation de ne pas faire. Nous verrons que dans l'action en concurrence déloyale, cette lourdeur terminologique pourra être évitée à cause de la nature de l'obligation principale.

1020. Certains auteurs pensent par ailleurs, que la mesure de cessation de l'illicite est une mesure préventive permettant de prévenir la réalisation du préjudice dans le futur. Cette conception n'est pas fautive en notre sens, car en évitant la poursuite de l'infraction,

le juge prévient la continuité du préjudice de la victime de tels actes. La prévention de l'atteinte future des droits intellectuels d'autrui est un élément essentiel dans la lutte judiciaire contre la contrefaçon.

## **Paragraphe 2) La cessation de l'illicite en droit de la concurrence déloyale**

1021. En droit de la concurrence déloyale, la cessation de l'illicite remplit une fonction tout à fait distincte. On est toujours en présence d'une peine d'interruption de l'activité illicite causant un dommage à autrui, mais c'est le domaine dans lequel il s'exerce qui s'applique qui en modifie le sens et la portée. L'infraction de concurrence déloyale se base sur la violation d'une obligation de ne pas faire. Il s'agit pour le juge d'interdire la poursuite de l'utilisation d'un moyen déloyal dans le commerce, l'obligation de ne pas poursuivre concerne une obligation de ne pas faire. Cette dernière étant l'obligation de ne pas abuser de sa liberté concurrentielle.

1022. Autrement dit, le droit de la concurrence déloyale est basé sur la violation d'une obligation de loyauté entourant l'exercice de la liberté concurrentielle. Il n'existe pas en France, de dispositions légales sur cette infraction, il n'empêche qu'elle soit sanctionnée au titre de la responsabilité civile délictuelle. Le juge qui décide d'interdire la poursuite de cette déloyauté, consacre ainsi une obligation de ne pas faire. Contrairement à l'action en contrefaçon, la cessation de l'illicite en droit de la concurrence déloyale interdit la poursuite d'un abus de liberté ou abus de droit comme diraient certains. Il s'agit du devoir de se conformer à la loyauté dans la pratique des affaires.

1023. Cependant, il convient de remarquer également que l'originalité de l'action en concurrence déloyale réside dans la possibilité de tourner cette obligation de ne pas faire en une obligation de faire. En d'autres mots, c'est dire que l'obligation de ne pas abuser de sa liberté concurrentielle est aussi une obligation de respecter la liberté concurrentielle d'autrui. Comme dit l'adage populaire : « *Ma liberté s'arrête là où comme celle des autres* ». Ainsi le concurrent qui prend conscience du droit dont disposent ses concurrents à un cadre sain d'activités, retient par la même occasion son devoir de participer à sa réalisation en évitant d'abuser de sa propre liberté. La cessation de l'illicite qui intervient dans ce cadre peut être assimilée à une obligation de ne pas faire qui assure le respect d'une obligation de faire. Ainsi, on remarque qu'en droit de la concurrence déloyale, la cessation de l'illicite remplit une fonction réversible, consistant notamment selon

l'appréciation de la nature de l'obligation violée par l'auteur de la faute, de s'adapter à cette situation. Comme nous l'avons montré plus haut, la cessation de l'illicite peut aussi bien porter sur une obligation de faire, que sur une obligation de ne pas faire.

1024. Par ailleurs, il apparaît également qu'à titre préventif, la cessation de l'illicite dissuade les dommages concurrentiels futurs de la victime de tels agissements. Elle permet de protéger par la même occasion l'ordre concurrentiel tout entier en assainissant les opérations exercées en son sein. La fonction première de l'existence des peines étant en notre sens la dissuasion, il apparaît que la mesure d'interdiction de poursuite des activités répond également à ce souci.

1025. A titre illustratif, il est évident en ce sens que l'interdiction de poursuite peut être un frein pour le concurrent condamné d'être déloyal. Cela apparaît notamment du fait qu'il peut être, à tout moment, forcé d'arrêter. Cela peut par exemple, concerner son activité de reproduction, notamment au regard de la mesure ordonnée par voie de référé sur la base des articles 809 et 873 du Code français de la procédure civile. Dans les dispositions de ces articles, l'absence d'une « *contestation sérieuse* » ne constitue pas un frein à l'activité illicite.

1026. Dès lors, s'adonner à de telles pratiques notamment dans la reproduction servile peut être un risque de perte de performance de l'entreprise. L'existence de la règle de cessation de l'illicite apparaît dès lors comme une mesure de dissuasion à titre préventif. C'est ce caractère autonome de la cessation de l'illicite qui a poussé un auteur, à élaborer une proposition visant à ériger cette peine de nature complémentaire en une véritable action judiciaire destinée à protéger les victimes de faits illicites. La mesure remplit une fonction similaire en droit de la contrefaçon.

1027. La nature disciplinaire de la cessation de l'illicite est dès lors comme une évidence. C'est une fonction partagée aussi bien en droit de la contrefaçon qu'en droit de la concurrence déloyale. Empêcher l'auteur de faits délictueux de poursuivre son activité litigieuse est le minimum que l'on puisse attendre de l'intervention du juge. C'est ce qui a fait dire à certains auteurs, qu'elle est « *la première des sanctions* »<sup>993</sup>. La cessation de l'illicite est ainsi un rappel disciplinaire à l'ordre, d'autant plus que très souvent elle est accompagnée de mesures d'astreintes visant à faire plier le contrevenant à la règle, soit à la demande de la victime ou sous l'initiative du le juge.

---

<sup>993</sup> Chavanne et J.-J. Burst, Droit de la propriété industrielle, op. cit.

### **Sous-section 3 : Les limites au cumul des sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

1028. L'exigence de faits distincts pour l'admission, par le juge, d'un cumul de demandes en contrefaçon et en concurrence déloyale ne connaît pas une application uniforme. Cette condition justifiant les fonctions complémentaires des actions judiciaires précitées, par leur différence de nature et d'objets, est parfois ignorée par le juge, au profit d'autres considérations.

1029. La jurisprudence de l'affaire Bollé a été l'occasion pour les praticiens du droit de mesurer la relativité de l'exigence des faits distincts dans l'action conjointe en contrefaçon et en concurrence déloyale. La cour régulatrice a en effet revu sa position en admettant que : « *l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif* »<sup>994</sup>. Cette affaire qui concernait une demande de concurrence déloyale pour recherche de confusion à partir d'un modèle de lunettes protégé par le droit d'auteur, a ainsi montré que l'exigence de faits distincts n'est qu'un outil juridique réversible, utilisé par le juge selon la solution qu'il recherche.

1030. Cette décision n'est pas marginale, la Cour de cassation a repris la formule précédente dans d'autres arrêts, faisant de sorte qu'il existe un réel déséquilibre dans l'application de la règle de faits distincts en France<sup>995</sup>. Plus récemment encore, notamment dans l'arrêt de la Cour supérieure, il est précisé en ce sens que : « *l'action en responsabilité pour parasitisme peut être fondée sur les mêmes faits que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon de marque rejetée pour défaut de droit privatif, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif* »<sup>996</sup>.

1031. La Cour de cassation ayant rappelé à maintes reprises que : « *l'action en concurrence déloyale assure la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif* »<sup>997</sup>. Ce point de vue qui paraît de premier abord en contradiction avec ce qui vient d'être mentionné, n'en est pas moins conforme. Autrement dit, c'est parce que justement la

---

<sup>994</sup> Cass. com., 12 juin 2007, arrêt précité.

<sup>995</sup> Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07-21912, Louis Vuitton : JurisData n° 2009-047000.

<sup>996</sup> Cass. Com., 12 juin 2012, arrêt précité.

<sup>997</sup> Cass. com., 29 nov. 1966, Bull. n° 389 ; Gaz. Pal. 1961. 1. 152.

concurrency déloyale présente un caractère complémentaire dans sa fonction de protection des créations non protégées par le droit de la propriété intellectuelle, qu'elle peut intégrer des faits de contrefaçon dans une approche et un but totalement différent de ceux de l'action en contrefaçon.

1032. La fonction de la concurrence déloyale vise en effet, la punition d'un devoir de loyauté dans la vie des affaires, alors que celle de la contrefaçon est la sanction du non-respect de la propriété d'autrui. L'exigence de faits distincts semble exclure la possibilité qu'un même fait générateur puisse sous-tendre l'application de ces deux sanctions. La jurisprudence susvisée quoique exceptionnelle en ce qu'elle ne constitue qu'un mouvement minoritaire, indique le contraire.

1033. Il importe que les conditions de mise en œuvre des sanctions des différentes actions soient respectées. La concurrence déloyale pourra se fonder sur les mêmes faits que la contrefaçon s'il existe une faute dans le sens des usages commerciaux et industriels. La faute de concurrence déloyale en l'occurrence, présentera l'intérêt en surcroît de la sanction de l'atteinte au droit intellectuel, de sanctionner par la même occasion le non-respect par le défendeur de son obligation de loyauté, contrepoids de sa liberté du commerce et de l'industrie.

1034. La tendance jurisprudentielle impliquant la disparition de la condition de faits distincts se rapproche de la pratique jurisprudentielle sur la sanction de la copie servile. Cette dernière s'appuyant sur la sanction automatique supplémentaire par concurrence déloyale est cependant admise dans un procès impliquant des dessins et modèles. La Cour de cassation n'exige pas dans ce cas de figure, les faits distincts, car les effets négatifs de l'acte litigieux justifieraient cette exception. Ce n'est cependant pas le cas dans les autres droits intellectuels. Dans ces derniers le juge de régulation casse souvent les arrêts qui fondent la seule justification de la sanction supplémentaire pour concurrence déloyale, dans l'existence d'une copie servile.

1035. Il s'ensuit que la distinction des faits générateurs de contrefaçon et de concurrence déloyale exigée dans une action mixte est loin de faire l'unanimité dans la pratique du contentieux de la contrefaçon et de la concurrence déloyale.

1036. Comme il est communément admis dans le langage courant, « *c'est l'exception qui confirme la règle* », il n'existe pas en droit, en notre connaissance des principes qui marche d'une manière équitable pour tous les cas de figures, le juge est

parfois amené comme on vient de le remarquer, pour augmenter l'efficacité du droit, à déroger à ses propres règles pour sauver d'autres qui s'avèrent pour l'occasion beaucoup adéquates ou plus urgentes.

## **Section 3 : Angle de vue commun sur les sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale**

1037. Pour porter un regard unifié dans les sanctions des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale, consisterait en notre sens à déceler deux fonctions clés aux deux infractions<sup>998</sup> : il s'agit de voir en ces derniers, des outils de police de l'équilibre concurrentiel du marché (Sous-section 1), ainsi que ceux destinés à la protection de la clientèle (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : La fonction de régulation concurrentielle des actions**

1038. La régulation est définie comme le « *fait d'assurer le fonctionnement correct et équilibré d'un secteur complexe d'activité* »<sup>999</sup>. En d'autres termes, au sens où nous l'entendons, elle se rattache à la terminologie économiste selon laquelle, elle serait un « *Équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices, action de régler un phénomène évolutif* »<sup>1000</sup>. Cette régulation juridique du marché est assimilable en notre sens, au caractère préventif qui ressort des sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale<sup>1001</sup>.

---

<sup>998</sup> Partant du principe que les deux actions interviennent dans le cadre de l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, il devient dès lors relativement aisé de démontrer en quoi se matérialise cette fonction unitaire. La concurrence déloyale intervient pour interdire l'usage de moyens déloyaux dans l'exercice de cette afin que le principe de la loyauté soit à la base de l'exercice des affaires. Pour ce qui est de la contrefaçon, relevant de la concurrence illégale, sa fonction participe également dans le cadre du bon fonctionnement de la concurrence. Elle favorise l'innovation par la sanction des actes qu'un tiers accomplirait en violation des droits de la propriété intellectuelle de la victime. Dès lors il apparaît que les deux infractions participent sur des plans distincts, à un plein exercice de la liberté du commerce et de l'industrie.

<sup>999</sup> R. Cabrillac, op. cit., p. 434.

<sup>1000</sup> G. Cornu, op. cit., 10<sup>e</sup> éd., p. 884. Cette définition relevant de la conception économique nous convient en ce que d'une certaine manière c'est bien le secteur d'intervention des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale, mais également, en ce que la régulation juridique apparaissant dans les sanctions de ces deux infractions participent effectivement à des fonctions correctives et de direction sur les moyens licites d'enrichissement des acteurs économiques.

<sup>1001</sup> En matière de concurrence déloyale, V. notamment Ph. le Tourneau : Responsabilité civile

1039. Les sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale remplissent avant tout une fonction de régulation dans la pratique des affaires. Ce rôle qui leur est dévolu en tant que garde-fous des comportements déviants dans l'exercice des affaires apparaît de différentes manières selon que l'on se place au niveau de l'une ou de l'autre des actions judiciaires. M. Delpeuch avançait dans le même sens que « *Pas plus l'action en contrefaçon que l'action en concurrence déloyale ne garantit une certaine clientèle. L'une et l'autre tendent seulement à régler la recherche de cette clientèle, la première en assurant au titulaire du droit privatif une position privilégiée dans la lutte concurrentielle, la seconde en sanctionnant la poursuite de la clientèle par des moyens déloyaux* <sup>1002</sup> ».

1040. Dans le même sens, M. Séverin a pu considérer à propos de la complémentarité entre la responsabilité civile et la protection des droits subjectifs que : « *puisque les droits subjectifs sont exclusifs, il convient alors de sanctionner les atteintes qui manifesteraient une contradiction au caractère exclusif des droits subjectifs. A ce titre, et à côté d'actions spécifiques, la responsabilité civile apparaît comme l'outil idéal de cette sanction* » <sup>1003</sup>.

1041. La fonction régulatrice de la sanction en contrefaçon se matérialise dans le but disciplinaire que vise la sanction civile ou pénale de cette dernière. Même si la sanction pénale est la plus sévère en ce qu'elle vise par sa nature, une répression lourde de la violation de la loi, on a pu constater que les sanctions civiles portent de plus en plus sur des peines visant la punition de l'auteur de l'infraction.

1042. En effet, il apparaît que les peines infamantes ou afflictives prévues au niveau pénal sont des mesures préventives à l'infraction en ce qu'elles répriment d'une manière sévère les pratiques qui permettent de la réaliser <sup>1004</sup>. Cette prévention ne peut se mesurer que par le caractère disciplinaire revêtu par les différentes mesures contenues dans le panel de peines applicables en cas de contrefaçon.

1043. La sanction de la contrefaçon qui porte sur le non-respect d'un monopole d'exploitation, se présente ainsi comme un moyen pour le législateur d'instaurer une bonne

---

professionnelle, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 2. 27 : « *Liée au rôle normatif, la première fonction de la responsabilité civile subjective (pour faute) est de prévenir les dommages plus que de les réparer* ».

<sup>1002</sup> J.-P. Delpeuch, op. cit., p. 160

<sup>1003</sup> J. Séverin, La protection des droits subjectifs par la responsabilité civile, thèse, Toulouse, 2012, n° 260. Lorsque la responsabilité civile fondement du régime de la concurrence déloyale peut être perçue en ce sens comme le régime parfait pour sanctionner l'atteinte aux droits subjectifs tels que les droits de la propriété intellectuelle, on peut en déduire que dans le cadre civil, l'action en concurrence déloyale peut tout à fait convenir à la protection des droits intellectuels.

<sup>1004</sup> F. Chabas, Responsabilité civile et responsabilité pénale, op. cit., n°151.



marche de l'économie en général, et ceci dans la mesure où le respect de la propriété d'autrui est une des règles fondamentales de la vie en société et relève dès lors de la protection de l'intérêt général par le biais de l'ordre concurrentiel.

1044. Ceci est renforcé par la possibilité d'intervention du ministère public qui, en tant que garant de l'ordre social intervient pour que la sanction adéquate soit appliquée pour la sauvegarde d'intérêt général. Les peines d'incarcérations prévues dans toutes les formes de contrefaçon aussi bien en France qu'au Sénégal participent de la protection de l'ordre concurrentiel, même si la contrefaçon n'est pas encore communément considérée à la juste mesure de sa gravité.

1045. La nécessité d'une discipline des affaires que traduit l'existence d'une sanction de la contrefaçon, transparait également dans celle de l'action en concurrence déloyale. Dans cette dernière infraction, il ne s'agit pas de la sauvegarde de la réservation d'un droit de propriété intellectuelle ainsi qu'il en est question pour la contrefaçon, mais son rôle reste tout aussi disciplinaire.

1046. Il est peut-être même aisé de voir le caractère préventif de la concurrence déloyale dans le cadre de l'ordre concurrentiel, car l'infraction relève directement de la sanction de la violation d'un devoir lié à l'exercice personnel de la liberté concurrentielle. Ce dernier concept directement tiré de la liberté du commerce et de l'industrie relève de la défense faite aux bénéficiaires de cette liberté, d'en abuser par l'usage de moyens déloyaux. Ce dernier élément permettrait ainsi à son auteur un avantage concurrentiel indu acquis au détriment d'autres acteurs économiques. Il peut s'accompagner en ce sens d'attaques directes visant la déstabilisation de l'exploitation économique d'autrui.

1047. La sanction de la concurrence déloyale revêt un caractère qui se veut de plus en plus contraignant dans la mesure où conformément au régime de la responsabilité civile délictuelle dont elle emprunte les modalités, la réparation n'est pas l'unique but poursuivi par les mesures civiles constatées en la matière. A l'image de la sanction civile de la contrefaçon, le juge impose à l'auteur de l'acte litigieux en plus du dédommagement, des actes de réparation en nature présentant le plus souvent un caractère disciplinaire.

1048. La nature préventive de la sanction de la concurrence déloyale transparait également dans la flexibilité de la faute de concurrence déloyale<sup>1005</sup>. En d'autres termes, même s'il existe des fautes énumérées à titre indicatif aussi bien en droit français que

---

<sup>1005</sup> G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t.1, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 1983, n°463, p. 12.

sénégalais, le fait générateur de concurrence déloyale s'adapte aux pratiques nouvelles des contrevenants. Il s'avère que l'avancée technologique ou les nouveaux modes de vie peuvent facilement donner de nouvelles idées ainsi que de nouveaux moyens aux concurrents déloyaux. Ceci présente comme conséquence le fait que l'avantage de l'infraction de la concurrence déloyale demeure, la liberté du juge sur l'appréciation de la faute. Le caractère disciplinaire de la sanction apparaît dans l'impossibilité pour le délinquant déloyal de pouvoir profiter des failles de la réglementation pour se constituer des situations illicites échappant à la définition de l'infraction. L'avantage que présente la sanction de la concurrence déloyale est ainsi une sorte de dissuasion de la déloyauté, dans la mesure où toutes les formes d'agissements pourront être sanctionnées.

1049. Il demeure en matière de sanctions civiles des deux délits, une mesure commune qui est particulièrement révélatrice de la fonction disciplinaire et préventive des deux actions judiciaires, il s'agit en l'occurrence de la peine de cessation de l'illicite, mesure souvent complémentaire au dédommagement de la victime des deux infractions<sup>1006</sup>.

1050. La cessation de l'illicite est souvent présentée par certains auteurs français comme une mesure préventive des infractions dont elle participe à la sanction. Elle est ainsi un véritable moteur de régulation économique dans la mesure où elle empêche la réalisation des infractions du monde des affaires pour le futur. En l'occurrence, en assurant pour ce qui est de la contrefaçon, le respect des monopoles d'exploitation, et pour la concurrence déloyale, le respect de la loyauté concurrentielle, elle guide d'une manière déterminante le fonctionnement de la pratique concurrentielle vers un exercice sain et bénéfique.

---

<sup>1006</sup> Cette mesure prévue au niveau de la sanction procédurale de tous les droits de propriété intellectuelle en droit comparé est formulée dans les mêmes termes qu'en matière de brevet en droit français. L'article L. 615-3 al.1 consacre la mesure de cessation dans la disposition suivante : « *Toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon peut saisir en référé la juridiction civile compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon* ».

Lorsque l'atteinte concerne la propriété littéraire et artistique dans le cadre d'internet, l'article L. 336-2 intervient dans le même sens, notamment en ces termes : « *En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visés à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier* ».

## **Sous-section 2 : La protection d'un droit à la clientèle**

1051. Une certaine approche doctrinale consiste à voir dans la sanction de la concurrence déloyale, un moyen de sauvegarder la clientèle<sup>1007</sup>. Pour M. Auguet, les restrictions conventionnelles de concurrence tendent à la protection de la clientèle, que ça soit dans le cadre du droit commercial ou du droit du travail<sup>1008</sup>. Si l'auteur accepte que cette protection passe par un contrôle indirect notamment par la créance de l'obligation de non-concurrence, elle n'en sera pas moins efficace dans la mesure où elle permet la maîtrise de l'exercice de la concurrence. Le professeur Yves Serra a déjà soutenu cette idée en distinguant les conventions de non-concurrence d'origines commerciale, sociale ou civile<sup>1009</sup>, et c'est également le cas pour M. Picod qui, pour sa part, va plutôt faire une délimitation de la non-concurrence dans les contrats comportant un lien de subordination, comme le contrat de travail et ceux qui n'en n'ont pas<sup>1010</sup>. Ces auteurs dont nous partageons les positions montrent que la non-concurrence est avant tout un moyen de protéger la clientèle. L'infraction de concurrence déloyale poursuit le même objectif que la concurrence anti-contractuelle. Dans le cadre de cette infraction, c'est plutôt la pratique des affaires qui va délimiter le champ des moyens de concurrence qui sont exclus de l'exercice de la liberté d'entreprendre. Ceci explique également la possibilité de sanctions cumulées des deux catégories de limitation de concurrence dans un même procès.

1052. Faisant l'objet de plusieurs essais de définitions, la clientèle, qu'elle soit civile ou commerciale, a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine française<sup>1011</sup>. Très

---

<sup>1007</sup> R. Salomon, Précis de droit commercial, PUF, 2005, p. 84 : « *La clientèle peut être définie dans une vision statique comme l'ensemble des personnes entrant en relation avec l'entreprise et, dans une vision dynamique, comme la valeur économique représentée par les relations commerciales qu'entretiennent les clients de l'entreprise* » ; J. Julien et A. Mendoza-Caminade, op.cit, n° 384 : « *il serait donc préférable d'envisager la clientèle comme l'objectif poursuivi par le commerçant, le fonds de commerce et ses éléments, lui permettant de l'attirer à lui, et de la conserver. Cette approche, proposée par une partie de la doctrine, pour séduisante qu'elle soit, présente cependant l'inconvénient de ne pas prendre en considération la valeur représentée par la clientèle (...) Comprendons donc la clientèle dans le fonds de commerce, en l'appréhendant comme la valeur qu'elle représente, et est susceptible de représenter* » ; J. Mestre et alii., Droit commercial, op. cit., n°s 839, 847 ; P. Didier, Droit commercial, t.1, Economica, 2005, n° 352 ; L. Vogel, Traité de droit des affaires, op. cit., n° 737 et s.; P Canin, Droit droit commercial, 6<sup>e</sup> éd., Hachette, 2014, n°s 62 à 126 ; Ph. Delebecque et M. Germain, Traité de droit commercial, t. 2, LGDJ, 17<sup>e</sup> éd. ; 2004.

<sup>1008</sup> I. Auguet, op. cit., n° 166.

<sup>1009</sup> Y. Serra, op. cit.

<sup>1010</sup> Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », op. cit.

<sup>1011</sup> Pour une approche personnelle, R. Perruchot-Triboulet, Cession de clientèle, Rev. crit. lég. jur. 1935. 214

liée au régime du fonds de commerce, dont elle est une composante essentielle, la notion juridique de clientèle apparaît ainsi dans les articles 1 et 9 de la loi Cordelet du 17 mars 1909 sur le régime du fonds de commerce. Si le droit de la concurrence vise un ordre concurrentiel, c'est en notre sens, dans le but de protéger cette clientèle même à l'origine de la compétition économique<sup>1012</sup>. Godinot la définit comme : « *l'ensemble des personnes, dénommées clients, (...) qui se fournissent habituellement chez un commerçant* »<sup>1013</sup>.

1053. La mise en place d'une obligation de non-concurrence répond ainsi pour une partie de la doctrine, à la protection de la clientèle dans certaines situations. Elle est très souvent nécessaire par exemple pour la cession d'une clientèle professionnelle, elle n'est cependant pas nécessaire pour la cession d'une clientèle civile. Un bon nombre de juristes français ont adhéré à ce principe, qui en notre sens est tout à fait justifiable<sup>1014</sup>. En ce sens, dans sa thèse intitulée « *concurrence et clientèle* », un auteur déclare que : « *En matière de transfert de clientèle civile, l'obligation de non-concurrence du cessionnaire ne peut être présumée, elle doit être exprimée. Alors que dans la cession de fonds de commerce, l'obligation de non-concurrence existe de plein droit, dans le cadre d'une opération visant à transmettre une clientèle civile, l'obligation de non-concurrence n'existe pas, indépendamment de tout engagement exprès* »<sup>1015</sup>. Il existe ainsi une obligation de non-concurrence tacite ou expresse selon la nature de la clientèle concernée.

---

spéc. p. 220 : « *Valeur représentée par les relations d'affaires d'un individu avec les personnes qui ont l'habitude de faire des opérations avec lui soit à raison de la confiance qu'il a sur leur inspirer, soit pour des raisons de commodités matérielles* » ; A. Rossignol, La transmission des cabinets professionnels, J.C.P. G., 1977. II .12316. n°1 : « *L'ensemble des personnes qui entretiennent des rapports d'affaires, d'intérêts ou sollicitent des services plus ou moins suivis d'un individu ou d'un groupe d'individus se livrant à une activité professionnelle quelconque* » ; d'autres auteurs ont tenté une approche abstraite de la clientèle, nous partageons la première conception : M. Lefloch, Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, t. 192, LGDJ, 1986, n° 69 : la clientèle est « *la position occupée par un commerçant vis-à-vis d'une clientèle (...)* » ; F. Zenati, Clientèles, R.T.D. Civ. 1994. 639 : « *la clientèle ce n'est pas les clients mais le pouvoir attractif exercé sur les clients* ».

<sup>1012</sup> C'est ainsi que dans les contrats de distribution, elle viserait « *une concurrence faite au fournisseur pendant le contrat* » : A. Mendoza-Caminade, Droit de la distribution, éd. Montchrestien 2011, p. 21. Cet auteur reprend d'ailleurs dans son ouvrage, la définition de la clause de non-concurrence dégagée par le règlement n° 330/2010/UE du 20 Avril 2010, la clause de non-concurrence serait : « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* ».

<sup>1013</sup> H. Godinot, « La concurrence déloyale ou illicite », op. cit., p. 216.

<sup>1014</sup> Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », JCP. E. 1994 I. 349. 1.

<sup>1015</sup> Y. Auguet, Clientèle et concurrence, LGDJ, 2000, p. 287.

1054. Le régime juridique de la concurrence déloyale rejoint ce principe car il sanctionne justement le détournement de clientèle par des moyens illicites<sup>1016</sup>. Ripert a aussi défendu cette idée, il assimile dès lors la concurrence déloyale à la sanction d'un droit, celui que l'on détient sur la clientèle<sup>1017</sup>. Cette fonction de la concurrence déloyale est essentielle au sens où la liberté de la concurrence consacrent le principe de la licéité du dommage concurrentiel, et que, comme le disent certains, « *la liberté sans borne est anarchie : en tout cas, la liberté de l'un finit où commence le droit de l'autre* »<sup>1018</sup>. La liberté de détourner la clientèle de la concurrence est limitée par l'infraction de concurrence déloyale en ce qu'elle soumet cette liberté à l'utilisation de moyens loyaux et honnêtes.

1055. La concurrence déloyale et la clause de non-concurrence vont dès lors régir la même protection de la clientèle, respectivement dans le cadre délictuel et dans le cadre contractuel<sup>1019</sup>. Cet état de fait, a parfois conduit des tribunaux à faire l'amalgame entre les deux infractions, en retenant la concurrence déloyale même pour la sanction des obligations relevant du contrat. Cet égarement jurisprudentiel reste marginal car la concurrence déloyale assure plutôt un rôle de sanction subsidiaire ou complémentaire dans le contentieux de la clause de non-concurrence<sup>1020</sup>.

1056. Ce point de vue à « *finalité patrimoniale* » n'emporte pas le consensus de la doctrine française<sup>1021</sup>. Cette idée peut être rapprochée de la sanction du préjudice de détournement de clientèle qui prédomine les postes de réparation en concurrence déloyale. Que ça soit dans la concurrence déloyale par confusion, par désorganisation ou par dénigrement, l'auteur des actes agit souvent dans l'espoir de profiter de la clientèle que la victime pourra perdre du fait des agissements délictueux. En ce sens on pourrait concevoir que l'interdiction du détournement illicite de clientèle à travers les fautes constitutives de l'infraction puisse être un moyen de protéger cette dernière.

1057. Cette considération crée un point de rapprochement entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon. Cette dernière intervient en effet dans la

---

<sup>1016</sup> H. Allart, *Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale*, éd. Rousseau, 1892, n°1.

<sup>1017</sup> G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, op. cit.; « Aspects du capitalisme moderne », op.cit.

<sup>1018</sup> H. Godinot, *La concurrence déloyale ou illicite*, op. cit., p. 7.

<sup>1019</sup> Cass. soc., 28 janv. 2005, Dr. Soc. 2005, p. 583, JurisData n° 2005-026609. La Cour de cassation a jugé que la nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à la recevabilité de l'action en concurrence déloyale, dès lors que ses conditions d'application sont réunies.

<sup>1020</sup> CA Metz, 5 avr. 2005, JurisData n° 2005-276325 pour des faits de détournement de fichiers et risque de confusion ; CA Aix-en-Provence, 9 mai 2005, JurisData n° 2005-276553.

<sup>1021</sup> Y. Chaput, *Clientèle et concurrence*, Litec, 2000, p. 110.

sanction de la violation d'un monopole d'exploitation, ce qui n'est autre chose, qu'un moyen de rendre exclusive la clientèle attachée à cette invention, signe distinctif ou œuvre. C'est en ce sens que Ripert affirmait que : « *le commerçant qui l'intente défend sa clientèle contre le détournement dont elle est l'objet. L'action ressemble à une action possessoire ou une action en revendication. Elle est en quelque sorte une action réelle et sanctionne un droit de propriété* »<sup>1022</sup>.

1058. Contrairement à la concurrence déloyale, où il est fréquent de voir le traitement judiciaire d'un poste de préjudice pour détournement de clientèle, cela n'est pratiquement jamais le cas en droit de la contrefaçon. Pourtant, il nous semble que c'est dans cette dernière action judiciaire que cette notion est beaucoup plus pertinente.

1059. En droit du brevet, l'action en contrefaçon permet de s'assurer que le produit ou le procédé breveté ne peut faire l'objet que d'une seule exploitation, celle de son auteur, ou alors, celle de la personne à laquelle ce dernier aura donné une autorisation d'exploitation, comme le licencié.

1060. Dans le droit de la marque, cette idée est toujours présente car l'exploitation du signe distinctif dans le cadre des produits ou services désignés à l'enregistrement est réservée. Le monopole de la marque est ainsi attaché au principe de spécialité de cette dernière. On affirme très souvent à ce titre que la fonction principale de la marque est celle d'une garantie d'origine des produits ou services qu'elle désigne. C'est dire que la clientèle qui s'attache à ce signe ne doit pas être détournée par le biais d'atteinte au droit intellectuel, quel que soit la forme de manifestation de cette infraction, que ça soit par un usage de marque, une apposition de marque.

1061. Dans le même sens, la violation de l'indication géographique participe de la même préoccupation. Ce droit intellectuel identifie l'origine d'un produit par rapport à une qualité spécifique que la clientèle attache à ce dernier. La violation de la réservation de ce signe est forcément constitutive d'un détournement de clientèle. Le consommateur qui se tourne vers cette marchandise est forcément intéressé par la qualité qui se veut unique et qui reste uniquement attachée à la provenance spécifique de ce produit.

1062. Le droit d'auteur et le droit du dessin et modèle protègent également la clientèle de leur titulaire. L'originalité du produit ou de l'œuvre est également l'élément déterminant du consommateur des produits qui découlent de ces droits intellectuels. Il

---

<sup>1022</sup> Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit., p. 190.

suffit que le contrefacteur usurpe cette caractéristique pour qu'une contrefaçon puisse être sanctionnée, que ça soit pour atteinte au droit du dessin et modèle ou entre autre, pour plagiat d'une œuvre artistique ou littéraire.

1063. Un élément commun de préjudice des deux actions judiciaires peut expliquer selon nous la protection de la clientèle qui ressort de leur sanction. Il s'agit du préjudice de risque de confusion que l'on peut retrouver aussi bien en tant que faute de contrefaçon, qu'en tant que faute de concurrence déloyale. Ce poste de dommage n'est autre chose qu'une forme de parasitisme appliquée dans un cadre concurrentiel.

1064. Dans le cas de la contrefaçon, le risque de confusion se manifeste dans les reproductions serviles ou quasi serviles des éléments déterminants constitutifs des droits intellectuels en question. Dès lors, il peut arriver que cette tromperie, vis-à-vis du client et attachée à ces éléments, soit elle-même constitutive de l'infraction en concurrence déloyale. La recherche de confusion peut également être un dommage distinct et à ce titre sanctionnée par une demande supplémentaire en concurrence déloyale. La confusion dans ce cas sanctionne le détournement de clientèle recherché à l'occasion de la contrefaçon.

1065. La confusion est par ailleurs une faute entière de concurrence déloyale, et est sanctionnée ici dans les conditions de la responsabilité civile délictuelle en droit comparée. Ce préjudice de confusion est la faute de concurrence déloyale qui révèle le plus cette idée de protection de la clientèle, car le seul effet recherché par l'auteur de l'acte litigieux est justement de s'enrichir à moindre coût de la clientèle d'autrui.

1066. Dans les autres fautes en concurrence déloyale, cet effet est indirect. En cas de désorganisation, le débauchage n'entraîne un détournement de clientèle que dans la mesure où le personnel recruté par le concurrent déloyal usurpe illicitement le secret d'affaires d'autrui. Lorsque ce recrutement est massif le transfert des compétences clés d'une entreprise performante vers une autre peut entraîner par la même occasion un transfert illicite de clientèle s'il s'avère être justement, l'effet recherché par le concurrent déloyal. Cela sera d'autant plus logique que l'entreprise victime peut perdre la confidentialité liée au secret d'affaires.

1067. Le dénigrement est également constitutif d'un moyen déloyal de détourner la clientèle d'autrui, sa sanction est, à l'image des autres fautes de concurrence déloyale, un moyen de protection de cette même clientèle. La publicité négative qui forme l'acte de ce dénigrement entraîne très souvent une baisse de chiffre d'affaire entraînée par une perte

de marché ou de clientèle. L'auteur de ces agissements bénéficie très souvent directement de l'effet contraire des conséquences négatives de ces agissements subis par la victime.

1068. La fonction de protection de la clientèle qui ressort des sanctions en concurrence déloyale ou en contrefaçon se révèle notamment par l'existence d'un dédommagement pécuniaire imposé à l'auteur des faits litigieux, et visant à compenser la perte financière que la victime a subie du fait de la baisse de sa clientèle. L'indemnisation est ainsi un moyen de faire compenser à la victime des faits délictueux, les conséquences de la baisse du chiffre d'affaires qui découle de la perte de clientèle.

1069. Cette compensation se passe de deux manières dans la réparation civile faisant suite aux actions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Il s'agit d'abord de l'indemnisation de la perte subie qui assure à la victime la récupération du manquement économique constaté au niveau de l'exploitation du fait de la concurrence déloyale ou de la contrefaçon. Il s'agit ensuite de la réparation par équivalent du gain manqué, ou en d'autres mots de la perte d'une chance de réalisation d'un gain. Ce dernier poste de préjudice vient compenser les bénéfices potentiels mais certains dont la victime avait été privée à cause de la contrefaçon.

1070. Ces deux mesures civiles sont souvent complétées par une interdiction de poursuite des activités illicites. Ces dernières permettent la prévention de l'atteinte de la clientèle pour le futur. En interdisant la poursuite des activités contrefaisantes ou déloyales pour l'avenir, cette mesure assure une protection efficace et sécurisée de la clientèle.

1071. Il existe cependant en marge de cette conception sur la fonction de détournement de clientèle en matière de concurrence déloyale, une doctrine qui se rattache à un autre point de vue<sup>1023</sup>. Il s'agit tout simplement de la position qui rejette l'assimilation de la concurrence déloyale à la protection de la clientèle. Les auteurs qui défendent cette position sont plutôt partisans d'une fonction de la concurrence déloyale rattachée à la déloyauté<sup>1024</sup>.

---

<sup>1023</sup> P. Roubier, t. 1, p. 494 : « la clientèle est à qui sait la conquérir et la prendre et il ne peut y avoir d'action tendant à garantir une clientèle (...) il y a des droits possibles à l'exclusion d'une clientèle ou à l'exclusivité des signes de ralliement d'une clientèle, mais il n'y a pas de droit à un certain volume de clientèle ».

<sup>1024</sup> Ph. le Tourneau, Jci. Conc. Con. op. cit. , n°3 : « Il ressort des propos ci-dessus que le critère juridique de la concurrence déloyale est la déloyauté, et non point le détournement de clientèle. Au demeurant, la loyauté prise en considération n'est plus la « loyauté du concurrent » (par une approche subjective), mais bien une « loyauté dans la concurrence » ».



## Conclusion Chapitre

1072. Le principe de cumul des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale est important à relever dans l'étude de la corrélation des actions judiciaires dans le contentieux de la propriété intellectuelle. C'est d'abord un outil pertinent pour distinguer les fondements matériels et procéduraux des deux actions. Par la même occasion, il contient également les éléments sur les divergences de justifications et de sens des deux infractions.

1073. La jurisprudence française a depuis longtemps entériné cette exigence, mais on ne peut trouver des dispositions légales expresses et directes sur le cumul des actions. Quelques articles du Code de la propriété intellectuelle de la propriété intellectuelle portent les traces de la possibilité de cumul des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale en droit français.

1074. En droit sénégalais, les dispositions légales de l'Accord de Bangui sur la réglementation de la concurrence déloyale renferment également, d'une manière indirecte, des éléments qui prennent en compte la possibilité du concours des actions dans le contentieux de la propriété intellectuelle.

1075. Nous espérons qu'à l'avenir les deux législateurs mettront en place des dispositions expresses sur le concours des sanctions de la contrefaçon et la concurrence déloyale. Le résultat du cumul des deux actions est devenu une réalité dans le contentieux actuel en la matière. En organisant au niveau textuel les modalités de cette situation judiciaires, les législateurs OAPI et français vont favoriser la mise en place d'un régime sûr et clair dans la protection des droits intellectuels.

## Chapitre second : Les sanctions subsidiaires de la concurrence déloyale et du parasitisme

1076. La pratique récurrente de l'action cumulée en contrefaçon et en concurrence déloyale a entraîné les juges dans la nécessité de fixer une condition pour l'admission de la demande mixte incluant les deux infractions<sup>1025</sup>. C'est l'exigence de faits distincts précédemment revisitée. Cette exigence est la preuve du caractère singulier d'une telle demande<sup>1026</sup>. Cette dernière regroupant des actions judiciaires de nature et d'objet différents, il est apparu que leur cumul dans un même procès pose certaines difficultés qui se sont révélées dans la pratique jurisprudentielle. Les juges ne sont pas toujours à l'aise avec un tel principe. Son application jurisprudentielle n'est pas uniforme (Section 1). Suite à ce constat, certains préfèrent tout simplement, sous certaines conditions, faire jouer la règle de l'option de la concurrence déloyale ou du parasitisme à la place de la contrefaçon (Section 2).

---

<sup>1025</sup> C. Carreau, J.-Cl. Commercial, Fasc. 692 : « Contrefaçon de marque », 15 juil. 2010, n° 96 et s. ; F. Pollaud-Dulian, Propriété intellectuelle, op. cit., n° 1961 et s.; J. Larrieu, « *Vivre et plaider au pays...À propos de la connexité entre actions en contrefaçon et en concurrence déloyale* », art. précité ; note sous CA Versailles, 29 juin 2006, Juris-Data n°344067.

<sup>1026</sup> X. Desjeux, « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (A propos de la sanction de la copie) », JCP E, n° 17, 1976, p. 297 et s. L'auteur explique l'enjeu de la présence de la sanction de la concurrence déloyale en droit de la propriété intellectuelle en ces termes : « *le vêtement juridique de la propriété intellectuelle (artistique ou industrielle) ne couvre plus aujourd'hui tout au plus que 10 à 20% au maximum des produits ou valeurs économiques copiés. Le désordre économique et moral qui s'ensuit n'incite-t-il pas le juriste à repenser les rapports entre le droit de la contrefaçon et le droit de la responsabilité civile pour comprendre l'origine du hiatus et tenter de restaurer l'harmonie entre le droit et l'équité. C'est bien dans cette voie que la cour de cassation s'est résolument engagée depuis dix ans* ».

## **Section 1 : Etat des lieux jurisprudentiel sur l'inconstance de la fonction complémentaire de la concurrence déloyale par rapport à la contrefaçon**

1077. Au-delà des limites jurisprudentielles entourant la pratique de l'exigence de faits distincts dans le cumul des sanctions de contrefaçon et de concurrence déloyale, il apparaît un autre rapport des actions judiciaires. Ce dernier s'opposerait à l'idée d'une fonction complémentaire de la concurrence déloyale. Il s'agit d'abord des situations où l'absence de la contrefaçon ne justifie pas l'application de la concurrence déloyale (Sous-section 1), on peut également retrouver cette limite dans le rejet que la Cour régulatrice oppose à certaines décisions retenant l'application automatique de la sanction de concurrence déloyale en addition à une contrefaçon pour copie servile (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Exclusion de la concurrence déloyale en l'absence d'atteinte à un droit intellectuel**

1078. La complémentarité des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale est devenue une réalité dans la protection des droits intellectuels. Le caractère général du régime de la concurrence déloyale laisse supposer que cette dernière pourrait dès lors se substituer immédiatement à la contrefaçon lorsqu'il n'existe pas ou plus de droit subjectifs dans un droit intellectuel<sup>1027</sup>. La Cour d'appel de Montpellier a précisé dans un arrêt dont le principe est devenu célèbre : « *l'action en contrefaçon, qui concerne l'atteinte à un droit privé, et l'action en concurrence déloyale, qui repose sur l'existence d'une faute,*

---

<sup>1027</sup> Ph. le Tourneau, Le parasitisme, op. cit., n° 250 et s. ; A. Lecourt, La concurrence déloyale, op. cit., n° 250 et s.

*procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, la seconde n'étant ni l'accessoire, ni la conséquence ou le complément de la première »<sup>1028</sup>.*

1079. Il existe des situations qui se rapprochent de fautes de concurrence déloyale par imitation, reproduction de la création d'autrui mais qui s'en échappent car l'infraction ne serait pas juste un succédané à l'action en contrefaçon lorsque cette dernière ne s'applique pas pour cause d'absence de droit privatif. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le fait que les juges rejettent l'application automatique de la concurrence déloyale en raison du caractère libre de l'élément copié. La Cour d'appel de Colmar a formulé en ce sens une décision que l'on peut juger d'exemplaire en l'occurrence : « *En vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la copie même servile, d'un modèle non protégeable en raison de sa banalité, de son caractère exclusivement utilitaire ou de son appartenance au domaine public n'est pas en elle-même un acte de concurrence déloyale »<sup>1029</sup>.*

1080. La jurisprudence rappelle également, surtout en matière de dessins et modèles, que parfois le caractère fonctionnel de l'élément imité peut exclure la faute de concurrence déloyale. La Cour d'appel de Paris a pu juger que la reprise de la forme de lunettes répondant à des nécessités fonctionnelles ne correspond pas à une faute de concurrence déloyale<sup>1030</sup>.

1081. Il en est également des imitations imposées par des impératifs réglementaires. Il fut dans ce sens admis au niveau jurisprudentiel que les créations libres, entrées dans le domaine public ne peuvent pas non plus être protégées par la sanction de la concurrence déloyale. La Cour d'appel de Paris l'a solennellement rappelé dans un arrêt du 22 février 2008<sup>1031</sup>. La reproduction d'un modèle libre de droit subjectif a ainsi été également exclue de la sanction de la concurrence déloyale par la Cour de cassation<sup>1032</sup>.

1082. La copie d'un élément banal va dans le même sens, ce dernier ne constitue pas une valeur distinctive de l'entité ou du produit qui le porte<sup>1033</sup>. Il a été jugé que

---

<sup>1028</sup> CA Montpellier, 8 déc. 2009, n° 08/07054, JurisData n° 2009-021540.

<sup>1029</sup> CA Colmar, 27 août 2008, JurisData n° 2008-370592; CA Toulouse, 6 nov. 2007, JurisData n° 2007-366883; CA Paris, 14 janv. 2009, JurisData n° 2009-000831, PIBD 2009, n° 893, III, p. 935.

<sup>1030</sup> CA Paris, 14 janv. 2009, JurisData n° 2009-000831, PIBD 2009, n° 893, III, p. 935.

<sup>1031</sup> CA Paris, 22 fév. 2008: PIBD 2008, n° 872, III, p. 244.

<sup>1032</sup> Cass. com., 18 nov. 2008, n° 07-17.632: JurisData n° 07-17.632: JurisData n° 2008-045934; Cass. Com. 27 janv. 2009, n° 08-10.991, JurisData n° 2009-046796, Propr. Ind. 2009, comm. 29, J. Larrieu, Cass. com., 21 oct. 2008, JurisData n° 2008-045510.

<sup>1033</sup> Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-17.092, JurisData n° 2008-046323; CA Aix-en-Provence, 29 mai 2008: JurisData n° 2008-371842.

l'utilisation d'un vocable spécifiant le type d'hébergement n'est pas de nature à constituer un risque de confusion entre établissement<sup>1034</sup>.

1083. Dans le même sens, s'il est acquis que : « *les idées sont de libre parcours* », la concurrence déloyale ne permet pas non plus d'en sanctionner la reprise, c'est le sens qu'il faut donner à certaines décisions émises par la Cour d'appel de Paris<sup>1035</sup>.

## **Sous-section 2 : L'exclusion d'une application d'office d'une concurrence déloyale accessoire**

### **Paragraphe 1) Exclusion de la double sanction dans certaines formes de contrefaçon**

1084. La tendance jurisprudentielle consistant en l'application d'office d'une sanction complémentaire en concurrence déloyale à la suite d'une première sanction en contrefaçon n'a jamais emportée l'adhésion de la Cour de cassation<sup>1036</sup>. Cette dernière précise, que la servilité de la reproduction dans l'atteinte à un droit intellectuel ne justifie pas à elle seule la sanction supplémentaire pour concurrence déloyale<sup>1037</sup>. La Cour de cassation a ainsi jugé que : « *sous réserve du cas de surmoulage, le fait de reproduire un objet qui n'est pas protégé ne saurait à lui seul constituer une faute en sens de l'article 1982 du code civil en raison du principe de la liberté du commerce et de l'industrie* »<sup>1038</sup>. La Cour de cassation régule ce dérapage en cassant les arrêts qui se présentent ainsi et en précisant que la copie servile n'est sanctionnée par la concurrence déloyale, que dès lors

---

<sup>1034</sup> CA Paris, 17 avr. 2008 : JurisData n° 2008-362199 ; CA Bourges, 9 mai 2008, JurisData n° 2008-369819.

<sup>1035</sup> CA Paris, 11 sept. 2008, JurisData n° 2008-371152 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> fév. 2008, JurisData n° 2008-311195.

<sup>1036</sup> X. Desjeux, « La reproduction servile ou copie « servile » et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence française », op. cit.: « *il semble se dégager une ligne de force, une tendance à sanctionner d'une manière de plus en plus systématique la copie ou la reproduction « servile » quand bien même aucune atteinte n'aurait été portée à un droit privatif de propriété intellectuelle* » ; T. com., 17 sept. 2004, JurisData n° 2004-259899, RG n° 2004028739 « *Attendu cependant que le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence, il n'en est pas de même lorsque des actes répétés traduisent un comportement fautif engendrant pour l'autre un préjudice* ».

<sup>1037</sup> Cass. Com. 23 mars 2010, n° 09-14.114, JurisData n° 2001-002599.

<sup>1038</sup> CA Paris, 20 mai 1967, Ann. Prop. Ind. 1968, p. 239.

qu'elle est calquée sur les règles de la responsabilité civile délictuelle, notamment en en se basant sur une faute impliquant un préjudice pour le demandeur<sup>1039</sup>.

1085. La copie est un corollaire de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>1040</sup>. Elle est par ailleurs admise dans le cadre d'une utilisation privée en droit d'auteur. Cela fait qu'il semble en effet paradoxal que certains cours ou tribunaux la sanctionnent automatiquement à titre complémentaire dans le cadre d'une action en contrefaçon. Il existe certains cas de contrefaçon par copie servile, lorsque les faits de l'espèce répondent à un tel constat, il n'est pas besoin d'une condamnation supplémentaire pour concurrence déloyale puisque la sanction de la contrefaçon prend en compte celle de la copie. La Cour régulatrice a dès lors raison de casser les arrêts tendant à une telle pratique. Les cours et tribunaux ne semblent pas avoir intégré le principe, c'est pourquoi la réaction de la Cour de cassation se constate encore de nos jours<sup>1041</sup>.

1086. La copie servile d'un bien intellectuel poursuit en principe un risque de confusion. Elle se matérialise par une reproduction de forme, ou de la valeur du bien copié<sup>1042</sup>. Cette dernière forme d'atteinte peut être constatée dans différents droit intellectuels. Elle peut concerner, pour le dessin et modèle, en un surmoulage de la forme du modèle<sup>1043</sup>. Cette forme de copie est la seule souvent sanctionnée indépendamment du risque de confusion découlant de la contrefaçon<sup>1044</sup>. Elle constitue en ce sens une exception confirmant dans un seul domaine, la position de la jurisprudence remise en cause<sup>1045</sup>. En droit des marques, elle peut concerner la reproduction de la marque ou d'un signe quelconque représentant une valeur économique pour son titulaire<sup>1046</sup>.

---

<sup>1039</sup> CA Paris, 3 juil. 1959 : *Gaz. Pal.*, 1959, 2. 99 : Selon cet arrêt les copies serviles d'un modèle ou d'une marque ne peuvent être sanctionnées à titre de concurrence déloyale que si la reproduction s'accompagne de : « *manœuvres destinées à détourner la clientèle d'un autre fabricant* ».

<sup>1040</sup> V. cependant, P. Roubier, t. 2, 1954 : « *présenter ainsi comme son œuvre personnelle ce qui est le résultat des efforts d'autrui, n'est-ce-pas toujours là en effet quelque chose de critiquable en soi ?* ».

<sup>1041</sup> Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-14.114, JurisData n° 2001-002599; CA Paris, 12 nov. 2010, n° 09/07443, JurisData n° 2010-027594: « *La reproduction servile du modèle de clé USB Hardwood ne constitue pas un acte distinct de la contrefaçon susceptible de fonder une action en concurrence déloyale* » ; CA Versailles, 2 déc. 2010, n° 09/06503.

<sup>1042</sup> J. Schmidt-Szalewski, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD. com.* 1994, p. 455 ; S. Roubin-Devriendt, « Des interactions entre concurrence déloyale et contrefaçon : cumul et points de jonction », *LPA*, n° 3, 6 janvier 1997, p. 4.

<sup>1043</sup> CA Paris, 7 oct. 1966, Ann. 1967, 282 : « (...) *constitue une manœuvre de concurrence déloyale toute recherche qui fait d'un objet contrefaisant la copie servile d'un modèle protégé par la loi de 1957* ».

<sup>1044</sup> X. Desjeux, art. précité: « *Les juges ont considéré à plusieurs reprises que le simple fait de la copie servile au moins en matière de modèle, constituait « un fait distinct de la contrefaçon ».*

<sup>1045</sup> *Ibid.*

<sup>1046</sup> M. L. Izorche, « *La copie même servile d'une modèle non protégeable n'est pas en elle-même un fait de concurrence déloyale* », à propos de CA Versailles 26 sept. 1996, *Dalloz* 1999, p. 99 : « *la cour constate que : « tant dans leurs formes que leurs dimensions, les briques Ritvik sont des copies quasi serviles des*

1087. Cette jurisprudence révèle une tendance regrettable de certains tribunaux et cours d'appel qui se résume à voir dans certaines formes de contrefaçon, la manifestation d'office d'un double préjudice justifiant une sanction supplémentaire en concurrence déloyale<sup>1047</sup>. Cette pratique n'est pas justifiable car elle a tendance à supprimer la prise en compte des éléments constitutifs de la faute en concurrence déloyale. S'il existe des éléments de confusion supplémentaires à ceux relevant des faits litigieux invoqués à titre de la contrefaçon, dans ce cas, le juge pourra retenir une concurrence déloyale pour confusion par copie servile, car une faute distincte de confusion le justifierait.

### **Paragraphe 2) Exclusion de la sanction de concurrence déloyale dans la demande est nouvellement émise en appel**

1088. La demande nouvelle émise en appel répond à certaines conditions selon les termes des articles 564 et 565 du Code de procédure civile<sup>1048</sup>. Or il est fréquent que la demande de sanction pour concurrence déloyale soit introduite à partir de la deuxième instance du jugement en contrefaçon. Le rejet par la jurisprudence française d'une telle pratique relève de deux considérations<sup>1049</sup>.

1089. Tel que précisé par les articles précités, la demande nouvelle doit répondre aux mêmes fins que la demande principale pour être recevable en appel<sup>1050</sup>. Il s'ensuit que

---

*briques Lego (...)mais surtout dans la qualité des produits, l'élément Lego, comparé aux blocs des autres fabricants, étant rigide et solide, si bien que les briques RITVIK et byggis semblent être des imitations ou des « sous marques » du produit Lego ». Enfin elle constate que les intimées « n'établissent pas le caractère impératif des dimensions et des proportions de l'élément de construction qu'elles ont reproduit servilement, au millimètre près », d'où elle déduit que la commercialisation de ces copies quasi serviles constitue « des faits de concurrence déloyale distincts de la contrefaçon ».*

<sup>1047</sup> V. L. 713-3 du Code de propriété intellectuelle en matière de marque. Le juge ne pourrait ainsi selon les termes de cet article relever un risque de confusion supplémentaire en dehors de celle déjà présente dans les cas de contrefaçon : Il s'agit ainsi de la contrefaçon par reproduction, apposition, imitation, ainsi que l'usage des produits dérivés de ces atteintes ou celui de la marque contrefaite.

<sup>1048</sup> Les articles disposent respectivement que: « *Les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait* » ; « *Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent* ».

<sup>1049</sup> Cass. Com., 29 mars 2011, n° 09-71. 990, JurisData n° 2011-004944; Cass. Com. 29 mars 2011, n° 10-12. 046, JurisData n° 2011-005108, Comm. com. électr. 2011, comm. 53, C. Caron ; Propr. Ind., 2011, comm. 49, P. Tréfigny-Goy.

<sup>1050</sup> S. Guinchart et M. Tony, note sous Cass. com., 24 nov. 1987, SOCOA c/ CQMIA FAO, Gaz. Pal. 1988, II, p. 316. Cette décision admettait ce qui semble inadmissible : la demande en appel en concurrence déloyale « *tendait aux mêmes fins que l'action initiale en contrefaçon, à savoir l'interdiction de fabrication et de commercialisation et qu'elle était virtuellement comprise dans la demande initiale* ». La même Cour avait pourtant jugé en sens inverse plus tôt, confirmant que « *ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins* ». Voir en ce sens, Cass. com., 22 sept. 1983, Gaz. Pal. 1984, pan. 33, obs. S.

la sanction en concurrence déloyale nouvellement introduite en appel à une action en contrefaçon ne saurait être recevable et ceci la haute Cour l'a notamment précisé dans deux différentes formulations.

1090. Elle a d'abord simplement précisé que : « *l'action en concurrence déloyale exige une faute (...) l'action en contrefaçon concerne l'atteinte à un droit privatif (...)* ; ces deux actions (...) ne tendent pas aux mêmes fins, (...) la seconde n'étant ni l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première »<sup>1051</sup>. Il est intéressant de remarquer ici que les règles de procédure civile sont également l'occasion pour le juge de distinguer les fonctions recherchées dans les sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Il n'est pas question de suivre l'amalgame que certains plaideurs font sur les rapports des deux actions en voulant multiplier les postes de préjudice.

1091. Admettre que la demande de sanction par concurrence déloyale puisse être recevable en complément d'une demande de sanction en contrefaçon initialement présentée en première instance, aurait permis d'unifier leurs objets et par la même occasion mettre un certain chaos dans les rapports entre le droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle<sup>1052</sup>.

1092. Ainsi la complémentarité de la concurrence déloyale par rapport à la contrefaçon ne se justifie pas au niveau de l'application des règles de procédure civile. Au contraire ces dernières sont l'occasion pour la Cour de cassation de repreciser les contours des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale malgré l'abus que certains tribunaux, cours ou demandeurs font ou veulent faire de la possibilité de l'association de leurs sanctions. Ainsi en considération de ces dernières, même s'il apparait que dans certaines situations, le concours des mesures est appréciable, c'est sous la réserve du respect des principes fondamentaux de ces actions. Elles ne remplissent pas les mêmes fonctions, c'est pourquoi leur rapport ne peut se limiter à une complémentarité constante.

1093. La position jurisprudentielle de rejet de la demande nouvelle en appel de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale conforte certes l'exigence de faits distincts dans l'action mixte intégrant ces deux actions, mais elle est en contradiction avec la règle de l'admission de la connexité des actions entourant ces deux infractions<sup>1053</sup>. Le Code de la

---

Guinchard.

<sup>1051</sup> Cass. Com., 22 sept. 1983, n° 82-10.120, Bendi: JurisData n° 1983-701862.

<sup>1052</sup> Cass. Com., 29 mars 2011, n° 09-71.990, arrêt précité.

<sup>1053</sup> L'article L. 716-3 du Code de propriété intellectuelle déclare en matière de marque, qu'à l'instar des autres articles portant sur les autres droits intellectuels, que : « *Les actions civiles relatives aux marques sont*



propriété intellectuelle prévoit en effet que l'action en concurrence déloyale jointe à une demande en contrefaçon peut être portée devant la même juridiction que cette dernière à savoir devant le tribunal de grande instance de Paris. Cette règle de connexité révèle l'intérêt commun qui ressort de la sanction de ces deux infractions<sup>1054</sup>. La Cour d'appel de Paris a rendu un arrêt qui va dans le sens de nos observations, puisqu'elle a jugé que : « *Selon que la marque Cardio Fitness sera déclarée nulle ou non, la discussion sur la concurrence déloyale aura à inclure des moyens et arguments différents* »<sup>1055</sup>

---

*portées devant les tribunaux de grande instance ainsi que les actions mettant en jeu à la fois une question de marque et une question de dessin et de modèle ou de concurrence déloyale connexe* ».

<sup>1054</sup> S. Roubin Devriendt, art. précité : « *Il y a lieu de s'interroger sur les critères retenus par les tribunaux pour estimer que les deux affaires sont connexes, c'est-à-dire, aux termes de l'article 101 du Nouveau code de procédure civile, qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les instruire et juger ensemble* ».

<sup>1055</sup> CA Paris, 25 oct. 1990, PIBD 1990, 498, III, 234.

## Section 2 : La relève de la sanction civile contrefaçon par la concurrence déloyale

1094. La règle de l'option de la concurrence déloyale en lieu et place de la contrefaçon implique, le choix du plaideur concernant deux moyens de saisines distincts devant le juge<sup>1056</sup>. En matière de concurrence déloyale ou d'agissements parasitaires, elle concerne le cas où l'action en concurrence déloyale pourra être préférée par la victime retenue par le juge au détriment de l'action en contrefaçon, par la victime des agissements fautifs<sup>1057</sup>. C'est ainsi un choix permettant à ce dernier devant la possibilité d'intenter une action en contrefaçon, de choisir la voie de la concurrence déloyale<sup>1058</sup>. Comme l'a souligné le professeur Jacques Larrieu, « *l'action en concurrence déloyale tend à devenir de plus en plus un substitut à l'action en contrefaçon* »<sup>1059</sup>.

1095. L'option ressort du caractère subsidiaire des actions en concurrence déloyale et en parasitisme, l'analyse de ce concept pourra en notre sens ressortir des procès ou la sanction de la concurrence déloyale est retenue alors que la contrefaçon est rejetée pour divers motifs. La règle de l'option n'est autre chose qu'une matérialisation du

---

<sup>1056</sup> F. Bussy-Dunaud, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, LGDJ, n° 99 : « L'action en contrefaçon exige, pour prospérer, que le demandeur établisse l'atteinte portée par le défendeur à un droit de propriété industrielle dont il est titulaire, qu'il s'agisse d'une marque, d'un dessin et modèle, ou d'un brevet d'invention (...) s'agissant d'actes de concurrence déloyale, la faute du concurrent consiste à détourner la clientèle par l'usage d'un procédé irrégulier, notamment par la confusion de ses produits avec ceux d'une entreprise rivale », J. Traulé, L'Éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle, LGDJ, 2007.

<sup>1057</sup> CA Lyon, 31 mars 1943, Ann. 1940-1948, p. 368 : « *le domaine public peut cependant donner lieu à l'action en concurrence déloyale contre le fabricant ou le vendeur de « mauvaise foi* » ; C. Caron, « *L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale* », JCP. G., n° 8, 22/02/2010 : « *Il peut paraître logique que le titulaire de droits de propriété intellectuelle ignore la concurrence déloyale et le parasitisme pour ne se fonder que sur la contrefaçon. Pourtant, avant d'intenter toute action, il importe d'être très prudent et de se demander très sérieusement s'il est opportun ou non d'intenter une action en contrefaçon. Or, rien n'interdit au titulaire de droits de propriété intellectuelle de ne se fonder que sur la concurrence déloyale ou surtout, sur le parasitisme* » ; E. Tricoire, « La responsabilité du fait des choses immatérielles », in Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 983.

<sup>1058</sup> Ce choix lui appartient notamment en cas de copie servile d'un bien ou valeur immatérielle non protégée par le droit de la propriété intellectuelle, voir en ce sens : CA Paris, 8 oct. 1956, Ann. 1957, p. 59 ; 2 nov. 1957, Ann. 1958, 63 ; 30 avril 1963, JCP G. 63, II, 13242 ; CA Douai 10 janv. 1963, aff. Dinges c/ Sté Danzel : « *lorsqu'à défaut de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi du 14 juil. 1909 sur le dépôt des dessins et modèles, l'action en contrefaçon ne peut être exercée, le fabricant dont les dessins et modèles ont été imités de façon servile par un concurrent au point de créer une confusion dans l'esprit de la clientèle, est fondé à demander des dommages et intérêts audit concurrent* ».

<sup>1059</sup> J. Larrieu, « Un an de droit de la concurrence déloyale », Propr. ind., 6 juin 2009, chron. 5.

caractère supplétif du droit commun de la responsabilité civile en l'absence d'une règle spéciale<sup>1060</sup>.

1096. L'application par le juge de la règle de l'option repose en notre sens sur une double condition, à savoir, que le juge doit d'abord éviter de qualifier d'atteinte au droit intellectuel les éléments de faits qui fonde son appréciation, ainsi il pourra ensuite appuyer sa décision sur la concurrence déloyale ou le parasitisme sans aucune considération d'un droit privatif. Cette délimitation n'empêche pas, selon le droit intellectuel considéré, que l'on puisse retrouver dans les éléments appréciés, des faits qui auraient pu fonder la contrefaçon<sup>1061</sup>.

## **Sous-section 1 : L'action civile subsidiaire en concurrence déloyale ou concurrence parasitaire**

1097. La règle de l'option découle du principe de subsidiarité que la concurrence déloyale a hérité du régime de la responsabilité civile délictuelle<sup>1062</sup>. Ce dernier qui constitue un régime général s'appliquant à chaque fois que des règles spéciales ne sont pas venues régir une situation juridique donnée. Elle intervient par la même occasion sous le régime de la concurrence déloyale dont elle régit le domaine juridique, pour sanctionner la violation des droits intellectuels<sup>1063</sup>.

---

<sup>1060</sup> TGI Paris, 4 nov. 2008, n° 2008-006382, RG n° 06/16750. Dans ce procès la règle spéciale de contrefaçon a été rejetée alors que la règle générale de la concurrence déloyale ainsi que celle du parasitisme ont été retenues : « *si la comparaison de sa marque et des semelles de souliers de Zara met en évidence une différence suffisante pour qu'il n'y ait pas contrefaçon, il est certain qu'en utilisant une semelle rouge pour certains de ses souliers, ZARA, crée volontairement une confusion non pas entre sa semelle et la marque de LOUBOUTIN, il s'agit en effet de permettre à la clientèle qui achète un escarpin à semelle rouge chez ZARA de laisser penser que ce soulier peut être attribuer à Christian LOUBOUTIN. La société ZARA par cette démarche, s'inscrit parfaitement dans le sillage de la société Christian LOUBOUTIN et tire profit de ses investissements en entretenant délibérément une confusion entre les modèles vendus ce qui lui cause un préjudice certain* ».

<sup>1061</sup> TGI Paris, 10 février 2009, jugement précité.

<sup>1062</sup> H. Mazeaud, L'« absorption » des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile, Dalloz, 1935. 5, p. 7 et s. L'auteur considérait « l'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile » comme une « tendance dangereuse » ; P. Roubier ajoutait plus tard, qu'« *on trouve, même dans la législation, des règles de ce genre qui introduisent des principes extrêmement vastes ; par exemple à l'ancienne classification romaine des types de délits ou quasi-délits, l'article 1382 du code civil a substitué un principe d'une ampleur extraordinaire, celui de la responsabilité du dommage causé par la faute* », in Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, éd. Sirey, 1951.

<sup>1063</sup> T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ., 2007, p. 227.

1098. Il est intéressant de relever que l'option ne peut pas s'effectuer de la même manière au niveau des différents droits de propriété intellectuelle existants. Les formes prises par la concurrence déloyale sont différentes selon le droit intellectuel que l'on souhaite protéger. On sort déjà du chantier de la concurrence déloyale par désorganisation ou encore de celui du dénigrement. Le risque de confusion reste le préjudice par excellence qui fait recourir au principe de l'option entre concurrence déloyale et contrefaçon. L'option n'aura ainsi pas le même intérêt selon le droit intellectuel qui a été usurpé.

### **Paragraphe 1) Le choix de la sanction de la confusion déloyale en droit des marques**

1099. L'option entre la concurrence déloyale et la contrefaçon en droit de la marque contient une imbrication considérable des deux infractions, surtout en présence des éléments factuels introduisant un risque de confusion. La fréquence du préjudice de confusion invoquée dans la jurisprudence relative à la protection de ce droit intellectuel en est la preuve<sup>1064</sup>. Qu'il s'agisse de la reproduction servile de marque ou de son usage illicite, la concurrence déloyale peut être invoquée en lieu et place de la contrefaçon. S'il s'agit pour nous, pour le moment, de parler plus du fondement de ce procédé que de son intérêt, il n'en demeure pas moins que nous serons amenés à relever la portée de cette possibilité à la victime.

1100. Etant dans une logique de subsidiarité, l'action en concurrence déloyale de marque présente l'intérêt de ne pas être cantonnée au principe de spécialité de la marque<sup>1065</sup>. Cette dernière limite la protection de la contrefaçon aux produits ou services désignés dans l'enregistrement. La concurrence déloyale n'est pas limitée par ce principe car ce n'est pas la protection du droit intellectuel qui la mobilise, mais plutôt la sanction du risque de confusion créé par l'activité litigieuse du concurrent. Cela a par ailleurs l'intérêt,

---

<sup>1064</sup> CA Dakar, civ. et com. 1, 30/01/2009, n° 77 : « *Considérant qu'il résulte des pièces du dossier notamment des décisions d'enregistrement et de renouvellement datées des 29 mars 1990 et 29 février 2000 ainsi que de l'extrait du bulletin officiel de l'OAPI que la marque « EAGLE WAVE » est la propriété de la société DOHITOMI et CO LTD ; que la mention sur les échantillons commerciaux par l'appelant du mot « BRAND » ne suffit pas à les distinguer des originaux dans la mesure où le dessin représentant l'oiseau aux ailes déployées est identiques et que les produits sont destinés aux même usage ; que c'est donc à bon droit que le premier juge a considéré que le produit mis en vente était contrefait ».*

<sup>1065</sup> T. com. Paris, 29 juin 2010, n° 2010-029987, RG : 2009019332 : « *Attendu que par ces motifs, par la mise en vente avérée de produits de CREATIONS NELSON dégriffés et hors du réseau de commercialisation de celle-ci, PARIS TEXTILES s'est rendu coupable d'actes de concurrence déloyale, excédant les usages loyaux d'une concurrence loyale même vive ».*

contrairement à l'action mixte en contrefaçon et en concurrence déloyale de marque, le fait que les faits de confusion appréciés par le juge peuvent être ceux que l'on aurait pu invoquer pour l'action en contrefaçon. Ainsi la confusion sera recherchée aussi bien au niveau du signe, du produit, mais également au niveau des moyens de commercialisation des produits portant le signe reproduit, imité<sup>1066</sup>.

1101. Dès lors, lorsqu'il s'agit de reproduction servile de marque, de l'imitation, ou de l'usage de l'un ou de l'autre de ces dernières, la demande tendant à l'application du principe de l'option ne fera pas mention du droit intellectuel sous peine de requalification par le juge, dans les termes de l'article du nouveau Code de procédure civile. Selon les termes de l'article L. 713-3, la contrefaçon en droit des marques comportent un risque de confusion se présente sous les formes précitées. La concurrence déloyale optionnelle pour confusion sera dès lors celle qui portera sur la sanction de ces fautes.

1102. La concurrence déloyale par reproduction de marque sera établie lorsque le risque de confusion entre le signe original et le signe copié est tel que le titulaire du droit en a subi un préjudice en lien direct avec l'acte de reproduction. C'est ainsi dire que l'on se détache totalement dans cette situation du cadre de la protection du droit intellectuel<sup>1067</sup>, pour ne viser que l'application du régime des articles 1382 et suivants en droits français, ou encore l'article 116 et suivants du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales.

1103. L'appréciation de la faute de concurrence déloyale par confusion se fera ainsi au niveau du signe mais également au niveau de l'environnement de ce dernier, notamment dans les modalités d'exploitation pécuniaire<sup>1068</sup>. Le juge dispose dès lors d'un large choix de paramètres dont il déterminera en comparaison avec le signe litigieux, la similarité ou non.

---

<sup>1066</sup> Cass. com., 9 oct. 2012: PIBD 2012, III. 827; J. Larrieu, Le droit de l'internet, op. cit., p. 71.

<sup>1067</sup> CA Paris, 14 mars 2008, SA Fashion Bel Air c/ Naf-Naf Boutiques : « pour justifier l'existence d'actes déloyaux, la société Fashion doit, au-delà des économies nécessairement réalisées sur les coûts de fabrication et de la banalisation des modèles authentiques que produit inévitablement la contrefaçon, exciper d'éléments précis distincts de ceux inhérents à la contrefaçon et à ses conséquences ».

<sup>1068</sup> Il en est ainsi dans une décision où le juge relève le risque de confusion de la diffusion de fausses informations sur la qualité légitime du distributeur, V. T. Com. Paris, 14 déc. 2005, JurisData n°2005-312397, RG n°2005057214 « Attendu que le fait de décrire que : « la société Med Lab est notre distributeur autorisé depuis le 1<sup>er</sup> mai 2005 en Autriche, alors que le contrat exclusif le liant à la société Croma est toujours en vigueur, introduit pour les utilisateurs des produits Cornéal et les clients de la société Croma, un élément de confusion indéniable, constitutif d'une acte de concurrence déloyale à l'égard de celle-ci qui mérite réparation au sens de l'article 1382 du code civil ».

1104. Contrairement à la contrefaçon de marque, l'existence du préjudice entre en ligne dans la détermination de la faute. Il ne s'agit pas à ce stade de l'évaluation du montant de ce dernier, mais uniquement son existence.

1105. Il convient également que ce préjudice soit lié au risque de confusion, c'est la troisième condition du régime de la responsabilité civile délictuelle en concurrence déloyale ou en concurrence parasitaire, aussi bien en France qu'au Sénégal<sup>1069</sup>. La détermination de ce dernier élément est très souvent présumée dans l'action en concurrence déloyale. La jurisprudence a tendance à juger en effet : « *qu'il s'infère naturellement des faits fautifs un préjudice réparable* ».

1106. En matière de concurrence parasitaire, le concept est le même, nous avons relevé à cet égard et à titre illustratif, un certain nombre de jugements ou arrêts permettant d'appuyer nos constatations en la matière. On est toujours dans le cadre des préjudices concurrentiels, à la différence près, que le juge s'attache à sanctionner des bénéfices illicites obtenus par certains concurrents en profitant illicitement du travail, de l'investissement ou des efforts d'autrui. L'idée est toujours la sanction d'une compétitivité indue de l'auteur des faits litigieux.

1107. Le tribunal de commerce de Paris du 13 décembre 2013 a jugé en ce sens dans l'espèce suivante : l'opérateur téléphone NUMERICALBE a été sanctionnée pour usurpation de concept publicitaire au motifs que : « *le comportement fautif de NUMERICALBLE tels qu'il a été relayé très largement par la presse, prouve une intention malicieuse et parasitaire de NUMERICABLE de profiter du contexte et de la réputation de FREE en se plaçant dans le sillage des pratiques et techniques publicitaires de FREE pour accentuer l'effet d'annonce du lancement de son offre mobile dans la mesure où elle entraînait une confusion* »<sup>1070</sup>.

---

<sup>1069</sup> Les références jurisprudentielles intégrant une confusion de marque ne manquent pas, mais nous pouvons citer en ce sens, à titre d'exemple, T. Com. Paris, 15 fév. 2007, Juris-Data n° 332963, RG n° 2005081598 : « *que l'association des termes « sur FUN RADIO le matin » et « Je suis n°1... » dans la publicité litigieuse présente un caractère trompeur susceptible de créer la confusion dans l'esprit d'un téléspectateur ou d'un auditeur d'attention moyenne qui peut en déduire que FUN RADIO, selon la déclaration de son animateur, constitue le numéro 1 des antennes pour la tranche du matin concerné* ».

<sup>1070</sup> T. com., 113 déc. 2013, JurisData n° 2013-034813, RG 2011060775 ; cette décision s'inscrit dans le même sillage que la suivante : T. com. Paris, 12 déc. 2003, JurisData n° 237336, RG n° 2002014479 : « *Attendu qu'en l'espèce, la concurrence déloyale s'appréciera en fonction des ressemblances sources de confusion dans l'esprit de la clientèle ; Attendu que des éléments versés aux débats, notamment le procès-verbal du constat d'huissier de justice dressé le 23 janv. 2003, il ressort : -(...) des ressemblances sur la devanture, particulièrement en ce qui concerne son aspect général dû à la couleur vert foncé similaire ainsi qu'à celle du store, la décoration intérieure, l'utilisation de seaux identiques bien que cette utilisation soit répandue et les inscriptions sur la vitrine ; Attendu que le tribunal*

1108. Une autre décision a également retenu dans ce sillage que : « *Attendu encore que sous le timbre de H&M a été présenté dans un catalogue médical la marque RENOPHASE, avec en image des produits concurrents ORGEV, entretenant la confusion,*

1109. *Attendu certes que si la société diffusant le catalogue a reconnu, sur demande de H&M, avoir commis une erreur, (...). Attendu que ces divers éléments constituent un faisceau de présomptions démontrant que H&M s'est inscrite dans le sillage de DERMO pour vendre ou s'approprier ses produits, qu'une cliente d'attention moyenne pouvait confondre, le tribunal estimera que H&M s'est livrée ainsi à des actes de concurrence déloyale et de parasitisme, à l'encontre de DERMO, qu'il convient de réparer »<sup>1071</sup>.*

1110. Le parasitisme par économie d'investissements peut être décelé dans toutes les formes d'atteinte de ce genre. C'est un préjudice qui est de ce fait invoqué d'une manière fréquente dans le contentieux des marques. Le dommage qui sous-tend plus souvent cette faute est celui de la concurrence déloyale par imitation de marque<sup>1072</sup>. La Cour de cassation a ainsi confirmé un arrêt d'appel ayant retenu le parasitisme en ces termes : *Attendu « Que les appelantes, qui commercialisent leur produit au prix de 249 euros (prix public unitaire selon constat d'achat précité), lequel reproduit, en particulier, le bloc moteur du produit de la société SFA, ont incontestablement pu sans bourse délier bénéficier des qualités substantielles d'un produit déjà mis au point et connu ; qu'elles se*

---

*constate particulièrement sur le store FLEURUS l'existence du dessin d'une rose de grande taille en travers sous le F et également sous bandes pendantes de chaque côté de la boutique à côté du F, cette rose laissant suggérer au consommateur que le magasin est principalement dédié à la vente de cette fleur, ce qui n'est pas totalement le cas, contrairement à la demanderesse, qui elle, se consacre uniquement à la vente de rose et en fait l'annonce extérieure sur sa devanture par l'opposition de l'inscription sur son store « au nom de la rose » sans autre inscription ; Que cet élément de prime abord s'avère déterminant pour la clientèle recherchant l'acquisition de roses ; Qu'il est relevé que les ressemblances excèdent les différences et qu'ainsi FLEURUS a tenté de s'approprier une part importante du concept de DR (...); Que l'ensemble représenté par ces éléments ressemblants et concordants apparaît bien susceptible de créer la confusion dans l'esprit de la confusion ce qui est constitutif de concurrence déloyale ».*

<sup>1071</sup> T. com. Paris, 23 janv. 2004, JurisData n° 2004-240252, RG n° 2001028246 ; dans le même sens, « *Attendu que les produits livrés par la Sarl PMC DISTRIBUTION ont été acquis de manière irrégulière, sont revêtus de la mention : « cet article ne peut être vendu que par des distributeurs agréés parfums LOLITA LEMPICKA PARIS »,*

*Attendu qu'en ne démentant pas cette information, la Sarl PMC DISTRIBUTION fait croire à ses clients qu'elle a la qualité de distributeur agréé et usurpe de cette qualité sans bourse délier, en bénéficiant des investissements commerciaux de la SAS PACIFIC CREATION et de ses distributeurs agréés et sans être soumise aux contraintes des dits distributeurs, qu'elle a ainsi commis une faute constitutive de parasitisme ».*

<sup>1072</sup> T. com Paris, 21 déc. 2012, jugement précité : « *Attendu toutefois que la confusion par effet de gamme démontrée ci-dessus, le tribunal dira que GRIGGOLIE s'est placée dans le sillage de FREDUCCI et a tiré profit de son savoir-faire et de sa notoriété ».*

sont ainsi placées dans le sillage de la société SFA, démarche fautive qui caractérise à leur encontre des actes de parasitisme »<sup>1073</sup>.

1111. Il apparaît dans ce dernier arrêt que la sanction civile pour parasitisme retenue par la Cour d'appel et confirmée par la Cour de cassation se rattache à l'absence de risque pris par l'auteur des faits litigieux qui s'est juste arrogé une compétitivité induite par une publicité illicite et a ainsi forcé les autres acteurs du marché à augmenter leur frais de promotion par une communication accrue sur la publicité illicite en question.

## **Paragraphe 2) L'alternative de la concurrence déloyale en droit des dessins et modèles**

1112. Le choix de l'action en concurrence déloyale au détriment de l'action en contrefaçon dans la protection du droit des dessins et modèles repose sur une certaine démarche du juge<sup>1074</sup>. Les contours de la distinction entre action en contrefaçon et action en concurrence déloyale ne sont pas clairs au regard du caractère spécial du régime du dessin et modèle. Les éléments déterminants pris en compte par le juge pour l'évaluation du risque de confusion ne doivent pas relever de l'atteinte au droit intellectuel.

### **I) Rejet des éléments de l'action en contrefaçon**

1113. Comme le soulignait Roubier, l'action en concurrence déloyale s'assimile aisément à la protection du droit privatif du dessin et modèle<sup>1075</sup>. Le régime de protection du dessin et modèle sanctionne pour contrefaçon, toute atteinte portée au droit intellectuel aux termes de l'article L. 521-1 du code de propriété intellectuelle en droit français, alors qu'en droit sénégalais, et dans la même logique, l'article 25 de l'annexe IV parle de « toute atteinte portée sciemment aux droits garantis par la présente annexe ». Les dispositions de ces articles inspirées et datant de l'article 10 de la loi de la loi française de 1909 dispose

---

<sup>1073</sup> CA Paris, 15 fév. 2015, RG n° 13/07062, JurisData n° 2015-002192.

<sup>1074</sup> CA Paris, 18 novembre 2011, SAS Mode Machine C/ Sarl Calypso : « la sanction d'actes de concurrence déloyale est subordonnée à des faits autres que ceux accusés de constituer une contrefaçon ; qu'en l'espèce, la société Lidrey invoque simplement au soutien de sa demande en concurrence déloyale des éléments liés à l'acte de contrefaçon lui-même, à savoir la période de commercialisation des produits contrefaisants, et la qualité, selon elle inférieure à celle du modèle de Lidrey ; que cette demande ou chef de concurrence déloyale sera en conséquence rejetée ».

<sup>1075</sup> P. Roubier, t.2, p. 397.



ainsi d'une portée très vaste et imprécise pouvant constituer une gêne dans la détermination de la faute de concurrence déloyale<sup>1076</sup>.

1114. Etant donné le caractère vaste et presque infini du champ d'application de la contrefaçon de dessin et modèle, seul l'absence d'invocation du droit privatif sera en l'espèce l'élément de différenciation entre les qualifications en contrefaçon et en concurrence déloyale de dessin et modèle.

1115. Les critères d'appréciation de l'atteinte au droit du dessin et modèle se présente sous une forme différente de celles pratiqués en droit de la concurrence déloyale. La confusion contrefaisante du dessin et modèle s'apprécie d'après les ressemblances et non d'après les dissemblances<sup>1077</sup>.

1116. La prise en compte de cet élément d'appréciation découle de ce que le juge relève ou non, la possible reprise du caractère individuel du dessin ou modèle. Il a été jugé à ce propos, que : « *le caractère individuel du dessin ou modèle résulte d'une impression globale de différence, ou d'absence de « déjà vu », du point de vue de l'utilisateur averti (...) sans tenir compte des différences insuffisamment marquées pour affecter ladite impression globale* »<sup>1078</sup>. Le tribunal a justement ajouté en ce sens que seuls « *les éléments effectivement protégés sont pris en compte, sans tenir compte des caractéristiques exclues de la protection* »<sup>1079</sup>.

1117. Il a été posé en ce sens, la question de la protection des formes de nature technique ou fonctionnelle en droit des dessins et modèles. Le tribunal de l'Union européenne, ainsi que la Cour d'appel de Paris, ont estimé que l'existence de ces dernières n'empêche pas une protection par le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi la contrefaçon pourra par la même occasion sanctionner une atteinte portée à ces formes lorsque notamment une confusion peut être valablement relevée<sup>1080</sup>.

---

<sup>1076</sup> P. Greffe et A. Casalonga, *Traité des dessins et modèles*, Dalloz, 1937, n° 159 : « *En préférant une formule vague, générale, le législateur permettait ainsi aux tribunaux d'appliquer les peines prévues à l'article 10 de la loi de 1909 à tous les cas de contrefaçon, quels qu'ils fussent* ».

<sup>1077</sup> T com. d'Angers, 19 janv. 1904, S. 1904, 2. 278, *Ibid.*, n° 160 : « *Attendu que les contrefacteurs ne manquent jamais de créer ainsi des différences légères, toujours faciles à imaginer et à mettre en œuvre, afin de dissimuler les imitations auxquelles ils se livrent et de masquer ainsi l'usage abusif qu'ils font de la propriété d'autrui ; que c'est donc d'après les ressemblances et non d'après les différences qui existent entre deux catégories de dessins que la contrefaçon doit être jugée* ».

<sup>1078</sup> Trib. UE, 7 nov. 2013, aff. T-666/11, *Danuda Budziewska c/ OHMI et Puma SE ; L. Marino*, « l'affaire est dans le sac » : *Propr. Ind.* 2013, comm. 45.

<sup>1079</sup> Décision précitée.

<sup>1080</sup> Trib. UE, 21 nov. 2013, aff. T.-337/12, *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, SL c/ OHMI et wenf International advisers Ltd.*; *CA Paris*, 11 janv. 2013, n° 12/01304, *PIBD* 2013, n° 978, III, p. 999.

1118. Un autre point qui nous semble intéressant de relever dans l'appréciation de la contrefaçon de dessin et modèle est le critère de l'utilisateur averti du point de vue duquel le juge apprécie les éléments de confusion. La jurisprudence française le définit comme « *un observateur doté d'une vigilance particulière en raison de son expérience personnelle ou de sa connaissance étendue du secteur* »<sup>1081</sup>. Cette définition semble exclure le consommateur final puisqu'elle parle d'expérience ou de connaissance étendue du secteur. La jurisprudence européenne semble moins stricte en la matière puisqu'elle a pu considérer que cet utilisateur « *s'identifie au consommateur final* »<sup>1082</sup>.

1119. Dans le sens de notre analyse, il demeure dès lors clair que le juge qui appréciera une concurrence déloyale basée sur un risque de confusion en droit du dessin et modèle, ne doit pas se placer dans une démarche qui s'assimile à celle nécessaire à la détermination de la contrefaçon en pareil cas<sup>1083</sup>.

## **II) Les éléments d'appréciation de la concurrence déloyale du dessin et modèle**

1120. Le risque de confusion recherché dans le cadre de la concurrence déloyale subsidiaire de dessin et modèle est très largement apprécié par le juge<sup>1084</sup>. Il s'attache à la reproduction de la forme du modèle ou de toute caractéristique essentielle du dessin ou du modèle. Il n'est pas ainsi besoin, de différencier, le cas échéant, la confusion relevant des éléments fonctionnels de la création ou celle que l'on pourrait dissocier de cette dernière<sup>1085</sup>.

1121. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé en ce sens qu' : « *il résulte des éléments de la procédure (...) la société Jonelli a, auprès de la société Charles Guyon, sollicité un échantillon de 5 mètres de tissu reproduisant le modèle dont cette dernière est*

---

<sup>1081</sup> Cass. com., 3 avr. 2013, n° 12-13.356, JurisData n° 2013-006315.

<sup>1082</sup> Trib. UE, 25 avr. 2013, aff. T-80/10, Bell et Ross BV c/ OHMI et KIN AB, pt 118 : Prop. Ind. 2013, comm. 53, obs. J.-P. Gasnier.

<sup>1083</sup> V. en ce sens, A. Folliard-Monguiral, La portée de la protection des dessins ou modèles selon l'arrêt Apple c/ Samsung du Hoge Raad : Prop. Ind. 2013, étude 12.

<sup>1084</sup> S. Roubin Devriendt, art. précité : « *Si la reproduction n'est pas imposée par des impératifs techniques, elle n'est pas l'un des éléments constitutifs de la contrefaçon, et peut donc constituer, en tant que telle, un acte de concurrence déloyale, dès lors qu'elle entraîne un risque de confusion dans l'esprit du public* ».

<sup>1085</sup> CA Douai, 4 mars 2002, PIBD 02, p. 482 : La Cour sanctionne le détournement de clientèle consécutif au fait que : « *M. Cremades a usé de sa position au sein de la société pour s'approprier divers modèles et clients, il est donc démontré un détournement de clientèle distinct de la contrefaçon et caractéristique de concurrence déloyale* ».

*titulaire sans, par la suite passer la moindre commande (...) que la société Jonelli a failli à l'obligation de loyauté qui doit présider aux relations commerciales »<sup>1086</sup>.*

1122. La même Cour a jugé dans le même sens que *« les différences minimales entre les deux modèles n'excluent pas le risque de confusion pour le public d'attention moyenne qui n'a pas les deux modèles en cause sous les yeux alors que cette confusion a été renforcée par l'utilisation, en toute connaissance de cause, de façon déloyale, du même tissu qui avait fait l'objet d'une description précise lors de la remise de la fiche technique par la société Cafan à la société Aljoro »<sup>1087</sup>.*

1123. Le risque de confusion relevé des faits ayant fondé les décisions judiciaires susmentionnées découle d'une *« volonté d'induire le public en erreur »* sur l'origine du produit<sup>1088</sup>.

1124. Le juge sénégalais s'inscrit dans le même sillage, il sanctionne ainsi pour concurrence déloyale et parasitaire pour imitation de marque dans un litige débouchant sur la sanction de la pratique délictuelle au motif que : *« cette marque est mise en évidence de manière à créer la confusion auprès de sa clientèle, profitant de la renommée de son produit consolidée par sa qualité et une campagne de marketing au coût financier de plusieurs millions ; Que l'introduction du détergent « SUPER KLENN » est perçue par sa clientèle comme une amélioration de son produit ; Que la commercialisation dudit produit est constitutive de concurrence déloyale et parasitaire au sens de l'article 2 de l'annexe 8 de l'accord de Bangui, compromettant la viabilité de son unité industrielle »<sup>1089</sup>.*

1125. La sanction de la concurrence déloyale, lorsqu'elle se substitue à celle de la contrefaçon en droit du dessin et modèle est ainsi assise sur la seule volonté d'imitation des éléments constitutifs du modèle de la victime du modèle.

1126. La prise en compte de la mauvaise foi du concurrent déloyal semble être un critère de détermination de ce dernier. C'est par une volonté de s'immiscer illicitement

---

<sup>1086</sup> CA Paris, 31 janv. 2007, SA Jonelli c. SA Charles Guyon.

<sup>1087</sup> CA Paris, 26 avril 2013, SAS Caftan c. Sas Carrefour Hypermarchés.

<sup>1088</sup> D. Cohen, Le droit des dessins et modèles, 4<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, n°941; T. com. Paris, 21 déc. 2010, JurisData n° 2012-035333, RG 2011059803 : *« Attendu que la présente instance est fondée non pas sur la comparaison de deux articles, mais sur la comparaison d'une large gamme de modèles Funky Fresh, donnant, par la reprise des signes distinctifs de la gamme LMV, une impression d'ensemble visuelle telle qu'on ne peut pas les attribuer aisément à FREDUCCI ou à GRIFOLIE ; qu'au surplus, il n'est pas contesté que GRIFOLIE et GREFFINE ont été les seules fabricants ayant étendu leur gamme en reprenant un accessoire essentiel de la gamme LMV créant ainsi une confusion par effet de gamme d'autant plus caractérisée ».*

<sup>1089</sup> CA Paris, civ. et com. 4, n° 356, 28/04/2015, Etabs. Soumaré et Cie c. Groupe CCBM-SOPROMET.

dans la création d'un concurrent que l'auteur des faits litigieux a reproduit les caractéristiques du dessin ou modèle en cause. On remarque la prise en compte de cet élément dans la jurisprudence française et sénégalaise.

1127. Par ailleurs on remarque également que dans la jurisprudence française, l'appréciation du risque de confusion se fait au regard d'un public d'attention moyenne. Comparé au cas de la contrefaçon où on parle d'utilisateur averti, on voit qu'ici la souplesse du critère permet d'inclure facilement le consommateur final. C'est ce dernier qui est d'ailleurs visé, puisque par principe les actes de concurrence déloyale entraînant un détournement de clientèle, c'est l'impression de cette dernière qui importe dans l'appréciation de la confusion.

### **Paragraphe 3) La protection assurée par la concurrence déloyale aux autres valeurs immatérielles de l'entreprise**

1128. Nous ne pouvons aborder la protection subsidiaire accordée par l'action en concurrence déloyale, sans pour autant toucher à la problématique des valeurs économiques non protégées par des droits privatifs. Ce sont des biens intellectuels ayant une valeur concurrentielle pour l'entreprise, et à ce titre, protégeables par la responsabilité civile, par le biais de l'action en concurrence déloyale. Cette dernière permet de sanctionner toute forme d'usage illicite ou usurpation à leur égard.

#### **I) Déloyauté en matière de savoir-faire**

1129. La protection du savoir-faire s'inscrit en France dans le cadre de la protection des informations concurrentielles, confidentielles et donc innovantes dans le domaine d'activité de la structure qui en est titulaire<sup>1090</sup>.

1130. Il existe plusieurs formes de savoir-faire en France, ce polymorphisme entraîne plusieurs terminologies et celle qui semble emporter le consensus au regard des derniers textes en la matière est celui du secret des affaires. Il est défini comme : « *l'ensemble des connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles*

---

<sup>1090</sup> M. Malaurie Vignal, « Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique », Dalloz 2012, p. 1415; l'article 39 ADPIC parle en ce sens d'une "protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris(...), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2..."

au public et qui ne font pas l'objet d'un brevet », il est protégé à ce titre par le biais d'autres infractions que celle de la contrefaçon<sup>1091</sup>. Ceci dit, cette protection est demeurée lacunaire, c'est pourquoi la proposition de loi dite Carayon est venue soumettre, en matière pénale, un cadre juridique de sanction qui se veut plus efficient, mais certains doutent de son efficacité<sup>1092</sup>.

1131. L'intérêt de la protection civile, notamment par la concurrence déloyale, est le fait que la poursuite des actes d'usurpation ou d'accès à l'information confidentielle puisse se faire à l'encontre des collaborateurs directs de l'entreprise, notamment les dirigeants ou les salariés, comme cela est prévu dans le cas de la protection pénale de ces secrets d'affaires<sup>1093</sup>.

1132. Il a été par ailleurs avancé que la propriété intellectuelle est inadaptée à la protection du savoir-faire car l'intérêt de ce dernier réside dans la confidentialité, cela ne servira à rien de protéger le secret d'une technique industrielle et commerciale, lorsque l'on procède à sa publication auprès du public par le biais de la protection intellectuelle<sup>1094</sup>.

1133. Toujours est-il que la protection du secret des affaires des entreprises par la concurrence déloyale, est notamment prévue, au niveau européen, par l'article 39.2 de l'accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce du 15 Avril 1994. Ce dernier dispose en son alinéa 1, en ce sens que : « *En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10 bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2* ».

L'alinéa 2 poursuit en délimitant les modalités de cette protection dans ces termes :

*« Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :*

---

<sup>1091</sup> M. Buydens, Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire, éd. Larcier, 1999, p. 291, cité par S. Dusolier, Droits intellectuels, op.cit., p. 365. Le cadre civil français de la protection du savoir-faire s'inspire d'autres régimes similaires, des conditions de fond de la protection pénale du secret de fabrication. Ce dernier, notamment assurée en matière de brevet, par l'article 621-1 du Code de la propriété intellectuelle fixe plusieurs conditions pour la protection du secret de fabrication. Ce texte renvoie à ce titre à l'article L. 1227-1 du Code du travail.

<sup>1092</sup> R. Fabre, JCI. Brevet, Fasc. 4200, 4 déc. 2014, n° 72 et s.

<sup>1093</sup> A. Lucas, La protection des créations industrielles abstraites, Librairie techniques, 1975, p. 360.

<sup>1094</sup> P. Berlioz, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », RTD Com., 2012, p. 263.

*a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;*

*b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets;*

*c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ».*

1134. La jurisprudence française respecte les conditions ainsi fixées dans le processus de sanction de l'appréhension ou de l'usurpation des secrets d'affaires.

1135. En droit OAPI, la protection par la concurrence déloyale du secret des affaires, est prévue par l'article 6 de l'annexe 8 de l'accord de Bangui, intitulé, concurrence déloyale portant sur l'information confidentielle. L'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle étant aussi membre de l'OMC, est partie à l'accord ADPIC précédemment cité. Les dispositions de l'article 6 sont dans le même sens que l'article 39 de cette convention. L'alinéa 1 de l'article 6 dispose que : « *Constitue un acte de concurrence déloyale, tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, entraîne la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation par un tiers d'une information confidentielle sans le consentement de la personne légalement habilitée à disposer de cette information et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes* ».

1136. La lecture de cette disposition montre une faille de rédaction qu'il convient de soulever. En effet le texte de l'accord ne parle que de l'appréhension ou de l'usurpation par des tiers, contrairement aux dispositions de l'accord ADPIC qui ne précise pas les auteurs de tels actes et inclut par la même occasion, aussi bien, les collaborateurs directs de l'entreprise que les tiers.

1137. Au niveau de l'Accord de Bangui cependant l'alinéa laisse plutôt entendre que seul le détournement ou l'accès illicite obtempéré par des tiers serait éligible à l'action en concurrence déloyale portant sur l'information confidentielle. En poursuivant cependant la lecture de l'article, on se rend compte que ce n'est peut-être qu'une erreur de rédaction, étant donné que l'alinéa 2 de ce même article 6 précise les cas par l'occasion desquels peut intervenir cette infraction. Il cite à cet effet, l'espionnage industriel ou commercial, la rupture de contrat, l'abus de confiance ou l'incitation à commettre les actes susmentionnés.

1138. Il apparaît dès lors que le texte vise aussi bien le salarié, que le dirigeant ou même l'associé. Le tiers par ailleurs est également visé, ce qui offre un champ d'application optimum à la protection de l'information confidentielle de l'entreprise.

1139. L'alinéa 3 de l'article 6 de l'annexe 8 de l'Accord de Bangui précise les caractères que doit présenter l'information confidentielle protégée. Il s'agit, dans le même sens de l'article 39 de l'accord ADPIC précité, d'une information originale, secrète et dont la gestion par l'entreprise détentrice fait apparaître le caractère confidentiel. Cette dernière disposition peut être vérifiée notamment par l'existence de certaines clauses contractuelles passées par l'entreprise avec ses différents collaborateurs, mais également, dans les précautions qu'elle prend dans l'exploitation de ce savoir-faire technique ou commerciale.

1140. Au regard de la sous-industrialisation dont souffrent les pays situés dans la zone OAPI dont le Sénégal est partie, le contentieux local en matière de savoir-faire est quasi-inexistant, nous nous reporterons pour l'analyse et l'illustration jurisprudentielle de ce contentieux sur le cas français.

1141. Il a ainsi été jugé du caractère déloyal d'une usurpation de secret d'affaires que : « *la connaissance par la société ETS des grilles tarifaires d'un concurrent direct, des méthodes utilisées par celui-ci pour l'élaboration de devis, l'utilisation en toute connaissance de cause de documents internes et confidentiels de l'entreprise rivale en matière de travaux d'étanchéité, l'utilisation du savoir-faire d'un métreur qui venait d'accomplir son stage au sein de l'entreprise Riva tout en reproduisant, à l'insu de son premier employeur, des documents et informations confidentielles en matière de devis dont il s'est empressé de faire partager le bénéfice à son second employeur, fausse complètement le jeu de la concurrence dans le cadre d'appels d'offres et a permis ou permet toujours à la société ETS d'aligner ses prix à la baisse par rapport à son concurrent direct (...)*Attendu que ces éléments suffisent pour démontrer le trouble manifestement illicite causé par la concurrence déloyale dont s'est rendue coupable la société ETS et pour justifier l'organisation d'une expertise à l'effet de fournir tous éléments utiles sur le préjudice économique subi par la société Riva »<sup>1095</sup>.

---

<sup>1095</sup> CA Toulouse, 8 oct. 2014, RG n°: 14/02524; dans le même sens, CA Nîmes, 8 janv, 2015, R.G. n°13/00185 : « *attendu que si le propre savoir-faire de Philippe PAGÈS dans la fabrication des couches-culottes, voire dans la mise au point de machines-outils, n'est pas remise en question par la société « Ontex », il ne ressort d'aucun élément, qu'il aurait eu connaissance des réglages de la chaîne de fabrication à effectuer pour parvenir au résultat attendu ;A. Mendoza-Caminade, « L'abus de confiance et le détournement de projet qualifié de propriété », note sous Cass. crim., 22 sept. 2004, JCP G, II,1034.*

1142. Il est également fréquent en droit français que l'usurpation de secret d'affaires se fasse par le biais d'un débauchage, ainsi que l'a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry<sup>1096</sup>.

1143. Il est cependant intéressant de soulever, qu'il ne suffit pas d'invoquer ou de prouver un savoir-faire, ainsi que son utilisation illicite pour en obtenir la sanction. La jurisprudence française tend de plus en plus à demander la preuve de l'originalité du secret d'affaires invoqué<sup>1097</sup>.

## **II) Protection contre l'usage illicite de certaines appellations de l'entreprise**

1144. Lorsque l'on parle de signe distinctif de l'entreprise, la marque est celui qui nous vient à l'esprit, elle ne constitue cependant pas le seul signe pouvant se prévaloir d'un tel qualificatif. En dehors des droits subjectifs octroyés par la propriété intellectuelle, il existe différentes sortes de dénominations dont seule l'action judiciaire en concurrence déloyale permet de sanctionner l'usurpation ou l'usage illicite. Selon le type d'entreprise

---

*Or attendu que s'il n'est effectivement pas démontré que les informations contenues dans l'ordinateur d'Aurélien LECLERCQ auraient été directement exploitées par la S.A.S. « A.M.D. », il n'en demeure pas moins qu'il a été constaté le 16 février 2007 que les cinq salariés démissionnaires de la S.A. « Ontex Health Care France », ainsi que l'ingénieur en formation auprès de cette même société, qui ont été recrutés dans la même période de temps pour leurs compétences techniques et leur expérience acquise auprès de la société concurrente, étaient employés à la mise au point de la chaîne de fabrication de la S.A.S. « A.M.D. » dont la production ne devait débiter de manière effective que plusieurs mois plus tard ;  
Attendu qu'il se déduit donc de l'ensemble de ces éléments, preuve suffisante que ce recrutement ciblé avait pour but l'acquisition à coût réduit des procédés de réglage de l'outil de fabrication d'un produit susceptible de concurrencer celui issu des investissements de recherche et de développement antérieurement exposés par la société « Ontex », de sorte que le jugement déféré sera réformé en ce qu'il a débouté cette dernière de sa demande en réparation de son préjudice ».*

<sup>1096</sup> CA Chambéry, 17 déc. 2013, RG n° 12/02330 : « la société STIC, dont le dirigeant est aussi celui de la société KYOLIS, a donc désormais tout loisir d'abandonner IFOTEC pour se fournir auprès de la société KYOPTIC, fille de KYOLIS, ce qu'elle fait effectivement, le chiffre d'affaires réalisé par IFOTEC avec STIC à la clôture de l'exercice 2010 tombant brutalement à 2.285,41 euros seulement, alors qu'en 2009 il avait été de 323.101,82 euros ;

*Attendu qu'il est ainsi démontré qu'il s'agissait d'une action concertée et délibérée destinée, via une captation de technologie par le truchement de l'embauche de M. MANUSE, qui serait qualifié de directeur technique et percevrait un salaire plus élevé (+ 400 euros brut) tout en travaillant à côté de son domicile, à détourner le client STIC au préjudice de la société IFOTEC et au profit de la société KYOPTIC et de sa mère KYOLIS, étant précisé, compte tenu de sa proximité avec les appelantes, qu'il ne peut être tenu compte des explications tardivement avancées dans le courrier rédigé le 12 avril 2012 par M. LE MARC, dirigeant de la société STIC, qui a été le dirigeant de la société KYOLIS jusqu'en août 2011 et l'un de ses associés fondateurs » ; Cass. com., 3 juin 2014, RG n° 13/10.670 ; CA Versailles, 27 mai 2014, RG n° 11/00692, jurisData n° 2014-012325.*

<sup>1097</sup> CA Douai, 14 mai 2013, RG n° 12/02603, JurisData n° 2013-009259, à propos de l'usurpation d'un savoir-faire par un ancien salarié non lié par une clause de non concurrence ; Cass. com., 27 janv. 2009, n° 08-10.991: JurisData n° 2009-08-10.991 ; CA Paris, 21 nov. 2008, JurisData n° 2008-373507, Propr. Ind. 2009, comm. 3., J. Larrieu



concerné, on parle de dénomination sociale ou de raison sociale, alors que l'enseigne et le nom commercial sont plutôt synonymes.<sup>1098</sup>.

1145. Selon Madame Tréfigny : « *le nom commercial est le nom sous lequel, le commerçant, et plus largement le professionnel, se fait connaître de sa clientèle tandis que la dénomination sociale est le nom choisi dans les statuts d'une personne morale pour l'identifier* »<sup>1099</sup>. Il apparaît ainsi que la dénomination sociale est une identification de l'entreprise plus apparente dans les registres et papiers de l'entreprise et est donc visible dans le cadre des démarches ou procédures administratives. Le nom commercial représente la dénomination du fonds de commerce et fait partie de ce dernier<sup>1100</sup>.

1146. Etant donné que ces noms sont des composantes entières de l'entreprise en ce qu'elles sont des signes de ralliement de la clientèle, il est normal qu'il soit prévu au niveau juridique, un dispositif de protection de la réservation de leur valeur pour leur propriétaire. La concurrence déloyale en tant que régime général commun en matière de responsabilité civile délictuelle appliqué aux affaires, assure ce rôle<sup>1101</sup>.

1147. Le contentieux de la concurrence déloyale sur les appellations de l'entreprise en dehors de la marque tourne surtout autour du nom commercial, du nom de domaine ou de l'enseigne. Ces dénominations étant celles qui sont connues de la clientèle, c'est pourquoi les moyens litigieux de détournement de cette dernière passe souvent par l'usurpation de ces dernières. En atteste, notamment cette affaire portant sur le rejet d'une opposition au droit sur la marque pour le motif que le demandeur a substitué le nom commercial à la dénomination sociale de l'entreprise<sup>1102</sup>.

1148. Il est important de relever ici que n'étant pas dans le cadre d'un droit privatif assuré par la propriété intellectuelle, il est évident que le caractère servile de la copie ne suffit pas à rendre la sanction de la concurrence déloyale automatique,

---

<sup>1098</sup> P. Tréfigny, « Nom commercial et dénomination sociale : Deux notions distinctes », *Propr. Ind.*, n°1, 1<sup>er</sup> janv. 2015, comm. 5 ; J. Passa, « La protection de la dénomination sociale et du nom commercial par l'action en concurrence déloyale », in *Mélanges Y. Serra*, op. cit., p. 289.

<sup>1099</sup> *Ibid.*

<sup>1100</sup> R. Cabrillac, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd, 2013, p. 348 : « *Désignation sous laquelle une personne physique ou morale exerce une activité commerciale, exploite un fonds de commerce. Élément d'attraction et de fidélisation de la clientèle, le nom commercial est un élément du fonds* ».

<sup>1101</sup> J. Larrieu, « Le passe-partout de la réservation des « créations » (originales ou pas) » : La concurrence déloyale, *Propr. Ind.*, n° 9, sept. 2007, comm. 73.

<sup>1102</sup> Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-15. 489, *JurisData* n° 2014-025372 ; *PIBD* 2014, n° 1017, III, p. 885 : l'article R. 712-14 du Code de propriété intellectuelle porte les termes de l'exigence de l'identification de l'entreprise formant opposition au droit de la marque.

contrairement à ce qui se passe en droit des marques<sup>1103</sup>. Cette disposition fait toute la différence entre la concurrence déloyale invoquée à titre subsidiaire dans un litige pour droit de marque ou celle intervenant dans le cadre d'une simple valeur économique de l'entreprise. Ainsi la sanction de la concurrence déloyale pour risque de confusion connaît des variantes selon que l'on soit devant un droit intellectuel ou une valeur immatérielle du fonds de commerce. La seule copie servile n'étant pas suffisante pour caractériser la faute, l'appréciation de la confusion entre les deux signes doit être effective<sup>1104</sup>.

1149. La faute de concurrence déloyale invoquée dans de telles circonstances, est celle de la création du risque de confusion ou imitation. Le juge appréciera la réalité de la confusion au regard des circonstances telles que le secteur géographique d'exploitation de l'appellation. La prise en compte de ce critère nous semble logique dans la mesure où l'enseigne ou le nom commercial uniquement exploité au niveau local ne risquent pas d'être confondu, si un tel risque se présente, avec un signe exploité ailleurs<sup>1105</sup>.

1150. En droit sénégalais, l'annexe V de l'accord de Bangui consacre la protection du nom commercial et dispose en son article 1<sup>er</sup> que : « *La dénomination sous laquelle est connue et exploitée un établissement commercial, industriel, artisanal ou agricole* ».

1151. Ainsi comme le laisse penser l'existence de cette annexe dans les dispositions de l'Accord de Bangui, il existe en droit OAPI, un titre intellectuel qui protège le nom commercial. Les modalités d'enregistrement du droit intellectuel sont ainsi fixées au niveau de l'article 3 de la même annexe.

1152. L'article 16 en ses alinéas 3 et 4 prévoit des sanctions pénales de l'usage illicite du nom commercial d'autrui, et il prévoit également la sanction civile. Il dispose en ce sens qu'il peut s'agir de « *toute autre sanction prévue par le droit civil* ». On peut supposer que ce n'est qu'une allusion aux règles de la responsabilité civile délictuelle et que dès lors, la concurrence déloyale souvent appelée « *la responsabilité civile des affaires* », n'aura dès lors, aucune difficulté à être invoquée.

---

<sup>1103</sup> Cass. com., 27 janv. 2009, arrêt précité.

<sup>1104</sup> J. Larrieu, art. préc., n° 27.

<sup>1105</sup> CA Orléans, 26 juin 2008, JurisData n° 2008-371 ; TGI Paris, 29 oct. 2008, PIBD 2009, n° 887, III, p. 743 ; TGI Montpellier, 27 janv. 2009, PIBD 2009, n°894,III, p. 969 ; Cass. com., 27 janv. 2009, n° 07-15.971, JurisData n° 2009-046794, cités par J. Larrieu, « Un an de concurrence déloyale », n° 6, juin, 2009, chron. 5: « *Si les actes d'imitation reprochés au concurrent n'ont pas été commis dans l'espace de rayonnement territorial du nom commercial ou de l'enseigne, le risque de confusion ne pourra être démontré. Si à l'inverse, il y a identité d'activité dans la même zone de chalandise, le risque de confusion engendré par l'imitation d'une enseigne est avéré, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les deux entreprises ont exactement les mêmes clients* ».

1153. En ce sens, l'annexe 8 de l'accord de Bangui vient répondre d'une manière positive à notre postulat, puisque l'article 2 intitulé « *Confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités* », cite parmi les valeurs immatérielles et économiques de l'entreprise, protégées par la concurrence déloyale, le nom commercial, au même titre que les autres signes distinctifs.

1154. En dehors du nom commercial et de la marque, c'est le droit de la concurrence déloyale qui assure le respect de la réservation des dénominations de l'entreprise en droit OAPI. En effet, seuls ces deux signes distinctifs font l'objet d'une protection par la propriété intellectuelle. Dès lors, comme le dispose l'alinéa 2 de l'article 2 de l'annexe 8 de l'Accord de Bangui, la protection de la concurrence déloyale englobe également, « *un signe distinctif d'entreprise autre qu'une marque ou un nom commercial* ».

1155. Nous observons que la protection de la concurrence déloyale en matière de signes distinctifs en droit comparé assure un rôle subsidiaire, protecteur et répressif. L'existence en droit sénégalais d'une protection pénale du droit commercial n'y change rien. La réservation des valeurs originales ou non est traitée aussi efficacement par le régime de la propriété intellectuelle que celui de la responsabilité civile délictuelle. Comme le soulignait un arrêt en la matière : « *l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif* »<sup>1106</sup>. Cette décision nous montre que la subsidiarité de la concurrence déloyale peut être exercée aussi bien en présence, qu'en l'absence d'un droit privatif. En l'occurrence, tel que nous venons de le voir en droit sénégalais, la faute de confusion pour concurrence pourra être retenue aussi bien dans le cadre du signe distinctif protégé, que dans le cas des signes non protégés.

---

<sup>1106</sup> Cass. com., 15 juin 1983: Bull. civ. 1983, IV, n° 174; Cass. com., 22 oct. 2002, RG n° 00/14.849, Go sport c/ Decathlon, Juris-Data n° 2002-015990; Dalloz 2003, somm. p. 1031, Y. Serra; JCP E 2003, 493, Dalloz. Mainguy ; c'est dans le même sens qu'il faut comprendre l'arrêt ayant jugé que : « *le caractère original ou distinctif d'une dénomination sociale, d'une enseigne, ou d'un nom commercial, n'étant pas une condition du succès de l'action en concurrence déloyale, mais seulement un critère éventuel d'appréciation de la faute et du risque de confusion* » :Cass. com., 10 mai 2006, RG n° 05/15 832, sté Le Gardien c/ sté Gardian : PIBD 2006, n° 834, III, p. 515.

## **Sous-section 2 : Le choix de l'action judiciaire pour parasitisme**

1156. Il est possible de faire substituer l'action en contrefaçon, dans le cadre de la sanction de l'atteinte à une valeur économique, par une action en responsabilité civile, notamment l'action en parasitisme<sup>1107</sup>. Cette dernière, née d'une réaction contre le principe de spécialité de la concurrence déloyale a été instaurée par la jurisprudence à titre complémentaire pour la protection des préjudices complémentaires à ceux découlant de l'atteinte aux droits intellectuels. Le parasitisme présente plusieurs avantages<sup>1108</sup>. Au titre de la protection des droits intellectuels, le parasitisme présente l'intérêt de ne s'attacher ni à l'existence d'un risque de confusion, ni à celle d'une relation de concurrence entre la victime et l'auteur des faits litigieux. En l'occurrence, en l'absence de contrefaçon, cette infraction sera invoquée pour différents préjudices au titre d'un détournement d'avantage concurrentiel. Elle frappe l'économie injustifiée qui découle des actes litigieux<sup>1109</sup>.

1157. Il a été soulevé la question relative au risque de reconstitution du monopole lorsque le parasitisme vient sanctionner l'usurpation ou l'usage illicite de la valeur économique<sup>1110</sup>. Une telle objection à la sanction du parasitisme relève de la peur de certains à une atteinte générale à la licéité concurrentielle incluant la liberté de copie. Nous essaierons dès lors dans nos développements de rassurer de telles inquiétudes en leur opposant notre point de vue et ceux des auteurs qui soumettent la sanction du parasitisme à quelques limites. Ces dernières se veulent être des garde-fous dans l'éventualité d'une atteinte à un principe supérieur de la vie des affaires<sup>1111</sup>.

---

<sup>1107</sup> Ph. le Tourneau, J.-Cl. Concu. Consom., op. cit., n° 1 et s. J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 401 et s.

<sup>1108</sup> D. Legeais, J.-Cl. Commercial, Fasc. 254, 19 mai 2014, n° 1 et s.

<sup>1109</sup> CA Paris, 16 février 1989, J.C.P. E. 1990, 15. 706, obs. J.-J. Burst et J.-M. Mousseron : « *la copie servile d'un produit (en l'espèce un autocuiseur de la Société Seb) peut être sanctionnée, qu'il y ait ou non risque de confusion, du moment qu'elle permet à un concurrent de réaliser une économie injustifiée, et de proposer le produit à un prix inférieur au produit copié* ».

<sup>1110</sup> J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », art. précité.; I. et G. Parléani, « La tentative du moyen âge, l'exemple du parasitisme », art. précité. ; F. Pollaud-Dulian, De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », RTD com., 1997, p. 349 ; J. Azéma, « L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété industrielle », Mél. P. Didier : Economica, 2008, p.1.

<sup>1111</sup> Ph. Le Tourneau, Le parasitisme, op. cit. ; « Le parasitisme dans tous ses états », art. précité ; « Le bon vent du parasitisme », art. précité ; « Peut-on entamer le requiem du parasitisme ? », art. précité ; M. Malaurie-Vignal, « Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », Dalloz. 1996, chron. p. 117.

## **Paragraphe 1) L'action subsidiaire en concurrence déloyale dans la protection du brevet**

1158. La protection subsidiaire de l'innovation assurée par le droit du brevet peut également passer par l'action en parasitisme ou agissements parasitaires<sup>1112</sup>. La concurrence déloyale par parasitisme va sanctionner en ce sens l'infraction consistant à l'utilisation illicite des connaissances techniques du brevet ou du procédé breveté<sup>1113</sup>.

1159. Ainsi en ce qui concerne le grief fondé sur la recherche de confusion, il est fréquent que le contrefacteur et ses complices invoquent la destination du produit breveté comme expliquant la nécessité de la forme retenue dans la confection de ce dernier<sup>1114</sup>. Il a été notamment jugé en ce sens qu'une telle forme ne peut être une nécessité fonctionnelle s'il est prouvé qu'il existe sur le marché différentes possibilités de conception entourant le même produit<sup>1115</sup>.

---

<sup>1112</sup> G. Damy, « Contribution à l'étude de la protection juridique de l'innovation », LPA, 26 déc. 2006, n° 257, p. 4 : « *Tout l'intérêt de cette notion consiste à voir une faute dans le seul fait de tirer profit, sans bourse délier, des efforts et des investissements d'un concurrent, en copiant ou en s'inspirant de sa réalisation exclue du domaine de la propriété intellectuelle, sans qu'il soit nécessaire d'établir le risque de confusion traditionnellement exigé* ».

<sup>1113</sup> J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 394 : « *l'atteinte au droit privatif peut être constituée, et l'est le plus souvent, par la reproduction d'éléments techniques de la structure interne d'un produit* » ; en ce sens également, J. Schmidt-Szalewski, art. précité : « *en matière de brevets la contrefaçon ne peut inclure l'idée de confusion dans l'esprit du public, puisque les détails techniques de l'invention ne sont pas toujours accessibles à la clientèle. La protection n'a pas pour objet la forme, mais les caractéristiques techniques de l'invention* ».

<sup>1114</sup> Contraintes techniques et fonctionnelles retenues et demande en parasitisme rejetée pour ce motif : CA Bourges, 16 janv. 2014, n° 12/01656, JurisData n° 2014-005624.

<sup>1115</sup> CA Paris, 10 fév. 2015, n° 13/07062, JurisData n° 2015-002192 : « *Considérant que les premiers juges ont rejeté les demandes au titre du parasitisme estimant non justifiés les investissements allégués par la société SFA ainsi que les malfaçons ou défauts des produits adverses ; Considérant qu'en cause d'appel la société SFA produit le détail de l'estimation de ses investissements qui serait en cours de certification (cette dernière n'étant toutefois pas versée au débat) et maintient que les appelantes tentent de profiter indûment de la réputation de ses broyeurs, ce que ces dernières dénie aux motifs que la structure et le fonctionnement d'un broyeur seraient essentiellement imposés par sa fonction ; Considérant à cet égard, qu'il a été précédemment rappelé qu'il existe sur le marché des broyeurs de forme et d'apparence très différents, y compris dans leurs éléments techniques, alors qu'ils doivent répondre aux mêmes impératifs fonctionnels ; qu'il est suffisamment établi par les pièces versées au débat que la société SFA a consacré des efforts pour la conception et la promotion de son broyeur 'SANIPRO XR', même si ce broyeur est présenté avec d'autres produits et non comme un 'produit phare' sur son site internet (pièce 2) ; qu'elle vend son produit pour un prix public d'au moins 600 euros (prix moyen d'environ 727 euros, selon copies d'écran d'autres sites internet du 21 avril 2011 produites en pièce 17 ; que les appelantes, qui commercialisent leur produit au prix de 249 euros (prix public unitaire selon constat d'achat précité), lequel reproduit, en particulier, le bloc moteur du produit de la société SFA, ont incontestablement pu sans bourse délier bénéficier des qualités substantielles d'un produit déjà mis au point et connu ; qu'elles se sont ainsi placées dans le sillage de la société SFA, démarche fautive qui caractérise à leur encontre des actes de parasitisme, même s'il n'est pas démontré que la qualité de leurs produits serait en outre défectueuse et attentatoire à l'image de la société SFA* ».

1160. La reproduction illicite des connaissances techniques passe d'un côté par la fabrication des produits brevetés, leur commercialisation, d'un autre côté, l'utilisation du procédé breveté. Ainsi il s'agira soit du détournement des fruits du travail d'autrui<sup>1116</sup>, ou encore l'usurpation illicite de l'investissement d'un tiers dans le but de faire des économies<sup>1117</sup>.

1161. L'intérêt de la protection subsidiaire des agissements parasitaires par rapport à la contrefaçon peut apparaître dans le cas de cumuls d'actions, lorsque le brevet est annulé pour diverses raisons, dans ce cas, l'auteur des activités illicites pourra toujours être sanctionné au titre du détournement des fruits du travail d'autrui<sup>1118</sup>. L'intérêt du choix du parasitisme à titre subsidiaire peut viser en général à interrompre la tendance presque automatique des défendeurs en contrefaçon à invoquer la nullité, déchéance, ou expiration du droit industrielle qu'on leur oppose.

1162. La jurisprudence française admet l'action en parasitisme introduite à titre incident par le licencié à une action principale en contrefaçon du titulaire du droit intellectuel. Il peut ainsi invoquer la réparation de son préjudice personnel du fait des agissements contrefaisants<sup>1119</sup>.

---

<sup>1116</sup> Un exemple typique de ce type de parasitisme en matière de brevet concerne le grief souvent fondé sur l'usage illicite de l'appellation distinctive utilisée dans l'exploitation du produit ou du procédé breveté, V. en ce sens : CA Montpellier, 21 janv. 2014, RG n° 12/05836, JurisData n° 2014-011814 : « *L'utilisation du terme « Bio-Stat » par la société Calidris pour désigner un dispositif, breveté, de détection des chocs d'animaux volants sur les pales d'éoliennes est donc bien antérieure au dépôt de la marque « Biostat » par la société Biotope, qui n'apporte aucun élément établissant qu'elle a fait usage de ce signe avant le dépôt à l'Inpi fait le 11 février 2009 ; curieusement, ce dépôt est intervenu peu après le courrier du directeur général de la société WKN France en date 28 janvier 2009, informant la société Biotope de la visite de M. Delprat et de la proposition de celui-ci de réaliser des études à l'aide notamment du dispositif « Bio-Stat » ; il ne peut dès lors être soutenu que l'utilisation du terme « Bio-Stat » caractérise de la part de la société Calidris un comportement constitutif de parasitisme ».*

<sup>1117</sup> La jurisprudence exige pour l'admission d'un parasitisme pour détournement d'investissement, la preuve de l'importance de ce dernier. C'est ce qui ressort de l'arrêt de cassation suivant : Cass. com., 11 mars 2014, RG n° 12-29. 434, JurisData n° 2014-004482 : « *qu'en l'espèce, si la société EXTEN. S démontre que la société FLUCHOS a indûment prétendu utiliser des bandes extensibles, elle ne démontre pas le risque de confusion entre les deux modèles de semelles, celles-ci présentant des bandes structurées de façon totalement différente, en longueur pour EXTEN. S et en croix pour FLUCHOS et ne démontre pas davantage l'importance des investissements dont aurait pu profiter la société FLUCHOS sans bourse délier ; qu'il n'est donc pas démontré que la société FLUCHOS se soit placée dans son sillage, pour vendre ses semelles ; qu'aucune pratique de parasitisme n'est donc davantage imputable aux sociétés intimées ; que la société EXTEN. S sera donc déboutée de sa demande en concurrence déloyale et en parasitisme, et par voie de conséquence, de l'ensemble de ses prétentions ».*

<sup>1118</sup> CA Paris, 23 sept. 2014, RG n° 2013/04388, B20140144, PIBD 2014, n° 1018, p. 1018 : « *Considérant que, même si la contrefaçon n'est pas retenue, Philippe L. est recevable à agir en concurrence déloyale ou parasitaire à titre subsidiaire et la société VEDM, qui exploite le brevet de ce dernier, est recevable à agir sur ce fondement à titre principal ».*

<sup>1119</sup> TGI Paris, 3 mars 2010, n° 07/13504, JurisData n° 2010-005230 : « *L'action de la société CIBA VISION AG, en sa qualité de licencié, et de la société CIBA VISION SAS, en sa qualité de distributeur du dispositif breveté, aux côtés de la société NOVARTIS, dans l'instance l'opposant aux sociétés JOHNSON et ETHICON*

1163. La question du droit intellectuel est totalement exclue et une indemnisation adéquate pourra être octroyée à la victime pour compenser son préjudice économique et la cessation de la poursuite du détournement lui permettra de recouvrer l'exclusivité d'exploitation de son invention. Le détournement du travail se base en l'occurrence sur les efforts manuels et intellectuels fournis par le titulaire dans le processus de création d'une technique sur un produit ou procédé<sup>1120</sup>. Dans ce dernier cas, on ne parle pas de reproduction mais plutôt de reprise des modalités de mise en place du procédé breveté.

1164. La protection du brevet en cas de copie servile est appréhendée par la jurisprudence à l'instar de cette pratique litigieuse en droit des dessins et modèles. En effet, dans ce dernier cas, la jurisprudence sanctionne cette infraction sans nécessité d'éléments distincts de la contrefaçon au regard de la gravité de l'acte. A contrario, en l'absence de contrefaçon de brevet, il conviendra de la sanctionner au titre du parasitisme et la Cour d'appel de Paris a jugé en ce sens que le reprise servile des « *caractéristiques essentielles de l'invention litigieuse, permettant ainsi l'interchangeabilité des fabrications et incitant les clients déjà pourvus en matériel de la société contrefaite à se fournir auprès de la société contrefaisante, alors qu'elle aurait pu éviter cette conséquence en introduisant une variante dans la contrefaçon, n'est pas un fait distinct des faits de contrefaçon reprochés en l'espèce et ce même s'il entraîne un préjudice supplémentaire* »<sup>1121</sup>. La protection de la création inventive dans le cadre du parasitisme prendra ainsi en compte la copie servile même s'il aurait pu l'être au titre de la contrefaçon. Ce dommage est rattaché à la protection du brevet pour cause de gravité de l'acte, s'il en est ainsi, il serait inutile qu'il soit pris en compte dans le cadre de la responsabilité civile<sup>1122</sup>.

1165. Il apparaît avec la jurisprudence étudiée dans le contentieux du brevet, que la corrélation de ce droit intellectuel avec d'autres droits de la même nature est souvent un motif de l'invocation du parasitisme dans le même procès. Le procédé breveté protégé par une marque ou le secret d'affaires, attaché à la conception d'un produit, peut ainsi être

---

*dont le tribunal a reconnu la responsabilité quant aux actes de contrefaçon dudit brevet, pour voir reconnaître le préjudice qui leur est propre du fait que ces actes contrefaisants possèdent un lien suffisant avec l'instance actuellement pendante devant le tribunal ».*

<sup>1120</sup> TGI Paris, 2 juin 1983, PIBD 1983, III, 263 à 333 : Le tribunal sanctionne pour parasitisme, « *la copie servile, sans autorisation à des fins commerciales, de plans réalisés par un concurrent, plans communiqués par ledit concurrent à l'occasion de relations contractuelles, est un acte contraire aux usages loyaux du commerce et de l'industrie alors même que ces plans ne seraient pas protégés par la législation sur la propriété intellectuelle ; par un tel acte l'industriel fautif se conduit en parasite au détriment de son concurrent* ».

<sup>1121</sup> CA Paris, 11 mars 1971 : PIBD 1971, III, 244, cité par, J. Passa, op. cit., p. 313.

<sup>1122</sup> CA Paris, 23 avr. 1979, PIBD 1979, III, 331, Ibid.

usurpé ou faire l'objet d'un usage illicite à l'occasion de l'atteinte au droit du breveté. Cet état de fait complexifie le contentieux du brevet et la théorie du parasitisme est une aubaine dans de telles situations. Il s'ensuit que le droit privatif soit invoqué ou non, le parasitisme permettra d'assurer par le préjudice spécifique que sa sanction concerne, un complément de protection efficace. Il permettra d'assurer une pleine réservation des valeurs innovantes qui entourent l'invention.

## **Paragraphe 2) L'action Judiciaire en agissements parasitaires en droit des signes et des formes originales**

1166. Les droits dont les protections seront invoquées ici sont les marques, les signes distinctifs, ainsi que le droit d'auteur et les dessins et modèles. Seront ainsi inclus dans cette subdivision aussi bien les biens immatériels protégés par l'action en contrefaçon, que les biens immatériels qui ne sont pas inclus dans cette catégorie. Il nous paraît en effet pertinent de montrer dans une démarche unitaire le parasitisme subsidiaire à la contrefaçon aussi bien dans les droits privatifs, qu'au niveau des simples valeurs économiques entourant les signes distinctifs de l'entreprise. Ce dernier point permettra de mesurer l'utilité de la sanction du parasitisme, par nature subsidiaire, au regard de l'ensemble des valeurs immatérielles de l'entreprise<sup>1123</sup>.

1167. Il est aujourd'hui acquis que la sanction en matière de concurrence déloyale se limite au dommage du risque de confusion créé par un acte fautif dans le cadre concurrentiel. L'infraction du parasitisme vient relayer la règle de spécialité de la concurrence déloyale, et se substitue à celle de la contrefaçon, en dehors des risques de confusion, et sans prise en compte de la situation de concurrence entre les parties<sup>1124</sup>. Comme le soulignait M. Delpuech, « *Lorsque le lien de concurrence n'existe pas, il ne s'agit plus de concurrence parasitaire mais tout au plus d'agissement parasitaire* »<sup>1125</sup>.

1168. Sur le plan jurisprudentiel, l'affaire qui a le plus marqué les esprits en ce qui concerne la sanction d'agissements parasitaires est l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 1993, à propos de l'affaire « *Champagne* »<sup>1126</sup>.

---

<sup>1123</sup> Ph le Tourneau, Le parasitisme, op. cit., n° 250 et s.

<sup>1124</sup> Ibid.

<sup>1125</sup> J. P. Delpuech, L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, thèse, Paris, 1978, p. 475.

<sup>1126</sup> CA Paris, 15 déc. 1993, Yves Saint-Laurent Parfums, Dalloz. 1994. 145, note Ph. le Tourneau, l'arrêt a jugé que la société défendeur a « *détourné la notoriété dont seuls les producteurs et négociants en*



## **I) L'action substitutive de parasitisme en droit des signes**

1169. La sanction du parasitisme en droit des signes est à distinguer en deux catégories selon qu'elle concerne une marque, droit privatif par excellence, ou les autres signes distinctifs, valeurs immatérielles ne bénéficiant pas de protection juridique privative<sup>1127</sup>. Le parasitisme présente l'avantage dans les deux situations de pouvoir se suppléer à l'action en contrefaçon, que cette dernière soit admissible ou non. Dans un cas comme dans l'autre, la sanction de parasitisme ne nécessitera pas les mêmes faits générateurs<sup>1128</sup>.

1170. En matière de contentieux de marque, le parasitisme apporte un caractère bien particulier au contentieux, puisqu'il exclut la prise en compte du préjudice le plus souvent invoqué en dehors du champ de la contrefaçon, à savoir, la recherche par l'auteur de l'infraction d'un risque de confusion. Ce dernier étant rattachée à l'existence d'une clientèle commune entre la victime et l'auteur présumé du délit, sa fonction est moins forte dans une infraction qui ne semble pas être une priorité dans le cadre d'une situation de non concurrence<sup>1129</sup>.

1171. Le juge français sanctionne par ce biais différents sortes de préjudices. L'usurpation d'une notoriété, le détournement d'investissement ou du travail d'autrui. La sanction des agissements parasitaires se rattache ainsi à la fonction de garantie d'origine et de qualité des signes de l'entreprise, ainsi qu'à la protection des créations de valeurs sources de compétitivité concurrentielle. Il intervient ainsi sous un autre angle que celui traité par la sanction de concurrence déloyale<sup>1130</sup>.

1172. Le contentieux en la matière est très riche, le juge ne se rattache pas à la destination des produits puisque les entreprises en litiges ne sont pas forcément dans le même secteur d'activité et ne partagent pas une clientèle commune. Des jugements ou

---

*Champagne peuvent se prévaloir pour commercialiser le vin ayant droit à cette appellation* ».

<sup>1127</sup> J. Passa, J.-Cl. Marques-Dessin et modèles, Fasc. 7550 : « Marques et concurrence déloyale », n° 96, 1<sup>er</sup> juin 2015.

<sup>1128</sup> Ibid.

<sup>1129</sup> L. Vogel, Traité du droit des affaires, op. cit., n° 713 et s. ; J. Passa, Contrefaçon et concurrence déloyale, op. cit., n° 351 et s.

<sup>1130</sup> T. com. Paris, 22 nov. 2011, JurisData n° 2011-034731, RG. 2010080896 : « *Attendu que la présentation qui est faite de la société KHERIA, tente de faire croire, en utilisant le terme « financé », que son associé (Monsieur Laurent), aurait co-produit ses films, créant une filiation indue avec la société FCF ; Attendu qu'il est de jurisprudence constante, que le rattachement fallacieux à une société de forte renommée aux fins d'accréditer l'idée que l'on est en présence de services connexes ou dérivés et insinuer l'existence d'une filiation entre ses services et ceux d'une société dont l'image publique est porteuse, constituent bien des actes de parasitisme* ».

arrêts célèbres ont été rendus en ce sens, notamment dans la jurisprudence française. On peut citer en ce sens les retentissantes affaires Pontiac, Mazda ou Champagne<sup>1131</sup>. Dans chacun de ces litiges, les domaines d'activités des parties étaient totalement différents mais le juge ne s'est rattaché qu'à l'usage illicite de marque ayant entraîné l'usurpation de notoriété<sup>1132</sup>.

1173. La sanction du parasitisme en droit des marques sera empreinte des fonctions que la doctrine et la jurisprudence reconnaît à cette action judiciaire<sup>1133</sup>. Il s'agira de part et d'autre de déceler les dommages causés à la victime, en dehors de toute considération d'un détournement de clientèle. Le juge s'attachera plutôt, à un détournement d'investissement ou de travail d'autrui.

1174. A titre illustratif, nous pouvons faire appel à un certain nombre d'arrêts et de décisions judiciaires concernant les différents postes de préjudices sanctionnés. La pratique jurisprudentielle sénégalaise ne se différencie point à ce niveau de celle de la France car les dispositions juridiques sont les mêmes.

## **II) La sanction de l'enrichissement indu en droit des formes originales**

1175. Le parasitisme sanctionne le détournement illicite du travail et de l'investissement d'autrui lorsqu'il est constaté dans la propriété littéraire et artistique ainsi que dans les dessins et modèles. Il peut être retenu en considération ou non d'une recherche de confusion<sup>1134</sup>. Notre dessein étant de montrer les spécificités de cette sanction dans les agissements parasitaires constatés en droit d'auteur ou en droit des dessins et modèles, nous nous limiterons à cet effet à quelques décisions illustratives de l'état de la jurisprudence française en la matière.

---

<sup>1131</sup> CA Paris, 8 décembre 1962, Dalloz, 1963, 406, note Desbois ; Paris, 19 octobre 1970, annales 1971, note R. Dusolier ; Paris, 15 décembre 1993, Dalloz 1994, p. 145, note Ph. le Tourneau ; JCP G., 1994. II. 22229, note F. Pollaud-Dulian ; CA Paris, 7 déc. 2011, PIBD 2012, n° 955, III, 112 : « *il est suffisamment démontré que la société Suntwist s'est servi fautivement d'un savoir-faire et du travail d'Alfredo Millini, réalisé grâce aux investissements de la société SAI, ce qui constitue ainsi que justement retenu par le tribunal un acte de parasitisme engageant sa responsabilité civile* ».

<sup>1132</sup> C. Druetz-Marie, art. précité.

<sup>1133</sup> Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit., n° 7020.

<sup>1134</sup> S. Durande, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1116 : « Droit d'auteur et concurrence déloyale », 10 sept. 2015, n° 25 et s.

1176. La protection des dessins et modèles ainsi que celle du droit d'auteur est souvent abordée sous le même angle dans le respect du principe de l'unité de l'art. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'action en contrefaçon invoquée sur cette base, on retrouve dans les éléments juridiques d'appréciation, aussi bien les règles sui generis prévues dans le Code de la propriété intellectuelle ou l'annexe de Bangui, mais également celles du droit d'auteur, au nom de l'unité de l'art. Le parasitisme subsidiaire du dessin et modèle suit le même principe et s'inscrit de ce fait dans cette double considération.

1177. Le parasitisme s'attache dans ce domaine aux détournements indus d'efforts intellectuels et créatifs, tels qu'il en a été pertinemment jugé<sup>1135</sup>. Les efforts intellectuels sont mesurés à l'aune de l'investissement, de la recherche et de l'effort intellectuel de création nécessaire à la mise en œuvre du droit intellectuel. A la base, la protection du droit privatif en droit du dessin et modèle ressemble beaucoup à celle octroyée par la concurrence déloyale et par la même occasion l'infraction du parasitisme<sup>1136</sup>.

1178. La sanction de la copie, de la reprise de l'originalité d'une œuvre ou de l'usage de produits reprenant les éléments caractéristiques du dessin et modèle original ressemble à une sanction du risque de confusion, élément de faute en droit de la concurrence déloyale. Or en droit du parasitisme subsidiaire, il sera plutôt question de rechercher en dehors de la reprise des éléments fonctionnels caractérisant la création, lesquels s'inscrivent dans le cadre d'une pure recherche d'économies injustifiées<sup>1137</sup>.

1179. La méthode du parasitisme ne s'attache pas dès lors au moyen de confusion strictement, que cette confusion porte sur les éléments fonctionnels ou pas, mais plutôt au but réellement poursuivi ou à l'avantage indu que le parasite retire de son activité. On ne s'inscrit ainsi ni dans la sanction des éléments constitutifs de la contrefaçon, ni dans ceux

---

<sup>1135</sup> A. le Tarnec, « Jurisprudence en matière de propriété intellectuelle », Gaz. Pal., 15-17 juin 1997, p. 10 : « *l'utilisation par un tiers à des fins commerciales du travail d'autrui, lorsque ce travail se caractérise par des investissements financiers et intellectuels importants, ainsi que par un savoir-faire particulier, s'analyse indépendamment de tout risque de confusion, en un agissement parasitaire fautif. En effet, un tel acte, contraire aux usages du commerce, a pour effet de vider de sa substance le travail ainsi réalisé, de rompre l'égalité entre les divers intervenants, de fausser le jeu du marché et de provoquer un trouble commercial et moral dont la victime peut demander la cessation et la réparation si elle ne dispose pas d'une action spécifique* ».

<sup>1136</sup> P. Roubier, op. cit., t. 2, p. 397. : « *On pourrait peut-être penser que le rapprochement établi entre les produits des deux fabricants rivaux, on serait en présence d'une manœuvre de confusion* ».

<sup>1137</sup> T. com., 21 sept. 2010, JurisData n° 2010-031689, RG 20/08053400 : « *En offrant à la vente, des copies quasi serviles du Tee-shirt tunisien, à coût moindre, en créant un effet de gamme, AVRW a banalisé et réduit la valeur marchande du bien et créé un trouble commercial important à ZV France ; que ces agissements répréhensibles justifient qu'il lui soit alloué la somme de 50 000 francs la créance à inscrire au passif de AVRW à ce titre* ».

de la concurrence déloyale, mais aux conséquences lucratives et illicites que ces actes pourront avoir dans l'activité du parasite.

1180. En tant qu'action subsidiaire, elle est supposée s'appliquer lorsque l'on ne s'inscrit ni dans le cadre de la sanction de l'usage illicite d'un dessin et modèle ni dans le cadre du risque de confusion de cette usurpation. L'intérêt de l'application du parasitisme subsidiaire en droit des dessins et modèles apparaît ainsi en ce qu'il pourra sanctionner les faits pouvant caractériser la contrefaçon ou la concurrence déloyale. La différence dans ce cas réside dans la qualification des faits par le juge.

1181. Le juge peut très bien sanctionner la reprise des caractéristiques essentielles d'un dessin ou modèle, en dehors de toute demande en contrefaçon, en qualité de reprise du travail d'autrui, ou de détournement d'investissement. Ce qui importe dans l'action alternative en parasitisme d'un dessin et modèle est que le préjudice invoqué soit bien une faute qualifiable en agissement parasitaire. Ce dernier est sanctionné en ce qu'il procure des avantages illicites en économies de travail, d'efforts intellectuels ou d'investissement. Ces dernières pratiques sont répréhensibles dans la mesure où dans le monde des affaires, le temps de conception des créations est important au vue de l'avantage concurrentiel que son raccourcissement peut octroyer<sup>1138</sup>.

1182. Plus récemment, la même Cour a estimé que : « *la diffusion des sacs litigieux dans des circuits de distribution conduisant à leur mise en vente dans de « grandes surfaces » aboutit nécessairement à galvauder les modèles que la société Lancaster a fait protéger, lesquels sont destinés à une clientèle aisée* »<sup>1139</sup>. Dans cette affaire la faute de concurrence déloyale retenue se rattache à une dépréciation de modèle de la victime.

1183. La création d'un effet de gamme est également punie de concurrence déloyale pour parasitisme<sup>1140</sup>. C'est la confusion des origines du produit qui est ainsi recherchée<sup>1141</sup>. L'effet de gamme peut ainsi ressortir de la vente de produit d'une même déclinaison de couleurs, de la reproduction de dessins identiques<sup>1142</sup>.

---

<sup>1138</sup> CA Paris, 7 février 1996, PIBD 1996, 613-III-344.

<sup>1139</sup> CA Paris, 24 nov. 2006, PIBD 2007, p. 65.

<sup>1140</sup> CA Paris, 17 janv. 2007, Sarl Coquines c. Sarl Alexess ; CA Paris, 30 nov. 2011, Sas Trouillet Cie c. La Redoute.

<sup>1141</sup> CA Paris, 7 déc. 2011, Sa IHT c. Sarl Unopiu : « *les sociétés intimées ont créé un effet de gamme en reproduisant le modèle Roussillon dans ses deux versions à savoir table basse et bout de canapé et, de surcroît, en reprenant la même déclinaison de couleurs (crème et noir) que celle proposée par la société IHT ; que de tels actes ne sont pas fortuits, sont susceptibles de générer dans l'esprit de la clientèle un risque*

1184. Le parasitisme du droit d'auteur présente quelques spécificités qu'il convient de soulever. En matière de copie, le juge français s'est parfois attaché à sanctionner à ce titre la baisse des prix découlant d'une économie de recherche ou de conception<sup>1143</sup>. L'économie des frais est un préjudice distinct pour la victime d'une copie illicite en droit d'auteur<sup>1144</sup>.

1185. La sanction de cette forme de parasitisme s'est notamment manifestée dans la reprise par un site web de brèves ou d'articles de presse, il s'agit également en l'occurrence d'une économie d'investissements réalisée en parasitant des efforts intellectuels ou de recherche<sup>1145</sup>.

---

*de confusion sur l'origine du produit et caractérisent une faute attentatoire à l'exercice paisible et loyal du commerce ».*

<sup>1142</sup> CA Paris, 21 juin 2000, PIBD, 2001, p. 219 : « *il ressort des documents versés aux débats que les sociétés appelantes ont reproduit les dessins litigieux sur une gamme de produits identiques (casquettes, tasses, verres, cendriers, etc.) à ceux sur lesquels Barbara Skurman commercialise son œuvre par l'intermédiaire de ses licenciés ; que cette déclinaison du dessin contrefaisant sur les mêmes supports est de nature à induire en erreur sur l'origine des produits et constituent bien des actes de concurrence déloyale ».*

<sup>1143</sup> CA Paris, 17 sept. 2004, PIBD 2004, III, p. 653, Propr. Intel. 2005, p. 218, obs. J. Passa.

<sup>1144</sup> Cass. com., 18 janv. 1982, RJDA juil. 1982, p. 151, Bull. civ. 1982, IV, n°19 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi alors que, d'une part, l'action en concurrence déloyale qui trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 du code civil a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif et alors d'autre part que le procédé de la copie servile, dans le cas où il permet d'obtenir des prix de revient inférieurs à ceux des produits copiés constitue un acte de concurrence déloyale, la cour d'appel a violé, « par refus d'application les textes susvisés ».*

<sup>1145</sup> CA Paris, 9 nov. 2012, RG n° 11/23316, JurisData n° 2012-029506.

## Conclusion du chapitre

1186. La fonction subsidiaire de la responsabilité civile découle du cadre commun de protection qu'elle accorde à toute victime d'un fait délictueux. La concurrence déloyale et le parasitisme sont des manifestations de ce régime général applicable par défaut en l'absence d'un régime spécial. Cette réalité explique les rapports existant entre les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale ou en parasitisme. Ces deux actions jouent un rôle important dans la protection des droits intellectuels. Etudier leurs fondements juridiques ainsi que les modalités processuels nous a permis de jauger de l'efficacité d'un tel dispositif en droit comparé français et sénégalais.

1187. On constate ainsi en droit de la propriété intellectuelle, qu'il arrive que la protection du droit intellectuel soit assurée par l'action en concurrence déloyale ou l'action en parasitisme en substitution de l'action en contrefaçon. Cette subsidiarité est une originalité de la pratique jurisprudentielle française et sénégalaise.

1188. Lorsque cette protection concerne les droits privatifs prévus en droit comparé dans le cadre de la propriété intellectuelle, on applique ce que l'on appelle communément en droit français, la règle de l'option. Cette dernière permet le choix ou la mise en place de la concurrence déloyale ou du parasitisme, à la place de l'action en contrefaçon, lorsque ce dernier ne peut s'appliquer. Les éléments factuels d'appréciation de l'infraction de concurrence déloyale seront plus flexibles, dans la mesure où le juge pourra retenir une atteinte au droit intellectuel à titre de fait générateur de la concurrence déloyale. La seule limite du juge sera la qualification des faits. Il ne pourra en effet qualifier de faute de concurrence déloyale d'une atteinte à un droit intellectuel. Le dommage invoqué à ce titre doit relever des fautes de déloyauté concurrentielle.

1189. Par ailleurs, qu'il s'agisse de la concurrence déloyale ou du parasitisme subsidiaires, les conditions d'application du régime de la responsabilité civile délictuelle doivent être réunies, à savoir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

1190. En matière de protection des valeurs économiques de l'entreprise, la subsidiarité de la concurrence déloyale ainsi que celle du parasitisme joue pleinement dans

la mesure où l'action en contrefaçon ne peut s'exercer du fait de l'absence de droits  
privatifs sur ces créations originales.

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**





1191. Au terme de notre étude comparative du contentieux français et sénégalais de la contrefaçon et de la concurrence déloyale, nous relevons plusieurs constats. Ces derniers s'inscrivent dans une démarche d'appréciation ou de critique du dispositif juridique existant en la matière.

1192. La protection du patrimoine intellectuel a connu une grande avancée en droit français et sénégalais. Elle est appuyée notamment par une nuée de règles législatives et jurisprudentielles en droit comparé. La multiplicité de cette réglementation semble réconfortante face aux effets négatifs des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Nous nous réjouissons donc de ce que les législateurs français et sénégalais semblent être conscients de l'urgence que représente l'assainissement de la liberté concurrentielle, par la protection de l'innovation ainsi que la sanction de la déloyauté.

1193. La France, du fait de sa tradition juridique mais également de son contexte économique favorable, est un pays pionnier dans la réglementation de la protection des valeurs économiques immatérielles de l'entreprise. Les deux pays cependant liés par un passé colonial commun, une langue officielle commune, ainsi que des institutions judiciaires similaires, présentent, une grande convergence dans leurs dispositifs de lutte contre la contrefaçon et la concurrence déloyale.

1194. Cette réalité n'empêche que le droit de la propriété intellectuelle considéré au sens large du terme, connaît une réalité propre selon le pays considéré. Il apparaît en effet que ce sont les contextes socio-économiques de la France et du Sénégal qui donnent à chacun des dispositifs un aspect juridique particulier dans la lutte contre la contrefaçon et la concurrence déloyale.

1195. Le contexte de l'application des règles joue en effet sur l'effet et l'efficacité que ces normes comparées à tendance analogue peuvent avoir sur le terrain des opérateurs économiques. En France la leçon semble être acquise au regard de l'importance de la vulgarisation de la pratique du contentieux au niveau des personnes physiques et des entreprises.

1196. Au Sénégal, il existe une évolution positive de la réalité actuelle de la lutte judiciaire contre les infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale. Le contentieux s'enrichit d'année en année et permet ainsi par la même occasion une professionnalisation croissante des personnes intervenant dans sa réalisation.

1197. Les normes considérées aussi bien en France qu'au Sénégal ne sont pas parfaites. La société qui est l'objet même de toute norme juridique change de visage à vitesse accélérée dans les deux pays. Le monde des affaires suit également ce rythme. Face à ce constat, les législateurs français et sénégalais essaient d'améliorer au mieux la réglementation des pratiques litigieuses. Cet état de fait nous reconforte et nous donne l'espoir que cette lutte loin d'être figée en termes juridiques va toujours s'adapter à l'imagination des contrevenants qui semble être très fructueuse.

1198. Le droit sénégalais par le biais de la norme OAPI plus récente, nous semble de ce fait, plus à jour aux nouveaux enjeux qui se dégagent des délits de contrefaçon et de concurrence déloyale. Cette conformité ne semble être visible qu'au niveau des textes car les professionnels du milieu déplorent un manque d'effectivité causé par une absence de moyens adéquats. Le manque de formation des agents notamment déploré au niveau de la Douane, est un frein à l'application des nouveaux procédés d'intervention instaurés à cet égard par la toute nouvelle pénalisation de la contrefaçon douanière. L'insolvabilité souvent constatée au niveau des auteurs des infractions est également un frein à l'efficacité des peines et indemnités prévues pour le dédommagement des victimes.

1199. Le droit français connaît un contentieux d'une envergure plus importante en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale. Le droit n'est cependant pas toujours actualisé, malgré l'effusion des règles existantes sur les différentes préoccupations soulevées par les professionnels du milieu. La consécration législative de la concurrence déloyale est encore un débat, même si on constate quelques timides avancées en ce sens. Le droit de la contrefaçon semble plus satisfaisant avec notamment l'impulsion déterminante des directives européennes. La procédure de la saisie-contrefaçon connaît encore des lacunes comme en atteste le nombre important de contentieux qu'elle soulève chaque année.

1200. L'exemple du Sénégal et de la France dans la lutte contre la contrefaçon et la concurrence déloyale montre le caractère commun des préoccupations que soulèvent ces deux infractions dans un monde globalisé des affaires. La délimitation économique Nord/Sud ne semble pas avoir un impact sur la mondialisation constate des règles qui gouvernent ces deux fléaux économiques. Les systèmes juridiques considérés se recourent à bien des égards mais l'effectivité se heurte à des réalités socio-culturelles divergentes.

# Bibliographie

## I-Ouvrages généraux, traités, manuels

### **Atias (C.) :**

Droit civil, les biens, 10<sup>e</sup> édition, Litec, 2009.

### **Azéma (J.) :**

Le droit français de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1989.

### **Bakoup (F.):**

L’Afrique peut-elle gagner sa place dans la mondialisation ?, l’Harmattan, 2009.

### **Bascoulergue (A.) :**

Les caractères du préjudice réparable, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2014.

### **Bentham (J.) :**

Traité de législation civile et pénale, Paris, Dalloz, 2010.

### **Bloch (C.) :**

La cessation de l’illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, Dalloz, 2008.

### **Brunel(S.) :**

L’Afrique : Un continent en réserve de développement, éd. Bréal, 2004.

### **Bussy-Dunaud (F) :**

Le concours d’actions en justice entre les mêmes parties : L’étendue du choix du plaideur, LGDJ, 1988.

### **Carbonnier (J.) :**

Droit civil, t. 4, Les obligations, 22e édition, PUF janvier 2000

Droit civil Les biens et les obligations, PUF, 1957.

### **Chabas (F.) :**

Traité de la responsabilité civile, 6<sup>e</sup> éd., 2014.

Responsabilité civile et responsabilité pénale, Paris, éd. Montchrestien, 1975.

### **Chartier (Y.) :**

La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Dalloz, 1983.

### **Combacau (J.) :**

Le droit des traités, PUF, 1991.

### **Fasquelle (D.) et alii :**

Droit de l'entreprise, 19<sup>e</sup> édition, éd. Wolters Kluwer, 2014.

### **Lequette (Y.) et alii :**

Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004.

### **Mascala (C.) :**

(Études réunies et présentées par) A propos de la sanction, LGDJ, 2007.

Droit pénal général, Montchrestien, 2003.

### **Mazeaud (H. et L.) :**

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6<sup>e</sup> éd., tome III, volume 1, LGDJ, 2014.

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6e éd., Monchrestien, 1970.

### **Le Tourneau (Ph.) :**

Droit de la responsabilité et des contrats, 10<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2014.

La responsabilité civile, 3<sup>e</sup> édition, PUF, 2010.

Responsabilité civile professionnelle, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2005.

**Fall (N.) :**

Le droit pénal africain, Éditions Juridiques Africaines, 2003.

**Proudhon (P.-J.) :**

Qu'est-ce que la propriété ?, éd. Garnier-Flammarion, 1966.

**Ripert (G.) :**

Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, 1995.

(Revu et corrigé par), M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LDGJ, 1948.

**Roubier (P.) :**

Théorie générale du droit : Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Dalloz, 2005.

Droit subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 2005.

**Roujou de Boubée (M.-E.) :**

Essai sur la notion de réparation, thèse, Toulouse, 1974.

**Terré (F.) et Simler (Ph.) :**

Droit civil, les biens, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014.

**Tosi (J.-P.) :**

Le droit des obligations au Sénégal, Nouvelles Editions Africaines, 1981.

**Traulé (J.) :**

L'Éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle, LGDJ, 2007.

**Vogel (L.) :**

Traité de droit des affaires : Du droit commercial au droit économique, 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010.

## II-Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

### **Ahner (F.) et Touati (J.-J.) :**

Inventions et créations des salariés, 2e éd., Lamy, 2013.

### **Albert (J.-L.) :**

Douane et droit douanier, PUF, 2013.

### **Arcelin-Lécuyer (L.) :**

Droit de la publicité, Presses Universitaires de Rennes, 2011.

### **Auguet (Y.) :**

Droit de la Concurrence, Ellipses, 2002.

### **Ballot-Léna (A.) :**

La responsabilité civile en droit des affaires Des régimes spéciaux vers un droit commun, LGDJ, éd. Lextenso, 2008.

### **Basire (Y.) :**

Les fonctions de la marque : Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif, LexisNexis, 2014.

### **Bertrand (A.) :**

Droit français de la concurrence déloyale, éd. Cédat, 1998.

### **Berr (C. J.) :**

Introduction au droit douanier, Economica 2008.

### **Binctin (N.) :**

Droit de la propriété intellectuelle, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2014.

Le capital intellectuel, Dalloz, 2007.

### **Bonnard (H.) :**

La contrefaçon de marque, 2e éd. Litec, 2008.

**Bloch (C.) :**

La cessation de l'illicite, Dalloz, 2008.

**Bruguière (J. M.) :**

Droit des Propriétés Intellectuelles, 2<sup>e</sup> éd. Ellipses, 2011.

**B. Butr Indr. :**

La contrefaçon des droits de propriété intellectuelle : Etude comparative en droit français et thaïlandais, thèse, Paris, 2012

**Chaput (Y.) (Sous la direction de)**

Clientèle et concurrence : Approche juridique du marché, Litec, 2000.

**Carbonnier (J.) :**

Le Code de commerce 1804-2004 : Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004.

**Casalonga (A.) :**

Traité technique et pratique des brevets d'inventions, LGDJ, 1949.

**Cohen (D.) :**

Le droit des dessins et modèles, 4<sup>e</sup> éd., Economica, 2014.

**Coutant-Lapalus (Ch.) :**

Le principe de la réparation intégrale en droit privé, PUAM, 2002.

**Diouf (A.-A.) :**

Essai sur le régime juridique des noms de domaine, thèse, Orléans, 2010.

**Dorandeu (N.) :**

Le dommage concurrentiel, Presses Universitaires de Perpignan, 2000.

**Doranges (G.) :**

Le jugement indemnitaire, thèse publiée, éd. Mare et martin, 2013.



**Dekeuwer-Défossez (F.) :**

Droit commercial : Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, 10<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010.

**Dusolier (S.) :**

Droits intellectuels, éd. Anthemis, 2015.

**Edou Edou (P.) :**

Les incidences de l'accord ADPIC sur la protection de la propriété industrielle au sein de l'organisation africaine de la propriété intellectuelle, thèse, Lille, 2003.

**FABRE (G.) :**

Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation : les multinationales face à l'économie de la connaissance, publications de l'université de Rouen et du Havre, 2010.

**Fall (N.) :**

Le droit pénal africain à travers le système sénégalais, Éditions Juridiques Africaines, 2003.

**Faye (M.) :**

Le droit douanier sénégalais, l'Harmattan, 2015.

**Françon (A.) :**

(Mélanges en l'honneur de), Dalloz, 1995.

**Forest (D.):**

Droit des marques et noms de domaine, Gualino, 2012.

**Frison-Roche (M.-A.) et Abello (Al.) (Sous la direction de) :**

Droit et économie de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2005.

**Gautier (P.-Y):**

Propriété littéraire et artistique, 9e éd., PUF, 2015.

**Gimondi (F.) :**

L'acte mixte de contrefaçon et de concurrence déloyale, thèse, Montpellier, 1997

### **Godinot (H.) :**

La concurrence déloyale ou illicite : essai d'élaboration d'un système législatif d'après les données de la jurisprudence et du droit comparé, thèse, Nancy, 1932.

### **Grefte (F.) :**

Traité des dessins et modèles, 9<sup>e</sup> édition, LexisNexis 2014.

### **Henry (G.) :**

L'évaluation en droit d'auteur, Litec, 2007.

### **Julien (J.) et Mendoza-Caminade (A.) :**

Droit commercial, LGDJ, 2013.

### **Kern (T.) :**

Les marchandises contrefaisantes Identifier Réagir Lutter, éd. Lamy 2010.

### **Larrieu (J.) :**

Droit de l'internet, Paris Ellipses, 2012.

(Sous la direction de), Les métamorphoses de la marque, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole.

### **Lecourt (A.) :**

La concurrence déloyale, l'Harmattan, 2004.

### **Le Tourneau (Ph.):**

Le parasitisme : Notion, Préventions, protections, Litec, 1998.

(Mélanges en l'honneur de), Dalloz, 2008.

L'éthique des affaires et du management au XXI<sup>e</sup> siècle, Dalloz, 2000.

### **Lucas (A):**

La protection des créations industrielles abstraites, Librairies techniques, 1975

(Mélanges en l'honneur de), LexisNexis, 2014.

### **Lucas (H.) et alii. :**

Traité de la propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 2012.

### **Marcus Mandel (L.) et alii :**

Le droit du design, Paris, Dunod, 2012.

### **Marino (L.) :**

Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 2013.

Droit de la propriété intellectuelle, 1<sup>ère</sup> éd., PUF, 2013.

### **Mestre (J.) et alii :**

Droit commercial : Droit interne et aspects de droit international, 29e éd., LGDJ, 2012, p.166.

### **Mousseron (J. M.) :**

Traité des Brevets, Librairie techniques de la Cour de cassation, 1984.

### **Linant de Bellefonds (X.) :**

Droits d'auteur et droits voisins, Dalloz, 2002.

### **Matély (P.) :**

Le nouveau droit français des marques, éd. JNA, 1994.

Le nouveau droit français des brevets d'invention, Librairie du « Journal des notaires et des avocats », 1991.

(Mélanges dédiés à), Litec, 1990.

### **Mendoza (A.) :**

Les noms de l'entreprise, PUAM, 2002.

### **Mousseron (J.-M.) :**

Traité des brevets, Paris, Librairies Techniques, 1984.

### **Ndiaye (E. M.) :**

L'économie sénégalaise : Enjeux et perspectives, l'Harmattan, 2010.

### **Ngo Mem. (S.) :**

Les enjeux de la protection des dessins et modèles industriels dans le développement en Afrique : Le cas des pays membres de l'organisation africaine de la propriété intellectuelle, thèse, Lille, 2009.

### **Ngombe (L. Y.) :**

Le droit d'auteur en Afrique, Paris, l'Harmattan, 2009.

### **Niang (M. B.) :**

La condition juridique des professionnels du spectacle : étude en droit français et sénégalais, thèse, Bordeaux, 2007.

### **Olszak (N.)**

Des appellations d'origine et indications de provenance, Technique et Documentation, 2001.

### **Passa (J.)**

Contrefaçon et concurrence déloyale, Litec, 1997.

Le droit de la propriété industrielle, tome 1 : Partie générale, Librairie du Recueil Sirey, 1952 ;

Le droit de la propriété industrielle, tome 2 : Brevet d'invention, protections voisines, LGDJ, 2013.

### **Picod (Y.) :**

(Sous la direction de) Le Code de commerce : son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale, Presses Universitaires de Perpignan, 2009.

### **Pignier (I.) :**

La liberté de création, Thèse, Nice, 2013.

### **Piotraut (J.-L.) :**

Droit de la propriété intellectuelle, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2010.

### **Pollaud Dulian (F.) :**

Propriété intellectuelle, Le droit d'auteur, 2e éd., Economica, 2014.

### **Przyswa (E.) :**

Cybercriminalité et contrefaçon, éd. Fyp, 2010.

### **Séverin (J.) :**

La protection des droits subjectifs par la responsabilité civile, thèse, Toulouse, 2012.

### **Suissa (G.) :**

La pratique de la saisie-contrefaçon, 1<sup>re</sup> éd., Éd. juridiques et techniques, 2013.

### **Reinhard (Y.) et alii :**

Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012.

### **Rodà (C.) :**

Les conséquences civiles de la contrefaçon des droits de la propriété industrielle, thèse, Lille, 2011.

### **Roubier (P.) :**

Le droit de la propriété industrielle : Partie générale, tome 1, Sirey, 1952.

Le droit de la propriété industrielle : Partie spéciale, tome 2, Sirey, 1954.

### **Salomon (R.) :**

Précis de droit commercial, PUF, 2005.

### **Serra (Y.) :**

(Mélanges en l'honneur de), Dalloz, 2006

(Sous la direction de), La concurrence déloyale : Permanence et devenir, Dalloz, 2001

### **Schmidt-Szalewski (J.)**

(Mélanges en l'honneur de), LexisNexis, 2014

Droit de la propriété industrielle, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2007.

### **Tafforeau (P.) et Monnerie (C.) :**

Droit de la propriété intellectuelle, 4<sup>e</sup> édition, Gualino, 2015.

### **Tessier (B.) :**

(Contributions) Le Code de commerce : 1807-2007 : livre du bicentenaire, Dalloz, 2007.

### **Texier (M.) :**

La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Presses universitaires de Perpignan, 2006.

**Toporkoff (M.) :**

Droit de la concurrence déloyale, Éd. Gualino Lextenso, 2010.

**Touré (P. A.) :**

Le traitement de la cybercriminalité devant le juge : L'exemple du Sénégal, l'Harmattan, 2014.

**Trefigny (P.) :**

L'imitation : Contribution à l'étude juridique des comportements référentiels, Presses universitaires de Strasbourg, 2000.

**Véron (P.) (Sous la direction de):**

Saisie-Contrefaçon, 3<sup>e</sup> édition, Dalloz 2012.

**Viney(G.) :**

Les conditions de la responsabilité, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013.

Les effets de la responsabilité, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010.

**Vogel (L.) :**

Droit de la concurrence déloyale, LawLex, 2007.

Droit français de la concurrence, LawLex, 2008.

**Wagret (F.) :**

Brevets d'invention, Marques et Propriété Intellectuelle, Presses Universitaires de France, 2001.

### **III-Articles, chroniques et rapports**

**Badji (M.) :**

« La diffusion du Code civil au Sénégal (1830-1972) : Genèse et confrontation de la règle de droit écrit et de la règle de droit d'origine coutumière dans un confetti de l'Empire français », in M. Badji et O. Devaux (Sous la direction de), De la justice coloniale aux systèmes judiciaires africains contemporains, Revue de Droit Sénégalais, n°5, novembre 2006, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 75.

### **Bernaut (C.):**

« L'action en contrefaçon: Identifier le titulaire des droits avant tout, L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle », 15 mars 2012, n°3, p. 3.

« Lien entre loi applicable et compétence judiciaire en contrefaçon, L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle », 15 Février 2012, n°2, p. 7.

### **Béteille et Yung :**

« Rapport d'information n° 296 », Sénat 9 Avril 2010, p. 49 et s.

### **Burst (J. J.) :**

« La reconstitution de monopoles de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : Mythe ou réalité ? », in Mélanges Paul Mathély, Litec, 1990.

### **Chaltiel (F.) :**

« Les avancées de la lutte contre la contrefaçon : la loi du 29 Octobre 2007 », CCC, n°1, janvier 2008.

### **De la Serna (I):**

« Quelques principes de droit pénal et de procédure pénale », in C. De Valkener (Sous la coordination de), A la découverte de la justice pénale : Parole de juristes, éd. Larcier, 2015, p.22.

### **Durrande (S.) :**

« Droit des Marques », Dalloz N°14, 2010, page 859.

### **Furlon (A.) :**

« Bilan et perspectives sur l'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon », Petites Affiches, 21 Juin 2011, n°122, p. 8

### **Chagny (M.) :**

Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Vol. 37 2004 ;

### **Camara (F. K.) :**

« Pour une méthode scientifique de recherche, d'identification, et d'interprétation du droit coutumier Négro-africain », in M. Badji et O. Devaux (Sous la direction de), De la justice

coloniale aux systèmes judiciaires africains contemporains, *Revue de Droit Sénégalais*, n°5, novembre 2006, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 13.

### **Cartuyvels (Y.) :**

« Le regard du sociologue », in M. Danti-Juan, *L'ineffectivité des peines*, XX<sup>es</sup> Journées d'études de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers des 13 et 14 juin 2014, LGDJ, 2014, p. 83.

### **Doublet (J. M.) :**

« La loi n°94-102 du 05 Février 1994 relative à la répression de la contrefaçon et modifiant certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle », *Petites Affiches*, 04 Mars 1997, n° 27.

### **DesJeuX (X.) :**

« Le droit d'auteur et les agissements parasitaires », *Gaz. Pal.*, 17 décembre 1992, p. 976.

### **Despujol (H.) :**

« Musique de variété et contrefaçon au regard des nouvelles techniques d'enregistrement et de diffusion », *Petites Affiches*, 16 Janvier 1998, n°7, p.4.

### **Durrande S. :**

« Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *Dalloz*, 1984, chron. 187.

### **Françon (A.) :**

« La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur », *RIDA*, 1980, n° 103, p. 3

« La jurisprudence récente en matière de dessins et modèles, Dix ans de PIBD », nov. 1978, n° 223, p. 53.

« La protection des titres de journaux par le droit des marques et par l'action en concurrence déloyale », in *Mélanges D. Bastian, Droit de la propriété industrielle*, t. 2, 1974, p. 39.

### **Gaudrat (Ph.) :**

« Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Paris, *Dalloz*, 1995, p. 195



### **Geiger (J.C.P.) :**

### **Grolée (A.) :**

« La répression de la contrefaçon : de nouvelles perspectives prometteuses ? », Petites Affiches, 07 Décembre 2007, n° 245, p. 3.

### **Hoffeman (A. E.) :**

« L'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon », Gazette du Palais, 21 Décembre 2006, n° 355, p. 16.

### **Izorche (M-L) :**

« Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », Droit du marché et droit des obligations, RTD Com. 1998. 17.

### **Kanté (A.) :**

« Réflexions sur l'organisation judiciaire au Sénégal », in M. Badji et O. Devaux (Sous la direction de), De la justice coloniale aux systèmes judiciaires africains contemporains, Revue de Droit Sénégalais, n°5, novembre 2006, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 199.

### **Larère (E.) :**

« Deux ou trois choses que nous savons de l'action déclaratoire en non-contrefaçon de brevet », Gazette du Palais, 21 Février 2002, n° 52, p. 2.

### **Larrieu (J.):**

« Un an de droit de la concurrence déloyale », Propr. Ind., n°10, octobre 2015, p. 18; Propr. Ind. n° 10 octobre 2014, chron. 8 ; Propr. Ind., n° 9, septembre 2013, chron. 8.

« L'étudiant plagié et le financier », Propr. Ind., n° 6, juin 2015, comm. 49.

« Le diable est dans les détails, le parasitisme aussi, Propr. Ind., n°01, janv. 2015, comm. 7.

« Le fait distinct de concurrence déloyale », Propr. Ind., 2013.

### **Lécuyer (H.) :**

« Indemnisation du préjudice en matière de contrefaçon : Comme la nouvelle loi est-elle reçue ? », Petites Affiches, 11 Juin 2011, n°162, p. 15.

### **Le Tourneau (Ph.) :**

« De la modernité du parasitisme », Gaz. Du pal. 28-30 Oct. 2001, p. 4.

« La spécificité du préjudice concurrentiel », Droit du marché et Droit des obligations, RTD Com. 1998. 83.

« Le parasitisme dans tous ses états », Dalloz, 1993, chron. 310.

« Les professionnels ont-ils du cœur ? », Dalloz, 1990, chron. 21.

### **Passa (J.) :**

« Actualité jurisprudentielle de la saisie-contrefaçon et des constats d'huissiers (2012-2013) », LPA, n° 14, 1er janvier 2014.

« Deux ans après, nouveau projet (isolé?) de la notion de parasitisme », Propriétés intellectuelles, n°15, 1er avril 2005.

« Heurts et malheurs du fait de concurrence déloyale distinct de la contrefaçon : panorama de jurisprudence récente », Propriétés intellectuelles, n° 15, 1er avril 2005.

« Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle », Prop. Intell., n° 10 , 1<sup>er</sup> janvier 2004, p. 513.

« Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle. Plaidoyer pour une clarification », Propriétés Intellectuelles, n° 10, 01 janvier 2001.

« La propriété de l'information : Un malentendu ? », Droit et Patrimoine, n° 91, 1<sup>er</sup> mars 2001.

« Concurrence déloyale : Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », Dalloz, n°19, 11 mai 2000.

### **Parléani I. et Parléani G. :**

« La tentation du Moyen âge. L'exemple du parasitisme », in Mélanges Gavalda, Dalloz 2001, p. 243.

### **Payet (M.-St.) :**

Code civil et concurrence, 1804-2004, in Le code civil-Un passé, un présent, un avenir, Université Panthéon Assas, Dalloz, 2004, p. 715.

### **Picod (Y.):**

« Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyal », Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Y. Serra, Dalloz 2006, p. 359.

« Situation de concurrence et concurrence déloyale : Le retour du printemps », Dalloz, 2008. 2587.

### **Poumarède (M.) :**

« La sanction du "pillage" de travaux universitaires par l'action en contrefaçon et la théorie du parasitisme », Gazette du Palais, 28 Octobre 2005, n° 215, p. 14.

« Le cumul de l'action en contrefaçon et la théorie du parasitisme : de nouvelles perspectives » ?, Petites Affiches, 31 Aout 2005, n° 137, p. 10.

### **Mendoza-Caminade (A.) :**

« La protection pénale des biens incorporels de l'entreprise : vers l'achèvement de la dématérialisation du délit ? », commentaire de la décision de la Cour de cassation du 22 octobre 2014), Dalloz 2015, p. 415.

« Biodiversité et propriété intellectuelle : à la recherche d'un modèle juridique », Revue Lamy Droit de l'immatériel, n° 105, 1<sup>er</sup> juin 2014.

« De la déloyauté de toute compétition économique ou les mérites (redécouverts) de la concurrence déloyale », Petites Affiches, 17 Octobre 2008, n° 209, p. 4.

« La saisie-contrefaçon. Une mesure aux allures de sanction », in C. Mascala (Etudes réunies et présentées par), A propos de la sanction, Presses de l'université des Sciences Sociales de Toulouse, 2007.

« L'abus de confiance et le détournement de projet qualifié de droit de propriété », note sous Cass. crim., 22 septembre 2004, JCP G 2005, II, 10034.

### **Mathély (P.) :**

Le nouveau droit français des brevets d'invention, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1991.

### **Mousseron (J. M.) :**

« Responsabilité civile et droit intellectuel », Mélanges offerts à Albert Chavanne : Droit pénal, propriété industrielle », Paris, Lirtec, 1990, n°330.

### **Ndema (E. M.-L.) :**

Note sous TGI du Wouri au Cameroun: jugement civil n° 192 du 15 décembre 2000, « Contrefaçon-Concurrence déloyale : Réparation-Cumul de protection », Revue scientifique de la propriété industrielle en Afrique, Respia, n° 001, novembre 2007.

### **Ngombe (L. Y.) :**

« Une discrète quinquagénaire : l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle »(OAPI) ; Communication Commerce électronique, n° 2, 1er février 2012.

« Chronique d'Afrique 2004-2009 », RIDA, n° 221, juillet 2009.

« Mise en œuvre du droit d'auteur dans les Etats membres de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle et questions de droit international privé », Journal du droit international (Clunet), n° 2, 1er avril 2006.

« Le droit d'auteur dans les Etats membres de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle : Une harmonisation inachevée ? », Unesco, Bulletin du droit d'auteur, n° 39, 1er janvier 2005.

« Brèves observations sur la protection du folklore par le droit d'auteur » ; Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, n° 4, 2004.

« De quelques aspects du droit d'auteur en Afrique », RIDA, n° 201, 2004.

« Propriétés artistiques et acculturation juridique: réflexions sur la réception du droit d'auteur et du copyright en Afrique », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, n°4, 2002.

### **Nussenbaum (M.) :**

« L'évaluation du préjudice né de contrefaçon », Gazette du Palais, 21 Décembre 2006, n° 355, p. 13.

### **Petit (L.) :**

« Le contentieux de la contrefaçon de brevets en France », in Mélanges offerts à Dieter Stauder : La défense des droits de la propriété intellectuelle en Europe, aux Etats-Unis et au Japon, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 87.

### **Roubin Devriendt (S.) :**

« Des interactions entre concurrence déloyale et contrefaçon : cumul et points de jonction », *Petites Affiches*, 6 Janvier 1997, n° 3, p. 4.

### **Roubier (P.) :**

« Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », RTD. Com. 1948, p. 546.

« Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », RTD com, 1948, p. 577.

« Droit intellectuels ou droit de clientèle », RTD civ., 1935, p. 251.

### **Saint-Gal (Y.) :**

« Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », RIPIA, 1957, p. 19.

### **Sergheeraert (E.) et Vion (D.) :**

« Contrefaçon de médicaments : Comment la France peut-elle restée épargnée par ce phénomène en pleine expansion »?, *Petites Affiches*, 23 Mai 2007, n°103, p. 4.

### **Serra (Y.) :**

« L'évolution de l'action en concurrence déloyale en Droit français », in Mélanges Dutoit, Librairie Droz. 2002, p. 287.

« La notion de parties à l'action en concurrence déloyale », Dalloz. 2001. 2587.

« Rapport introductif » in Y. Serra (sous la direction de) : La concurrence déloyale. Permanence et devenir, Dalloz, 2001.

### **Schmidt-szalewski (J.) :**

« La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », RTD com., 1994. 455.

### **Schoen (G.) :**

« Les apports de la loi Lopsy II dans le renforcement de la lutte contre la contrefaçon, du point de vue des douanes », Gazette du Palais, 11 Juin 2011, n° 162, p. 12.

### **Texier (M.) :**

La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, thèse publiée, Presses universitaires de Perpignan, 2006 ;

### **Thiam (S.) :**

« L'histoire de la procédure civile au Sénégal », in M. Badji et O. Devaux (Sous la direction de), De la justice coloniale aux systèmes judiciaires africains contemporains, Revue de Droit Sénégalais, n°5, novembre 2006, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p.133 ;

### **Vignal (M. M.) :**

« La recevabilité de l'action en concurrence déloyale est indépendante de celle de l'action en contrefaçon », CCC, n° 7, juillet 2013, comm. 156.

« Rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », CCC, n° 10, octobre 2010, comm. 235.

« Concurrence déloyale et risque de confusion entre deux entreprises », CCC, n°5, Mars 2009, comm. 78, p. 25.

« Articulation entre contrefaçon et concurrence déloyale », CCC, n°5, mai 2009, comm. 133.

### **Vivant (M.) :**

« Pour une épure de la propriété intellectuelle », Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris, Dalloz, 1995, p. 414.

### **Vivant (P.) :**

« Le risque de confusion : une notion inhérente à la contrefaçon de marque? », Gaz. Pal., 6 Novembre 2008, n° 311, p. 18.

### **Thiam (S.) :**

« L'histoire de la procédure civile au Sénégal », in M. Badji et O. Devaux (Sous la direction de), De la justice coloniale aux systèmes judiciaires africains contemporains, Revue de Droit Sénégalais, n°5, novembre 2006, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p.133.

### **Trefigny (P.) :**

« Marques Contrefaçon. Sanctions pénales : La rigueur, nécessaire, du droit pénal », Propr. Ind., n° 10, octobre 2015, p. 36.

« Mettons les voiles », Propr. ind., n°9, septembre 2015, p. 58.

« Action en contrefaçon et action en concurrence déloyale : l'évolution de la jurisprudence la plus récente face au parasitisme », in Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski, LexisNexis, 2014, p. 343.

« Action en contrefaçon et action en concurrence déloyale : l'évolution de la jurisprudence la plus récente face au parasitisme », in Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski, LexisNexis, 2014, p. 343.

« Curieuse absence de spécialisation des juridictions pénales », Propr. Ind., n°12, décembre. 2013, comm. 87.

« Les marques atypiques », in J. Larrieu, les métamorphoses de la marque, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 15.

### **Sakho (A.) :**

« *La protection de la propriété intellectuelle en Afrique : ADPIC-Bangui 1999* », Africajuris, n° 40, 7 au 13 nov. 2002, p. 8.

« Aperçu sur le droit de la concurrence au Sénégal », communication au colloque du CEEI, Ouagadougou, 6 fév. 2002.

### **Tricoire (E.) :**

« La responsabilité du fait des choses immatérielles », in Mélanges Ph. le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 983.

### **Yzorche (M. L.) :**

« Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », RTD Com. 1998. p. 17.

## V- Dictionnaires et Encyclopédies

### **Bernault (C.)**

JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, 17 mai 2015.

JurisClasseur Civil Annexes, 17 mai 2015.

### **Barbiéri (J.-F.)**

JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, 3 juin 2015.

### **Bauvallet (O.)**

JurisClasseur Procédure pénale, 11 mai 2015.

### **Biguenet-Maurel (C.) :**

Dictionnaire de la prescription civile, 2<sup>e</sup> édition, Francis Lefebvre, 2014.

### **Bucher (C.-E.) :**

J.-Cl. « Concurrence Consommation », Fasc. 110 : « Clause de non-concurrence : Notions et généralités », juin 2013.

### **Carreau (C.) :**

J.-Cl. Commercial, Fasc. 692 : « Contrefaçon de marque », juillet 2010.

### **Cornu (G.) :**

Vocabulaire juridique, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014.

### **Dalloz (Répertoires).**

### **Durande (S.) :**

J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc 1116 : « Droit d'auteur et concurrence déloyale », septembre 2015.

### **Eréséo (N.) :**

J.-Cl. Conc. Cons., Fasc. n° 635 : « La clause d'exclusivité », octobre, 2015.

**Grefe (F.) :**

J.-Cl. Marques-Dessins et modèles, novembre 2012.

**Guinchard (S.) :**

(Sous la direction de) : Lexique des termes juridiques, 23<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2015.

**Lamy (formulaire).**

**Legeais (D.) :**

J.-Cl. Commercial, Fasc. 254, mai 2014.

**Le Tourneau(Ph.) :**

J.-Cl. Concurrence-Consommation, Fasc. 227 : « Parasitisme », avril 2013.

**Passa (J.),**

J.-Cl. Marques-Dessin et modèles, Fasc. 7550, juin 2015.

**Pin (X.),**

Code civil, Fasc. unique, « Quasi-contrats », mai 2011.

**Rétif (S.) :**

J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, juin 2015.

**Rey de Bove (J.) :**

(Sous la direction de), Le Petit Robert 2013, Le Robert, 2012.

**Sigrist (J.) :**

J.-Cl. Marques-Dessins et modèles, Fasc. 7530 :« Rôle des douanes en matière de contrefaçon », décembre, 2014.

**Stenger (J.-P.) :**

J.-Cl. Encyclopédie des huissiers de justice, octobre 2014.

J.-Cl. Brevets, Fasc. 4631 : « Saisie-contrefaçon », Août 2015, Fasc. 4680 :« Sanction de la contrefaçon », Août 2015.



## **Verneret (C.)**

J.-Cl. Marques-Dessins et modèles, Fasc. 7530 : « Rôle des douanes en matière de contrefaçon », avril, 2015.

## **Vuitton (X.) :**

J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 470 :« Référé », 14 nov. 2014.

.

# Index

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes, et les mots soulignés aux sous-titres.

## **Action**

Action civile : 51 et s., 62 et s., 97, 105, 116, 121, 132, 369, 400, 898, 929, 985, 1009 et s.

Action pénale : 92, 132, 638, 642, 701 ets., 923, 983, 995.

Appréciation : 37, 43, 68, 105, 126, 133, 141, 162, 192, 204, 209, et s., 226 et s., 325 et s., 463 et s., 530, 600, 624 et s., 712 et s., 745 et s., 818 et s., 916 et s., 1023, 1048, 1096, 1103, 115 et s., 1187.

Compétence des tribunaux : 119 et s., (contrefaçon, 121 et s., concurrence déloyale 144 et s.).

Recevabilité : 47, 55, 65 et s., 72, 82, 99, 105, 552, 600, 608, 634 et s., 883, 906, 915, 931 et s.

Domage : 6, 37, 78, 97, 124, 126, 138 et s., 145, 147, 153, 157, 286, 294, 328, 334 et s., 346 et s. (définition), 350 et s.(caractères), 479 et s., 532 et s., 598, 627 et s., 741 et s., 818, 837, 853, 860 et s., 887, 943, 962 et s., 1011 et s., 1063 et s., 110, 1162 et s., 1188.

Matériel : 78, 156, 345.

Moral : 813, 285 et s., 835, 1001.

Licéité : 551, 758.

Distinct : 634.

## **Concurrence déloyale**

Concurrence parasitaire : 37, 524 et s., 603 et s., 1105, 1167.

Confusion : 37, 188 et s., 206, 230 et s., 305 et s., 356 et s., 523 et s., 597 et s., 805 et s., 926 et s., 1011 et s., 1100 et s.

Clientèle : 8, 110, 238, 286, 291, 299, 305, 312, 526 et s., 608, 758, 807, 830 et s., 892, 943, 1001 et s., 1039, 1124 et s., 1051 et s., 1146 et s.

Fermeture (Établissement) : 716, 730 et s.

Folklore : 180, 220 et s.

Confiscation : 392, 416 et s., 442, 504, 721 et s., 897, 1003.

Dénigrement : 37, 300 et s., 316 et s., 322 et s., 333, 803 et s., 928, 952, 1013, 1058, 1069, 1100.

Désorganisation : 37, 306 et s., 321 et s., 329

et s., 804, 927, 950, 985, 1012, 1056, 1066, 1098.

Imitation : 35 et s., 159, 186, 191, 198 et s., 328, 537, 554, 564., 978 et s., 985 et s., 1079, 1081 et s., 1101, 1110, 1124 et s., 1149.

Liberté du commerce et de l'industrie : 19,106 et s., 153 et s., 547, 613 et s., 868, 943, 949, 1002, 1033, 1046, 1079, 1084.

Loyauté : 6, 11, 19, 31 et s., 153 et s., 288, 292, 312 et s., 327 et s., 367, 530 et s., 591 et s., 600, 622, 690, 747, 831 et s., 946 et s., 950 et s., 969, 983 et s., 1022 et s., 1121, 1129, 1189 et s.1192.

Publicité : 72, 254, 256, 307, 314 et s., 871 et s.

Trouble commercial : 110, 356 et s., 551, 606, 754. et s., 846 et s.

**Concurrence Illégale** : 292 et s.

**Concurrence anti-contractuelle** : 291 et s., 1051

## **Contrefaçon**

Atteinte : 8, 35, 54, 67, 78, 80, 172, 153 et s., 156 (définition), 160 et s., 321, 375 et s., 387, 391, 408 et s., 611 et s., 645, 745 et s., 767, 776, 800, 845, 912 et s., 1020, 1033, 1070, 1078 et s., 1084 et s., 1110 et s., 1156 et s., 1165, 1188.

Amende pénale : 675 et s., 682, 691, 696.

Amende civile : 627, 848, 850,

Astreinte : 861 ? 873, 884 et s., 1029.

s., 1110, 1156 et s.  
 Bases de données : 27, 218 et s., 271 et s., 279, 514, 549, 555.  
 Forfait : 767 et s., 775 et s., 798, 812, 838 et s., 997, 1003.  
 Instruments : 416, 639, 719.  
 Industrie criminelle : 655, 674.  
 Licencié : 54 et s., 61 et s., 78 et s., 151 et s., 456 et s., 839 et s., 939, 970, 1002, 1058, 1160.  
 Limitation (exceptions aux droits) : 19, 151 et s., 244 et s., 251 et s., 258 et s., 260 et s.  
 Masse contrefaisante : 779, 902.  
 Logiciel : 33, 56, 211, 212, 219, 220, 273 et s., 511, 514, 566, 601.  
**Cumul** : 82, 659, 609 et s., 621, 635, 729, 827, 877, 879, 903 et s., 951, 955, 972 et s., 991 et s., 1109, 1028, 1051, 1072 et s., 1161 et s.  
 Destruction : 495, 722 et s., 895 et s.  
 Épuisement des droits : 248, 257, 262, 272.  
**Evaluation** : 551, 635, 641, 740, 810 et s., 838 et s., 970 et s., 1002, 1104.  
 Bénéfice : 627, 629, 655, 684, 692, 762 et s., 811, 813, 820 et s., 845 et s., 1001, 1069, 1106.  
 Méthodes : 228, 743 et s., 761 et s., 773 et s., 810 et s., 832 et s., 901, 996, 1001, 1141.  
Préjudice : 57, 97, 106, 117, 124, 345 et s., 740 et s., 798 et s., 810 et s., 838 et s., 1111, 1142, 1157, 1163 et s.,  
**Douane** : 368 et s.  
 Retenue : 395 et s., 402 et s.  
 Saisie : 415 et s.  
**Fait distinct** : 614 et s., 906, 995, 1021, 1164.  
**Intérêt à agir** : 51 et s., 74, 77, 81, 82, 89, 90, 105, 941, 941 et s., 971.  
**Intérêt général** : 3 et s., 99, 201, 247, 281, 556, 651, 653, 700, 710, 849, 943, 1043.  
**Investissement** : 220, 523 et s., 543 et s., 617, 659 et s., 1106, 1171 et s.  
**Mauvaise foi (Élément intentionnel)** : 168, 191 et s., 200, 217, 287, 313, 328, 603, 916, 1126.  
**OAPI** : 16 et s., 35, 40, 41, 55, 73, 128, 138, 154, 176, 179, 209, 214, 222, 224, 248, 262, 266, 269, 270, 276, 310, 319, 322, 363 et s., 444, 459, 529, 603 et s., 635, 649, 655 et s., 671 et s., 693 et s., 714, 724, 726, 936 et s., 901, 928, 935, 960, 966, 984, 985, 1001, 1075, 1135, 1140, 1151, 1154, 1198, 1201.  
**Option** : 1076 et s., 1094 et s.  
**Opposabilité** (des droits) : 72, 221, 614, 934, 936, 939 et s.  
**Parasitisme** : 523 et s., 1076 et s., 1166 et s.  
 Action possessoire : 586 et s., 1056.  
 Agissements parasitaires : 524 et s., 532 et s., 598 et s., 610 et s., 1094, 1158, 1161, 1166 et s.  
 Autonomie : 524 et s., 1156 et s.  
 Concurrence parasitaire : 603 et s., 1097 et s.  
 Copie : 22, 222, 234, 271, 278, 279, 543, 552 et s., 567 et s., 616, 624, 633, 1077, 1079, 1082 et s., 1148, 1157, 1164, 1178, 1184.  
 Idées (protection des) : 543, 557 et s., 829, 1083.  
 Faute lucrative : 309 et s., 622, 627 et s., 808 et s., 822 et s.  
 Répétition de l'indu : 579 et s., 591., 797.  
**Peine**  
 Punitive : 797, 811 et s., 836, 853, 862, 898.  
 Publication : 110, 243, 459, 725, 891 et s., 901, 935, 1132.  
 Intégrale : 741 et s., 772 et s., 808 et s., 901.  
 Pénale : 638 et s.  
 Rappel (des marchandises) : 732, 737.  
 Redevance : 767 et s., 775, 797, 812, 839 et s., 1003.  
 Santé : 247, 662, 666, 673, 694 et s.  
 Sécurité : 694 et s., 701.  
 Validité : 66, 933 et s.  
**Personne morale** : 113, 126, 145, 679 et s. (responsabilité pénale), 800 et s., 802, 1145  
**Prescription** : 961 et s.  
**Qualité à agir** : 82 et s., 942.  
**Référé** : 463, 474, 477 et s., 748 (distinction), 752, 859, 1025, 1094.  
**Saisie-Contrefaçon** : 442 et s.  
 Acteurs : 461 et s., 489 et s.  
 Demande : 446 et s.  
 Définition et historique : 442 et s.

**Savoir-faire** : 524, 547, 555, 560 et s., 592, 599, 1129 et s.

**Sanctions** : 636 et s.

Indemnisation, dédommagement : 487, 739 et s., 751 et s., 776, 791, 807, 819, 869 et s., 1011 et s., 1048 et s.,

Domages et intérêts : 124, 327, 346, 355, 627

Cessation (de l'illicite) : 6, 857, 858 et s., 1008, 1015, 1017 et s.

Gain manqué : 744 et s., 813 et s., 998 et s., 1067.

**Requête** : 442, 465, 471 et s., 483 et s., 493 et s., 500, 780, 806, 837, 902, 973.

**Subsidiaire** : 44, 532, 584, 596, 623, 629, 633, 826, 869, 882, 902, 1054, 1094, 1096, 1119, 1127, 1147, 1154, 1157, 1160, 1165, 1175, 1177, 1179, 1185, 1188..



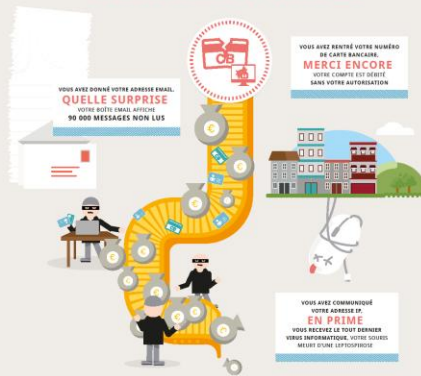
# Annexes



## SUR INTERNET, UN FAUX PRODUIT EST-IL UNE VRAIE AFFAIRE ?



### VOUS COMMUNIQUEZ AU CONTREFACTEUR VOS DONNÉES BANCAIRES ET PERSONNELLES



### VOTRE ARGENT FINANCE TOUTES SORTES D'ACTIVITÉS CRIMINELLES



EN ACHETANT DE LA CONTREFAÇON VOUS AVEZ TOUT FAUX.













DES PRODUITS DE MARQUE À DES TARIFS SACRIFIÉS ? SUR INTERNET, DES PHOTOS DE VRAIS PRODUITS CACHENT BIEN SOUVENT DES COPIES, RESTEZ VIGILANTS LORS DE VOS ACHATS.







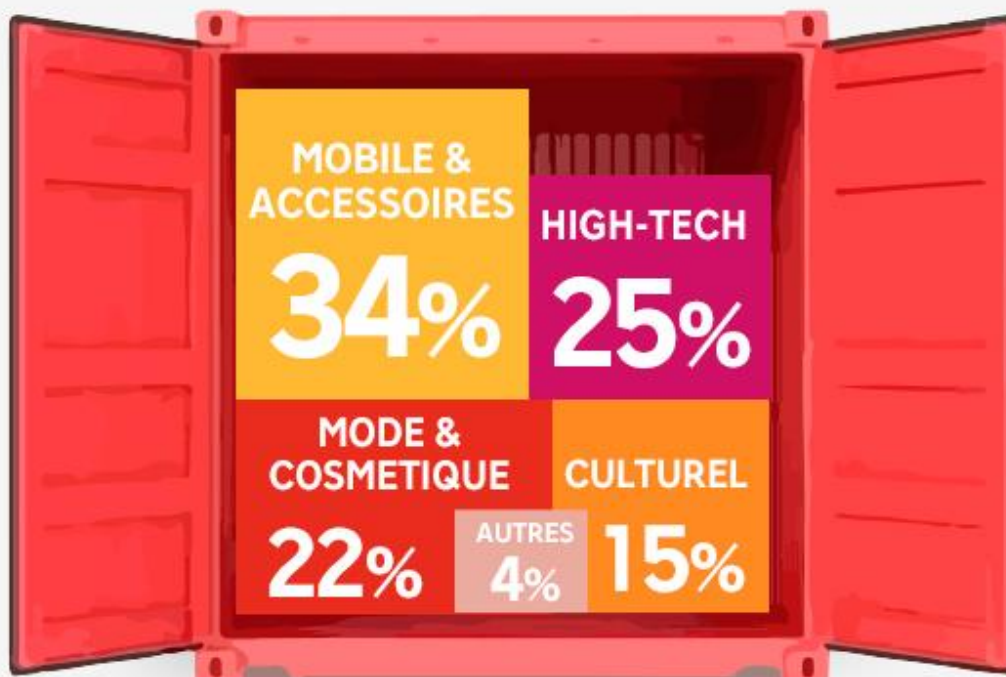
## LE TOP 20 DES MARQUES CONTREFAITES EN 2014

1	SAMSUNG		11	CHANEL	
2	BEATS ELECTRONICS		12	HEWLETT-PACKARD	NEW
3	MONSTER CABLE	NEW	13	SANDISK	NEW
4	NIKE		14	BABYLISS	NEW
5	TOSHIBA	NEW	15	SONY	
6	KINGSTON TECHNOLOGY		16	SPIGEN SGP	NEW
7	MICROSOFT		17	RAY-BAN	
8	GUESS		18	ADIDAS	NEW
9	APPLE		19	LENOVO	NEW
10	ARMANI		20	LOUIS VUITTON	

BILAN 2014 DE LA LUTTE ANTI-CONTREFAÇON



## TENDANCE 2014 : LES PRODUITS LES PLUS CONTREFAITS

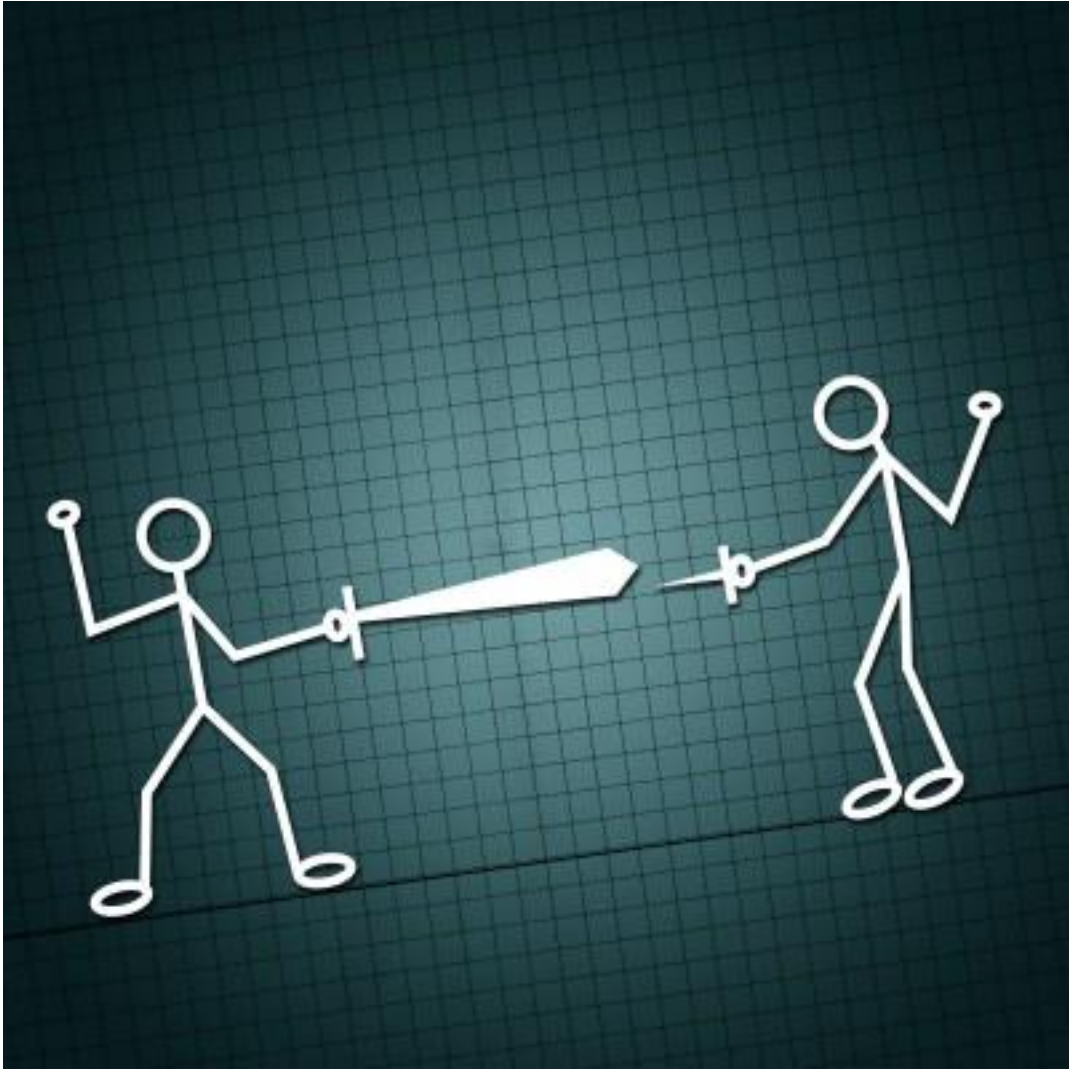


BILAN 2014 DE LA LUTTE ANTI-CONTREFAÇON

**R** Rakuten group  
**PRICEMINISTER** 

# CONCURRENCE DÉLOYALE





# Table des matières

Remerciements.....	7
Sommaire.....	7
Liste des principales abréviations.....	9
Introduction.....	13
<b>PARTIE PREMIERE : LE DROIT COMPARE DE LA POURSUITE JUDICIAIRE EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE.....</b>	<b>33</b>
<b>TITRE PREMIER : LE CADRE ORDINAIRE DE MISE EN ŒUVRE DES ACTIONS EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE.....</b>	<b>35</b>
<b>Chapitre premier : Les personnes et les tribunaux des actions judiciaires comparées en contrefaçon et en concurrence déloyale.....</b>	<b>37</b>
Section 1 : Les titulaires des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale en droit comparé.....	38
Sous-section 1 : Les titulaires de l'action en contrefaçon.....	39
<b>Paragraphe 1) L'intérêt et la qualité à agir au niveau de l'action civile en contrefaçon.....</b>	<b>39</b>
I) De l'intérêt à agir.....	39
A) <i>Le critère subjectif du droit de poursuite.....</i>	<i>40</i>
B) <i>Le critère objectif de l'intérêt à agir.....</i>	<i>44</i>
II) De la qualité pour agir en contrefaçon.....	48
<b>Paragraphe 2) Les poursuivieurs en droit pénal comparé de l'action en contrefaçon.....</b>	<b>50</b>
I) La procédure introduite par la partie lésée dans l'action pénale en contrefaçon.....	50
II) L'action publique par autosaisie du procureur de la république.....	52
Sous-section 2 : Les titulaires de l'action en concurrence déloyale en droit comparé franco- sénégalais.....	54
<b>Paragraphe 1) L'intérêt dit légitime pour agir en concurrence déloyale en droit comparé         français et sénégalais.....</b>	<b>54</b>
<b>Paragraphe 2) La qualité juridique requise pour engager une action en concurrence déloyale         en droit comparé.....</b>	<b>56</b>
Section 2 : Les compétences juridictionnelles en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale en droit comparé.....	59
Sous-section 1 : La compétence matérielle et territoriale en matière de contrefaçon en droit comparé.....	59
Sous-section 2 : La compétence des tribunaux en matière de concurrence déloyale en droit comparé .....	64
<b>Paragraphe 1) Le régime d'attribution des compétences juridictionnelles dans l'action         comparé en concurrence déloyale.....</b>	<b>64</b>

<b>Paragraphe 2) La compétence territoriale de l'action en concurrence déloyale en droit comparé</b> .....	66
Conclusion chapitre .....	69
<b>Chapitre second : Identification du contenu des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale en droit comparé</b> .....	71
Section 1 : L'atteinte en droit comparé de la propriété intellectuelle .....	72
Sous-section 1 : Eléments matériels de la violation du droit de propriété intellectuelle en droit comparé de la contrefaçon.....	72
<b>Paragraphe 1) La définition de l'atteinte en droit comparé de la contrefaçon</b> .....	74
I) La contrefaçon en droit comparé du brevet .....	74
II) La définition de l'usage illicite de la marque en droit comparé .....	79
III) La notion d'atteinte en droit des dessins et modèles .....	84
IV) L'usage illégale de la propriété littéraire et artistique en droit comparé de la contrefaçon....	86
<b>Paragraphe 2) L'appréciation jurisprudentielle de la contrefaçon en droit comparé</b> .....	91
I) L'appréciation en matière de propriété industrielle .....	92
II) La détermination jurisprudentielle de l'atteinte du droit de la propriété littéraire et artistique en France et au Sénégal.....	96
Sous-section 2 : La contrefaçon tolérée en droit comparé de la propriété intellectuelle .....	97
<b>Paragraphe 1) Exceptions en droit comparé du brevet</b> .....	97
<b>Paragraphe 2) Exceptions en droit comparé de la marque</b> .....	99
<b>Paragraphe 3) En droit comparé du dessin et modèle</b> .....	102
<b>Paragraphe 4) Exceptions d'usage en droit comparé de la propriété littéraire et artistique</b> .....	104
Section 2 : Les actes constitutifs de concurrence déloyale en droit comparé français et sénégalais .....	109
Sous-section 1 : La faute de concurrence déloyale .....	109
<b>Paragraphe 1) Considérations générales sur l'infraction de concurrence déloyale</b> .....	110
I) Fondement conceptuel de l'infraction .....	110
II) Le domaine de la concurrence déloyale en droit comparé.....	112
<b>Paragraphe 2) Les actes de concurrence : Sources et contenus</b> .....	115
I) L'identification doctrinale .....	115
II) Les influences textuelles .....	117
A) <i>La Convention d'Union de Paris et la définition de la concurrence déloyale en droit comparé</i> .....	117
B) <i>L'annexe VIII de l'Accord de Bangui et la définition des actes de concurrence déloyale</i> .....	120
III) L'appréciation jurisprudentielle des actes de concurrence déloyale en droit compare. ....	122
Sous-section 2 : Le traitement juridique de la concurrence déloyale en droit compare .....	126
<b>Paragraphe 1) De la condition de l'existence d'une faute en droit de la responsabilité civile délictuelle</b> .....	127
I) La définition de la faute .....	127
II) Le rôle de l'illicite dans la faute .....	128
<b>Paragraphe 2) L'existence d'un préjudice patrimonial ou extrapatrimonial</b> .....	130
<b>Paragraphe 3) L'exigence d'un lien de causalité</b> .....	132
Conclusion du Chapitre .....	135
<b>TITRE SECOND : LE CADRE ANNEXE A LA CONTREFAÇON ET A LA CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE</b> .....	137

<b>Chapitre premier : Les procédures accessoires à l'action en contrefaçon en droit comparé</b>	<b>139</b>
Section 1 : Le droit procédural de l'intervention douanière en matière de contrefaçon en droit comparé	140
Sous-section 1 : Les textes applicables en droit comparé de la procédure douanière de lutte contre la contrefaçon	141
<b>Paragraphe 1) Le droit douanier communautaire de la lutte contre la contrefaçon en droit comparé</b>	<b>141</b>
<b>Paragraphe 2) Les textes de droit national en droit comparé</b>	<b>144</b>
Sous-section 2 : Le régime procédural de l'intervention de la Douane en contrefaçon en droit comparé	149
<b>Paragraphe 1) : Intervention sur demande du titulaire</b>	<b>149</b>
<b>Paragraphe 2) Intervention sans demande préalable du titulaire</b>	<b>152</b>
I) En matière de retenue en douane	152
II) En matière de saisie douanière	154
A) <i>La procédure de saisie par infiltration</i>	156
B) <i>La procédure du « coup d'achat »</i>	159
Section 2 : La saisie-contrefaçon et ses acteurs en droit compare français et sénégalais	161
Sous-section1 : La requête et l'autorisation judiciaire saisie-contrefaçon en droit comparé	162
<b>Paragraphe 1) Les conditions de la saisie-contrefaçon relatives au demandeur en droit comparé de la propriété littéraire et artistique</b>	<b>163</b>
I) Habilitation de la demande de saisie en droit comparé de la propriété littéraire et artistique	163
II) Le titulaire de la saisie en droit comparé de la propriété industrielle	165
<b>Paragraphe 2) L'autorité du président du tribunal de grande instance en droit français ou le président du tribunal civil en droit sénégalais</b>	<b>167</b>
I) Le pouvoir du président du tribunal de grande instance saisi sur requête	168
II) Le pouvoir du juge des référés en saisie-contrefaçon	171
Sous-section 2 : La procédure du point de vue des intervenants à la saisie-contrefaçon	174
<b>Paragraphe 1) Historique des modalités d'exécution de la saisie-contrefaçon</b>	<b>174</b>
<b>Paragraphe 2) L'huissier de justice et ses assistants</b>	<b>177</b>
I) Les forces de l'ordre	179
II) L'expert ou l'homme de l'art	180
III) Les agents assermentés et les constats informatiques	182
Conclusion chapitre	183
<b>Chapitre second : Le parasitisme économique ou un troisième degré de protection des droits immatériels ?</b>	<b>185</b>
Section 1 :L'infraction autonome du parasitisme économique ou agissement parasitaire.	186
Sous-section : L'originalité de la sanction des agissements parasitaires en Droit comparé	187
<b>Paragraphe 1) L'usurpation d'une renommée ou d'une notoriété professionnelle</b>	<b>187</b>
<b>Paragraphe 2) Le parasitisme par détournement de l'investissement d'autrui</b>	<b>194</b>
I) La sanction du détournement des efforts d'autrui	195
II) La prise en compte de la valeur ajoutée et la liberté de copie	199
III) La suggestion doctrinale de la protection des idées	201



Sous-section 2 : Critiques et propositions doctrinales sur la sanction du parasitisme .....	205
<b>Paragraphe 1) Les critiques envers la théorie de la sanction du parasitisme .....</b>	<b>205</b>
<b>Paragraphe 2) Les propositions doctrinales sur l'alternative au parasitisme .....</b>	<b>208</b>
I) Le traitement du parasitisme par la sanction de l'enrichissement sans cause .....	208
II) De l'application de l'action possessoire autonome.....	211
III) Pour une propriété des créations intellectuelles apportant une valeur économique incorporelle de l'entreprise.....	212
Section 2 :L'infraction accessoire du parasitisme économique.....	215
Sous-section 1 : Parasitisme et concurrence déloyale, de la complémentarité à la confusion .....	215
<b>Paragraphe 1) Les agissements parasitaires, une théorie à la fois distincte et complémentaire à celle de la concurrence déloyale.....</b>	<b>215</b>
<b>Paragraphe 2) La concurrence déloyale ou parasitaire.....</b>	<b>218</b>
Sous-section 2 : Parasitisme et contrefaçon, domaines distincts et complémentaires.....	221
<b>Paragraphe 1) Contrefaçon et parasitisme, de quelques données de divergences.....</b>	<b>222</b>
<b>Paragraphe 2) La subsidiarité entre parasitisme et contrefaçon.....</b>	<b>225</b>
Conclusion chapitre .....	230
Transition .....	231
<b>PARTIE SECONDE : LES SANCTIONS DU DROIT COMPARE DES ACTIONS EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE .....</b>	<b>233</b>
TITRE PREMIER : LES EFFETS DES ACTIONS EN CONTREFAÇON ET EN CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE FRANÇAIS ET SENEGALAIS .....	235
<b>Chapitre premier : Le résultat de l'action pénale en contrefaçon en droit comparé.....</b>	<b>237</b>
Section 1 : Sanctions pénales principales en droit comparé de la contrefaçon.....	238
Sous-section 1 : Les sanctions infamantes de la contrefaçon en droit comparé.....	238
<b>Paragraphe 1) Les restrictions de liberté de l'auteur du délit en droit comparé.....</b>	<b>239</b>
I) La privation de liberté dans la contrefaçon aggravée .....	240
II) Peine d'incarcération pour le contrefacteur ordinaire .....	248
<b>Paragraphe 2) Les peines afflictives dans la sanction pénale de lutte contre la contrefaçon en droit comparé .....</b>	<b>250</b>
I) L'amende pénale de la contrefaçon aggravée .....	251
II) Amendes appliquées aux bandes organisées et aux contrefacteurs liés à la victime par un rapport contractuel.....	255
III) L'amende du contrefacteur portant sur une marchandise dangereuse pour la santé et la sécurité de l'homme .....	256
IV) Les sanctions financières de la contrefaçon ordinaire.....	256
Sous-section 2 : Justification et portée des sanctions en droit pénal comparé de la contrefaçon...	258
<b>Paragraphe 1) La justification des sanctions en droit comparé de la contrefaçon.....</b>	<b>258</b>
<b>Paragraphe 2) La portée des sanctions en droit comparé de la contrefaçon .....</b>	<b>260</b>
Section 2 : Les mesures pénales dérivées en droit comparé de la contrefaçon.....	263
Sous-section 1 : Le contenu des mesures répressives complémentaires applicables à la contrefaçon en droit comparé.....	263
Sous-section 2 : L'appréciation des mesures complémentaires en droit comparé.....	267

Conclusion du chapitre .....	269
<b>Chapitre second : Les mesures civiles des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale.....</b>	<b>271</b>
Section 1 : Les techniques civiles de réparation des préjudices de contrefaçon et de concurrence déloyale .....	272
Sous-section 1: Fondements et pratiques de la réparation par équivalence en droit comparé de la contrefaçon et en concurrence déloyale .....	272
<b>Paragraphe 1) La méthode d'indemnisation basée sur le principe de la réparation intégrale du préjudice .....</b>	<b>273</b>
I) Etat des lieux des fondements et délimitations appliqués à la réparation intégrale en droit comparé .....	273
II) La jurisprudence du dédommagement dans les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	284
<b>Paragraphe 2) La réparation des préjudices moraux en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale .....</b>	<b>295</b>
Sous-section 2 : La réparation punitive dans le droit comparé des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale.....	298
<b>Paragraphe) La peine privée dans le droit civil de la réparation en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale .....</b>	<b>299</b>
I) La sanction par la prise en compte de certains préjudices dans la méthode d'évaluation analytique .....	299
II) La sanction par la méthode d'évaluation forfaitaire du préjudice .....	309
<b>Paragraphe) Contribution à la critique des dommages et intérêts punitifs en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale .....</b>	<b>310</b>
Section 2: Les sanctions complémentaires à l'indemnisation en droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale .....	315
Sous-section 1 : Les mesures de cessation des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	315
<b>Paragraphe 1) Autonomie de la cessation de l'illicite dans la mesure réparatrice.....</b>	<b>317</b>
<b>Paragraphe 2) L'interdépendance de l'interdiction de poursuite avec le dédommagement de la victime.....</b>	<b>321</b>
Sous-section 2 : Les mesures accessoires à la sanction civile.....	323
<b>Paragraphe 1) L'astreinte ou l'exécution forcée de la créance de l'auteur des infractions....</b>	<b>324</b>
<b>Paragraphe 2) Publications et prise en charge des marchandises contrefaisantes en droit comparé .....</b>	<b>326</b>
I) Sur les mesures de publication.....	326
II) La prise en charge des marchandises contrefaisantes.....	327
Conclusion du chapitre .....	329
<b>TITRE SECOND : LE CONCOURS DES SANCTIONS DE CONTREFAÇON ET DE CONCURRENCE DELOYALE EN DROIT COMPARE.....</b>	<b>331</b>
<b>Chapitre premier : La complémentarité des sanctions de contrefaçon et de concurrence déloyale.....</b>	<b>333</b>
Section 1 : Le fondement de la condition de faits distincts dans l'action mixte.....	334
Sous-section 1 : L'opposition des éléments de fond des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale.....	334

<b>Paragraphe 1) La pluralité au sein de la contrefaçon</b> .....	<b>335</b>
I) Le régime pénal du droit de la contrefaçon .....	335
II) La réglementation civile de la contrefaçon.....	338
<b>Paragraphe 2) La forme unitaire du droit de la concurrence déloyale</b> .....	<b>339</b>
Sous-section 2 : Une opposition dans les modalités de mise en œuvre des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	340
<b>Paragraphe 1) L'opposition des actions au niveau des fondements</b> .....	<b>341</b>
I) Les conditions de validité et d'opposabilité des droits intellectuels dans la contrefaçon .....	341
II) De l'intérêt à agir en concurrence déloyale .....	343
<b>Paragraphe 2) La distinction procédurale des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale</b> .....	<b>346</b>
I) Parallélisme des compétences judiciaires applicables à la contrefaçon et à la concurrence déloyale .....	346
II) Règles de prescription et droit de poursuite attachés aux actions en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	348
A) Règles de prescription en droit comparé des actions judiciaires en contrefaçon en concurrence déloyale .....	348
B) Droit de poursuite pour la sanction des infractions en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	350
Section 2 : La portée et limites du cumul des sanctions dans l'action combinée en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	351
Sous-section 1 : Portée de l'exigence des faits distincts dans la demande judiciaire conjointe en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	351
<b>Paragraphe 1) Les éléments fournis par de la détermination de la faute</b> .....	<b>352</b>
I) La faute en contrefaçon en droit comparé .....	352
II) La faute de concurrence déloyale en droit comparé .....	354
<b>Paragraphe 2) Les éléments de distinction fournis par les sanctions</b> .....	<b>356</b>
I) La distinctivité de la fonction de la sanction en contrefaçon en droit comparé .....	356
II) La régulation concurrentielle par la sanction dans l'action en concurrence déloyale.....	359
Sous-section 2 : Le sens de la cessation de l'illicite dans l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	361
<b>Paragraphe 1) La cessation de l'illicite en droit de la contrefaçon</b> .....	<b>362</b>
<b>Paragraphe 2) La cessation de l'illicite en droit de la concurrence déloyale</b> .....	<b>363</b>
Sous-section 3 : Les limites au cumul des sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale..	365
Section 3 : Angle de vue commun sur les sanctions en contrefaçon et en concurrence déloyale .....	368
Sous-section 1 : La fonction de régulation concurrentielle des actions .....	368
Sous-section 2 : La protection d'un droit à la clientèle .....	372
Conclusion Chapitre .....	378
<b>Chapitre second : Les sanctions subsidiaires de la concurrence déloyale et du parasitisme</b> .....	<b>379</b>
Section 1 : Etat des lieux jurisprudentiel sur l'inconstance de la fonction complémentaire de la concurrence déloyale par rapport à la contrefaçon.....	380
Sous-section 1 : Exclusion de la concurrence déloyale en l'absence d'atteinte à un droit intellectuel .....	380
Sous-section 2 : L'exclusion d'une application d'office d'une concurrence déloyale accessoire .	382

<b>Paragraphe 1) Exclusion de la double sanction dans certaines formes de contrefaçon.....</b>	<b>382</b>
<b>Paragraphe 2) Exclusion de la sanction de concurrence déloyale dans la demande est nouvellement émise en appel.....</b>	<b>384</b>
Section 2 : La relève de la sanction civile contrefaçon par la concurrence déloyale...	387
Sous-section 1 : L'action civile subsidiaire en concurrence déloyale ou concurrence parasitaire .	388
<b>Paragraphe 1) Le choix de la sanction de la confusion déloyale en droit des marques .....</b>	<b>389</b>
<b>Paragraphe 2) L'alternative de la concurrence déloyale en droit des dessins et modèles .....</b>	<b>393</b>
I) Rejet des éléments de l'action en contrefaçon.....	393
II) Les éléments d'appréciation de la concurrence déloyale du dessin et modèle .....	395
<b>Paragraphe 3) La protection assurée par la concurrence déloyale aux autres valeurs immatérielles de l'entreprise.....</b>	<b>397</b>
I) Déloyauté en matière de savoir-faire .....	397
II) Protection contre l'usage illicite de certaines appellations de l'entreprise .....	401
Sous-section 2 : Le choix de l'action judiciaire pour parasitisme.....	405
<b>Paragraphe 1) L'action subsidiaire en concurrence déloyale dans la protection du brevet... 406</b>	<b>406</b>
<b>Paragraphe 2) L'action Judiciaire en agissements parasitaires en droit des signes et des formes originales .....</b>	<b>409</b>
I) L'action substitutive de parasitisme en droit des signes .....	410
II) La sanction de l'enrichissement indu en droit des formes originales .....	411
Conclusion du chapitre .....	415
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>417</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>421</b>
I-Ouvrages généraux, traités, manuels.....	421
II-Ouvrages spéciaux, monographies et thèses .....	424
III-Articles, chroniques et rapports .....	431
V- Dictionnaires et Encyclopédies .....	440
<b>Index.....</b>	<b>443</b>
<b>Annexes .....</b>	<b>447</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>455</b>