UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE- ED 101

Laboratoire de recherche du Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle CEIPI

THÈSE

Présentée par :

Ahmad ALAWSHAZ

Soutenue le : **19 Juillet 2024**

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Sciences juridiques – Droit privé - Propriété intellectuelle

La protection civile des créations immatérielles.

Approche de droit comparé français et koweïtien

THÈSE dirigée par :
Monsieur Franck MACREZ Maître de conférences HDR à l'université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame Amélie FAVREAU Professeure à l'université de Grenoble Alpes
Madame Nathalie NEVEJANS Professeure à l'université d'Artois

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Nicolas ERESEO Maître de conférences HDR à l'université de Strasbourg

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes chers parents

À Bashayer

À mes trois adorables filles
Fatemah
Haya
Alzain

À L'âme disparue de ma fille

Lama

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord, à remercier Monsieur le Professeur Franck MACREZ, pour avoir accepté de diriger mes travaux de recherches, et pour tout son soutien et ses précieux conseils, prodigués, dans la rédaction de ma thèse. Et plus généralement, pour sa disponibilité.

Je tiens aussi à remercier chaleureusement, le Professeur Nicolas ERESEO, Madame la Professeure Amélie FAVREAU, et Madame la Professeure Nathalie NEVEJANS, d'avoir bien voulu compter au nombre des membres du jury de ma soutenance.

J'exprime également ma gratitude à ma famille, notamment, à mes très chers parents et à ma chère épouse Bashayer doctorante aussi à l'université de Strasbourg, ainsi qu'à mes frères et mes sœurs, pour leurs encouragements permanents. Et tout particulièrement, à mes filles Fatemah , Haya et Alzain pour leur patience.

Mes vifs remerciements s'adressent aussi à mes amis pour leur soutien et leur aide. Et particulièrement à Abdoulaziz WANE, pour son appui et son assistance apportés tout au long de la rédaction de mon travail.

Ma reconnaissance va enfin au gouvernement koweïtien et à l'Université du Koweït pour m'avoir accordé leur confiance en finançant le présent travail de recherche.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE
Les fondements juridiques de la protection des créations immatérielles au moyen de l'action en concurrence déloyale

TITRE I : La nature juridique de l'action en concurrence déloyale
Chapitre I : L'émergence de l'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale.
Chapitre II : La consécration de l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection.

TITRE II : Les conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale.
Chapitre I : La caractérisation du fait générateur de l'action en concurrence déloyale.
Chapitre II : La délimitation des domaines de l'action en concurrence déloyale et de l'action en contrefaçon.

DEUXIÈME PARTIE
La complémentarité de protection des créations immatérielles.

TITRE I : Les conditions de recevabilité intrinsèques à chacune des deux actions.
Chapitre I : l'exigence de faits distincts en cas de créations immatérielles protégées.
Chapitre II : Le critère subsidiaire du risque de confusion pour les créations non couvertes par un droit privatif.

TITRE II : La concurrence déloyale remède aux limites des droits de propriété intellectuelle.
Chapitre I : les limites intrinsèques classiques des droits de propriété intellectuelle.
Chapitre II : Les limites extrinsèques nouvelles des droits de propriété intellectuelle.

CONCLUSION

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

adde	*addendum* (ajout)
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord de Marrakech du 15 avril 1994, annexe 1C)
aff.	affaire
AJ	Actualité jurisprudentielle
al.	alinéa
Ann. Prop. ind	*Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*
Arch. phil. droit	*Archives de philosophie du droit*
art.	article
Ass.	Assemblée
Ass. plén	Assemblée plénière
av. gén.	avocat général
Bull. Aix	*Bulletin d'Aix-en-provence*
Bull. civ.	*Bulletin des arrête de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V).*
Bull. Joly	*Bulletin Joly* (mensuel d'information des sociétés)
Bull. inf. c. cass.	*Bulletin d'information de la Cour de cassation*
CA	Cour d'appel
Cah. dr. aff.	Cahier de droit des affaires
Cah. dr. ent.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass. Ass. pl.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre Civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
C. civ.	Code civil
C. civ. KW	Code civil Koweitienne
Code com.	Code commerce
Code com.KW	Code commerce Koweitienne
C. cons.	Code de la consommation
C. cons. KW	Code de la consommation Koweitienne
cf.	confer (se reporter à)
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des communauté européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNNUM	Conseil National du Numérique
coll.	collection
comm.	commentaire
comm. com. électr.	*Communication Commerce électronique*
comp.	comparer
concl.	conclusion

Cons. const.	Conseil constitutionnel
contra	en sens contraire
coord.	coordination
co-prés.	sous la co-présidence de
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
déc.	décision
Defrénois	*Répertoire du notariat Defrénois*
dir.	sous la direction de
D.	*Recueil Dalloz*
D. aff.	*Revue Dalloz affaires*
Dalloz IP /IT	*Droit de propriété intellectuelle du numérique*
DH	*Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz* (années antérieures à 1941)
DP	*Recueil périodique et critique mensuel Dalloz* (années antérieures à 1941)
dr.	droit
Dr. et patr.	*Droit et patrimoine*
Dr.et proc.	*Droit et procédures*
Dr. soc.	*Droit social*
Dr. société	*Droit des sociétés*
éd.	édition
doc.	Doctrine
ét.	étude
et al.	*et alii auctores* (et autres auteures)
ex.	exemple
fasc.	fascicule
Gas. Pal.	*Gazette du palais*
ibid.	*ibidem* (au même endroit)
infra	ci-dessous
INPI	Institut national de la propriété industrielle
IR	Information rapides (Recueil Dalloz)
IRPI	Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois
J.- CI. CIV.	*Juris-Classeur civil*
JCP G	*Juris-Classeur périodique (Semaine juridique),édition générale*
JCP E	*Juris-Classeur périodique (Semaine juridique),édition entreprise*
JO	*Journal officiel*
JUR.	Jurisprudence
LEPI	*L'essentiel droit de la propriété intellectuelle*
LGDJ	Libraire générale de droit et jurisprudence
LOC. CIT.	*loco citato* (endroit cité)
LPA	*Les petites Affiches*
N°	numéro
NOT.	notamment
OBS**.**	observations

OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEB	Office européen des brevets
OHMI	Office d'harmonisation du maché intérieur
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OP. CIT.	*opere citato* (ouvrage cité)
p.	page(s)
pan.	*panorama*
PI	*Propriétés intellectuelles*
PIBD	Propriété industrielle. Bulletin documentaire
préc.	précité
prés.	sous la présidence de
Propr. ind.	*Propriété industrielle*
pt.	point
PUAM	presses université d'Aix-Marseille
PUF	presses université de France
rappr.	rapprocher
RDC	*Revue des contrats*
RD propr. intel.	*Revue du droit de la propriété intellectuelle*
RDT	*Revue de droit du travail*
Rép. civ.	*Répertoire se droit civil Dalloz*
Rép. com.	*Répertoire commercial Dalloz*
Rép. sociétés	*Répertoire sociétés Dalloz*
resp.	sous la responsabilité de
Rev. sociétés	*Revue des société Dalloz*
RIDA	*Revue internationale du droit d'auteur*
RIDC	*Revue internationale de droit comparé*
RIPIA	*Revue internationale de la propriété industrielle et artistique Revue de jurisprudence commerciale*
RJ. COM.	
RLDA	*Revue Lamy droit des affaires*
RLDC	*Revue Lamy droit civil*
RLDI	*Revue Lamy droit de l'immatériel*
RRJ	*Revue de recherche juridique et de droit prospectif*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD eur.	*Revue trimestrielle de droit européen*
S.	*Recueil Sirey*
s.	suivants
somm.	sommaire
spés.	spécialement
supra	ci-dessus
TGl	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
v.	voir
vol.	volume

INTRODUCTION

Bref aperçu historique de la codification des droits de propriété intellectuelle

1. Les créations immatérielles ont très tôt été saisis par le droit, afin de garantir aux créateurs une protection des créations émanant de leurs esprits. La notion de création immatérielle elle-même est une notion d'origine religieuse, que l'on retrouve dans les livres sacrés dans les religions monothéistes.

Ainsi comme l'écrit un auteur[1], la tradition théologique occidentale a fondé la création du monde sur l'intervention du seul esprit divin ; tirant cette affirmation du célèbre mot de l'Evangile selon Saint Jean proclamant : *qu': « au commencement, était le Verbe (de Dieu) (…) et que tout fût par Lui, et sans Lui rien ne fût* ». Dieu **créa** les cieux et la terre, **création**, qui dura six jours (…). Dieu **crée** ensuite le jardin d'Éden qu'il confia à Adam, l'autorisant à manger, le fruit de tous les arbres du jardin, à l'exception d'un arbre particulier (l'arbre de la connaissance du bien et du mal). Mais, séduite par le serpent, Eve, la femme d'Adam fit goûter le fruit défendu à l'homme. En guise de sanction, Dieu le chassa du jardin d'Éden, le condamnant pour l'éternité, à cultiver la terre, pour assurer sa subsistance.

L'Homme, désormais condamné à ne compter que sur lui-même, se met à créer des outils, les améliore et finalement, réalise la sentence de Dieu : il apprend à cultiver, et à tirer la nourriture du sol. Et devient sédentaire. A présent sédentaire, l'Homme se met à créer, non plus pour survivre, mais pour vivre. Il crée, façonne son environnement et finit par entreprendre de protéger ses créations, en élaborant des sanctions applicables à la violation de la protection conférée aux créations, par le droit de la propriété intellectuelle. A l'image de la sanction infligée par Dieu à Adam et à sa descendance (expulsion du jardin d'Eden), pour avoir transgressé la règle fixée par Dieu (« Tu n'en mangeras point ! »).

[1] Pierre-Yves ARDOY, *La notion de création intellectuelle*, Thèse de doctorat, Université de Pau et des pays de l'Adour, 27 mai 2006, p. 11-12, §8.

La tradition religieuse musulmane est encore plus péremptoire concernant l'origine divine de la notion de création. Comme dans la tradition biblique, le premier attribut d'Allah (nom que les musulmans donnent à Dieu) est d'être le **Créateur** de toutes choses. Ainsi Allah Est qualifié de « ***Créateur*** » (al-khaliq). Il **Crée** la réalité uniquement par Son verbe, il Lui suffit de dire « *Sois* »[2] pour que la **création** se manifeste. Le pouvoir **créateur** d'Allah est nommément cité dans plusieurs sourates (chapitres du Qur'ân) au premier rang desquels le chapitre intitulé « le **Créateur** »[3]. Mais plusieurs autres chapitres[4] évoquent cet attribut fondateur d'Allah. Le Coran évoque les différentes créations en les disséminant dans différentes sourates. Ainsi la Sourate 6, versets 1-2 proclame : « Louange à Dieu qui a **créé** les cieux et la terre et qui a établi les ténèbres et la lumière ! Mais ceux qui ne croient pas en leur Seigneur lui donnent des égaux. C'est lui qui vous a **créés** d'argile, puis il a décrété un terme pour chacun de vous, un terme fixé par lui. Mais vous restez dans le doute ». la Sourate 11, verset 7 rappelle que : « C'est lui qui a **créé** les cieux et la terre en six jours, – son trône était alors sur l'eau – pour vous éprouver et pour savoir qui d'entre vous accomplit les meilleures actions ». la Sourate 36, versets 71-73 et 77-82 précise à l'attention des croyants : « Ne voient-ils pas que nous avons **créé** pour eux, […], des troupeaux dont ils se sont rendus maîtres. Nous les leur avons soumis : certains d'entre eux leurs servent de montures et d'autres, de nourriture. Ils en retirent des produits utiles et des breuvages. Ne seront-ils pas reconnaissants ? [...]. L'homme n'a-t-il pas vu que nous l'avons **créé** d'une goutte de sperme ; et le voilà qui discute ouvertement ! Oublieux de sa propre **création**, il nous lance ce proverbe : « qui donc fera revivre les ossements alors qu'ils sont poussière ? Dis : « celui qui les a **créés** une première fois les fera revivre. Il connaît

[2] C'est ce que le Qur'ân nomme le « *Koune fa yaqoûne* », en clair, il suffit à Allah de dire « *Sois* » pour que les choses prennent la forme choisie par Lui. Par opposition au pouvoir créateur des êtres humains, eux-mêmes créatures d'Allah. L'Homme ne peut créer qu'avec ses mains, Allah s'étant Réservé le pouvoir de créer uniquement avec son Verbe. C'est ce qu'exprime le verset 82 de la sourate 36 : « *quand Il veut une chose, Il lui dit : « **Sois** ! » et elle est* ».

[3] Sourate n°35 qui proclame notamment en son premier verset, qu': « *Allah est le Créateur des cieux et de la terre et (…) qu'Il ajoute à la création ce qu'Il Veut* ».

[4] *Le Coran*, traduction de Denise Masson, Paris : éditions Gallimard, 1967.

parfaitement toute **création**. C'est lui qui, pour vous, a dans l'arbre vert placé du feu dont vous utilisez la flamme ». Celui qui a **créé** les cieux et la terre ne pourrait-il pas les **créer** de nouveau ? Mais oui ! Car il est le **Créateur** qui ne cesse de **créer**, celui qui sait tout. Tel est, en vérité, son Ordre : quand il veut une chose, il lui dit : « **Sois** ! » et elle est.

Nous pouvons également citer l'exemple de la Sourate 55, versets 1-29 : « Le Miséricordieux a fait connaître le Coran. Il a **créé** l'homme ; il lui a appris à s'exprimer. Le soleil et la lune se meuvent d'après un calcul. L'étoile et l'arbre se prosternent. Il a élevé le ciel. Il a établi la balance : ne fraudez pas sur le poids ; évaluez la pesée avec exactitude ; ne faussez pas la balance. Il a établi la terre pour l'humanité. On y trouve des fruits et des palmiers aux fruits recouverts d'une enveloppe ; les grains dans leurs épis et la plante aromatique. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ? Il a créé l'homme d'argile comme la poterie ; il a créé les djinns d'un feu pur. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ? Il est le Seigneur des deux Orients et le seigneur des deux couchants. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ? Il a fait confluer les deux mers pour qu'elles se rencontrent ; mais elles ne dépassent pas une barrière située entre elles. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ? Les perles et le corail proviennent de ces deux mers. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ? Les vaisseaux, élevés sur la mer comme des montagnes, sont à lui. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ? Tout ce qui se trouve sur la terre disparaîtra. La face de ton Seigneur subsiste, pleine de majesté et de munificence. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ?

Tout ce qui existe dans les cieux et sur la terre l'implore. Il **crée** chaque jour quelque chose de nouveau. Quel est donc celui des bienfaits de votre Seigneur que, tous deux, vous nierez ? la sourate 46 dans son verset 29 proclame également : « Nous n'avons **créé** les cieux et la terre et

ce qui est entre eux qu'en toute vérité et pour un terme fixé ». Et enfin la sourate 50 dans son verset 38 nous apprend : « Nous avons **créé** les cieux et la terre et ce qui existe entre eux en six jours et nous n'avons point été touché par la fatigue ».

Les sociétés humaines créent également des biens, évoluent et s'organisent au moyen de normes. Tant il est vrai que : « *c'est par le droit que toute civilisation s'édifie chaque jour, que la justice, la liberté, la paix, la prospérité et l'épanouissement des hommes sont assurés Et pour assurer cette justice, cette paix, la prospérité et l'épanouissement des hommes, la règle de droit régit l'activité humaine* »[5].

A cet égard, il est rapidement apparu indispensable que les créations immatérielles soient elles-mêmes appréhendées par le droit. Cela d'autant plus que l'innovation technologique est de plus en plus rapide, et qu'au surplus, cette course à l'innovation nécessite des investissements de plus en plus conséquents, tant au plan intellectuel que financier. Il est par conséquent légitime que les opérateurs privés qui engagent des investissements aussi colossaux, voient ceux-ci protégés par la loi, en amont et en aval. C'est tout l'objet du droit de la propriété intellectuelle qui peut appréhender les créations immatérielles que ce soit directement ou non. Peu à peu, l'Homme crée le droit de la propriété intellectuelle, l'enrichit, l'adapte en délimitant les droits de chaque titulaire d'une part, et d'autre part, entre les titulaires et les consommateurs.

La protection des créations vise donc avant tout à rendre justice aux créateurs (protéger leurs investissements) et donc *in fine*, à encourager la création. Même s'il faut rappeler que toutes les créations ne sont pas protégeables, c'est pourquoi il convient de délimiter d'abord le cadre de la protection (créations protégeables). Et de l'autre les créations non protégeables au premier rang desquels idées.

[5] Ph. Malaury et P. Morvain, droit civil, *Introduction générale*, 2ème éd. Defrénois, 2004, p.1, n°1

Avant la création, il y a l'idée, mais le droit ne se saisit pas des idées ceux-ci étant : « *de libre parcours* », selon la célèbre maxime de Desbois, par ailleurs, rappelée avec constance par les juges[6], en vertu du fait que : « *le statut premier des créations de l'esprit est de ne pas être objets de droit et plus précisément encore de droits privatifs* »[7]. Autoriser que le droit puisse se saisir de l'idée reviendrait à geler toute création, puisque ce serait réserver indûment au bénéfice d'une seule personne, un droit privatif d'exploiter une idée.

La création immatérielle peut être appréhendée par le droit à deux niveaux du processus créatif : au début du processus créatif, lorsqu'elle est à l'état immatériel (tel un brevet déposé mais non encore exploité). Ou à la fin du processus créatif lorsqu'elle se matérialise en un objet (lorsque le brevet donne lieu à l'innovation d'un objet déjà existant sur le marché, l'exemple classique étant un smartphone qui vient ajouter de nouvelles fonctions multimédias aux anciens téléphones portables qui ne permettaient que de téléphoner. L'évidence du caractère vital d'une protection des créations immatérielles apparaît très clairement dans ce dernier cas : en effet, en l'absence de protection, l'innovation pourrait être reproduite par n'importe quel concurrent, ce qui réduirait à néant tous les efforts financiers consentis pour mettre au point ces innovations. Et donc à brève échéance, tuer toute créativité et donc toute création.

Il résulte de tout ce qui précède que le principe de la protection des créations immatérielles, est non seulement indispensable à une concurrence saine, mais rend justice aux entreprises les plus innovatrices.

De fait, en matière de création littéraire, ce monopole a d'abord historiquement été réservé aux entreprises qui consentaient les investissements financiers les plus lourds. Ainsi,

---

[6] TGl Paris,14 juin 2002 : JCP G, 2002.IV,2624 ; JCP G, 2002.Pan. 1486-TGI Paris.23 novembre 2005:D.2006, jur.p.1051, note E.Treppoz-CA Versailles,9 octobre 2003:Comm.com.électr.2004.comm. 25,note C.Caron et sur pourvoi:Cass.civ.1,13 décembre 2005 :Pourvoi n° 03-21.154;Jurisdata n° 031257-CA Paris.9 décembre 2005:Jurisdata n° 290388:Comm.com.électr.2006,comm.62,obs.C.Caron-Cass.civ.1,29 novembre 2005: Pourvoi n° 04-12.721:JCP G 2005.IV,3795 ;Juris-Data n° 2005-031021:cassation de CA Versailles.14 janvier 2004: Comm.com.électr.2004. comm.27, note C.Caron.

[7] S. Joly et M. Vivant, *La problématique de l'immatériel*. in *Les créations immatérielles et le droit*, Elipses.1997, p.9. spec.p.12.

avec l'apparition de l'imprimerie, « *le livre acquiert une valeur économique. Une nouvelle catégorie professionnelle apparaît, celle des imprimeurs-libraires [...]. La nature de l'activité d'édition nouvelle suppose des moyens financiers importants [et] il devient essentiel de bénéficier d'un monopole exclusif pour l'exploitation des ouvrages édités* »[8]. Ce sont les privilèges d'édition, alors adoptées en faveur des imprimeurs-libraires. Il a fallu attendre trois siècles pour que les auteurs se voient enfin attribuer le monopole d'exploitation de leurs œuvres ; avant que le droit d'auteur contemporain soit adopté au milieu du XXème siècle[9].

En matière de propriété industrielle, le monopole d'exploitation était réservé aux corporations, lesquels faisaient échec à l'apparition de techniques nouvelles pour protéger lerus intérêts corporatistes.

Ce monopole étant devenu néfaste à l'innovation, le Roi entreprit alors d'octroyer, au moyen de lettres patentes, des droits exclusifs aux inventeurs, pour l'exploitation de leurs innovations, ou pour l'introduction de techniques étrangères.

La première patente d'invention fut octroyée en 1551, et concernait l'invention de caractères d'imprimerie spéciaux. Vers le XVIIIème siècle, de nouveaux droits furent accordés aux inventeurs qui pouvaient revendiquer, par le biais de privilèges royaux, un monopole d'exploitation sur leur invention.

Les 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791, l'assemblée constituante vota la première loi sur les brevets d'invention, garantissant désormais à chaque inventeur, un monopole d'exploitation sur son invention pour une durée de 15 ans. Ainsi, pendant près des deux siècles après la révolution, le droit de la propriété intellectuelle connut un développement fulgurant, quoique de manière anarchique du fait d'une multiplication de textes spéciaux, accordant des droits portant sur des créations intellectuelles nouvelles, ou modifiant des droits antérieurs.

[8] A. Latoumerie. *Petite histoire des batailles du droit d'auteur*

Tous ces textes furent réunis, dans le Code de la propriété intellectuelle, par le biais d'une loi votée le 1er juillet 1992. Le Code de la propriété intellectuelle régit également le mode actuel d'attribution des monopoles d'exploitation des droits de propriété intellectuelle, portant sur les créations immatérielles. Ce mouvement progressif de codification des créations intellectuelles, d'abord observé dans les pays occidentaux, prend racine également dans les pays du Moyen-Orient. Les droits de propriété intellectuelle ont connu une évolution différente en France et au Koweït, tant chronologiquement que du point de vue des sources et des fondements de la règle de droit.

2. Au Koweït, avant 1899, le droit applicable était issu de la doctrine et de la jurisprudence malékite, une des branches sur lesquelles repose le droit musulman[10]. Parmi les sources actuelles du droit[11], nous citerons d'abord les textes scripturaires[12]. Comme le rappelle un auteur en effet, : « *Au Koweït, le droit civil égyptien et la charia islamique sont considérés parmi les plus importantes sources historiques du code civil koweitien, c'est pourquoi il faut s'y référer pour interpréter les textes législatifs imprécis qui en sont inspirés* »[13]. Le Code civil koweitien a en effet été directement inspiré du Code civil égyptien, lui-même très largement inspiré du Code civil français. *In fine*, nous pouvons donc affirmer que le Code civil français est une source indirecte du Code civil koweitien. Le Koweït ayant cependant développé des caractères spécifiques, dans des pans entiers de son droit. Comme nous le verrons au cours de note étude.

L'intégration du droit égyptien dans le Code civil koweitien est due aux travaux du professeur Abdel El-Razek el-Sanhoury, juriste émérite, et principal artisan de la rédaction du

[10] A. ABDULBAKI, *Le degré de la nécessité à promulguer le Code civil à l'État du Koweït*, *RJD*, 3è, année, n°2, juin 1979, 2è éd., 1994, p. 193 ; I. ABO-ALILE, *Le commentaire du droit civil koweïtien,* , t. I, La théorie du droit, 1999, éditeur non mentionné, p. 206 ; Cass. civ. 15 juin 1998, pourvoi n°1997/126, RJD, t. I, n°26, p. 331.
[11] F.-P. BLANC, *Droit musulman*, Dalloz, 2è éd. 2007, p. 10 et s ; A. KAZEMI-RACHED, *L'Islam et la réparation du préjudice moral*, Préf. Ph. Simler, Droz, Genève, 1990.
[12] Au premier rang desquels, la « sharîa », c'est-à-dire le droit musulman tiré du Qur'ân (Coran) et la Sunnah (Tradition prophétique).
[13] A. HASSAN, *Introduction à l'étude du droit, la théorie de la règle juridique*, t. I, éd. La Pression Académique, 2004, p. 190.

Code civil égyptien de 1946 à 1949 qui sera adoptée par le Sénat et la Chambre des Députés[14], abrogeant par là même, les anciennes législations »[15]. La loi sera par la suite promulguée par le roi d'Égypte Farouk 1er. La notoriété internationale du Professeur d'El- Sanhoury conduisit alors beaucoup d'États de la sous-région à lui confier la direction de la rédaction de leur code civil, et parfois même de leur loi fondamentale. Il dirigera ainsi la rédaction des Codes civils irakien, syrien, jordanien, libyen, koweitien ainsi que celle des Émirats arabes unis. C'est également lui qui a rédigé le projet du Code civil koweïtien adopté le 1er octobre 1980, et toujours en vigueur. Il est enfin le père de la Constitution koweïtienne adopté le 11 novembre 1962[16].

Une autre source essentielle du droit koweitien, est le raisonnement par analogie qui a été utilisé pour transposer les règles relatives au droit de propriété classique avec ses démembrements, aux actifs immatériels[17]. Jusque-là, il n'existait en effet pas de règles spécifiques aux droits de propriété intellectuelle en droit musulman. D'un autre côté, il existait déjà des règles tirées de la responsabilité civile, qui permettaient d'indemniser la victime d'un préjudice[18]. Au Koweït le droit applicable est resté le même jusqu'en 1938, malgré l'avènement du protectorat britannique[19]. Celui-ci se limitant à la protection des frontières[20]. À partir de 1938, toujours sous protectorat britannique, le droit applicable évolue[21] jusqu'en 1961, période pendant laquelle se développe la Majallat Al ahkam Al 'adlia Othmania[22], fondée sur la

[14] Loi n° 131 de 1948.
[15] *Histoire et Evolution des Codes civils français et égyptien*, site de l'ambassade de France au Caire, [En ligne], Disponible sur : http://www.ambafrance-eg.org/L-histoire-et-l-evolution-des (Consulté le 1/12/2023).
[16] *La constitution du Koweït traduite en français*, [En ligne], Disponible sur : http://mjp.univ-perp.fr/constit/kw1962.htm (Consulté le 1/4/2023).
[17] L. FRADET, *La compatibilité entre le concept de propriété intellectuelle et la Sharia*, Mémoire, Université de Poitiers, 2010-2011, p. 23.
[18] A. EL KHAMLICHI, *La responsabilité en droit musulman : entre les principes d'Ousoul Al fiqh et les règles du fiqh*, Thèse Perpignan, 2001.
[19] Protectorat Demandé par Moubarak Al Sabah en1899.
[20] Le Traité du 23 janvier 1899, fait obligation au royaume Britannique de protéger le Koweït, contre toute occupation territoriale par l'Empire ottoman V. O. ALSALIH, *Le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït*, t. I, 2 e éd., Koweït, Dar Alkitab, 2003, p. 52.
[21] B. ALYAKOB, *Le droit civil koweitien, son passé et son présent*, Coll. Les études spéciales, n°41, 1988, p. 120.
[22] Al-Majallah al-Ahkam al-Adaliyyah était le code civil de l'Empire ottoman à la fin du 19e et au début du 20e siècle. C'était la première tentative de codification d'une partie de la loi islamique de l'empire ottoman. Le code a

jurisprudence hanéfite, tant en matière de propriété intellectuelle qu'en droit de la responsabilité civile[23].

3. En France, sans devoir remonter à l'antiquité[24], nous pouvons constater que la propriété intellectuelle trouve depuis longtemps des justifications philosophiques et a progressivement fait l'objet d'une protection juridique. L'octroi de droits aux créateurs de l'immatériel coïncide avec la fin du 18ème siècle et la Révolution[25], en effet, l'Ancien régime marqué par les nombreux privilèges ne conférait que peu de droits aux créateurs de l'art et de l'industrie[26]. La liberté de la concurrence puise ses racines dans le fameux décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 et son article 7 aux termes duquel « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon* ». La proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie a donc eu pour conséquence la disparition des marques corporatives collectives et par extension, a induit la consécration des marques individuelles socle de l'activité concurrentielle[27]. En ce qui concerne les brevets d'inventions, ils firent leur apparition avec la loi du 7 janvier 1791 et l'objet d'une modernisation par la loi du 5 juillet 1844[28].

été préparé par une commission dirigée par Ahmet Cevdet Pacha, publié en seize volumes (contenant 1 851 articles) de 1869 à 1876 et est entré en vigueur en 1877. Dans sa structure et son approche, il a été clairement influencé par les codifications européennes antérieures. Couvrant la plupart des domaines du droit civil, il exempte le droit de la famille, qui reste un domaine du droit religieux. La substance du code était basée sur la tradition juridique hanafite qui jouissait d'un statut officiel dans l'Empire. Voir Ahmad cevdet pasha, Al-Majalla al-Ahkam al-Adaliyyah, Tht ottoman courts manual,IHAYA PRESS, 2016.

[23] C. CHEHATA, « *La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du proche orient* », Revue internationale de droit comparé, Vol. 19 N°4, Octobre-décembre 1967. pp. 883-915 ; Pour plus de détails, Voir B.-A. AL JALY, *La jurisprudence de l'école de la pensée hanéfite dans la Majallat al ahkam al adlia*, Maison d'édition Ibn Hazem, 2011.

[24] M. BUYDENS, *La propriété intellectuelle, Évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012, p. 9 et s.

[25] Loi du 13-19 janvier 1791 proclamant le droit des auteurs sur la représentation de leur œuvre ; Loi générale des 19-24 juillet 1793 sur le droit d'auteurs.

[26] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, t. 1, p. 63 et s.

[27] J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2è éd. 2009, t. 1, n°53 p. 67.

[28] J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle, T. 2 : Brevets d'invention et protections voisines*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n°19 et 20 p. 27.

État du droit positif de la propriété intellectuelle : dans la constitution, dans les lois, dans les textes internationaux régionaux et étrangers

La constitution

4. En France, la constitutionnalisation de la protection de la propriété intellectuelle s'est effectuée progressivement, sur le fondement du droit de propriété. Notamment aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, laquelle est aujourd'hui partie intégrante du bloc de constitutionnalité[29]. Le Conseil constitutionnel a d'abord étendu le champ d'application du droit de propriété à la propriété industrielle et commerciale définie comme « *le droit, pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France* »[30], puis aux droits d'auteurs et aux droits voisins[31].

Au Koweït, les droits de propriété intellectuelle relatifs aux créations immatérielles et par extension leur protection par l'action en concurrence déloyale, sont garantis dans plusieurs dispositions de la Constitution koweïtienne de 1962[32]. La Constitution n'évoque pas explicitement ce droit fondamental que constitue la propriété intellectuelle, mais prévoit par exemple dans son article 14 que l'État doit favoriser « *la science, les lettres et les arts et encouragera la recherche scientifique* ». Ainsi, la promotion de la science et des arts ne peut être effective que si l'État assure une protection efficace contre la violation des droits de propriété intellectuelle, chose en partie réalisée, nous l'avons vu, par la loi de 1962.

---

[29] Cons. const. 16 juillet 1971 n°71-44, Liberté d'association. Pour l'extension au droit de propriété des articles 2 et 17 de la DDHC, Cons. Const. 16 janvier 1982 n°81-132.

[30] Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, AJDA 1991 p. 382, note P. Wachsmann.

[31] Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, D. 2006. p. 2157, chron. C. Castets-Renard. Après avoir reconnu que bénéficient de la protection constitutionnelle du droit de propriété non seulement les auteurs et les titulaires de droits voisins qui ont recours aux mesures techniques de protection contre le piratage mais aussi les « *titulaires de droits sur les mesures de protection elles-mêmes* », le Conseil constitutionnel en a déduit que la communication forcée des informations nécessaires à l'interopérabilité pouvait s'interpréter comme une privation de propriété imposant une juste et préalable indemnité au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

[32] Le père de la Constitution de 1962 est Abdallah AL SALEM AL SABAH et c'est par sa volonté qu'ont été édictées les premières règles de droit civil applicables dans en propriété intellectuelle.

L'article 16 de la Constitution protège par des droits particuliers la propriété, le capital et le travail lesquels remplissent une fonction sociale réglée par la loi. La propriété privée est elle-même strictement protégée et inviolable[33], cette dernière constituant un des fondements juridiques du droit de la propriété intellectuelle[34]. La Constitution koweïtienne garantit enfin la « *liberté de la presse, de l'impression et de l'édition est garantie selon les conditions et les formes indiquées par la loi* ». À cet égard, le droit koweïtien n'est intervenu que tardivement en promulguant la loi n°64 de 1999 sur le droit d'auteur modifié par la loi n°22 de 2016 et la loi n°75 de 2019 sur le droit d'auteur[35].

Les lois nationales

5. En droit français, en matière de brevet, la loi du 2 janvier 1968 est venue abroger la loi de 1844[36] et la loi du 1er juillet 1992 a inscrit le droit des brevets dans la partie législative du Code de la propriété intellectuelle. En matière de marques, la loi du 4 janvier 1991 a assuré la transposition de la directive du 21 décembre 1988, dispositions qui ont connus la même codification que les brevets en 1992. En matière de propriété littéraire et artistique, c'est la loi du 11 mars 1957 qui a fait évoluer le droit d'auteur[37], le législateur ayant opté pour l'adoption de règles protectrices de l'auteur[38].

Au Koweït, à partir de 1961, année coïncidant avec la fin du protectorat, le législateur a édicté des règles introduites dans le code de commerce[39], lequel contient également des

[33] Article 18 de la Constitution Koweïtien, ne.
[34] Nous avions vu précédemment que la protection des actifs immatériels se réalise par analogie sur la base du droit de propriété au sens classique du terme. V. Supra, note 5.
[35] Koweït aujourd'hui (Journal officiel du Koweït), 28 juillet 2019, n°28 ;
[36] Loi du 2 janvier 1968 *tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'inventions*. Pour plus de détails, V. J. SCHMIDT, *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, LITEC, CEIPI, 1972.
[37] V. notamment, C. COLOMBET, *L'évolution de la jurisprudence sur la protection des titres d'œuvres de l'esprit par la loi du 11 mars 1957*, Mél. A. Chavanne : Litec, 1990, p. 213.
[38] V. Notamment en matière contractuelle, A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation de l'auteur, Études sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, n°168.
[39] Koweït aujourd'hui (Journal officiel du Koweït), 23 janvier 1961, n°311.

dispositions relatives à la responsabilité civile[40]. En principe, la création de ce droit civil et commercial propre marque la fin de l'application de la Majallat al ahkam al adlia, à l'exception des matières non prévues par ce nouveau code qui continuent à relever du droit hanéfite[41]. Les règles figurant dans ce code portent l'empreinte du droit égyptien lui-même ayant profondément influencé le droit français[42]. Ce code contient ainsi les premiers textes relatifs au droit de la responsabilité civile[43]. Ce phénomène d'édiction de nouvelles règles s'est également étendu au domaine de la propriété intellectuelle, plus particulièrement celui de la propriété industrielle qui s'est vue appliquer les dispositions issues de la promulgation au Koweït de la loi de 1962[44].

Les accords régionaux et internationaux

6. La France est liée par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 au Conseil européen de Nice et ayant la même valeur juridique que celle des traités depuis le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009. La charte prévoyait initialement dans son article 17.2 que la propriété intellectuelle devait être protégée. En 2007, la protection de la propriété intellectuelle, qui est un des aspects du droit de propriété, fait l'objet d'une mention explicite au paragraphe 2 en raison de son importance croissante et du droit communautaire dérivé[45]. La propriété intellectuelle couvre, outre la propriété littéraire

[40] Code de commerce koweïtien, issu de la loi du 23 janvier 1961, V. La publication de la loi commerciale koweïtien, ne de 1961 in La législation commerciale dans les pays arabes, Revue Al-Raed Al-Arabi, n°5, mars 1961.

[41] H. AL RASHIDI, *La possession de la propriété immobilière en droit français et en droit koweïtien, à la lumière du droit musulman*, Thèse Strasbourg, 2008, p. 15.

[42] V. A. ALKHUDHAIR, *La saisine du juge des référés en matière civile : étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien,* , Thèse Strasbourg, 2019, p. 15. En Egypte, c'est le professeur EL SANHOURY, juriste émérite, qui est le principal rédacteur du Code civil égyptien de 1946 à 1949. Très influencé par le droit français, il réalise cette œuvre combinant l'esprit de la législation islamique et le positivisme du Code Civil français. La loi 131 de 1948 va confirmer que Farouk 1er, roi d'Egypte, le Sénat et la Chambre des Députés, ont adopté et promulgué le Code civil du professeur EL SANHOURY, abrogeant par là même les anciennes législations. Sa réputation internationale de juriste va faire de lui le principal rédacteur des codes civils irakien, syrien, jordanien, libyen, koweitien ainsi que celui des Emirats arabes unis.

[43] Ce sont les annexes explicatives à la loi de 1980 qui ont procédé à un renvoi à la loi du 23 janvier 1961. Il a en effet fallu insérer des règles générales sur les obligations dans cette dernière, afin rendre applicable le droit commercial. Cela a généré des conflits entre les différents textes d'où la nécessité de prévoir, nous y reviendrons, de nouvelles règles de droit civil dans la loi de 1980.

[44] Loi n°4 de 1962 sur les brevets, dessins et modèles et marques.

[45] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, C303/1, JOUE 14 décembre 2007.

et artistique, notamment le droit des brevets et des marques ainsi que les droits voisins. Les garanties prévues au paragraphe 1 sur le droit de propriété s'appliquent de façon appropriée à la propriété intellectuelle[46].

La France a également ratifié de nombreux traités et conventions internationales en matière de propriété intellectuelle. Sans être exhaustif, elle a, avant même le Koweït, ratifié la convention d'Union de Paris, les accords ADPIC et bien d'autres textes[47]. La France en tant que membre de l'Union européenne doit appliquer directement les règlements communautaires[48] et doit transposer en droit interne les directives communautaires[49].

Au même titre que la Constitution koweïtienne, la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 à laquelle le Koweït a adhéré le 18 septembre 2016, garantit le droit à la propriété privée dans son article 31. Cette charte garantit en outre « *le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier des fruits du progrès scientifique et de ses applications* »[50]. L'article 42 b) de cette charte permet de protéger : « *les intérêts moraux et matériels liés à la production scientifique, littéraire ou artistique* ». Cette disposition retient clairement la protection des intérêts moraux et patrimoniaux lesquels renvoient donc aux termes utilisés en matière de droit d'auteur.

Le droit koweïtien de la propriété intellectuelle repose également sur des conventions internationales. La constitution koweïtienne prévoit que les textes internationaux soient soumis au Parlement qui est seul, habilité à les approuver ou à les rejeter[51]. Lorsque le texte est voté, il

[46] N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droit fondamentaux*, L'Harmattan, 2007.
[47] Ex : Convention de Strasbourg de 1963 en matière de brevet ; Arrangement de Nice du 15 juin 1957 concernant la classification des produits et services aux fins de l'enregistrement des marques.
[48] Ex : Règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne.
[49] Ex : Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, transposée par la loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
[50] Article 42 a) de la Charte Arabe des droits de l'homme.
[51] Article 70 et 79 de la Constitution koweïtien, ne.

sera directement applicable. En cas de contradiction avec la loi koweitienne, celle-ci l'emporte et la convention internationale sera modifiée le cas échéant.

En matière de propriété intellectuelle, le Koweït est membre du *Conseil de coopération du Golfe*[52], également dénommé *Conseil de coopération des États arabes bordant le golfe Persique*. Le GCG[53] est un organisme commercial qui réunit 6 États arabes du Golfe persique : le Royaume de Bahreïn, l'État du Koweït, l'État du Qatar, le Sultanat de Oman, le Royaume d'Arabie saoudite et les Émirats arabes unis. Il a été créé le 25 mai 1981 à Riyad lors d'une réunion tenue à Abou Dhabi, aux Émirats arabes unis, lorsque les dirigeants sont parvenus à un cadre d'action commun.

Les objectifs fondamentaux du GCG, rappelés à l'article 4 de la Charte du Conseil de coopération du Golfe, sont les suivants : parvenir à la coordination, à l'intégration et à l'interconnexion entre les États membres dans tous les domaines, pour réaliser leur unité, renforcer les liens entre leurs peuples, et établir des systèmes similaires dans les différents domaines. Notamment économiques, financiers, commerciaux, douaniers et dans le secteur des transports, ainsi que dans les domaines de l'éducation, de la culture, du social, de la santé, des médias, du tourisme, et des affaires législatives et administratives. Il s'agit également de favoriser le progrès scientifique et technique dans les domaines de l'industrie, des mines, de l'agriculture, et des ressources aquatiques et animales en général. cet objectif devait être atteint par la création de centres communs de recherche scientifique, de projets communs et en encourageant la coopération entre acteurs du privé.

Dans ce cadre, l'Office des brevets pour les pays du Conseil de coopération du Golfe, a été créé lors de la treizième réunion du GCG, tenue en décembre 1992. Le Conseil suprême du Conseil de coopération du Golfe ayant approuvé la loi et le statut des brevets pour les pays du

[52] https://www.gcc-sg.org/en-us/MediaCenter/Pages/Links.aspx. (Consulté le 1 /5/2024).
[53] *Conseil de coopération du Golfe*

Conseil de coopération du Golfe. L'office des brevets a ainsi été ouvert à Riyad le 03 octobre 1998 et a immédiatement après commencé à enregistrer des demandes.

Le *Conseil suprême du Conseil de coopération du Golfe* a par la suite, adopté la loi sur les marques, lors de sa 33e réunion qui s'est tenue en 2012. Loi entrée en vigueur en décembre 2015. Nous pouvons dire que le droit des marques des pays du *Conseil de coopération du Golfe* est unifié, car d'une part, un certain nombre de dispositions sont appliquées uniformément dans tous les pays-membres du CCG, concernant l'enregistrement et l'exécution des lois. Chaque office des marques des pays du CCG, continue de recevoir des demandes de marques et d'enregistrer des marques au niveau national.

De nos jours nous observons que les pays du *Conseil de coopération du Golfe* cherchent à unifier les lois portant sur la propriété intellectuelle, dans tous les systèmes des États membres.

Le Koweït a également ratifié les Accords ADPIC[54] par la loi n°3 de 2001 modifiant celle de 1962[55]. La Cour de cassation koweïtienne a considéré que le juge judiciaire koweïtien avait l'obligation d'appliquer les dispositions de cet accord de la même manière que les textes nationaux[56]. Le Koweït a également ratifié la loi sur les brevets du Conseil de coopération du Golfe par la loi n°71 de 2013[57] et la Convention d'Union de Paris de 1883 par la loi n°37 de 2014[58]. Ces textes tout comme les accords ADPIC sont exécutoires de plein droit par les juridictions koweïtiennes compétentes.

L'action en concurrence déloyale ou en contrefaçon

7. Aujourd'hui, en France comme au Koweït, la protection des créations immatérielles est effective par le jeu de l'action en concurrence déloyale. Celle-ci se fonde, dans les deux

[54] Accords sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) ; en anglais Trade related aspects of intellectual property rights (TRIPS).
[55] Le Koweït aujourd'hui, 2001, n°41-22 p. 10.
[56] V. I. ABO-ALILE, *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé,* Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 2014, p. 302.
[57] Koweït aujourd'hui, 25 Juin 2013, n°1137 p. 297.
[58] Koweït aujourd'hui, 11 mai 2014, n°1183 p. 68.

systèmes juridiques sur les dispositions relatives à la responsabilité civile dans les codes civils français et koweïtien[59].

En droit français, l'action en concurrence déloyale a pour fondement l'action en responsabilité civile des articles 1240 et 1241 du code civil français. Contrairement au droit koweïtien où l'action en concurrence déloyale a évolué au gré des différentes législations, cette action en France est le fruit d'une construction doctrinale et jurisprudentielle[60]. La doctrine est partagée quant aux conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale, notamment sur l'existence d'un rapport de concurrence. En plus de la faute et du préjudice, le Doyen Roubier estime que l'action est conditionnée par l'existence d'un tel rapport[61], alors que le Professeur Mousseron considère que le rapport de concurrence « *ne commande en rien l'accès aux très généraux articles 1382 et 1383 du code civil* »[62].

L'action en concurrence déloyale ainsi définie, présente néanmoins certaines spécificités[63] par rapport à l'action en responsabilité civile. Elle trouve sa cause dans la transgression d'un devoir de conduite dans les relations de concurrence[64], et qui a pour objet d'obtenir une condamnation du défendeur à cesser son comportement déloyal et, le cas échéant, à en réparer les conséquences dommageables[65]. Historiquement, il convient de se référer au code civil napoléonien de 1804 qui contient les articles 1382 et 1383, ancêtres des articles 1240 et 1241 du Code civil en vigueur aujourd'hui et applicables en matière de concurrence déloyale.

En droit koweïtien également, la protection des créations immatérielles par l'action en concurrence déloyale est assurée par l'action en responsabilité civile. Jusqu'en 1980, les

[59] Article 1240 et 1241 du Code civil français et article 227 du Code civil koweïtien, .
[60] Y. PICOD, Concurrence déloyale, Rep. com. Dalloz, 2010, n°14 et s.
[61] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, ., p. 498.
[62] J.- M. MOUSSERON, Responsabilité civile et droits intellectuels, in *Mélanges Chavanne,* Litec 1990, p. 247.
[63] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, ., p. 490.
[64] *Ibid*., p. 308.
[65] J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997.

dispositions qui étaient applicables relevaient de la loi de 1961[66]. En 1996, le législateur koweïtien a procédé à la modification du Code de commerce par la loi n°13 et l'ajout de nouveaux articles. Il en va ainsi notamment de l'article 60 bis a) qui interdit tout acte de concurrence déloyale et donne la définition de l'acte de concurrence déloyale[67].

En 1980, la notion de concurrence déloyale a été officiellement introduite dans le Code de commerce koweïtien dans les articles du 55 à 60 issus de la loi n°68 de 1980 relative au commerce[68]. Ces articles traitant notamment de la concurrence déloyale par dénigrement et désorganisation qui sont strictement interdit par les textes[69]. Depuis la loi n°67 de 1980, c'est le code civil koweïtien qui édicte les textes relatifs à la responsabilité civile délictuelle. L'article 227 du Code civil koweïtien prévoit que « *toute personne qui, par son acte dommageable, même involontaire, cause un préjudice à autrui, est tenue de l'indemniser en conséquence* ». Contrairement au Code civil français qui prévoit la faute de négligence et d'imprudence dans un texte séparé, le Code civil koweïtien prévoit tout dans le même texte, et traite de la négligence de l'article 1241 du code français par la commission de l'acte dommageable involontaire. C'est sur le fondement sur l'article 227 du code civil koweïtien que le justiciable doit se fonder par agir en concurrence déloyale. Enfin, le droit koweïtien a connu une dernière évolution en la matière lors de la promulgation de la loi n°10 de 2007 relative à la protection de la concurrence.

Après ce rappel historique nécessaire, et un état des lieux du droit positif tant en France qu'au Koweït, il est à présent temps pour nous d'entrer dans le vif de notre sujet : en clair, la

---

[66] Trib. Com. Kow. 13 janvier 1979, n°4200, décision citée par T. AL SHAMMERI, *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* , Revue juridique de l'université du Koweït, 1988 p. 51.

[67] Y. SARKHO, *Droit commercial koweïtien,* , Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1996.

[68] En matière koweïtien, droit des marques, c'est la loi sur le commerce n ° 68 de 1980 (modifiée par la loi n ° 3 de 1999) qui réglemente les marques de commerce dans ses articles 61 à 95. « *Il existe une loi spéciale sur les marques pour les pays du Conseil de coopération du Golfe, qui est la loi n ° 13 de 2015 unifiée, pour les marques à l'intérieur de ces pays. Il existe en outre un règlement d'exécution de cette loi émis par la Résolution ministérielle n ° 500 de 2015* ». Koweït aujourd'hui, 22 MARS 2015, n°1228 p. 16.

[69] A. AL AKILI, *Interprétation du droit commercial koweïtien,* , Tome 1, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1988 p. 252 et s : Y. SARKHO, *Droit commercial koweïtien,* , Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1993.

protection civile des créations immatérielles. Et plus précisément le recours à l'action en concurrence déloyale pour assurer cette protection, sans oublier la question de savoir si ce recours est complémentaire ou subsidiaire.

La protection des créations immatérielles au moyen de l'action en en responsabilité civile (action en concurrence déloyale et ou parasitisme) a en effet toujours nourri un débat juridique et doctrinal. Car il pose des questions juridiques d'un intérêt majeur auxquelles nous tenterons d'apporter des réponses. Cela, dans le cadre d'une approche comparative entre les deux systèmes juridiques que sont les droits français et koweïtien.

8. Dans la première partie de notre recherche, portant, rappelons-le, sur la possibilité d'avoir recours à l'action en concurrence déloyale en vue de protéger les créations immatérielles, nous tenterons de démontrer que cette action est juridiquement recevable. Au total, nous verrons dans la première partie de notre étude[70] que l'action en concurrence déloyale peut valablement constituer une action alternative et/ou supplétive à l'action en contrefaçon. En particulier lorsque les faits constitutifs de concurrence déloyale ont porté atteinte aux actifs immatériels ou aux produits et services proposés par l'entreprise, y compris lorsque lesdits faits constitutifs ont généré un préjudice.

9. Dans la deuxième partie, nous nous proposons d'adopter une approche cumulative et non plus alternative. En clair, il s'agira d'analyser la complémentarité entre l'action de concurrence déloyale et l'action en contrefaçon.

Le cadre de recherche étant campé, il nous appartient à présent d'étudier les fondements juridiques de l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection des créations immatérielles (Première partie). Avant d'envisager la question de sa complémentarité avec l'action en contrefaçon, (Deuxième partie).

[70] Voir le Titre 2 de notre partie 1 entièrement consacré à la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale.

Partie I : Les fondements juridiques de la protection des créations immatérielles au moyen de l'action en concurrence déloyale

Il convient d'étudier d'abord la nature juridique de l'action en concurrence déloyale (Titre I) avant d'analyser son autonomie juridique vis-à-vis de l'action en responsabilité civile dont elle est issue (Titre II), désormais incontestée.

Titre I : La nature juridique de l'action en concurrence déloyale

Elle se déduit de celle de l'action en responsabilité civile dont elle est issue, mais de laquelle elle s'est détachée, acquérant de longue date une pleine autonomie juridique (Chapitre I). Jusqu'à être aujourd'hui considérée comme une action en responsabilité à part entière spécifique (Chapitre II).

Chapitre I : L'émergence de l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection des créations immatérielles

Pour analyser l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection des créations immatérielles, il convient dans un premier temps, d'examiner le domaine de la concurrence déloyale (section I) avant dans un second moment, d'en déduire le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale (section II).

Section 1 : Le domaine de la concurrence déloyale

Examiner le domaine de la concurrence déloyale implique de définir la notion de concurrence déloyale (§1) avant de la distinguer des notions voisines telles que la concurrence illégale ou la concurrence interdite (§ 2).

§ 1 : La notion de concurrence déloyale

Procédant avant tout d'un comportement proscrit par la loi dans le cadre de relations commerciales tant en France qu'au Koweït, la concurrence déloyale peut se définir comme un comportement déloyal en matière de relations commerciales. Pour mieux cerner cette notion, il conviendra d'étudier successivement les notions de loyauté (1), et de comportement déloyal (2), avant d'examiner les modalités au travers desquelles le droit se saisit d'un comportement vu comme répréhensible (3).

A. Une libre concurrence n'est légitime que si elle est loyale

10. La concurrence saine présuppose la loyauté des comportements. Elle exclut pour cette raison les pratiques qui rompraient l'égalité des armes entre agents économiques, portant par

là-même atteinte à « *la confiance devant innerver les rapports d'affaires* »[71]. Dès lors, en l'absence de ces critères, la concurrence sera vue comme déloyale, notamment en matière de propriété intellectuelle[72].

B. Que faut-il entendre par comportement déloyal ?

11. La concurrence déloyale est une notion prétorienne, élaborée au fil d'une jurisprudence de longue date et bien établie. Elle peut être définie comme un abus[73] de la liberté de concurrence[74], par le manquement délibéré ou non à l'obligation générale de prudence et de diligence. Son auteur engage de ce chef sa responsabilité dès lors que son manquement, a causé un préjudice économique à ses concurrents[75]. La concurrence déloyale se déduit plus généralement de tout comportement « *anormal* » du professionnel avisé, qui déséquilibre la concurrence équitable entre les professionnels. Elle a comme conséquence, *in fine*, de rompre de manière illicite l'égalité des chances entre professionnels[76].

En pratique, la concurrence déloyale peut consister en un acte contraire à une loi ou à un règlement. Mais elle vise plus le souvent un faisceau de pratiques contraire aux usages habituels du concurrent considéré comme prudent[77]. Il en est ainsi du cas jurisprudentiel d'un commerçant qui crée dans l'esprit des consommateurs une confusion répétée à l'effet de

---

[71] Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation*, 10è éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2014-2015, nº 7012, p. 1833.

[72] J. Wathelet, *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*. Aix-Marseille, 2019, p.49.

[73] Évaluer l'abus renvoie à la notion d'usage.

[74] *Ibid*., pp.583 et s.

[75] Idem, P.585.

[76] Utilisant cette image de rupture d'égalité ou d'équilibre, V. E. Martin-Achard, « *La notion de concurrence déloyale* » : Journal des tribunaux, Lausanne, 1977. 1.p. 34 sq. ; F. Perret, « *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles. Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle* », thèse Genève, éd. Georg et Cie, 1974, n° 64 ; A. Chavanne et J. Azéma, obs. RTDCom. 1976.87, n° 16 ; C. Lucas de Leyssac, « *Diversification des entreprises publiques et concurrence déloyale* » : D. 1995, chron. 288 sq. ; Y.Serra préc., n° 23.

[77] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* »,1997, p.17. Aussi V. Toulouse 19 oct. 1988 : D. 1989.290, note J.-J. Barbiéri : « *la concurrence déloyale est celle qui est constitutive d'une faute au sens de l'art. 1382 C. civ., c'est-à-dire qui résulte de pratiques contraires, soit aux lois et règlements, soit aux usages du commerce* ».

détourner la clientèle d'un établissement concurrent, au point que ses manœuvres abusent la clientèle croyant s'adresser à l'ancien établissement. Ce résultat peut aussi être obtenu par une publicité comparative mensongère, laquelle tombe par ailleurs sous le coup du dénigrement.

Au total, on peut définir la concurrence déloyale comme un comportement ayant engendré un préjudice avéré et non simplement éventuel ou potentiel. Ces critères étant propres à l'action en contrefaçon qui ne nécessite en effet qu'un risque de préjudice (du fait du risque de confusion). Par ailleurs, l'action en concurrence déloyale en réparation du préjudice est une modalité de l'action en responsabilité civile.

C. Le comportement vu comme moralement répréhensible appréhendé par le droit

12. Le comportement déloyal dans les relations d'affaires a été très tôt saisi par le droit[78]. Le point de départ est l'adoption de la Convention d'Union de Paris sur la protection de la propriété industrielle, qui a par ailleurs été modifiée à de très nombreuses reprises avant d'être adoptée par le Koweït en 2014[79]. L'article 10 bis de la Convention d'Union de Paris définit la concurrence déloyale comme « *tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale* ». Cette *définition réelle du concept* est, selon l'analyse du Doyen Cornu[80], générale et abstraite et se caractérise surtout par son approche moralisatrice[81], reposant sur une appréciation du comportement éthique des auteurs[82].

[78] E. COUREAULT, « *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire »*, Thèse Nancy 2, 2009, p. 7 et s.
[79] Le Koweït a également ratifié la Convention d'Union de Paris de 1883 par la loi n°37 de 2014. Ces textes sont exécutoires de plein droit par les juridictions koweïtien, nes compétentes. La France a également ratifié de nombreux traités et conventions internationales en matière de propriété intellectuelle. Sans être exhaustif, elle a, avant même le Koweït, ratifié la convention d'Union de Paris, les accords ADPIC et bien d'autres textes
[80] G. CORNU, « *Les définitions dans la loi et les textes règlementaires* », Cahiers de Méthodologie juridique n°2, RRJ 1987-4, pp. 2713-2720.
[81] E. PATTARO, « *Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique* », Cahiers de Méthodologie juridique n°3, R.R.J. 1988-4, pp.813-823, spéc. p.816.
[82] B. OPPETIT, « *Ethique et vie des affaires* », dans Mélanges offerts à André Colomer, Litec, Paris, 1993, pp. 319-333, spéc. p. 325.

L'interdiction de cette entorse à la morale des affaires apparaît dès lors comme une règle souple davantage incitative que punitive. L'interdiction est souple puisqu'elle vise un comportement vu comme malhonnête, avant même que ne soit commis un acte nommément listé en violation d'une *norme immédiatement opérationnelle*, Une telle norme est immédiatement opérationnelle en ce qu'elle constitue « *un instrument de mesure des comportements et des situations mis en œuvre au sein d'une règle émanant du législateur ou du juge* »[83].

Les sanctions des comportements déloyaux en affaires ont donné naissance à une jurisprudence qui offre désormais un cadre juridique, faisant office de règles déontologiques dans les relations entre professionnels[84]. Cela à l'effet de juguler les cas de concurrence déloyale sanctionnés par la loi et pas seulement réprouvés par la morale. Il ressort en effet de la doctrine et de la jurisprudence qu'un comportement déloyal en affaires ne constitue pas uniquement une atteinte à la morale des affaires[85]. Il est également illicite. Il apparaît dès lors qu'en matière de concurrence déloyale, le droit et la morale se complètent plus qu'ils ne s'excluent pas mutuellement[86].

Il convient à présent de distinguer la notion de concurrence déloyale des autres notions connexes.

[83] S. RIALS, « *Les standards, notions critiques du droit* », ., spéc. p.44.
[84] M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le modèle de marché* », Arch. phil. Droit, t.40, 1995, pp.286-313, spéc. p. 299.
[85] Sur les considérations morales sous-jacentes aux règles de conduite, G. RIPERT, « *La règle morale dans les obligations civiles* », 1949, n°13-18 ; J.-L. BERGEL, « *Théorie générale du droit* », Dalloz, Paris, 2003, p.50, §39.
[86] B. OPPETIT, « *Ethique et vie des affaires* », ., spéc.p.332.

§ 2 : Les relations entre le concept de concurrence déloyale et les notions voisines : d'une interopérabilité à une autonomie grandissante de la notion de concurrence déloyale

L'examen de ces notions fait ressortir de réels points de convergence qui pourraient de prime abord prêter à confusion (A). Cependant une analyse plus poussée permet de distinguer clairement la concurrence déloyale des autres notions (B).

A. De réels points de convergence entre concurrence déloyale et les deux autres types de concurrence

1. La concurrence déloyale et la concurrence illégale

13. La concurrence illégale peut découler de l'exercice illégal d'une profession dont l'accès est règlementé. L'auteur de l'infraction commet en effet le délit d'usurpation de fonction dans une profession règlementée, ou le délit d'exercice illégal par son installation dans une zone géographique qui lui est interdite. N'ayant pas le droit d'exercer dans ces conditions, il ne peut entrer en concurrence avec les autres membres légitimes de la profession. C'est pourquoi la concurrence est illégale dans son principe.

Roubier a, de longue date, considéré que la concurrence illégale est « *celle qui est définie par les lois et règlements qui établissent des monopoles ou des exclusivités, ou qui fixent les conditions statutaires de l'exercice d'une profession* ». Ces dispositions viennent limiter la libre concurrence[87]. Elles ont pour but principal de réguler la concurrence en créant des conditions d'accès à une fonction professionnelle. En vue de la protection des membres de la profession dont l'accès est règlementé (ex : en France les psychologues ne peuvent accéder à la profession de médecins psychiatres), et aussi dans l'intérêt général des consommateurs ou de

[87] J.-J. BURST, « *Concurrence déloyale et parasitisme* », Dalloz, 1993, p. 11.

la clientèle[88]. Il en découle donc l'interdiction d'exercer cette profession réglementée au risque d'encourir une sanction pour concurrence illégale.

Roubier cite plusieurs textes relativement anciens, constituant des infractions à l'interdiction de concurrence illégale[89]. A l'exemple de l'avocat par ailleurs docteur en droit[90]. Le docteur en droit n'étant pas avocat du fait de son seul diplôme et de ses compétences juridiques, ne peut, non sans violer la loi, exercer la profession d'avocat. A l'inverse, un avocat qui usurperait la qualité de docteur en droit pourra uniquement être critiqué sur le terrain de la concurrence déloyale. Nous pouvons y ajouter la subordination de l'exercice de certaines professions à la détention d'un diplôme ou la limitation géographique pour l'implantation de toute entreprise concurrente[91].

Au Koweït, l'accès à une profession (commerciale ou non) est interdit à tout étranger, sauf à l'associé d'un citoyen koweitien. Des restrictions de concurrence sont en outre prévues lorsque des membres d'une Société en Nom Collectif tentent de créer une nouvelle société sans qu'il y ait unanimité.

Les bases légales de ces interdictions sont le premier paragraphe de l'article 23 de la loi sur le commerce de 1980 refusant aux non-koweïtiens la qualité de commerçant au Koweït sans un partenaire ou des partenaires de citoyenneté koweïtienne. En cas de violation de cette disposition par l'étranger, il s'agira ici d'un acte de concurrence illégale et non de concurrence déloyale. A l'inverse, si l'étranger remplit les conditions légales, il ne pourrait être poursuivi le cas échéant que pour concurrence déloyale et non plus pour concurrence illégale[92].

---

[88] P. ROUBIER, , *Le droit de la propriété industrielle,* ., p. 484.

[89] Interdiction de certaines méthodes de vente par la loi dans l'intérêt du commerce honnête, par exemple : la vente publique en détail de marchandises neuves (Loi du 25 janvier 1841, modifiée par la Loi du 21 septembre 1943), ou la vente au déballage (Loi du 30 décembre 1906).

[90] P. ROUBIER, , *Le droit de la propriété industrielle,* ., p. 484.

[91] J.-J. BURST, *« Concurrence déloyale et parasitisme »,* ., p. 11 ; Loi du 27 décembre 1967 réglementant l'implantation des magasins à grande surface.

[92] A. AL-ABKALI, « *Droit commercial - Affaires commerciales, commerçants, sociétés commerciales* », Amman, Dar Al Thaqafa de l'édition et la distribution, p. 258.

En second lieu, l'article 24 de la loi sur les sociétés promulguée par le décret-loi n°25 de 2012, interdit aux associés d'une société en nom collectif de créer une autre société ayant pour objet la même activité que celle de la société dans laquelle ils sont déjà associés, sauf autorisation des autres associés. A défaut, on serait en présence d'un cas de concurrence illégale. Ce n'est que si les conditions légales d'exercer sont remplies que tout acte de concurrence en infraction des textes pourra être qualifié de concurrence déloyale[93].

La distinction entre les deux notions est donc claire comme l'écrit Roubier[94]. En effet, la concurrence illégale vise des restrictions légales à la concurrence organisées en amont, organisant l'accès à la profession. En vue de protéger tant les consommateurs (et d'abord eux), que les droits intellectuels des professionnels contre toute atteinte à leurs droits (fraudes et pratiques commerciales déloyales ou agressives).

En définitive, la notion de concurrence illégale est née des entraves légales apportées à la libre concurrence[95]. Il convient cependant de les distinguer de la question des monopoles nés des droit de propriété intellectuelle. Celle-ci renvoie à l'étude comparative entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon que nous verrons *infra*[96].

Il faut à présent évoquer les réformes apportées au régime juridique de la concurrence déloyale en France. En particulier celle ayant modifié les règles relatives aux pratiques commerciales déloyales. Elle a été adoptée par l'ordonnance du 24 avril 2019 et s'est traduite par une refonte du titre IV du livre IV du code de commerce. Cette dernière qui a suscité de nombreux commentaires critiques[97], visait un double-objectif :

---

[93] A. MOUBARAK, « *Droit des marques selon la loi Palestinienne* » - Mémoire - Faculté de droit - Université nationale AL-Najah, 2006 p. 41.
[94] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* ., p. 486.
[95] Y. PICOD, « *Concurrence déloyale* », *Rep. com.* Dalloz, 2010, n°55.
[96] V. Titre 2 de la présente partie1 (chap.2 section 2)
[97] F. BUY, « *La (décevante) réforme du droit des relations commerciales* », D. 2019 p. 1122 ; M. CHAGNY, « *Quelle refonte du Titre IV du Livre IV du code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ?* », JCP E 2019, 304 ; G. DECOCQ, « *Refonte des pratiques restrictives de concurrence* », CCC 2019. Repère 6 ; M. CHAGNY (dir.), Dossier « *Les pratiques restrictives de concurrence après la réforme du Titre IV du Livre IV du code de commerce* », RLC 2019, n°84 ; Y. PICOD, « *Le nouveau droit des pratiques abusives de*

-D'une part, consacrer l'extension du champ d'application des pratiques commerciales déloyales aux secteurs de la production et des services, en y intégrant « *toute personne exerçant une activité de production, de distribution et de services* ».

-De l'autre, simplifier la mise en œuvre de la loi, par l'abrogation de textes devenus désuets. De fait, cette réforme a donné lieu à un important travail de simplification et de synthèse, notamment par la suppression de l'interdiction de certaines pratiques commerciales. Il en va ainsi de l'abandon du très célèbre article L. 442-6, et de l'adoption de l'article L. 442-1 concernant les pratiques restrictives. La réforme a donc permis de purger le code de ses dispositions qui alourdissaient inutilement la loi, tout en maintenant celles qui conservaient leur pertinence[98].

L'art. L. 442-1 permet d'engager la responsabilité civile de celui qui obtient ou tente d'obtenir un avantage sans contrepartie, ou encore de celui qui soumet ou tente de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif. Il en va de même en cas de rupture brutale de relations commerciales établies. Ce type d'interdiction constitue un cas de concurrence illégale qui ouvre la voie de l'action en concurrence déloyale, à la victime de la pratique commerciale déloyale.

Il convient à présent de s'intéresser à la notion de concurrence interdite, notion également confondue auparavant avec celle de concurrence déloyale. L'on tentera ainsi de démontrer qu'elle s'en distingue clairement.

l'article L. 442-1 du code de commerce », AJ contrat 2019, p. 201 ; L. VOGEL, *« Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible* », AJ contrat 2019 p. 208.

[98] Y.PICOD, « *Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme* », *D*. 2019, p. 2374.

2. La concurrence déloyale et la concurrence interdite : La convergence des droit français et koweitien

14. En France, la distinction de la concurrence illégale et de la concurrence interdite est a priori ardue. D'abord en raison du fait qu'elles sont toutes les deux illégales au sens juridique du terme, c'est-à-dire interdites par un texte. Ainsi selon Roubier, « *la concurrence interdite ou non autorisée est celle qui fait l'objet de restrictions formelles, résultant de la loi ou d'un contrat : à titre d'exemple, les conditions posées à l'exercice d'une profession par des lois et règlements constituent autant d'obstacles à la liberté de la concurrence* »[99].

En théorie, la différence entre la concurrence interdite et la concurrence déloyale réside dans la nature de la faute commise par le concurrent. Dans le premier cas, le concurrent va agir sans droit, alors que dans la seconde hypothèse, il dévoie son droit à faire concurrence à ses pairs. En clair, il commet un abus de son droit en franchissant les limites de sa liberté[100].

Il en résulte que la concurrence déloyale et la concurrence interdite ne sauraient être assimilables. A priori, il en va autrement entre les notions de concurrence interdite et de concurrence illégale.[101]. Mais à l'analyse, dans ce cas également la confusion n'est pas permise. La première est un dévoiement de la concurrence autorisée par la loi, mais qui prend une forme interdite, sans être assimilable à la concurrence déloyale. Alors que la concurrence illégale, est une interdiction d'entrer en concurrence, née de l'interdiction d'exercer la profession faute d'en avoir rempli les conditions légales (voir nos développements *supra*).

En pratique, il est difficile de distinguer les deux types de concurrence tant leur différence est ténue, au point que l'on a pu considérer que la concurrence interdite pouvait être assimilée à la concurrence portant atteinte aux relations contractuelles[102].

---

[99] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p. 482 et 483.
[100] *Ibid*.
[101] J.-J. BURST, *« Concurrence déloyale et parasitisme »,* p. 12.
[102] J.AZEMA, « *Le droit français de la concurrence* », *PUF*, 1989, p. 61 et s.

Au Koweït, la distinction entre la concurrence déloyale et la concurrence illégale ou concurrence non autorisée repose sur deux types de sources juridiques : la législation d'une part et les conventions de l'autre.

La législation regroupe les lois et règlements sur le commerce ou toute autre législation connexe. Les formes de concurrence interdites par la loi seront par conséquent ici qualifiées d'illégales. D'autre part, l'ensemble des conventions entre personnes commerçantes. Ici la concurrence prohibée serait qualifiée de concurrence anti-contractuelle, suivant le principe fondamental bien connu selon lequel tout ce qui n'est pas expressément interdit est licite. Ainsi, le commerce est fondé sur une concurrence libre mais honnête, de sorte que les interdictions édictées dans le secteur la concurrence constituent une exception au principe général de liberté de la concurrence. Elles doivent pour cette raison être claires, explicites et spécifiques.

Quant à la notion de concurrence interdite, elle l'est soit en vertu d'un texte de la loi, soit en vertu d'un accord entre les parties. Dans les deux cas, la concurrence est interdite[103]. Le droit koweïtien semble s'orienter dans la même direction que le droit français dans cette mesure où les hypothèses de concurrence interdite se fondent davantage sur les sources contractuelles (contrat ou une clause contractuelle) que sur la loi ou les textes connexes à la loi.

En effet, en pratique la concurrence interdite l'est en vertu d'un accord entre deux ou plusieurs parties afin de réglementer la concurrence et de parer à ses dangers. Il est ainsi possible de conclure des accords particuliers par le biais de contrats contenant certaines conditions auxquelles un commerçant est lié par un autre, ces conditions prévoyant les règles de la concurrence par rapport à un commerce particulier. Ces accords ont une importance pratique, car leur impact ne se limite pas au seul commerçant. Ils recèlent également des avantages pour le consommateur qui cherche toujours à obtenir des produits et services de qualité.

[103] A. AL-ABKALI, « *Droit commercial - Affaires commerciales* », Amman Dar Al Thaqafa pour l'édition et la distribution.P.257.

En droit koweitien, l'interdiction en matière de concurrence n'existe donc pas uniquement en vertu d'un texte de la loi, mais aussi et surtout en application d'un accord entre les deux parties. C'est l'hypothèse bien connue de la clause de non-concurrence[104]. Il s'agit d'un accord qui restreint la liberté de commerce d'une des parties. Elle consiste concrètement à l'empêcher par une convention, de s'implanter dans une zone géographique donnée pendant une période cependant nécessairement limitée dans le temps. Une clause de non concurrence sans limite temporelle serait nulle pour cause de violation de l'ordre public et du principe de la liberté de commerce[105].

La doctrine française considérait également que la concurrence pouvait être interdite par voie contractuelle. Roubier estimait déjà que l'interdiction pouvait avoir pour origine l'insertion d'une obligation de non concurrence dans le contrat[106]. Selon cet auteur, cette hypothèse, au même titre que les conventions d'exclusivité, correspond bien au domaine de la concurrence interdite et non à celui de la concurrence déloyale.

Les droits français et koweïtien connaissent plusieurs hypothèses de concurrence interdite liées à la clause de non-concurrence et qui peuvent être illustrées par quelques exemples. Il s'agit d'abord de la clause de non-concurrence dans le cadre d'un contrat de cession de fonds de commerce. Ici l'une des principales obligations du vendeur consistera à s'abstenir d'établir un commerce similaire au même endroit. Cette obligation de ne pas faire, est parfois implicite, et ne pas être spécifiée par écrit dans le contrat. C'est pourquoi il sera en tout état de cause plus prudent de stipuler cette obligation par écrit sous forme de clause spécifique dans le contrat de cession. Par ailleurs, le caractère implicite est vu comme évident selon la doctrine et la jurisprudence. La vente du fonds de commerce suppose a priori

---

[104] M.-F. AL-SHANNAQ, « *Monopole et pratiques de restriction de la concurrence, à la lumière des lois sur la concurrence et des accords internationaux* », Dar Al Thaqafa pour l'édition et la distribution, Amman, 2010, p.75-79.
[105] *Ibid*.
[106] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p. 486.

l'interdiction pour le cédant, (en vertu de la garantie d'éviction) d'ouvrir le même type de commerce dans un certain périmètre. Il importe alors peu que le cédant use de moyens loyaux pour concurrencer le cessionnaire. Rester délibérément dans la zone d'achalandage où évolue la clientèle habituelle constitue en soi une concurrence illégale en violation de la clause de non-concurrence. Cette obligation est fondée sur la responsabilité contractuelle du vendeur sans qu'il soit besoin d'appliquer l'article 481 du code civil koweïtien[107]. Pour l'engager, il suffit d'invoquer les seules dispositions générales d'un accord contractuel qui induisent l'interdiction faite au vendeur de fonds de commerce à faire concurrence à son acheteur[108]. La violation de ces règles est incompatible avec le principe de bonne foi dans l'exécution des contrats[109] et donc fait supposer la mauvaise foi de son auteur.

La deuxième illustration est issue du *contrat de louage de service*, plus communément appelé *contrat de travail*. Ainsi pendant la durée du contrat de travail, le travailleur doit s'abstenir de tout acte par lequel il pourrait concurrencer son employeur. Cette obligation découle du lien de subordination. Il existe aussi l'hypothèse d'une clause de non-concurrence à effet successif. En clair, il s'agit de prévoir une clause de non-concurrence qui ne prendra effet qu'à compter de la fin de la collaboration et qui fera obligation à l'ex-employé de s'abstenir de travailler pour une entreprise concurrente. Cette interdiction de travailler pour la concurrence doit être formalisée par écrit entre le salarié et l'employeur. Si la clause n'est pas explicitement stipulée dans le contrat, elle est réputée ne pas exister. L'ancien salarié pourra donc à la fin de son contrat de travail, entreprendre tout type de commerce qui lui conviendra, à tout moment et

[107] Cet article correspond à l'article 1142 ancien du code civil français qui prévoyait que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Cet article a été abrogé par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, l'article koweïtien, étant toujours de droit positif.

[108] L'article 1165 du Code civil pose comme règle que : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ». Article 203 du code civil koweitien « *Les contrats ne profitent ni ne portent préjudice qu'aux parties contractantes et à leurs successeurs, même s'ils portent atteinte à la garantie générale établie pour leurs créanciers, et tout cela à moins que la loi ne l'exige autrement* ».

[109] A. AL-ABKALI, « *Droit commercial - Affaires commerciales, commerçants, sociétés commerciales* », Amman, Dar Al Thaqafa de l'édition et la distribution, p. 259.

en tout lieu. Ici seules s'appliqueront, le cas échéant, les règles générales relatives à la concurrence déloyale.

Mais comme pour toute clause de non-concurrence classique, une clause de non-concurrence à effet successif doit obéir aux conditions de proportionnalité pour ne pas être vue comme abusive. Elle sera en effet considérée comme une atteinte aux libertés du commerce et du travail, et de ce chef déclarée nulle et non-écrite, si elle présente un caractère général et absolu**[110].** La jurisprudence applique cette limitation y compris lorsque la législation ne la réglementait pas. Les critères de cette limitation concernent le temps, le lieu ou encore le type de commerce[111].

En droit koweitien, la clause de non-concurrence n'a pas fait l'objet de dispositions légales. Elle est donc soumise aux règles de droit commun de l'article 197 du code civil qui dispose que : « *le contrat est exécuté conformément aux dispositions qu'il contient et d'une manière conforme à ce qu'exigent la bonne foi et loyauté* »[112]. Si le contrat de travail comprend une clause de non-concurrence, celle-ci s'applique, et le salarié est lié par les limitations que contient la clause concernant le lieu et le temps, et si un type de commerce spécifique a été indiqué. En l'absence d'une clause stipulée dans le contrat de travail et spécifiant ces limitations, celles-ci seront nulles et de nul effet, et tout litige né dans le cadre de la concurrence sera tranché selon les règles communes en concurrence déloyale[113].

---

[110] M.-F. AL-SHANNAQ, « *Monopole et pratiques restreignant la concurrence à la lumière des lois sur la concurrence et des accords internationaux* » - Dar Al Thaqafa pour l'édition et la distribution, Amman, 2010 - p.77.

[111] « *Il ne peut s'agir que d'une concurrence dans le même commerce, et en outre l'interdiction doit comporter des restrictions de temps ou de lieu* ». Cass. Soc. 7 mai 1991 n° 87-43.470.

[112] Article 1103 du code civil français « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » ; Article 1104 du même code : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

[113] Au deuxième chapitre intitulé : « *Sur les obligations du travailleur et de l'employeur et les sanctions disciplinaires prévues par la loi n°6 de 2010 relative au travail dans le secteur privé* » est dépourvu de toute référence à la réglementation des dispositions de concurrence déloyale entre les deux parties, même si le troisième chapitre intitulé (Sur la résiliation du contrat de travail et la gratification de fin de service) a été énoncé à l'article n°41 que l'employeur peut séparer le travailleur sans préavis, indemnité ou récompense si le travailleur divulgue les secrets de l'entreprise qui ont causé ou auraient causé une perte réalisée, et que le travailleur qui a été licencié pour l'un des cas mentionnés dans cet article a le droit de faire appel de la décision de licenciement devant le tribunal du travail compétent conformément aux procédures prévues par la présente loi, et s'il est prouvé par une

Il nous reste à évoquer les relations entre la concurrence interdite et le contrat de concession exclusive et plus globalement les contrats de distribution[114].

3. Les contrats de distribution exclusive et la concurrence interdite

15. Au nombre des formes de concurrence interdite, on peut citer la violation d'un accord signé entre deux parties, et au terme duquel le distributeur achète ses marchandises à un fournisseur exclusif. Ou au terme duquel le fournisseur réserve par contrat l'exclusivité de ses produits à un unique client commerçant. C'est le cas du contrat de franchise et du contrat de distribution exclusive. En application de cet accord, le fournisseur a obligation de réserver tous ses produits au partenaire commercial exclusif. S'il viole l'accord par la fourniture de ses produits à un autre distributeur, son partenaire distributeur exclusif sera fondé à réclamer un dédommagement au titre de la concurrence interdite par le contrat. Au surplus, le juge pourra assortir cette décision de mesures provisoires, notamment une obligation de mettre fin aux actes de concurrence interdite. En cas d'urgence, les victimes peuvent saisir la juridiction des référés afin de demander la cessation immédiate des actes visés[115] sur le fondement du trouble manifestement illicite.

Un autre type d'accord de distribution exclusive est celui qui lie le titulaire d'un brevet à un exploitant. Le premier accorde au second, par contrat, une autorisation d'exploiter le brevet moyennant un prix convenu. Ce contrat est appelé licence facultative. Il prévoit par écrit non seulement l'ensemble des conditions, les descriptions et les restrictions**,** mais également les obligations qui pèsent sur l'exploitant. Tout comme en matière de clause de non-concurrence,

---

décision définitive que l'employeur a abusé de son licenciement du travailleur, ce dernier mérite la récompense de fin de service et d'obtenir une indemnisation appropriée.

[114]V. N. ERÉSÉO, « *l'exclusivité contractuelle* », Thèse de doctorat, Montpellier 1, 2007.

[115] S.-M. QALIOUBI, *Propriété industrielle*, 6ème éd, Caire, Dar Al Nahda, p. 325-326.

elles sont limitées dans l'espace et/ou dans le temps de manière à permettre au preneur d'exploiter de façon pérenne l'invention sans être ultérieurement paralysé par des conditions contractuelles trop restrictives[116].

De fait, la validité de tels accords peut être affectée si aucune limitation spatio-temporelle n'est prévue. C'est pourquoi ils seront vus comme nuls et de nul effet si leur durée n'est pas limitée dans le temps. Cette nullité étant fondée -*rappelons-le*- sur la violation de l'ordre public ou du principe de la liberté du commerce[117].

Il apparaît au terme de ce bref examen des points de convergence, que dans les deux systèmes tant français que koweitien, la concurrence interdite repose davantage sur des conventions que sur la loi. C'est le cas emblématique des clauses de non-concurrence. Alors que la notion de concurrence illégale repose davantage sur des textes législatifs.

Au total, il ressort de l'analyse comparative des différentes notions de concurrence qu'elles ont toute en commun l'interdiction d'une certaine forme de concurrence. Au-delà de ce point de convergence, l'on verra, qu'à l'analyse que les différences entre d'une part concurrence déloyale et, d'autre part, concurrence illégale et concurrence interdite apparaissent sont telles qu'une confusion entre ces notions n'est pas envisageable.

B. Les points de divergence décisifs entre concurrence déloyale et les deux autres types de concurrence

La concurrence illégale englobe la concurrence déloyale sans qu'elle ne s'y limite (1). Il en ira de même pour la concurrence interdite (2)

1. la concurrence illégale ne se réduit pas à la concurrence déloyale et ne saurait donc y être assimilée

[116] M.-F. Al-SHANNAQ, « *Monopole et pratiques restreignant la concurrence à la lumière des lois sur la concurrence et des accords internationaux* », p. 78.
[117] Z. AL-SAFFAR, « *La concurrence déloyale de la propriété industrielle* », Amman, Dar Al-Hamed, 2007, p. 54.

16. Il peut paraître difficile de distinguer clairement ces deux types de concurrence, compte tenu des interactions et même d'une certaine interopérabilité. Mais à l'analyse, les difficultés s'estompent lorsqu'on s'appuie sur l'étude de la source des interdictions.

A cet égard, en droit français, Roubier propose des éléments de réponse, tantôt en arguant de restrictions formelles résultant de la loi ou du contrat[118]. M. Azéma privilégie le contenu de la règle sur la source[119]. Il reste que, notamment en ce qui concerne les interactions entre la concurrence illégale et la concurrence déloyale, nombreux sont les empiètements qui viennent étendre ou restreindre le domaine de l'une et de l'autre.

Le critère de différenciation décisif est comme nous le soulignions plus haut le statut juridique de chacun des deux types de concurrence. La concurrence illégale l'est par définition et dans son principe, alors que la concurrence déloyale est simplement une forme de concurrence illicite mais non illégale. La concurrence illégale est l'interdiction d'être en situation de concurrencer les autres commerçants du fait précisément de l'interdiction d'accéder à une profession. Mais dans le cadre de la concurrence déloyale, la concurrence est autorisée à la condition de ne pas en faire un usage abusif. La libre concurrence renforce la concurrence[120] pourvu qu'elle soit protégée des abus. C'est la théorie de la dialectique de l'action sans droit ou de l'usage excessif de sa liberté.

Ce sont les limitations légales qui visent à prévenir les abus et qui sont dédiées à préserver une libre et saine concurrence.

En France, elles sont d'abord issues de textes législatifs nationaux, des lois et règlements. Elles sont aussi européennes, le droit européen contribuant également à élargir le champ des limitations légales de concurrence. Le juge possède un pouvoir d'appréciation souverain en matière de limitations contractuelles et délictuelles, mais pas lorsque les

[118] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle.,* , p.12
[119] J. AZEMA, « *Le droit français de la concurrence* », PUF, 1989, p.61 et s.
[120] D. FERRIER, « *Concurrence déloyale et concurrence illégale* », in La concurrence déloyale, ss. dir. Y. SERRA, Dalloz, 2001, p. 48.

limitations sont de nature légale et réglementaire. En cas de violation d'une limitation, le juge est tenu de sanctionner d'office. Cela d'autant plus que la protection que confèrent ces mesures ne vise pas seulement les commerçants, mais aussi les consommateurs, ce qui en soi suffirait à justifier en droit les limitations notamment de nature légale et règlementaire.

Les risques de confusion avec la concurrence illégale ne semblent pas devoir disparaître[121]. De fait, celle-ci continue toujours dans certaines décisions d'être assimilée à la concurrence déloyale[122]. Cependant la tendance qui se dégage de la jurisprudence est une perte de vitesse de la concurrence illégale au profit de la concurrence déloyale et *in fine* de l'action en concurrence déloyale. Cette tendance est renforcée par la disparition des situations de monopole ainsi que par l'évolution de la législation communautaire.

Cette analyse peut être transposée aux relations entre la concurrence déloyale et celle interdite, compte tenu des points de ressemblance évoqués *supra*.

En définitive, au terme de cette analyse, il semble que la question des empiètements mutuels entre les différents types de concurrence puisse malgré tout être résorbée, sans trop de difficulté, par le jeu de la libre concurrence sur un marché. A la condition cependant que l'on n'ait pas recours à des moyens interdits par la loi ou les usages[123].

Cette opposition ou ces interactions sont également présentes en droit koweïtien, comme nous l'avons déjà évoqué (cas de concurrence interdite au Koweït, notamment par les voies légales ou par voie contractuelle). Concernant les différences entre la concurrence interdite et la concurrence illégale, la doctrine koweitienne n'a pas clairement pu établir une ligne de démarcation nette. Par ailleurs, la concurrence illégale y est largement analysée et vue comme une modalité de concurrence déloyale.

---

[121] D. FERRIER, « *Concurrence déloyale et concurrence illégale* », in La concurrence déloyale, ss. dir. Y. SERRA, ., p. 49 et s.
[122] *Ibid.*, p. 52 et 53.
[123] J. AZEMA, « *Le droit français de la concurrence* », PUF, 1989, p.68.

Ainsi la seule distinction à envisager est celle entre la concurrence interdite et la concurrence déloyale. Pour illustrer ce propos, il nous suffit de reprendre la règle koweitienne qui interdit aux non nationaux d'entreprendre une activité commerciale à moins de nouer un partenariat avec un citoyen koweitien. En l'absence de partenariat, il s'agira en droit koweitien de concurrence interdite, et en présence d'un partenariat, et à la condition qu'il existe une distorsion de concurrence ayant causé un préjudice, nous serions alors en présence d'une concurrence déloyale. En effet, cette dernière, rappelons-le, est vue comme un abus commis dans la liberté de l'exercice d'une activité légalement permise.

En inversant le raisonnement, on peut considérer que ces difficultés de distinguer juridiquement les différents types de concurrence sont le signe d'une volonté de privilégier la notion de concurrence déloyale et de ne pas faire cas de la concurrence interdite, puisqu'elle ne pose pas de problème de compréhension particulière. Étant interdit, ce type de concurrence n'existe pas et donc ne nécessite aucune analyse juridique.

2. Tout comme la concurrence illégale, la concurrence interdite ne se réduit pas à la concurrence déloyale et ne saurait y être assimilée

17. En droit français, la concurrence interdite ne l'est pas dans son principe contrairement à la concurrence illégale, mais uniquement dans sa mise en œuvre (exemple de la clause de non-concurrence). En clair, on a le droit d'exercer une profession et donc d'entrer en concurrence avec les autres commerçants, si on se soumet aux limitations légales ou contractuelles qu'on ne saurait franchir sans conséquence.

Il résulte de cette brève étude comparative entre les différents types de concurrence que bien que présente notamment en droit français, le recours aux notions voisines de la concurrence

déloyale est de moins en fréquent, y compris en doctrine. Celles-ci sont, de ce fait, vraisemblablement appelé à disparaître au profit de la seule notion de concurrence déloyale. En effet, l'action en concurrence déloyale dont elle est le fondement juridique s'impose de manière croissante dans le recours aux tribunaux pour faire sanctionner les procédés déloyaux créant des distorsions de concurrence. Cette tendance est renforcée par la multiplication des textes encadrant l'exercice de la concurrence tant au niveau national qu'européen. Cela même si l'intérêt bien compris de ce mouvement législatif en droit de la consommation est précisément de protéger le consommateur. Certains auteurs ont estimé que cela risquait de limiter le champ d'application de la concurrence déloyale[124].

On pourrait enfin en lieu et place d'opposer la concurrence déloyale aux deux autres types de concurrence, tirer parti de leur caractère complémentaire sur un plan purement procédural. En effet, il sera profitable à tout demandeur victime de concurrence déloyale de faire valoir la réparation de son préjudice en trois étapes : le délit qui a été commis à son détriment relève d'une violation d'une restriction légale, ce qui pourrait relever d'une infraction, laquelle appellera dès lors une sanction de nature pénale (amende et/ou prison). Sanction pénale qui sera complétée par le volet civil, celui de la réparation, celle-ci étant demandée précisément au moyen de l'action en concurrence déloyale. Seul aspect qui intéresse la victime ; celle-ci n'est en effet pas concernée par l'amende infligée à l'auteur du préjudice concurrentiel qu'il a subi, l'amende étant versée à l'Etat. Seule lui importent la réparation civile et plus précisément les dommages et intérêts compensatoires, ainsi que l'ordonnance de cessation de l'acte déloyal.

[124] J. AZEMA, « *Le droit français de la concurrence* », , n°131, p.99.

Au terme de cette approche introductive consacrée à la délimitation du domaine de la concurrence déloyale, il apparaît clairement que la notion de concurrence déloyale a été forgée par la jurisprudence et la doctrine en France, alors qu'au Koweït, elle est issue de la loi.

Dans les deux pays cependant, c'est le même fondement juridique qui a été retenu pour toute action en concurrence déloyale : le régime de responsabilité civile.

Section 2 : Le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale

Nous avons déjà vu *supra* que l'action en concurrence déloyale était juridiquement fondée sur les règles de la responsabilité civile tant en France qu'au Koweït (§1). L'action était accueillie dès lors qu'elle en satisfaisait toutes les règles procédurales (§2), ce qui donne lieu à des mesures de réparation ainsi qu'à des sanctions (§3).

§1-un fondement juridique commun aux deux systèmes français et koweitien

Il s'agit du régime de la responsabilité civile pour autant que la victime puisse rapporter la preuve d'un préjudice. C'est d'ailleurs là la justification de l'action en concurrence déloyale : obtenir réparation d'un préjudice né d'un comportement vu comme déloyal.

Josserand constatait, il y a près d'un siècle, que sous l'acte de la vie moderne, toujours plus mécanique et toujours plus intense, le problème de la responsabilité tend à occuper le centre du droit civil, donc du droit tout entier. Il soulignait qu'en chaque matière, dans toutes les directions, c'est à lui que l'on aboutit, tant dans le droit public que dans le droit privé, dans le domaine des personnes ou de la famille, comme dans celui des biens. Il soulignait que de tous

les instants et de toutes les situations, il devient le point névralgique commun à toutes les institutions[125].

Ce constat est encore d'actualité, du moins dans la branche du droit des biens qu'est le droit de la propriété intellectuelle. Les sanctions civiles de l'action en contrefaçon, action spéciale protégeant les droits de propriété intellectuelle, obéissent en effet, dans une large mesure, aux principes généraux de la responsabilité civile délictuelle, concernant notamment l'évaluation des indemnités de contrefaçon[126].

Au surplus de ce moyen de protection, l'action en concurrence déloyale a, comme nous l'avons abondamment analysé *supra*, été admise par la jurisprudence française comme découlant naturellement de l'article 1240 du Code civil, lequel, qui stipule 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* ».

Cette disposition permet au juge de sanctionner tout comportement fautif, cependant dans le respect des critères de la responsabilité civile. En clair, à la double-condition que la faute ait causé un dommage à autrui et soit imputable à l'auteur du fait fautif. Ainsi, l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun : « *ne correspond pas à la défense d'un droit antérieurement établi, mais [...] est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent* »[127].

Se pose alors la question centrale de la justification du recours à l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun pour sanctionner le comportement portant atteinte à une création immatérielle. La jurisprudence française a, de longue date et en dehors

[125] Josserand, préface à l'ouvrage d'A. Brun, « *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle* », Sirey, 1931, p. v.
[126] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », 1997, PARIS, P1.
[127] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », t.l, Sirey, 1952, p. 313

d'ailleurs de tout texte législatif spécial, accordé une protection contre la concurrence déloyale. Laquelle a toujours fondée sur l'article 1240 du Code civil[128].

La Cour de cassation koweïtienne a également jugé que : « *la concurrence déloyale n'est rien de plus qu'un acte de faute qui nécessite la responsabilité de l'auteur* »[129]. Elle oblige donc l'auteur du dommage à indemnisation[130].

Il convient de rappeler que les auteurs de créations immatérielles disposaient déjà de l'action en contrefaçon pour protéger leurs créations, à la condition qu'elles aient au préalable fait l'objet d'une procédure de déclaration en vue de leur protection contre toute future contrefaçon, procédure formalisée par le droit de la propriété intellectuelle.

C'est dans cette hypothèse que l'action en concurrence déloyale supplée l'action en contrefaçon. C'est ce qui a fait écrire à Roubier que : « *à côté des droits subjectifs [en l'occurrence les droits de propriété intellectuelle] qui trouvent tout naturellement leur sanction dans une action particulière, il existe des situations juridiques objectives : ce sont celles qui sont munies d'action par l'ordre juridique, alors qu'il n'existe aucun droit sous-jacent, au vrai sens du terme* »[131].

De ce qui précède il ressort que l'action en concurrence déloyale peut légitimement reposer sur les règles de la responsabilité civile en cas de préjudice né du comportement vu comme déloyal. Cela tant en droit français (A) qu'en droit koweitien (B).

---

[128] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », t. 1, Paris 1952, p. 12.
[129] Trib. Com. Kow.N°151/1982, Commercial, 9 février 1982. Voir plus N°180 / 1988, Commercial, 20 février 1980 et N°157 / 1989, Commercial, 15 Octobre 1989. V. A. ALAWSHAZ, « *La protection des inventions par l'action en concurrence déloyale* », Mémoire, Université de Koweït, Mars 2016, p. 82.
[130] Z. SALAH, « *La propriété industrielle et commerciale* », Dar de publication et distribution, Amman Jordan, p. 391.
[131] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », , p. 307 et s. v. aussi Andrée PUTTEMANS, « *Droit intellectuel et concurrence déloyale* », Bruylant Bruxelles, 2000. « *Il apparaît que la notion de « propriété intellectuelle » présente une portée plus large que celle de « droits intellectuels » puisque la première englobe des droits qui ne sont pas exclusifs et qui ne sont pas sanctionnés par une action en contrefaçon mais peuvent foire l'objet d'une action en concurrence déloyale* ».

A. En droit français : une construction jurisprudentielle

1. En droit interne

18. En France, l'action en responsabilité civile est le fondement juridique historique de l'action en concurrence déloyale, ainsi que nous l'avons déjà évoqué. Le régime juridique de l'action en concurrence déloyale est en effet né, pour l'essentiel, de la doctrine[132] et de la jurisprudence[133]. Comme le soulignait d'ailleurs M. Ripert en affirmant 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* »[134].

L'article 1382 du code civil, est devenu, depuis 2016, l'article 1240. Avec l'art. 1241 du même code, l'art. 1240, constitue le fondement juridique de toute action en responsabilité civile délictuelle et, s'agissant de notre étude, de l'action en concurrence déloyale. La jurisprudence française a, de longue date et en dehors de tout texte législatif, spécial, sanctionné ces actes de concurrence déloyale, sur la base de l'article 1240 du Code civil[135]. Celle-ci constituant une modalité de responsabilité civile subjective. Cette spécificité du droit français tranche avec la situation qui prévaut dans la plupart des autres systèmes juridiques, y compris dans les pays arabes dont naturellement le Koweït, où c'est la loi qui organise l'ensemble de la procédure[136].

La doctrine a de son côté élaboré une analyse érigeant la loyauté en un devoir envers les concurrents, et dont la violation devrait être justiciable d'une action en concurrence déloyale. En particulier, Paul Roubier estime que la concurrence déloyale devrait être vue comme un

---

[132] R. KRASSER, « *La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la CEE »*, t. IV, France, Dalloz, 1972, p. 10 et s.

[133] Cass. com., 19 juil. 1976: JCP G 1976, II, 18507.

[134] G. RIPERT, « *Aspects juridiques du capitalisme moderne »*, 2 éd., LGDJ, 1951, n° 86.

[135] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », p. 12. *Ibid.*

[136] Au Koweït le 23/04/2007 a été promulguée la loi n°10/2007 relative à la protection de la concurrence qui annule toute disposition contraire. Elle a également annulé les dispositions de la troisième section du premier chapitre de la loi sur le commerce n°68/1980 et le titre relatif à la concurrence déloyale et le monopole de la loi n°13/1996. Voir aussi certains pays arabes comme par exemple la loi égyptienne n°3/2005 relative à la protection de la concurrence et l'interdiction les pratiques monopolistiques et la loi jordanienne n°15/2000 promulguée le 2/04/2000 relative à la concurrence déloyale et aux secrets des affaires.

quasi-délit. L'action en concurrence déloyale devant être considéré, de son point de vue, comme étant de nature extracontractuelle, car la liberté de concurrence suppose la responsabilité en cas de dommage causé à autrui[137].

Concernant la nature de l'action en concurrence déloyale, il ne peut être contesté qu'elle est essentiellement civile, puisqu'elle vise à obtenir la réparation d'un préjudice. Il subsiste quelques rares hypothèses où des peines complémentaires de nature pénale peuvent être prononcées en complément de la sanction civile[138].

L'action en concurrence déloyale relève certes de la catégorie des actions en responsabilité, mais il s'agit d'une action en responsabilité d'un type particulier. La responsabilité dans ce cadre naît de l'abus fait d'un droit légitime, celui de la liberté de concurrence. Pourtant, en principe, l'action en responsabilité civile vise à sanctionner un fait fautif. Ce qui a fait dire à Roubier que l'action en concurrence déloyale : « *ne correspond pas à la défense d'un droit antérieurement établi, mais [...] est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent* »[139].

2. En droit international français

La France est liée par des textes européens et internationaux qui peuvent être invoquées, quoique de manière indirecte[140], au soutien de l'action concurrence déloyale[141] en matière industrielle et commerciale.

---

[137] P. ROUBIER, « *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale* », ., pp. 587-591.
[138] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », t. 1, Paris 1952, p. 310, *par exemple celle qui frappe la violation d'un secret de fabrique (C. pén art. 418), l'usurpation de récompenses industrielles (L. 8 août 1912), etc. Il arrive cependant qu'on se trouve parfois en présence de dispositions pénales d'une plus grande ampleur : par exemple la loi du 28 juillet 1824 réprime l'apposition du nom commercial d'autrui sur des produits, donnant ainsi une sanction pénale importante à l'usurpation du nom commercial. Celle-ci cependant n'est pas un cas de contrefaçon, et n'est atteinte d'une manière générale que par l'action en concurrence déloyale*.
[139] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », t.l, Sirey, 1952, p. 313. II convient de noter que l'auteur fait cette remarque à propos de l'action en concurrence déloyale, Cette dernière n'étant qu'une faute nommée de la responsabilité civile délictuelle de droit commun (Cf. infra n°130.- et s.).
[140] Ibid.
[141] Y. Picod et alii, « *Concurrence déloyale* », Rép. Com. Dalloz, n° 30 et s., octobre 2014.

A cet égard, nous pouvons citer la loi 1973 disposant qui dispose que : « *La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale* »[142]. Il en est de même du préambule du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne qui préconise l'élimination des obstacles de l'Union, au moyen notamment de : « *l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans le concurrence* »[143] . Rappelons que, bien avant ces textes, la Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle, avait déjà dans son article 10 bis, consacré la définition des actes de concurrence déloyale. Cette disposition fut insérée longtemps après la signature du texte initial[144]. Enfin, 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, porte en ses dispositions, ce qu'un auteur appelle un début de catalogage de la concurrence déloyale[145].

B. En droit koweitien : une construction législative

19. La situation est bien moins complexe qu'en France : le droit de la responsabilité civile qui fonde l'action en concurrence déloyale est une œuvre législative et non jurisprudentielle comme en France. L'action en concurrence déloyale y est prévue dans plusieurs textes.

Elle peut être fondée sur l'article 227 du code civil koweïtien (concernant l'action en responsabilité civile) qui prévoit que : « *toute personne qui, par son acte dommageable, même involontaire, cause un préjudice à autrui, est tenue de l'indemniser en conséquence* ». Mais aussi sur les articles du 55 à 60 du Code de commerce koweitien, issus de la loi n°68 de 1980

[142] Article 1 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre, dite d'orientation du commerce et de l'artisanat.
[143]http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR, consulté le 05/09/2015.
[144] Cette remarque vise à montrer qu'à l'origine le texte ne visait pas la règlementation de la concurrence déloyale, mais plutôt celle de la propriété intellectuelle comme l'intitulé du texte le souligne.
[145] J. LARRIEU, « *Le droit interne de la concurrence déloyale : Quoi de neuf en dix ans ?* », Propr. Ind., n°1, janvier 2013, dossier 6.

relative au commerce, qui interdisent strictement tous deux, le dénigrement et la désorganisation. Le législateur koweïtien a par la suite modifié le Code de commerce. D'abord en ajoutant de nouveaux articles par la loi n°13 de 1996. Il s'agit de l'article 60 bis a) qui interdit tout acte de concurrence déloyale et qui définit au passage la notion de concurrence déloyale[146]. Ensuite en promulguant la loi n°10 de 2007 relative à la protection de la concurrence.

Au total on peut établir un tableau rapide de l'évolution de la législation koweitienne en matière de concurrence déloyale, qui fait apparaître trois grandes périodes :

-la première couvre les années 1980 à1996 : c'est l'époque pendant laquelle a été promulguée la loi commerciale issue du décret-loi no. 68/1980, en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi no. 13/1996, laquelle a ajouté de nouveaux articles au décret-loi no. 67/1980.

-la deuxième période court de 1996 à 2007 : c'est au cours de cette période qu'est entrée en vigueur la loi no. 13/1996 jusqu'à son abrogation et son remplacement par la loi no. 10/2007 relative à la protection de la concurrence.

-la troisième période est celle actuellement en cours et en vigueur. Elle a débuté le 23/04/2007.

Durant la première période et au travers des articles du 55 à 60 de la loi commerciale, le législateur a énuméré les pratiques illégales incompatibles avec la liberté de commerce, la confiance, le crédit et le respect des coutumes commerciales honnêtes, décrites comme une concurrence déloyale affectant l'adresse commerciale, les marques, les données commerciales, les marchandises, les travailleurs du commerce et les utilisateurs qui ont perdu leurs situations financières. Le législateur a considéré que ces pratiques constituaient des erreurs qui engagent la responsabilité de l'auteur et qui l'obligent à indemniser les commerçants qui en ont été victimes.

La deuxième période constitue une phase transitoire entre la première étape de l'organisation de la concurrence déloyale, à travers les dispositions de la loi commerciale, et

[146] Y. SARKHO, « *Droit commercial koweïtien,* », Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1996.

l'étape actuelle au cours de laquelle le législateur a adopté une législation visant spécifiquement cette concurrence. Ainsi en sus des textes réglementant l'activité commerciale (articles de 55 à 60), le législateur a ajouté l'article 60 bis au sein duquel il a pour la première fois utilisé l'expression *concurrence déloyale*, en lui donnant une définition générique qui permet de l'appréhender dans tous ses aspects, allant ainsi au-delà d'un litige entre deux ou plusieurs commerçants concurrents, en considérant ces pratiques comme déloyales et devant être vues comme préjudiciables à l'ensemble des commerçants. Il a même dressé une typologie de quatre modalités de concurrence déloyale susceptibles de causer des préjudices aux concurrents par des perturbations sur le marché et dans l'intention de nuire à un ou plusieurs commerçants.

Concernant enfin la troisième étape, encore actuellement en vigueur (dans le cadre des dispositions de la loi no. 10/2007), le législateur a donné douze exemples de types de pratiques susceptibles de sanctions. Celles-ci seraient infligées par un organe permanent institué à cet effet et doté de pouvoirs exécutifs et de contrôle. Celui-ci s'est vue confier la charge de mettre en mouvement l'action publique en cas de violation des dispositions de la loi n° 10/2007. Sans préjudice des mesures conservatoires prononcées par le tribunal compétent en vue d'empêcher la poursuite de l'atteinte et d'en supprimer ses effets, le tout couronné par la publication des condamnations.

Le législateur koweïtien a donc entendu promouvoir une action en concurrence déloyale stricte à suffisamment dissuasive. Ainsi, la faute doit consister en une violation délibérée de la concurrence, même dans l'hypothèse où le préjudice n'est que potentiel, l'action en concurrence déloyale sera admise.

Concernant la nature juridique de l'action, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence tant en Égypte qu'au Koweït jugent l'action en concurrence déloyale comme une

modalité d'action en responsabilité délictuelle[147]. En effet, les règles du droit de la responsabilité civile interdisent de nuire à autrui, et toute personne a une obligation de diligence et de prudence pour préserver autrui. Lorsque malgré sa prudence, elle cause un préjudice, il pèse sur elle une obligation d'indemniser la victime en réparation des dommages subis. Cette personne a l'obligation de mettre fin à l'infraction tout en évitant de commettre la même faute à l'avenir[148].

C'est ce qu'ont jugé les Cours de cassation égyptienne et koweitienne. La première a jugé que : « *l'action fondée sur la concurrence déloyale n'en sont que d'une responsabilité normale fondée sur l'acte fautif, de sorte que quiconque a été lésé par l'acte de concurrence déloyale a le droit d'intenter une action en justice pour en demander la réparation lorsque les conditions de ce procès sont remplies, à savoir la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux* »[149]. La Cour de cassation koweïtienne a également jugé que : « *la concurrence déloyale n'est rien de plus qu'un acte fautif qui nécessite d'engager la responsabilité de l'auteur* »[150].

Du côté de la doctrine, des juristes arabes ont proposé des analyses proches de la position de la jurisprudence. Ainsi M. Aktham Al-Khouli a souligné que la concurrence déloyale est la sanction prévue par la loi d'un comportement déloyal en matière de concurrence[151]. Samiha Qalioubi a défini la concurrence déloyale comme l'utilisation de méthodes et de moyens contraires à la loi ou aux coutumes. Mohsen Shafiq souligne que la concurrence est nécessaire dans l'activité commerciale dans la mesure où elle respecte un cadre défini. Mais si elle

[147] AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », Revue juridique de l'université du Koweït, 1995 p. 17.
[148] ZAIN EL DIN Salah, « *La propriété industrielle et commerciale* », Dar de publication et distribution, Amman Jordan, p. 391.
[149] Cour de cassation d'Égypte. Ensemble égyptien des dispositions de cour de cassation, 14/06/1956, p. 723.
[150] Trib. Com. Kow.N°151/1982, Commercial, 9 février 1982. Voir plus N°180 / 1988, Commercial, 20 février 1980 et N°157 / 1989, Commercial, 15 Octobre 1989. Décision citée par ALAWSHAZ Ahmad, La protection des inventions par l'action en concurrence déloyale, mémoire, Université de Koweït, Mars 2016, p. 82.
[151] Chniyar Ahmad, « *La protection juridique des brevets* » - Dar université moderne, droit de propriété intellectuelle, une étude comparée à la jurisprudence islamique, 2010, p .476.

s'affranchit des règles et se transforme en conflit entre commerçants, conflit où chacun essaie de détourner les clients des concurrents en violation des règles de confiance et d'honneur et de loyauté, cela devient un fléau et doit ainsi être combattu, car la concurrence devient un moyen de démolition, de destruction et de falsification[152]. ABO-ALILE estime que : « *la concurrence déloyale signifie des actions qui sont commises par un commerçant en violation des coutumes et des principes observés dans les transactions commerciales. Cela dans l'intention de nuire à un commerçant concurrent* »[153]. Ahmed Shukri Al-Sebaei soutient que : « *la concurrence déloyale pour les concurrents et les clients est effectuée lorsqu'il est fait usage de moyen contraires à la loi, à la religion, aux coutumes, à l'intégrité commerciale ou à l'honneur professionnel* »[154]. Joseph Nakhla définit la concurrence déloyale comme : « *une faute professionnelle commise par un commerçant ou un industriel au profit d'avantages illicites au détriment du reste des concurrents, dans laquelle **i**l enfreint les principes juridiques et éthiques de traiter avec la loyauté et l'honnêteté conformément à la coutume commerciale en vigueur* »[155]. Enfin selon AL SHAMMERI, la concurrence déloyale s'entend de tout acte dans le domaine du commerce, de l'industrie, de l'argent, des services ou d'autres domaines qui porterait préjudice à une personne concurrente ou réaliserait des gains pour son compte en usant de moyens interdits par la loi[156].

En somme, tant en France qu'au Koweït, il apparaît légitime d'avoir recours à l'action en concurrence déloyale pour voir réparer un préjudice.

---

[152] S. Mohsen, « *Le résumé en droit commercial* » P1., P. 296.
[153] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », à la lumière du droit comparé, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 2014, p. 239.
[154] M.ALBASMAN, P.14.
[155] J. NAKHLE, « *La concurrence déloyale - Une étude juridique comparative* » - Fondation Ez Al-Din pour l'impression et l'édition - Liban - p. 282.
[156] AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », Revue juridique de l'université du Koweït, 1995 p. 17.

§ 2 : La mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale

Avant d'étudier la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale, tant en droit français que koweitien, il convient de faire un bref rappel préalable des conditions de validité de l'intérêt à agir du demandeur en justice (A). Ainsi que des critères liés à la compétence des tribunaux en droit comparé (B)

A. La mise en œuvre des critères de l'intérêt à agir en justice

20. Pour agir en justice, il est nécessaire de justifier d'un intérêt à le faire. Celui-ci devant être par ailleurs légitime (1), né et actuel (2), direct et personnel (3) et enfin moral (4).

1. Un intérêt à agir légitime

L'action en concurrence déloyale n'est ouverte que sous certaines conditions non liées aux personnes[157]. Les personnes ne sont donc pas nommément désignées comme dans le cadre de l'action en contrefaçon. L'absence de textes spécifiques à l'infraction de concurrence déloyale s'explique pour partie par le fait que l'infraction emprunte les règles communes du droit de la responsabilité civile procédurale[158].

En France, l'article 31 du CPC français indique que le demandeur dispose du droit d'agir lorsqu'il a : « *un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* »[159]. Cet article introduit la condition de légitimité qu'elle assortit à l'intérêt allégué par le demandeur en justice.

[157] L. VOGEL, « *Traité de droit des affaires : Du droit commercial au droit économique* », 19e éd., LGDJ, 2010, n°718.
[158] S. GUINCHARD, et alii, « *Procédure civile* », 7e éd., Dalloz, 2021, n° 135, S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, Procédure civile, PUF, 2015 n°60.
[159] V. G. 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, p. 455.

Le choix de ce qualificatif semble poser problème pour une partie de la doctrine qui y voit un risque d'atteinte à la sérénité du juge en déplaçant son appréciation non pas sur la recevabilité de l'action, mais sur l'opportunité de la prétention d'un point de vue moral. M. Guinchard estime ainsi que cette dernière étant une question plutôt liée au résultat de l'action, elle ne devrait donc pas figurer au nombre des conditions de recevabilité de la demande en justice[160].

Nous pensons pour notre part que l'introduction de la condition de la légitimité de l'intérêt à agir constitue une restriction qui peut sembler inopportune dans le cadre de la concurrence déloyale, puisque c'est la fonction disciplinaire de l'action qui devrait primer pour que de tels actes soient punissables, cela sans devoir s'interroger sur la légitimité de l'intérêt à agir de l'auteur de l'action en concurrence déloyale.

A cet égard, le droit koweitien se révèle moins strict, car s'il invoque la légitimité de l'intérêt, il a pris soin d'éviter qu'il ne devienne un obstacle aux droits de la victime, singulièrement en cas d'urgence invoquée précisément pour prévenir un dommage imminent. Ainsi aux termes de l'article 2 du CPC Koweitien, : « *toute demande ou toute prétention dans laquelle son titulaire n'a pas un intérêt né, actuel et légitime reconnu par le droit ne sera pas recevable. Néanmoins, l'intérêt potentiel est suffisant si l'objet de la demande est d'empêcher des dommages imminents ou la disparition de preuves* ». On peut donc affirmer que le législateur koweïtien a fait sienne l'exigence de l'intérêt comme condition de l'action en concurrence déloyale, tout en faisant preuve de souplesse. En particulier par la prise en compte de toutes les actions préventives qui sont reconnues par le droit[161]. Ces dernières ne sauraient donc être paralysées par la question de la légitimité.

[160] S. GUINCHARD, « *Procédure civile* », n°1328 et s.
[161] A. ABDULFATTAH, « *Les procédures civiles koweitiennes* », 4e éd., t. II, Koweït, Dar Alkitab, 2017, p. 360.

On peut donc affirmer que la légitimité de l'intérêt de l'action en concurrence déloyale est consubstantielle à l'objectif de faire respecter la liberté du commerce et de l'industrie[162]. Une telle appréciation relève cependant de l'office du juge du fond[163].

Au-delà de la question de la légitimité, l'intérêt de la partie au procès civil doit respecter d'autres critères en vue d'asseoir sa recevabilité. Il s'agit avant tout du critère de l'intérêt né et actuel.

2. Un intérêt né et actuel

Les jurisprudences française et koweitienne exigent toutes les deux que l'intérêt soit né et actuel, en plus d'être légitime. Ce qui constitue d'ailleurs un principe général du droit procédural au terme duquel, l'action en cours doit viser un intérêt existant au moment de l'introduction de la demande[164].

Dans le cadre d'une action en concurrence déloyale, cela suppose que la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie soit effective au moment de l'introduction de la demande. C'est ce qui a fait dire à M. Godinot que : « *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* »[165].

Ceci étant précisé, il convient de bien distinguer l'intérêt né et actuel et le préjudice qui doit lui aussi être avéré et non seulement éventuel. Tant il est vrai qu'un intérêt peut être né et actuel, sans que le préjudice ne soit encore réalisé. C'est dans ce sens que P. Roubier écrivait

---

[162] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p. 477 et s.
[163] Civ. 1er, 4 Nov. 1980, Bull. Civ. I, n° 279.
[164] Civ. 3e, 8 Février 2006, n°04-17. 512, Dalloz. 2006. 527.
[165] 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.

que : « *l'intérêt né et actuel existe à partir du moment où on veut faire cesser des moyens déloyaux de concurrence, mais il se peut que, dans le défaut de démonstration d'un préjudice certain, on ne puisse accorder de dommages-intérêts* »[166].

L'intérêt sera donc vu comme né et actuel dès lors qu'il apparaît que le demandeur a objectivement intérêt à d'obtenir la cessation des actes déloyaux. Il en résulte que la réalisation du préjudice n'est pas une condition d'existence du critère de l'intérêt né et actuel, qui se suffit à lui-même[167].

Cette autonomie induit la possibilité d'introduire une action en concurrence déloyale préventive, celle exercée avant même qu'un préjudice n'intervienne. Ou plutôt afin d'éviter qu'un préjudice n'intervienne. Deux formes d'action en concurrence déloyale se voient ainsi consacrées. Celle en cessation des faits en vue d'éviter un dommage imminent, et celle en réparation, si le dommage est déjà réalisé.

Il s'ensuit que l'action en concurrence déloyale sous ses deux formes, est ouverte à toute victime y compris simplement potentielle, le demandeur pouvant naturellement intenter en qualité de demandeur principal, ou se joindre à la procédure introduite par un tiers[168], par voie d'intervention. Le demandeur pouvant être une personne physique ou une personne morale, comme une association sans but lucratif[169], ou une fédération sportive[170]. L'action est également ouverte aux syndicats professionnels, dont les intérêts collectifs ont été mis en cause, quelle que soit la nature du préjudice qu'ils invoquent (matériel ou simplement moral)[171].

On le voit, le droit d'agir au titre de la concurrence déloyale repose sur des critères objectifs qui rendent inépuisable le nombre des demandeurs en justice. Il s'agira de toutes les victimes potentielles ou réelles d'un préjudice causé par la violation d'une obligation générale

[166] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », p. 582 et s.
[167] J.-J. BURST, « *concurrence déloyale et parasitisme* », », p. 186.
[168] Ph. LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », Litec, 1998 p. 176.
[169] Bull. civ. IV, n°325 ; RJDA 1995, n°385 ; Adde, Cass.com.,30 Jan.1996, Fleurs Eclaire, préc., note 170.
[170] CA PARIS, 20 nov., 1995, Fédération française de tennis, préc., note 144. TGI Paris, 1er juill. 1993.
[171] Ph. LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », », p.178.

de prudence, que ces victimes soient des personnes physiques ou morales, ayant été directement ou indirectement impactés.

On trouve une illustration de ce principe en droit koweitien, et plus précisément dans le domaine de la propriété industrielle, comme l'analyse un auteur : « *le droit d'intenter une action en concurrence déloyale n'est pas uniquement réservé au propriétaire du brevet, de la marque, du dessin ou du nom commercial. Mais s'étend à toute personne ayant subi un préjudice du fait de la concurrence déloyale parce que l'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité visant à indemniser tout dommage résultant de l'acte dommageable. Et le juge est tenu d'accueillir l'action de toute personne qui subit un préjudice, que ce soit le propriétaire ou une autre personne* »[172]. A titre d'illustration : « *un commerçant qui utilise un produit ou service d'une marque, subit un dommage lié à ce produit ou ce service. Dans l'hypothèse où ses concurrents imitent cette marque conçoivent des produits similaires mêmes avec d'autres spécifications techniques, le commerçant victime de la marque initiale, est habilité à introduire une action en concurrence déloyale en vue d'empêcher les concurrents de continuer à imiter cette marque. Parallèlement, le fabricant propriétaire de la marque à l'origine du préjudice peut déposer une autre action en contrefaçon, et enfin les consommateurs qui aurait subi un dommage du fait de ce comportement disposent aussi du droit d'intenter une action à condition toutefois que ce soit une action en réparation du préjudice né des actes déloyaux* »[173]

Le dommage peut, comme nous l'avons déjà souligné, affecter un intérêt collectif. C'est à ce titre que la victime sera une personne morale si le groupe visé possède la personnalité juridique. En effet : « *l'atteinte peut être causé à un groupe, et non à un individu ou à plusieurs individus. Si le groupe possède une personnalité juridique telle qu'une société, une association ou un syndicat, il faudra faire le départ entre l'intérêt individuel de l'une des personnes*

[172] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », p250 et s.
[173] Z. AL-SAFFAR, « *La concurrence déloyale de la propriété industrielle* », Amman, Dar Al-Hamed, 2007, p 129.

physiques qui composent ce groupe et l'intérêt collectif de la personne morale elle-même et qui relèvera parfois d'une profession déterminée. Par exemple, le barreau, les ingénieurs, les chambres de commerce et les syndicats ou les chambres de commerce en tant que personne morale chargée du droit de défendre quant à l'intérêt public d'une certaine profession »[174].

Il résulte de ce qui précède qu'en plus d'être légitime, né et actuel, l'intérêt devra en sus être direct et personnel.

3. Un intérêt direct et personnel

La jurisprudence exige en effet que l'intérêt à agir soit direct et personnel[175]. En clair le demandeur à l'action devra être directement affecté dans sa personne ou son patrimoine, pour pouvoir agir. Ainsi d'ailleurs que le suggère la notion d'intérêt qui peut être entendue comme l'avantage que le demandeur recherche lorsqu'il décide de la mise en œuvre de l'action.

L'exigence du critère de l'intérêt direct et personnel implique que l'action doive modifier sa situation juridique, matérielle ou morale dans un sens plus favorable.

Nous ajouterons que l'action doit lui permettre d'être au moins rétabli dans l'état antérieur de son patrimoine ou de sa personne, grâce à la réparation. Il est en effet constant que dans le cadre de l'action en concurrence déloyale, l'intérêt à agir soit aussi bien matériel que moral. Car il porte moins sur la reconnaissance d'un droit pour le demandeur que sur la sanction d'un devoir du défendeur. Celui d'exercer en toute loyauté son commerce.

[174] S.-M. QALYOUBI, « *Propriété industrielle* », Maison de la Renaissance arabe. Égypte, 5è éd. 2005, p. 344.
[175] D'autre part, le législateur koweitien n'exige pas que cet intérêt soit direct et personnel contrairement aux droits égyptiens et français, qui stipulent explicitement l'exigence d'intérêt direct et personnel.

4. Un intérêt moral

L'intérêt à agir est moral dès lors que l'action va viser la réparation d'un préjudice souvent basé sur un trouble commercial qui n'est pas toujours évaluable et qui vient compléter la réparation financière. L'intérêt moral procède également du fait des indemnités perçues au titre de son préjudice, car celles-ci en rétablissant la situation financière du demandeur, induisent un soulagement à l'idée de savoir que son commerce pourra se relever et se poursuivre.

Le dernier aspect sur cette question de l'intérêt moral concerne la satisfaction morale d'avoir été entendu par la justice, et le cas échéant, de voir la décision publiée dans des journaux. Ce qui représente par ailleurs un risque d'image pour le concurrent déloyal qui pourrait potentiellement lui coûter des parts de marché, voire son activité.

Ce bref rappel des conditions liées à l'intérêt à agir ayant été effectué, il reste à présent à étudier les conditions de compétences du juge saisi.

B. Les critères liés à la compétence des tribunaux en matière de concurrence déloyale en droit comparé

Il est avant tout utile de rappeler que l'action en concurrence déloyale est de nature exclusivement civile, contrairement à l'action en contrefaçon qui possède un double aspect civil et pénal. A charge pour la victime de faire valoir, selon sa convenance, un seul aspect ou les deux aspects, de manière successive ou simultanée. 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 koweitien de procédure civile.

21. Il s'agira dans un premier temps de déterminer les règles de compétence ayant trait à l'attribution (1), et concernant le for (2). Nous évoquerons ensuite les règles de prescriptions gouvernant l'action en concurrence déloyale (3).

1. Compétence d'attribution

En ce qui concerne la compétence d'attribution en droit français, elle est fonction de la qualité des parties en cause.

Lorsqu'elle oppose des commerçants, l'action relève en principe du tribunal de commerce. L'article 631 du Code de commerce désigne en effet cette juridiction pour juger des contestations relatives aux engagements entre commerçants. Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, cet article couvre aussi bien les obligations qui dérivent d'un contrat que celles qui découlent d'un délit ou quasi-délit[176].

Lorsqu'en revanche l'action en concurrence déloyale oppose un commerçant à un non-commerçant[177], les règles de désignation du tribunal compétent dépendront de l'identité du demandeur. Si la demande est formée par le non-professionnel, celui-ci peut choisir, selon son intérêt, soit le tribunal de commerce soit la juridiction civile[178]. Si, au contraire, le demandeur est le commerçant, il sera tenu de saisir le juge civil.

Lorsque les parties sont toutes deux civiles, la juridiction civile sera à l'évidence seule compétente pour connaître de l'action en concurrence déloyale[179].

Il arrive que le tribunal de grande instance soit saisi d'une action en concurrence déloyale relevant normalement du tribunal de commerce. La compétence de celui-ci n'étant pas d'ordre public, le tribunal de grande instance n'aura pas alors l'obligation de se déclarer d'office incompétent. Si une partie entend tout de même soulever son incompétence, elle doit le faire

[176] V. par ex. Cass. Com. 7 avril 1967 : Bull. n°129 ; D. 1968.61, note J. Calais-Auloy.
[177] L'exemple type d'une telle hypothèse est celle des professions civiles et, notamment, des professions libérales. L'action en concurrence déloyale n'est pas réservée aux seuls commerçants ; elle peut être exercée par toute personne qui souffre d'une atteinte, portée à la clientèle, par un concurrent. La jurisprudence n'hésite pas à reconnaître le droit au médecin qui est victime d'agissements déloyaux de les faire sanctionner judiciairement. Cass. Civ., 6 juillet 1971, Bull. civ., 1971, I. 189.
[178] Cass. Civ. 6 juill. 1960 : D. 1960, somm. 114.
[179] Cass. Civ. 1er 6 juill. 1971 : Bull. n°244, professions libérales.

in limine litis ; à défaut le tribunal de grande instance restera compétent en vertu de sa plénitude de juridiction.

En droit koweitien, les juridictions civiles ayant une compétence générale sur les litiges civils au sens large, il entre donc dans leurs attributions naturelles les litiges civils, commerciaux, liés au travail ainsi que ceux ayant trait au statut personnel. Par la notion de compétence des juridictions civiles, il faut entendre la distribution des attributions entre les différentes chambres d'une juridiction civile donnée. Ainsi, le législateur peut par la loi autoriser une chambre donnée à statuer sur un type précis de litige pour des raisons particulières. Il peut parfois arriver, selon le type de litige, qu'une compétence soit réservée à cette chambre[180]. C'est le cas des chambres commerciales. La doctrine et la jurisprudence s'accordent en effet à considérer que la chambre commerciale est compétente, dès lors que sa compétence s'étend à l'ensemble des contestations nées des conventions passées entre commerçants. Et cela sans qu'il soit nécessaire d'opérer une distinction entre les engagements résultant d'une convention et les obligations d'origine extracontractuelle au premier rang desquels se trouvent les obligations délictuelles ou quasi-délictuelles, à condition qu'elles soient rattachables à l'exercice du commerce et de l'industrie. Ainsi, la chambre commerciale du tribunal de grande instance est compétente pour connaître des litiges civils aussi bien que commerciaux, notamment depuis la fusion des compétences des justices civile et commerciale. Une certaine doctrine justifie cette compétence élargie au motif que : « *la chambre commerciale constate que les actions en concurrence déloyale opposant deux commerçants sont liés aux affaires commerciales* »[181].

Nous sommes en désaccord avec cette approche doctrinale qui ne prend pas en compte tous les cas de figure. En effet, nous avons déjà démontré *supra* que le domaine de l'action en

[180] V. A. ABDULFATTAH, M. ALANZI, « *Les procédures civiles koweitiennes* », 4e éd., t. I, Koweït, Dar Alkitab, 2017, p. 371.
[181] AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », Revue juridique de l'université du Koweït, 1995 p. 67.

concurrence déloyale n'est pas circonscrit au milieu commercial, et s'étend à de nombreuses professions civiles. Ainsi, le litige peut n'opposer que des non-commerçants (illustré par un conflit entre deux notaires). Dans ce cas, seule la chambre civile sera compétente. Il est aussi possible que le litige oppose un non-commerçant à un commerçant. C'est par exemple le cas d'une entreprise commerciale qui reprend sans autorisation une dénomination ou une raison sociale appartenant à un groupement civil ou inversement. Dans cette hypothèse, si le défendeur est non-commerçant, l'affaire sera portée devant le tribunal civil ou une chambre civile, en application des règles procédurales de droit commun. Si au contraire le non-commerçant est demandeur, il conserve le choix entre les deux juridictions selon une procédure que nous avons déjà décrite.

Il faut aussi évoquer un autre cas de figure : celui dans lequel un non-commerçant participe à des actes de concurrence déloyale commis par un commerçant. Se pose alors la question de savoir si le tribunal de commerce est compétent, le non-commerçant, qui est un des défendeurs, n'étant lui-même pas commerçant. La jurisprudence française a résolu ce cas en ayant jugé que les : « *fautes envisagées comme pouvant être des cas de concurrence déloyale ne sont pas nécessairement des fautes commerciales, et il en est bien ainsi si ces fautes émanent de non-commerçants ; cela ne signifie pas qu'il ne pourra pas y avoir de concurrence déloyale, mais en pareil cas la compétence des juges consulaires doit être exclue et c'est le tribunal civil qui doit être compétent* »[182] .

Il est donc erroné d'affirmer que l'action en concurrence déloyale se limite au le domaine d'activité commerciale. Nous pouvons encore citer l'exemple de la concurrence déloyale entre les artisans et les professions libérales, ou concernant les ingénieurs et les médecins[183].

D'autant plus qu'en droit koweïtien, le fondement de l'action en concurrence déloyale n'est pas seulement l'action en responsabilité civile de l'article 227 du code civil koweïtien,

[182] La question a été jugée dans la célèbre affaire vis de M. Coty, par la Cour de Paris (9 avril 1930, Ann., 30.289)
[183] A. ALKHOULI, « *Droit commercial* », partie 3, Égypte, 1964, p. 369.

mais aussi le Code de commerce koweïtien, spécialement les articles 55 à 60 issus de la loi n°68 de 1980 relative au commerce. Ces dispositions traitent précisément de la concurrence déloyale au moyen du dénigrement et de la désorganisation, qui sont expressément strictement interdits. De plus, le législateur koweïtien a par la suite procédé à la modification du Code de commerce dans la loi n°13 de 1996 portant ajout de nouveaux articles. Il en va ainsi notamment de l'article 60 bis a qui interdit tout acte de concurrence déloyale et définit au passage l'acte de concurrence déloyale. Enfin, le droit koweïtien a connu une dernière évolution en la matière lors de la promulgation de la loi n°10 de 2007 relative à la protection de la concurrence. Tous ces textes créent des droits commerciaux ou de nature commerciale, ce qui a pu entraîner une confusion entre l'action en concurrence déloyale et les actions dédiées à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Il faut cependant souligner qu'à la décharge des tenants d'une telle approche, les erreurs d'analyse tiennent aussi au caractère très embryonnaire de la jurisprudence, encore peu fournie en matière de litiges liés à la concurrence déloyale, singulièrement dans le domaine des créations immatérielles.

En définitive, sur la question de la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle et de la protection en justice des créations immatérielles[184], le système juridique et judiciaire koweitien est encore en phase de croissance. En conséquence, les questions concernant la compétence d'attribution continueront en toute hypothèse de faire l'objet de débats. Ces débats pourraient être nourris par ceux ayant cours en France.

Il reste à présent à évoquer la compétence territoriale.

[184] Par exemple sur la modernité la relation, la Convention d'Union de Paris de 1883, Le Koweït est devenu membre de cette convention par la loi n°37 de 2014, Le 2 septembre 2014.

2. Compétence territoriale

En droit français, pour choisir le tribunal territorialement compétent, le demandeur peut, en application des art. 42 et 46 du NCPC français, saisir selon sa convenance, soit la juridiction du lieu où demeure le défendeur, soit celle du lieu du fait dommageable ou encore celle du lieu où le dommage a été subi. Le choix du tribunal selon les deux derniers critères soulève des difficultés qui ont été bien caractérisées par M. Burst. Il objecte, à juste raison, que la clientèle peut être dispersée sur l'ensemble du territoire. Une solution a alors été avancée. Elle consistait à retenir le siège du concurrent dont la clientèle a été détournée puisque : « *les manœuvres réalisées sont dirigées contre le concurrent* »[185]. Cette argumentation a cependant été rejetée par le Tribunal de grande instance de Strasbourg, dans un jugement du 26 septembre 1990. Cette juridiction a considéré : « *qu'en interprétant ainsi la notion de lieu dans lequel le dommage a été subi, la société demanderesse paie tribut à l'erreur en assimilant à ce lieu celui où ont pu ultérieurement être mesurées les conséquences financières des agissements allégués ; en effet, le dommage s'entend des conséquences sur la clientèle des faits déloyaux...* »[186].

En droit koweitien, en revanche, la notion de compétence territoriale n'existe pas[187] en raison probablement de la superficie très réduite du pays, assortie d'une population peu nombreuse[188]. Elle n'est donc pas prévue dans le C.P.C.K. à l'inverse du C.P.C[189]. Il faut cependant noter que, depuis la loi n° 12/2015 relative à l'instauration du tribunal de la famille, au Koweït , la notion de compétence territoriale a pour la première fois été évoquée dans un texte législatif. Il s'agit plus précisément de l'art. 5 de ladite loi. Cependant, sa portée est

---

185 J.-J BURST, « *concurrence déloyale et parasitisme* », ,p.198-199.

186Tribunal de grande instance, Strasbourg, 26 septembre 1990, D.1992, Somm.Comm.47, obs.Y.Serra.

187 N. ALHOTI, « *Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance, Étude comparative entre le droit français et koweitien* », ., p. 198. ; La note explicative de l'art. 36 C.P.C.K. précise que « *le législateur n'a pas donné de compétence territoriale aux départements, en raison de leur proximité* ».

188 Selon le recensement du 30 juin 2016, la population totale était de 4.330.000 millions d'habitants. V. Le site du Bureau des statistiques du Koweït. [En ligne], Disponible sur : https://www.csb.gov.kw/Socan_Statistic.aspx?ID=6 (consulté le 26/2/2021).

189 S. MAHMOD, « *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien,* », Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2007, p. 75.

relativement limitée puisqu'au terme de la note explicative de cet article, la violation de la règle de compétence territoriale ne remet pas en cause la décision du juge[190].

Après avoir rappelé les règles de compétence des tribunaux en matière d'action en concurrence déloyale, nous allons à présent évoquer les règles sur la prescription de cette action.

3. La prescription de l'action en concurrence déloyale

22. En France deux réformes récentes ont affecté les règles de détermination du délai de prescription de l'action en concurrence déloyale.

Antérieurement à la loi du 23 décembre 1980, si l'acte de concurrence déloyale constituait parallèlement une infraction (qui était le plus souvent un délit), la prescription de l'action publique par trois ans en matière de délits entraînait celle de l'action en concurrence déloyale, en application de la règle de solidarité des prescriptions civile et pénale. L'article 10 du C.P.P. dans la rédaction qui lui a été donnée par la loi susvisée, dissocie les prescriptions et renvoie désormais celle de l'action civile aux règles civiles. Jusqu'à une date récente, la règle civile applicable à l'action en concurrence déloyale se dédoublait.

Si l'action mettait aux prises deux commerçants, ou un commerçant et un non-commerçant, elle obéissait à la prescription décennale de l'article 189 bis C. com. A défaut, elle se prescrivait par trente ans en vertu de l'article 2262 C. civ. Cette distinction a perdu son intérêt depuis le vote de l'article 2270 C. civ., issu de la loi du 5 juillet 1985 qui dispose que : « *les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation* ». Il en résulte que toutes les actions en responsabilité civile délictuelle obéissent désormais à la prescription décennale. Si le

[190] V. la compétence exclusive *ratione temporis* du juge des référés koweïtien, du premier tribunal de la famille saisi, *infra*, p. 111.

comportement déloyal se prolonge dans le temps, il s'agira d'une infraction continue et la prescription sera suspendue. Le préjudice s'aggravera par ailleurs. La prescription décennale de l'action ne courra dans cette hypothèse qu'à compter du jour où le comportement aura cessé ; mais dans le calcul de l'indemnité effectué par le juge, il ne pourra remonter à plus de dix ans à la date d'introduction de l'instance[191].

Au Koweït, le législateur n'a pas spécifié de délai de prescription spécifique pour l'action en concurrence déloyale dans la loi n ° 10 de 2007[192] portant protection de la concurrence. Le régime juridique de la prescription est donc celui du droit commun[193]. Néanmoins, l'art. 253 du Code civil dispose que : « *l'action en responsabilité s'éteint au bout de trois ans à compter du jour où la personne lésée a connaissance du dommage et de l'auteur dudit dommage, ou quinze ans à compter de la survenance de l'acte dommageable. Le délai qui sera appliqué est celui des deux qui expire en premier* ». Cependant, si la revendication de la responsabilité du fait personnel résulte d'un crime, elle ne sera pas éteinte aussi longtemps que l'action pénale sera elle-même en cours. Cela en application de la règle de solidarité des prescriptions civile et pénale, Même si les dates prévues au premier alinéa sont dépassées.

---

[191] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », 1997, p. 25-26. Dans ce sens, J.-J BURST, « *concurrence déloyale et parasitisme* », , p. 200. « *La jurisprudence a admis que le délai de prescription ne commençait à courir qu'à compter du jour où les actes de concurrence déloyale avaient pris fin. C'est ainsi que l'action fondée sur l'usurpation du nom commercial introduite par le restaurateur « Maxim's » contre un concurrent a été déclarée recevable alors que ce dernier utilisait la même dénomination depuis cinquante ans, la simple tolérance de la part de la victime ne s'analysant pas en un abandon du droit d'agir. Il va de soi, cependant, que la tolérance doit avoir une incidence sur la détermination du montant des dommages-intérêts car si la victime a toléré aussi longtemps l'usurpation c'est bien qu'elle ne lui était guère préjudiciable. La loi du 23 décembre 1980 ayant mis fin au principe de la solidarité des prescriptions civiles et pénales lorsque l'action civile est exercée devant les juridictions civiles, la prescription de l'action civile est toujours de dix ans* ».

[192] En droit koweïtien, , l'action en concurrence déloyale n'a pas pour unique fondement l'action en responsabilité civile de l'article 227 du code civil koweïtien, . La notion de concurrence déloyale a été introduite dans le Code de commerce koweïtien, dans les articles du 55 à 60 issus de la loi n°68 de 1980 relative au commerce. Ces articles traitent notamment de la concurrence déloyale par dénigrement et par désorganisation qui sont strictement interdits par les textes. Le législateur koweïtien, a procédé à la modification du Code de commerce par la loi n°13 de 1996 par l'ajout de nouveaux articles. Il en va ainsi notamment de l'article 60 bis a) qui interdit tout acte de concurrence déloyale et donne la définition de l'acte de concurrence déloyale. Enfin, le droit koweïtien, a connu une dernière évolution en la matière lors de la promulgation de la loi n°10 de 2007 relative à la protection de la concurrence

[193] V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », p. 261.

L'étude des conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale fait ressortir des divergences entre les droits français et koweitien, notamment en ce qui concerne les règles de compétence d'attribution et du for, ainsi que celles gouvernant le délai de prescription.

Il reste à présent à étudier les effets de l'action en concurrence déloyale

§ 3 : Les effets de l'action en concurrence déloyale

Le premier objectif recherché par le demandeur d'une action en concurrence déloyale est naturellement la cessation du comportement déloyal (A), notamment en cas d'urgence caractérisée par un dommage imminent. Ce qui par ailleurs permet de voir reconnaître la faute et de se focaliser en toute sérénité sur l'objet même de l'action qui est la réparation du préjudice allégué (B), à la condition de le prouver. Enfin, il appartiendra au juge d'ordonner la publication de sa décision s'il le juge nécessaire à la réparation du préjudice (C)

A. La cessation du comportement déloyal

23. En France, si le préjudice allégué imputable à un acte déloyal consiste en un simple trouble commercial, le demandeur ne pourra obtenir qu'une cessation de ce trouble. Il paraît en effet inéquitable d'accorder des dommages et intérêts en l'absence de tout préjudice avéré. En tout état de cause, le professionnel, ayant subi un dommage du fait d'un comportement déloyal qui de plus se prolonge dans le temps, cherchera d'abord à obtenir la cessation immédiate du comportement déloyal, afin de limiter les dommages, voire d'en éviter la survenance[194].

Une telle suppression du fait générateur source du dommage potentiel ou réel sera obtenue au moyen d'une injonction de faire ou de ne pas faire, prononcée par le juge, en règle

[194] Cass.com.,28 avril 1982, II.1979.

générale sous astreinte. Dans certains cas, le juge pourra ordonner des mesures complémentaires telles que la confiscation et la destruction des objets constitutifs de la concurrence déloyale[195].

En raison des délais d'intervention des décisions sur le fond, il arrive fréquemment que la victime d'agissements déloyaux dans des situations d'urgence, saisisse le juge des référés préalablement à l'introduction de son action au fond, afin d'éviter que son dommage ne soit irréversible[196]. Les articles 809, 849 et 873 NCPC reconnaissent au juge des référés le pouvoir de prescrire, à titre provisoire et sans délai : « *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* », même s'il se trouve « *en présence d'une contestation sérieuse* »[197]. Cette dernière phrase, combinée aux articles susvisés par le décret n° 87-434 du 17 juin 1987, ainsi que le caractère extensif de l'interprétation donnée par la jurisprudence à la notion de «

[195] V. par ex. Cass. com. 6 mai 1991 : PIBD 1991.111.699; Trib. com. Lyon 10déc. 1979 : PIBD 1980.111.186 ; Contra, Cass. civ. 1re 3 nov. 1988 : Ann. 1989.156, qui a cassé, pour violation de l'article 544 C. civ., un arrêt ayant ordonné une confiscation en matière de concurrence déloyale, au motif qu'une telle mesure ne peut être prescrite que dans les cas prévus par la loi.

[196] V. par ex. Cass. com. 16 fév. 1977 : Bull. n° 52 ; 24 mars 1981 : Bull. n° 161 ; 12 avril 1988 : RDP11988, n° 20, p. 97 ; Versailles 12 fév. 1990 : D. 1990.264, note Y. Serra ; Paris 20 sept. 1991 : D. 1991. IR. 232 ; Rennes 7 oct. 1992 : PIBD 1993.111.57 ; Trib. com. Paris réf. 20 oct. 1986 : PIBD 1987.111.22; TGI Évry réf. 10 avril 1990 : PIBD 1990.111.443.

[197] La Cour de cassation a jugé qu'un arrêt statuant en matière de référé avait pu à bon droit interdire la fabrication et la vente d'un modèle dès lors qu'il retenait le trouble manifestement illicite et l'imminence d'un dommage en application de l'article 809 du Code de procédure civile de prescrire les mesures conservatoires qui s'imposaient. Voir. Versailles, 21 avril 1988, D. 19888, I.R. 163. Alors que l'absence de contestation sérieuse n'est exigée ni dans le C.P.C.K., les doctrine et jurisprudence koweïtien, ne s'accordent sur la nécessité de cette condition, mais en tant que condition de compétence du juge des référés et non pas, comme condition de saisine du juge des référés. Car pour elles « l'existence ou l'absence du préjudice au principal [dépend] de la réponse [apportée] à la question suivante : y a-t-il ou non contestation sérieuse ?». Si oui, le juge des référés va excéder son pouvoir juridictionnel et touchera au principal, ou au moins une partie de celui-ci, qui relève du pouvoir du juge de fond. En conséquence, au Koweït, l'absence de contestation sérieuse découle de l'interdiction de porter préjudice au principal. V. A. AL KHUDAIR, *La saisine du juge des référés en matière civile : étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien,* , Thèse Strasbourg, 2019, p. 317.

trouble manifestement illicite »[198] offrent au juge des référés de larges possibilités d'intervention en matière de concurrence déloyale[199].

La Cour de cassation n'exerce aucun contrôle sur le caractère urgent souverainement apprécié par le juge des référés[200]. Par conséquent, elle présumera l'urgence avec la formule lapidaire : « *vu l'urgence* ». Au surplus, il existe une condition supplémentaire qui est l'absence de contestation sérieuse. Le juge des référés se voit ainsi conforté dans son pouvoir souverain d'appréciation, dont découlent d'ailleurs ses décisions[201].

Au Koweït, il ressort de la jurisprudence que : « *quiconque est exposé à une des formes d'acte de concurrence déloyale est fondé à intenter une action en concurrence déloyale contre l'auteur de l'acte et celui avec lequel il a participé à la commission de ces actes. La victime de l'acte de concurrence déloyale peut obtenir des dommages-intérêts, et le tribunal peut ordonner les mesures de précaution et prévention nécessaires pour empêcher la survenance d'un dommage à l'avenir, comme ordonner l'interdiction d'utiliser l'invention ou de la marque. Le tribunal peut en outre ordonner à l'auteur de l'acte de concurrence déloyale d'interrompre les atteintes et d'en éliminer ses causes* »[202].

C'est l'art. 31 du C.P.C.K qui prévoit que : « *sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire sans préjudice du principal, des questions suivantes : 1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. […]* ». C'est ce texte qui fonde la règle selon laquelle le juge des référés ne peut être valablement saisi qu'en cas d'urgence avérée.

---

[198] Le législateur n'a pas défini la notion de trouble manifestement illicite. Il peut toutefois, être généralement vu comme : « *toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit* ». (Dir.) S. GUINCHARD, « *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne* », n° 125.221, p. 229. ; H. SOLUS et R. PERROT, « *Droit judiciaire privé* », t. III, n° 1289, p. 1088.

[199] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », 1997, p.27. Dans ce sens aussi, J.-J. BURST, « *concurrence déloyale et parasitisme* », Dalloz, 1993.P.208-209.

[200] H. SOLUS, R. PERROT, « *Droit judiciaire privé* », t. III, Paris, Sirey, 1991, n° 1274, p. 1073.

[201] H. SOLUS, R. PERROT, « *Droit judiciaire privé* », ., t. III, n° 1275, p. 1074.

[202] A. ALAWSHAZ, « *La protection des inventions par l'action en concurrence déloyale* », mémoire, Université de Koweït, Mars 2016, p. 100.

En droit koweitien, contrairement au droit français, en l'absence d'urgence, il n'y aura pas de référé. Cette règle est résumée par la formule : « *pas d'urgence pas de référé* ». Dans cette hypothèse, en cas d'urgence on peut saisir le juge des référés, pour qu'il ordonne la cessation de toute atteinte à la vie privée. La règle est donc claire. Mais la doctrine et la jurisprudence koweitiennes ne s'accordent pas sur la définition de la notion d'urgence. En effet, la doctrine koweïtienne décrit l'urgence comme : « *la crainte de voir le temps s'écouler, de manière préjudiciable pour le demandeur, soit du fait d'un dommage direct soit du fait d'une perte de son droit* »[203], ou comme « *le danger imminent qui ne pourrait être rectifié ou réparé si les droits ou intérêts sont violés* »[204]. Les jurisprudences actuelles koweïtienne et françaises, quant à elles, ne définissent pas l'urgence, au motif que : « *la notion d'urgence ne peut être aisément déterminée de façon abstraite et générale* ». C'est pour cette raison qu'elles laissent : « *l'appréciation de la notion au pouvoir souverain du juge des référés* ».

En cas de référé, l'appréciation de l'urgence ne peut se faire sans considération de la notion d'ordre public. Ainsi, même en l'absence de contestation sérieuse par le défendeur, le juge des référés doit toutefois la vérifier, cette appréciation étant ultérieurement contrôlée par la Cour de cassation[205]. À cet égard, la Cour de cassation koweïtienne a strictement encadré ce pouvoir d'appréciation en ayant jugé que « l'appréciation de l'urgence relève du pouvoir souverain du juge des référés et à ce titre, échappe au contrôle de la Cour de cassation. À la condition que cette décision soit fondée, sur des motifs justifiables »[206]. Il en résulte que la Cour de cassation koweitienne s'est donnée le pouvoir de contrôler les motifs de l'ordonnance en

[203] A. ABDULFATTAH et M. ALANZI, « *Les procédures civiles koweitiennes* », t. I, p. 420. ; M. ALANZI, « *Le pouvoir du tribunal arbitral sur la demande en référé, en droit koweïtien, et comparé* », p. 224.
[204] S. MAHMOD, « *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien,* », Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2007, p. 30.
[205] A. ABDULFATTAH et M. ALANZI, « *Les procédures civiles koweitiennes* », t. I, p. 426.
[206] Civ.K., 14 mai 1979, n°79/16.

référé, l'appréciation de l'urgence ainsi que leur caractère justifié ou non. En pratique, le juge des référés a donc l'obligation de motiver sa décision[207].

En définitive, tant en France qu'au Koweït, l'action en concurrence déloyale vise en premier lieu à obtenir une cessation immédiate du comportement déloyal, même si celui-ci ne donne pas lieu à un préjudice.

B. La réparation du préjudice par l'octroi de dommages et intérêts

24. Dès lors que le juge a ordonné la cessation des actes de concurrence déloyale, il importe peu que ces actes aient ou non cessé au jour où il est appelé à statuer. Le demandeur est en droit d'exiger l'octroi de dommages intérêts en réparation du préjudice déjà réalisé.

Concernant le montant du dommage alloué, le principe qui gouverne l'évaluation des indemnités est celui de la réparation intégrale du dommage, dite encore de la s*tricte équivalence* entre dommage et réparation. Les dommages-intérêts compensatoires ont pour objet de réparer le préjudice matériel et moral subi par la victime. Cette règle est formulée, en matière contractuelle, par l'article 1149 C. civ., qui prévoit : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont en général [du montant] de la perte qu'il a faite et du profit dont il a été privé [...].* ». En matière délictuelle, elle n'est prévue par aucun texte ; toutefois, nul ne conteste que l'entier dommage imputable à la faute, doive être réparé (perte éprouvée ou gain manqué), mais rien que le dommage[208]. La jurisprudence classique prévoit que : « *le propre de la responsabilité 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* »[209].

---

[207] A. ABDULFATTAH et M. ALANZI, « *Les procédures civiles koweitiennes* », t. I, *op. et loc. cit*., S. MAHMOD, « *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien,* », ., p. 56.
[208] V. J.-F. BARBIERI, « *Dommages aux biens* » : J.-Cl. Responsabilité civile, fasc. 110, nos 101 sq. Si les juges du fond ne respectent pas ce principe, la Cour de cassation casse pour violation de l'article 1382 C. civ. ; v. par ex. Cass. civ. 1re 14 mai 1992 : Bull. n° 138.
[209] Cass. civ. 2e, 23 Nov. 1966 : Bull. p. 640 ; Cass. Civ. 2è, 4 fév. 1982 : JCP 1982, II, 19894, note J.-F. Barbiéri.

En pratique, la fixation exacte du montant des dommages et intérêts se heurte souvent à des difficultés d'ordre pratique : pour calculer l'indemnité, le juge se basera souvent sur le montant perdu du chiffre d'affaires de la victime du comportement déloyal. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation, la Cour de cassation se bornant à relever que la juridiction du fond a souverainement justifié tant l'existence que l'importance du préjudice. Il peut arriver que les juges, confrontés à l'impossibilité de chiffrer le préjudice, condamnent l'auteur des actes déloyaux au franc (euro) symbolique[210].

Au Koweït comme en France, le montant de la réparation pécuniaire du préjudice sera en principe intégral, en application tout comme en France, des règles communes de responsabilité civile délictuelle. L'indemnisation doit correspondre au montant du préjudice, dès lors qu'il est évaluable. Mais si les juges échouent à chiffrer le préjudice, ils condamneront l'auteur des actes déloyaux au paiement d'une somme forfaitaire, mais dont le montant doit couvrir toutes les pertes nées du préjudice. Les juges ont là encore, tout pouvoir souverain sur l'étendue de l'indemnisation. Il leur est possible d'avoir recours aux services d'un expert pour déterminer le plus exactement possible le montant du dommage[211].

Le droit koweitien prévoit également le cas où la responsabilité délictuelle repose sur plusieurs co-auteurs. Ainsi, les articles 227 et suivants du Code civil koweïtien précisent que : « *toute personne qui, par son acte dommageable, même involontaire, cause un préjudice à autrui, est tenue de l'indemniser en conséquence* ». L'article 228 précise que : « *S'il y a plusieurs personnes ayant concouru à la survenue de la faute, chacune d'elles sera obligée, face au blessé, de réparer tous les dommages, La responsabilité est répartie entre les responsables en fonction du rôle de la faute de chacun d'eux dans la réalisation du dommage. Si ce rôle ne peut être déterminé, la responsabilité sera répartie également entre eux* »[212]. Cette disposition

[210] J.-J. BURST, « *concurrence déloyale et parasitisme* », Dalloz, 1993, p. 208-209.
[211] Z. AL-SAFFAR, « *La concurrence déloyale de la propriété industrielle* », Amman, Dar Al-Hamed, 2007, p 149.
[212] Article 228 du Code civil koweïtien, .

instaure ainsi une responsabilité solidaire entre les différents participants qui ont concouru à la réalisation du préjudice. En clair, un seul participant peut être appelé à indemniser totalement la victime, à charge pour lui de se retourner contre les autres co-responsables. Chacun d'entre eux devra acquitter un montant en fonction du rôle joué. Si celui-ci s'avère impossible à déterminer, l'article 229 du même code prévoit qu'il soit acquitté à parts égales en décidant que : « *Si la faute qui a causé le dommage a été commise par l'auteur à la suite d'une incitation ou d'une aide, le dommage sera réputé résulter de la faute à la fois de l'auteur initial et des partenaires, et ils sont responsables de l'indemnisation de la victime* »[213]. En clair, en cas d'aide extérieure à l'auteur, les aidants seront considérés comme des co-auteurs et tous devront supporter la charge de l'indemnisation. L'article 230 du même code stipule que : « *le dommage que doit réparer l'auteur de l'acte de concurrence déloyale est déterminé par la perte survenue et le manque à gagner. Cela pour autant qu'il s'agisse d'une conséquence normale de l'acte déloyal, La perte ou le manque à gagner est considérée comme une conséquence normale de l'acte déloyal, au cas où il ne serait pas possible de les éviter en exerçant l'effort raisonnable requis par les circonstances de la situation de la personne ordinaire* »[214].

Concernant enfin l'évaluation du dommage, elle sera faite en considérant à la fois la perte subie chiffrable ainsi que le manque à gagner. Il convient à cet égard, en matière de dommages, de préciser que : « *L'indemnisation pour action déloyale concerne aussi les dommages moraux* »[215]. Cela rappelle les dommages et intérêts pour préjudice moral prévus apr le droit français. Dans le cadre de l'évaluation des dommages intérêts, il ne sera pris en compte ni la gravité de la faute, ni la bonne ou mauvaise foi du défendeur, car l'objet de l'action est la réparation du dommage et non de la sanction de la faute.

[213] Article 229 du Code civil koweïtien.
[214] Article 230 du Code civil koweïtien.
[215] Article 231 du Code civil koweïtien.

En ce qui concerne l'indemnisation pour perte de bénéfices, la cour de cassation koweitienne a jugé que : « *s'il existe une réelle opportunité et que le manque à gagner est évaluable, alors rien ne s'oppose à ce qu'il soit pris en compte dans le montant global de la réparation. Cette compensation sera cependant évaluée proportionnellement à la perte potentielle* »[216].

Il reste enfin à évoquer la publication de la décision vue parfois comme participant à la réparation du préjudice.

C. La publication de la décision de condamnation

25. En France, la publication de la décision est traditionnellement motivée par le souci d'informer la clientèle. A cet effet, le juge assortit souvent à la décision de réparation des mesures de publicité de la décision de condamnation. La publication peut être ordonnée à titre principal auquel cas, elle constitue clairement un complément de la réparation du préjudice subi par la victime[217]. Elle permettra notamment de rétablir sa réputation en plus de l'indemniser financièrement. Cela est particulièrement vrai lorsque le préjudice consiste en un dénigrement, la désorganisation ou une confusion des produits, qui ont eu pour effet d'avoir détourné sa clientèle et lui avoir fait perdre une partie de son chiffre d'affaires.

Il s'est posé le problème du droit du demandeur de publier lui-même la décision de condamnation, sans que cette publication n'ait été ordonnée par le juge. En principe, rien ne s'y oppose, sous réserve que cette publication ne soit pas malveillante et guidée par le souci de se faire justice soi-même. C'est le cas d'une publication incomplète ou accompagnée de commentaires malveillants. Seule paraît devoir être admise une publication conforme à ce que le juge aurait lui-même permis[218]. Dans tous les cas de figure, elle ne pourra s'effectuer qu'aux

[216] Cour cassation koweitienne, N° 81/96, chambre commerciale Le 29/03/1998.
[217] Paris, 17 novembre 1970, D. 1972, p. 78, note S. Guinchard.
[218] J. AZEMA, « *Le droit français de la concurrence* », , n°141.

frais du demandeur puisque c'est au jour du prononcé de l'arrêt d'appel que les dommages-intérêts doivent être évalués.

Au Koweït, le législateur a précisé à l'art. 22 de la loi n ° 10 de 2007 en matière de protection de la concurrence, dans le cadre des mesures précaution autorisées par la loi, que : « *le juge peut prescrire la publicité de la décision de condamnation au journal officiel ou dans deux publications locales aux frais de la personne condamnée* ».

Nous le voyons, le droit koweitien est beaucoup plus sévère avec l'auteur du comportement déloyal dans ce qui apparaît comme une triple-peine : non seulement l'auteur est condamné à verser des dommages et intérêts à la victime, mais il est au surplus tenu de supporter la charge financière des frais de publication de sa propre condamnation. En plus de voir sa réputation mise en cause, à l'exemple du « *name-shaming* »[219] anglo-saxon imposé à certains délinquants sexuels.

Une action en concurrence déloyale peut donner lieu à des sanctions financières très lourdes pour tout auteur d'actes de concurrence déloyale, En effet, même s'il échappe au paiement d'une amende, la concurrence déloyale n'étant sanctionnée qu'au plan civil, il demeure que le paiement de dommages et intérêts peut consister en des sommes dont le montant peut mettre en cause la survie financière de l'auteur.

Conclusion du chapitre

Au-delà de cet aspect patrimonial, ces effets juridiques de l'action en concurrence déloyale fondée sur les règles de responsabilité civile viennent attester de son caractère juridique dont nous verrons qu'il n'a fait que s'affirmer vers une véritable autonomie juridique. C'est précisément celle-ci qui a permis à l'action en concurrence déloyale de devenir un moyen de protection des créations immatérielles, en complément de l'action en contrefaçon.

[219] L'humiliation publique infligée à un auteur de délit sexuels, de voir son nom et sa photo publiés dans les journaux notamment à scandale.

Ce chapitre nous aura par ailleurs permis de comparer les systèmes juridiques français et koweitien. Nous aurons à cet égard pu noter certaines divergences au regard notamment de la mise en œuvre des règles de compétence d'attribution. En particulier en cas de saisine de la juridiction des référés qui n'est possible au Koweït qu'en cas d'urgence avérée. Des différences peuvent également être relevées concernant la mise en œuvre des délais de prescription dans le cadre d'une action en concurrence déloyale. Enfin, du point de vue des sanctions infligées à l'auteur d'actes anti-concurrentiels, celles-ci étant là encore plus sévères au Koweït qu'en France.

Il existe cependant également des points de convergence qui confirment la profonde influence du droit français sur le droit koweitien. Il s'agit avant tout du fondement juridique de l'action en concurrence déloyale. Une telle action repose en effet sur la responsabilité civile dans les deux systèmes. A la seule différence qu'en France, elle est le fruit d'une construction jurisprudentielle et doctrinale alors qu'au Koweït c'est la loi qui l'a instituée. Il en va de même concernant la délimitation de la notion de concurrence déloyale par rapport à la concurrence interdite et la concurrence illégale. En effet, tant en France qu'au Koweït, la concurrence illégale est régie par la loi, alors que la concurrence interdite est organisée par des conventions.

Après avoir cerné la notion de concurrence déloyale dans le premier chapitre, il est à présent temps d'étudier dans un deuxième chapitre le caractère juridique de l'action en concurrence déloyale.

Chapitre II : la consécration de l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection

Elle s'est opérée d'abord par l'apparition de critères distinctifs spécifiques propres à l'action en concurrence déloyale (section 1), en l'occurrence ceux de la concurrence et de la déloyauté. Critères à partir desquels a progressivement émergé l'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale (section 2).

Section 1 : Les critères juridiques distinctifs spécifiques à l'action en concurrence déloyale

La spécificité de l'action en concurrence déloyale repose sur deux critères, dont la mise en œuvre judiciaire a connu une profonde évolution en France et au Koweït. Il s'agit des critères de la concurrence (§1) et de la déloyauté (§2).

§ 1 : Le critère de la concurrence

26. Dans les deux systèmes juridiques, le critère de la concurrence a connu des évolutions différentes. Un auteur français a défini la concurrence comme : « *une compétition entre plusieurs opérateurs pour atteindre une fin économique déterminée : généralement, l'offre de produits ou de services qui satisfont les besoins d'une même clientèle* »[220].

Pendant longtemps, les droits français et koweitien, exigeaient une situation de concurrence pour pouvoir caractériser un acte de concurrence déloyale. Il en résultait que l'auteur et la victime de la concurrence déloyale devaient exercer des activités similaires.

[220] Yves SERRA, note sous Cass. com., 30 mai 2000, Sté Europ sailing c / Assoc. Europ nautisme : D. 2001, jur., P.2587.

Pour caractériser la situation de concurrence, les systèmes français et koweitien, se sont fondés sur la notion de clientèle commune (A), notion qui sera progressivement abandonnée par la jurisprudence française (B). Alors qu'en droit koweitien, le critère est toujours en vigueur (C).

A. La condition de l'existence d'une clientèle commune

27. Pour qu'il y ait concurrence, il ressort en effet, de la jurisprudence et de la doctrine tant françaises que koweitienne, qu'une clientèle commune est nécessaire. En l'absence de ce critère, il n'y pas de situation de concurrence et *a fortiori* de concurrence déloyale. A titre d'illustration, nous citerons le cas où un établissement reprocherait à un éditeur de publicités commerciales de ne pas l'avoir mentionné dans un dictionnaire d'adresses. Il n'y a ici pas d'action en concurrence déloyale possible, sauf le cas où le commerçant lésé prouve que l'éditeur de publicité a été soudoyé par un concurrent pour l'exclure de la liste.

Dans le même esprit, il ne saurait pas non plus y avoir d'action en concurrence déloyale lorsque le litige entre deux commerçants porte sur des aspects extérieurs à la concurrence commerciale et la conquête d'une clientèle. Il en est ainsi lorsqu'un commerçant tient des propos diffamatoires pour torpiller la candidature d'un concurrent à l'élection des juges consulaires, ou encore formule des critiques diffamatoires sur la gestion syndicale d'un commerçant rival, élu à la tête du syndicat professionnel. De tels propos ne pourront être sanctionnés que par une action en responsabilité civile pour diffamation et non par une action en concurrence déloyale[221].

Dans les deux systèmes, cette solution trouve sa justification dans le fait que le caractère déloyal de la concurrence procède du détournement de la clientèle commune, c'est-à-dire celle que l'on partage avec les concurrents[222]. Au Koweït comme en France, c'est la jurisprudence

[221] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* ., p. 498.
[222] En droit français, on a observé que « *la raison de cette affirmation provient notamment du fait que dans l'expression concurrence déloyale il y a le terme de concurrence. De cette observation simpliste, certains en ont déduit l'exigence de la relation de concurrence pour la qualification d'actes de concurrence déloyale. Cette*

et la doctrine qui ont élaboré le critère de clientèle commune pour caractériser la notion de concurrence.

28. En droit français, la doctrine a de plus, élaboré la notion centrale de *situation de concurrence*. La concurrence déloyale vise donc les actes entre concurrents, en vue de conquérir la clientèle[223], mais effectués en violation des règles d'une concurrence saine. La concurrence déloyale est de ce point de vue : « *l'ensemble des procédés concurrentiels [...] de nature à causer préjudice aux concurrents* »[224] ; « *la [sanction de la] concurrence déloyale est destinée précisément à protéger les commerçants contre les agissements déloyaux des concurrents*[225] »; ou des « *pratiques déloyales dont se rendent coupables certains commerçants ou industriels à l'égard de leurs concurrents* »[226].

29. En droit koweitien, la définition de la concurrence déloyale est une œuvre commune de la doctrine et de la jurisprudence. Mais la doctrine a joué ici un rôle décisif, la Cour de cassation n'ayant en effet jamais clairement posé l'exigence d'une situation de concurrence. C'est la doctrine[227] qui a élaboré une définition de la concurrence déloyale en l'analysant comme un détournement de clientèle[228].

---

affirmation est renforcée par le fait que le terme même de concurrence n'a pas de définition juridique propre et que les différentes expressions visant la concurrence sont souvent assimilées les unes aux autres »: Florence LASSERRE-JEANNIN, ., p. 33. En droit koweitien, V.AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », Revue juridique de l'université du Koweït, 1995 p. 7.

[223] Selon la cour d'appel de Versailles « *le concurrent est, vis-à-vis d'un agent économique offrant sur un marché un bien donné, celui qui, s'adressant à la même demande, offre un bien susceptible d'être comparé au premier ou d'en être rapproché par une démarche analogique ou de substitution déclenchant chez l'acheteur potentiel ou un choix* » 2 févr.1996, Sté Dargaud Editeur c/ Sté Esso et autre : D. 1998, somm., P.222, obs. Yves SERRA.

[224] Jacques AZEMA, « *Le droit français de la concurrence* », ., P. 99.

[225] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit interne de la concurrence* », ., P. 113.

[226] Michel PEDAMON, « *Droit commercial* », Dalloz, Paris, 2ème éd., 2000, p. 527.

[227] AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », ., P.7; V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », ., p. 7.

[228] « *Constitue un dépassement des limites de la concurrence loyale la commission des actes contraires à la loi ou aux usages […] dès lors qu'elle est susceptible d'attirer la clientèle de l'une des deux entreprises vers l'autre ou de détourner la clientèle de l'entreprise de cette dernière* » Cour de cassation. Affaire n°151/1982., 9 février 1982.

B. L 'abandon du critère de clientèle commune en jurisprudence française

30. La jurisprudence française a par la suite assoupli sa position en cessant d'exiger une clientèle commune pour caractériser une situation de concurrence. Cela d'autant plus que les concurrents évoluent parfois dans des branches (1) ou des secteurs d'activités (2) différents.

Mais cette tendance lourde jurisprudentielle semble relever plus globalement du souci de protéger la loi et l'ordre public économique. En clair, il s'agit plus de préserver la liberté du commerce et son corollaire, la libre concurrence, que l'intérêt privé des acteurs économiques eux-mêmes. Il en résulte que la liberté de concurrence devait être protégée dans son principe même, y compris en l'absence de clientèle commune (3).

1. Un abandon justifié par l'évolution des concurrents dans des branches d'activités distincts

Bien que les concurrents ne soient pas sur le même segment de marché, ils s'adressent à une même clientèle. Il en est ainsi lorsqu'un litige oppose un fabricant à un distributeur[229]. Ou encore lorsque le fabricant de lait qui a signé un contrat de distribution exclusive avec une grande enseigne telle que *Auchan* ou *Leclerc* lui reproche de commercialiser son propre lait (de la marque *Auchan* ou *Leclerc*).

2. Un abandon justifié par l'évolution des concurrents dans des secteurs d'activités distincts

Il arrive également que les parties évoluent chacun dans des secteurs économiques totalement différents : ainsi ont été jugés par la Cour de cassation française les cas dans lesquels

[229] T. com. Paris, 23 mai 1979, Sté Bang et Olufsen et autre c/ Fnac : Gaz. Pal. 1980, 2, P.510, note Alain BENSOUSSAN et Bernard CAHEN.

un fabricant de cigarettes a été opposé à un syndicat national de produits alimentaires. Ou dans une espèce où la société France Télécom était en litige avec une société d'éditions. Dans ces deux affaires, la Haute juridiction a écarté l'argument selon lequel ces deux sociétés n'étaient pas en situation de concurrence[230].

Il semble donc, en définitive, que la situation de concurrence puisse être caractérisée dès lors que le comportement d'une des parties induit une perturbation du jeu normal de la concurrence, le tout en violation des règles de la concurrence.

Au-delà de l'intérêt des commerçants eux-mêmes, c'est bien au nom de l'ordre public économique que la condition de clientèle commune pour caractériser une situation de concurrence est battue en brèche par la jurisprudence[231]. Se trouve ainsi confirmée la tendance de la jurisprudence française à ne plus considérer le critère de clientèle commune comme condition d'une situation de concurrence.

[230] Com. 25 janv. 2000, nº 97-19.957.

[231] Yves Serra, , p. 5. En plus, Voir Recueil Dalloz - 10/12/2020, Étude et commentaires « *panorama concurrence, concurrence interdite – concurrence déloyale et parasitisme* » janvier 2008 avril 2009 « *Nous avions souligné une franche évolution de la Cour de cassation sur cette question, sous la plume de la présidente de la chambre commerciale : un arrêt du 20 novembre 2007 reprochait avec netteté à une cour d'appel d'avoir ajouté à tort cette condition de concurrence (D. 2008. Pan. 247, spéc. 255). Mais l'arrêt n'était pas publié au Bulletin et il concernait un problème de dénigrement (domaine dans lequel la situation de concurrence n'était jamais apparue comme une véritable condition de l'action en concurrence déloyale), ce qui en limitait la portée. Or, l'arrêt de la chambre commerciale du 12 février 2008 (Com. 12 févr. 2008, n ° 06- 17.501, D. 2008. AJ. 610, obs. E. Chevrier, et Jur. 2573, note Y. Picod), rendu sous la même plume, semble mettre fin à la longue période d'hésitation de la Cour de cassation à propos de cette question essentielle. De cette décision tranchant un litige entre les sociétés Yoplait et La Fermière, il ressort clairement qu'il n'était pas nécessaire de caractériser une situation de concurrence directe ou effective entre les deux sociétés, situation qui n'est pas, en tout état de cause, une condition de l'action en concurrence déloyale. L'arrêt est d'autant plus significatif qu'il est rendu cette fois à propos du grief de confusion, d'une part, et qu'il a les honneurs du Bulletin, d'autre part. Cette solution est confirmée par une autre décision de la chambre commerciale du 27 janvier 2009 (Com. 27 janv. 2009, n ° 07- 15- 971, CCC 2009, n ° 78, note M. Malaurie- Vignal)* ».

3. Le souci de protection globale de la libre-concurrence

Les décisions les plus récentes en droit français témoignent en effet, de la tendance très nette de la jurisprudence à s'affranchir de l'exigence d'un rapport de concurrence comme condition de l'accueil d'un acte de concurrence déloyale. Les tribunaux admettent désormais l'action en concurrence déloyale y compris lorsque l'une des parties ne dispose pas de clientèle. Plusieurs affaires ont été jugées dans ce sens. La Cour de cassation a ainsi reconnu à une association à but non lucratif le droit d'agir en concurrence déloyale. En l'espèce, le Centre d'économie rurale de la Lozère avait assigné un ancien salarié en concurrence déloyale pour avoir détourné la clientèle du centre à son profit. La cour d'appel avait jugé qu'aucun acte de concurrence déloyale ne pouvait être reproché au salarié, dès lors que le lien entre l'association et ses adhérents excluait toute notion de clientèle. La Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel au motif qu' « *en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à écarter l'existence d'éventuels agissements fautifs commis par M. Soulier de nature à nuire à l'activité de l'association, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »[232].

Dans une autre espèce, une cour d'appel a admis qu'un organisme professionnel pouvait être poursuivi pour concurrence déloyale alors qu'il n'est pas considéré comme titulaire d'une clientèle personnelle. Elle a souligné, en l'espèce, que « *la F.N.S.N.C.F. ne peut prétendre, du fait qu'elle n'exerce aucune activité commerciale propre qui la place en concurrence directe avec Gaz de France, que sa responsabilité ne saurait être engagée au titre du dénigrement constitutif de concurrence déloyale que lui reproche Gaz de France, dès lors qu'elle assure la défense des intérêts collectifs des membres de la profession qu'elle représente et que ceux-ci se trouvent placés en situation de concurrence avec Gaz de France* »[233].

[232] Cass. com., 8 nov. 1994, CERL c/ André Soulier : Cont.-conc.-cons. 1995, nº 1, p. 6, note Louis VOGEL. V. aussi Cass. Soc., 27 sept. 1989 : D. 1990, somm., p. 75, obs. Yves SERRA.
[233] CA Paris, 19 févr. 1999, Etablissement Gaz de France c/ Fédération nationale des syndicats de négociants en combustibles et carburants de France, préc. V. aussi Cass. com., 1er déc. 1998, Sté BDDP, Agence de publicité c/ Fédération nationale de la fourrure : RJDA 1999, nº 1, p. 93.

Dans une autre espèce encore, les juges avaient accueilli une action en concurrence déloyale alors qu'aucune situation de concurrence, même au sens large, ne pouvait être caractérisée entre l'auteur de l'acte fautif et la victime. En outre, les clientèles auxquelles s'adressaient ces derniers étaient manifestement différentes. Ici, la cour d'appel a condamné une mutuelle d'assurance au titre de la concurrence déloyale pour avoir commis des actes ayant pour effet de détourner la clientèle d'une revue au profit d'une revue concurrente : « *en faisant croire que les seuls barèmes-fourchettes sérieux étaient publiés dans l'Expert automobile, et que l'agrément pouvait être retiré si on ne se référait pas à ces barèmes, (la MACIF a) commis une faute en contribuant, par cette fausse information détourner au bénéfice d'une publication de la SEEAMI la clientèle d'une revue concurrente* »[234].

Au total, on peut constater que l'action en concurrence déloyale joue aujourd'hui un rôle beaucoup plus étendu qu'à ses débuts il y a deux siècles ; elle a comme objet de veiller sur le bon fonctionnement du marché, en sanctionnant tout comportement délictuel ayant pour effet ou pour objet de rompre l'égalité dans la concurrence. Ainsi, « le rapport de concurrence ne semble plus être déterminant pour sanctionner les « comportements délictuels de marché »[235]. La protection de la clientèle, toujours essentielle pour la victime, ne peut constituer la justification de la sanction qui semble désormais être rattachée de manière générale et théorique à l'idée d'égalité dans la concurrence sur un ou plusieurs marchés »[236].

---

[234] CA Paris, 20 sept. 1996, Sté Edition de l'expertise automobile et matériel industriel c/ Sté ETAI : D. 1997, somm., p. 238, obs. Marie-Laure IZORCHE. Il convient de souligner qu'en l'espèce, bien que l'auteur des actes condamnables ne partage pas la clientèle de la victime, il a agi au profit d'un concurrent de celle-ci. Dans une autre espèce, la cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel qui avait rejeté la demande de dommages et intérêts pour dénigrement faute de situation de concurrence : Cass. com., 21 oct. 1997, Sté Les Sablières de Guadeloupe c/ Sté Somatco : RJDA 1998, n° 2, p. 167. Toutefois, certaines décisions continuent à exiger l'existence d'une situation de concurrence. Ainsi, la cour d'appel a refusé de sanctionner au titre de la concurrence déloyale des actes de dénigrement commis par une chaîne de télévision contre une société de construction automobile faute de situation de concurrence entre elles : CA Reims, 9 févr. 1999, Sté Automobiles Peugeot c/ Sté Canal Plus, préc.

[235] D.SALAH, *La concurrence déloyale : étude comparative du droit français et droit égyptien*. 2003. Thèse de doctorat. Montpellier 1.P.80.

[236] Yvan AUGUET, « *Concurrence et clientèle - contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle* », LGDJ, Paris, 2000, p. 490 et s.

C. Le maintien du critère de clientèle commune en droit koweitien

31. Contrairement à la France, le Koweït a choisi de maintenir l'exigence d'une clientèle commune pour pouvoir caractériser une situation de concurrence. Selon les doctrines égyptienne et koweitienne l'existence d'une situation de concurrence suppose aussi que les deux concurrents aient démarré leurs activités lors de la réalisation des actes de concurrence déloyale. Cette condition est réalisée même lorsque l'une des deux entreprises exerce effectivement son activité alors que l'autre est en cours de fondement et commet des actes en vue de détourner la clientèle de la première. Il en résulte qu'il ne saurait y avoir de concurrence lorsqu'une des deux parties en litige ne dispose pas de clientèle, ou exerce une activité à but non lucratif. Cela a fait dire à la doctrine koweitienne que « *pour qu'il y ait une situation de concurrence l'auteur de l'acte doit avoir un intérêt dans le fait de détourner la clientèle de la victime vers son propre fonds de commerce. Dans la vie commerciale cet intérêt consiste à réaliser un grand chiffre d'affaires en vue d'augmenter les bénéfices* »[237].

Il faut cependant souligner qu'il existe une tendance jurisprudentielle, sans doute sous l'influence de la jurisprudence française, qui admet qu'une situation de concurrence puisse être caractérisée (et donc une action en concurrence déloyale puisse être enclenchée), alors que les parties n'ont pas de clientèle commune, ni même de clientèle, ni ne sont en situation de concurrence[238].

Du côté de la doctrine cependant, l'on s'en tient au critère de la situation de concurrence, comme condition incontournable de l'exercice d'une action en concurrence déloyale. Il ne peut y avoir une situation de concurrence que dans l'hypothèse où les parties en cause exercent une activité soit identique et à tout le moins similaire. Autrement dit, si elles proposent des produits ou services identiques ou similaires. Il importe alors peu que les entreprises exercent des

[237] A. AL AKILI, *Interprétation du droit commercial koweïtien,* , ., p. 274.
[238] Abbas MOSTAFHA ALMASRY, Le droit commercial – la théorie générale, Dar Alnahda Alarabeya, le caire, 1er éd. 1999, p.133; Mohamed HOSNI ABBAS, le droit commercial koweitien Dar Al kitab, 1992, P.529.

activités connexes dès lors qu'elles s'adressent à une même clientèle : il peut ainsi y avoir une situation de concurrence entre les grands et les petits fonds de commerce, entre une entreprise qui est à la fois productrice et distributrice d'un produit donné, et d'un autre côté, une entreprise qui ne fait que distribuer le même type de produit sans le fabriquer[239].

Toutefois, pour une doctrine minoritaire, la similarité entre les activités à comparer ne suffit pas pour établir l'existence d'une situation de concurrence, mais il est nécessaire que les parties en cause exercent une activité identique. Plus que l'identité des activités, le critère principal est bien l'existence d'une clientèle commune. Ce qui suppose plus une identité qu'une simple similarité. Le droit koweitien semble d'ailleurs abandonner la notion de similarité des activités pour se recentrer sur leurs identités. Le tout pour bien spécifier qu'il ne peut y avoir de situation de concurrence (et donc de concurrence déloyale) que dans le cas où la clientèle est identique et pour ce faire, les produits ne doivent pas être seulement similaires mais identiques. Il en résulte que le législateur koweitien continue d'exiger l'existence d'une situation de concurrence, contrairement à la jurisprudence française et égyptienne[240] .

La concurrence déloyale a été introduite dans le Code de commerce koweïtien, aux articles 55 à 60, issus de la loi n°68 de 1980 relative au commerce. Ces articles traitent notamment des deux principales formes de concurrence déloyale que sont le dénigrement et la désorganisation, tous deux strictement interdits par les textes.

---

[239] Mohamed FARID ALARENI et Hani DOWIDAR, Les principes du droit du projet économiques, Dar Almatbouatte Algameiya, Alzxandrie, p. 402 ; Mohamed BAHGATTE ABD ALLAH KAYED, Le droit commercial (selon le droit de commerce n° 17 /1999), Dar Alnahda Alarabeya, Le Caire, 3ème éd., 2001-2002, p. 316.

[240] En droit égyptien, depuis la règlementation de la concurrence déloyale, la réalisation d'un acte de concurrence déloyale n'est plus subordonnée à l'existence d'une situation de concurrence entre les parties en cause. En fait, selon les termes dans lesquels est rédigé l'alinéa premier de l'article 66 C. commercial égyptien. - « *constitue une concurrence déloyale tout acte contraire aux usages et principes établis dans les relations commerciales*. » - aucune exigence d'un rapport de concurrence ne peut être relevée. Le Ce faisant, le législateur égyptien rejoint le mouvement évolutif de la jurisprudence française en la matière. V. SALAH, Dina. *La concurrence déloyale : étude comparative du droit français et droit égyptien*. 2003. Thèse de doctorat. Montpellier 1, P.80.

Le législateur koweïtien a par la suite modifié le Code de commerce par la loi n°13 de 1996 qui a introduit de nouveaux articles. Il en va ainsi en particulier de l'article 60 bis a) qui interdit tout acte de concurrence déloyale en donnant sa définition au passage. Il dispose ainsi qu' « *il est interdit d'entreprendre tout acte de concurrence déloyale. Est considéré comme un acte de concurrence déloyale, tout acte qui est délibérément commis par un commerçant en violation des coutumes ou des principes observés dans les transactions commerciales au Koweït et susceptible de détourner les clients d'un commerçant concurrent, de porter atteinte à ses intérêts ou d'entraver la liberté du commerce en restreignant ou en évitant la concurrence déloyale dans le domaine de la production ou de la distribution de marchandises ou Services au Koweït* ».

Tout en saluant les nouveaux textes, de notre point de vue, le législateur koweïtien gagnerait à s'inspirer des mesures en vigueur en France et en Égypte que nous soulignions *supra*. Car en exigeant une situation de concurrence pour lancer une action en concurrence déloyale, elle prive *de facto* de recours de nombreuses professions civiles pourtant confrontées à la concurrence déloyale. En effet, il n'y a pas que les professions du commerce ou de l'industrie, mais aussi les professions civiles (telles que les notaires, avoués, huissiers, agréés, médecins, avocats, etc....)[241].

Nous pensons que l'exigence d'une situation de concurrence pour caractériser un acte de concurrence déloyale n'est juridiquement pas fondée et devrait, pour cette raison, être remise en cause. Car comme certains auteurs français l'ont souligné, la notion de concurrence déloyale n'est pas qu'une question de détournement frauduleux de clientèle[242]. D'autant plus qu'en vertu du principe de la liberté de la concurrence et de l'industrie, un détournement de clientèle peut être vu comme licite dès lors qu'il est réputé résulter de l'exercice normal de la liberté de

[241] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* ., p. 499.
[242] Marie-Laure IZORCHE, *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, RTD com. 1998, nº 1, p. 31

concurrence[243]. La libre concurrence consiste plus généralement à réaliser un profit. La clientèle ne représente, en définitive, qu'un facteur parmi d'autres[244].

De ce qui précède, il ressort que l'admission d'une action en concurrence déloyale est subordonnée en droit français comme en droit koweitien, à l'existence d'une *situation de concurrence* entre l'auteur de l'acte et la victime. Mais la notion est mise en œuvre de manière plus stricte en droit koweitien. Même s'il existe une tendance récente qui semble admettre qu'une situation de concurrence ne soit plus une condition nécessaire pour pouvoir exercer une action en concurrence déloyale, il reste que dans la pratique jurisprudentielle koweitienne, l'acte litigieux ne peut être sanctionné au titre de la concurrence déloyale[245] en l'absence de ce critère. Auquel cas le demandeur conserve cependant un recours sur le terrain de la responsabilité civile tant en droit koweitien[246] qu'en droit français.

Après avoir analysé le critère de la concurrence, nous allons à présent étudier le deuxième critère dont la violation fonde l'action en concurrence déloyale : le critère de la loyauté.

§2 : L'élément de déloyauté

32. Dans le paragraphe précédent, l'on a souligné que la concurrence supposait l'existence d'une clientèle commune et qu'il était normal que chaque concurrent cherche à se l'approprier.

---

[243] Dans le même ordre d'idée, le Professeur Le Tourneau estime que « *le critère juridique de la concurrence déloyale et du parasitisme est la déloyauté. Le détournement de clientèle peut en être une conséquence, mais n'est pas nécessaire et, de toute façon, n'est pas un critère juridique mais une notion économique* » : « *De la spécificité du préjudice concurrentiel* », RTD com. 1998, n° 1, p. 91.

[244] Lasserre-Jeannin, Florence. *L'acte de concurrence déloyale*. Diss. Montpellier 1, 1992. p. 52.

[245] Ce qui a incité la doctrine française à consacrer la théorie des agissements parasitaires pour stigmatiser les déloyautés commerciales commises en dehors de tout rapport de concurrence.

[246] Un auteur arabe souligne que les conséquences sont les mêmes dès lors qu'il s'agit dans les deux cas de l'application des règles du droit commun de la responsabilité civile : Ali GAMAL ELDINE AWAD, Mémentos du droit commercial, ter, Dar Alnahda Alarabeya, Égypte, 1975, p. 122.

La concurrence ne revêt un caractère déloyal qu'en cas de violation des règles qui la régissent. La notion de déloyauté est cependant très difficile à définir, car répondant à un spectre infini de types d'actes ou de comportements. Il conviendra dès lors, de prime abord, de tenter de cerner la notion (A) avant d'étudier tour à tour la jurisprudence française (B) et le régime juridique en vigueur au Koweït (C).

A. La notion d'acte ou de comportement déloyal : entre la violation des lois et règlements et celle des usages professionnels

33. La notion de déloyauté apparaît dans l'expression *concurrence déloyale*. Se pose immédiatement la question de savoir ce que recouvre la notion de déloyauté et dans quelle mesure elle est sanctionnable. Faut-il prouver l'intention (comme l'élément moral en droit pénal) ? Ou suffit-il pour cela que le défendeur ait eu recours à des moyens intrinsèquement et objectivement déloyaux ?

En France, la jurisprudence dominante définit l'acte constitutif de concurrence déloyale comme étant celui contraire aux usages du commerce[247].

Cette définition est conforme à celle adoptée par la Convention d'Union de Paris qui, dans son article 10 bis, al. 2, retient que : « *Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ». D'autres décisions rappellent que la concurrence déloyale est aussi punie par la loi et les règlements. Elles ont en effet jugé que « la concurrence déloyale est celle [...] qui résulte de pratiques contraires, soit aux lois et règlements, soit aux usages de commerce* »[248].

La doctrine, quant à elle, est également partagée sur la définition à retenir, privilégiant tantôt un manquement aux usages du commerce : « *les comportements, les procédés qui*

[247] 319 CA Paris, 27 mars 1996, Sté Bureau Cahiers Papiers c/ Sté Mizeret Rinqueberck et Rouvière, préc.; CA Versailles, 16 janv. 1997, Sté Habitat France c/ Sté d'exploitation RAPP SER, préc.
[248] CA Toulouse, 19 oct. 1988, Mme E... c/ Sté B... Chemie GMBH, préc.

relèvent de la concurrence déloyale […] ont en commun de constituer un manquement aux usages du commerce et à l'honnêteté professionnelle »[249] ; tantôt la violation de la loi et des règlements par le rappel du texte de loi. La concurrence déloyale serait donc un « *ensemble de procédés concurrentiels contraires à la loi ou aux usages du commerce...* »[250]. Le Professeur Le Tourneau préfère invoquer la morale des affaires, en ayant écrit que : « *[l'interdiction de] la concurrence déloyale et du parasitisme, sauvegarde la personnalité économique des entreprises, en condamnant celui qui inflige à ses confrères une concurrence contraire à la morale des affaires »*[251] - en soulignant que celle-ci repose sur l'ensemble des contraintes légales ainsi que des usages commerciaux sanctionnés par le droit[252].

La particularité de la concurrence déloyale est qu'elle constitue un délit également pénalement répréhensible, ce qui ouvre à la victime le choix entre agir au civil sur le fondement de la concurrence déloyale ou au pénal. Ainsi que l'écrit un auteur : « *la violation d'une limitation légale de concurrence, sanctionnée pénalement, peut être appréhendée au civil dans le cadre de la concurrence déloyale. Le professionnel, victime de la violation, par un*

[249] Michel PEDAMON, Droit commercial, Dalloz, Paris 2ème éd., 2000, P.532. V. aussi Yves GUYON, Droit des affaires, Collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, t. 1, Economica, Paris, 11ème éd., 2001, p. 907. D'autres auteurs parlent des moyens déloyaux sans faire aucune précision quant à la norme de référence pour déterminer cette déloyauté : « En réalité, ce que la jurisprudence poursuit sous le nom de concurrence déloyale c'est un ensemble de moyens qu'elle estime déloyaux dans les rapports d'affaires ou tout au moins de procédés qu'elle estime incompatibles avec une organisation rationnelle de ces rapports »: Claude GIVERDON, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce »,R.T.D.Com. 1953, pp.855-867.

[250] Jacques AZEMA, « Le droit français de la concurrence », ., p. 99. V. aussi Jérôme PASSA, « Domaine de l'action en concurrence déloyale », ., p. 7. Notons que le Professeur Azéma énumère au nombre des actes de concurrence déloyale l'utilisation de procédés commerciaux illégitimes : procédés contraires à la loi ou aux usages. Dès lors, si l'auteur estime que l'acte de concurrence déloyale en soi consiste dans l'utilisation des moyens contraires à la loi ou aux usages honnêtes en matière commerciale, nous ne voyons pas en quoi il peut voir dans l'utilisation de procédés contraires à la loi et aux usages une forme d'acte de concurrence déloyale distincte des autres formes, par exemple du dénigrement ou de la confusion : p. 110 et s.

[251] Philippe LE TOURNEAU, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », ., p. 91. L'auteur prend comme critère de référence pour déterminer la déloyauté de la concurrence les morales des affaires, alors que dans les lignes qui suivent, il parle de la lex mercatoria, terme désignant les coutumes établies dans le commerce. Si l'auteur estime, comme nous l'avons vu ci-dessus, que la morale des affaires est la somme des contraintes légales et des usages commerciaux, il y a alors ici une certaine incohérence car les coutumes sont nettement distinctes des usages. En droit arabe, un auteur égyptien a affirmé que la morale ne suffit pas en tant que critère de référence pour constater la déloyauté de l'acte de concurrence, car tout acte de concurrence non approuvé par la morale ne peut être considéré comme déloyal : Aksam AMINE ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, Égypte, 1964., p. 370.

[252] Philippe LE TOURNEAU et Loic CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, Collection Dalloz Action, Dalloz, Paris, 2000-2001, p. 1105.

concurrent, dispose d'une abondante réglementation en matière commerciale, peut renoncer à saisir le juge pénal d'une plainte avec constitution de partie civile pour se placer sur le seul terrain de la concurrence déloyale, afin d'obtenir la cessation du comportement illicite et le cas échéant des dommages-intérêts »[253].

Le caractère pénal de la concurrence déloyale a d'ailleurs plusieurs fois été retenu par la Cour de cassation. Ainsi dans une espèce, elle a infirmé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné au titre de la concurrence déloyale pour dénigrement, des faits présumés de vol et de spoliation. Alors même que les faits allégués relevaient du délit de diffamation, prévu à l'article 29 de la loi juillet 1881, faits qui avaient attenté à l'honneur et à la considération de la société victime[254].

Il subsiste également des interrogations sur la confusion possible entre l'action en concurrence déloyale et l'action en responsabilité civile, dès lors que les faits reprochés pourraient être sanctionnés sur le terrain de la responsabilité civile. Un auteur a ainsi pu écrire que dans certains cas, l'action en concurrence déloyale n'est qu'une action en responsabilité civile, mais diligentée par un professionnel. Selon lui, « *lorsque la responsabilité civile est la réponse légale à un comportement interdit par la loi, cette action a les mêmes fondements, les mêmes effets que toute action en responsabilité civile. Il n'y a pas logiquement de raison à distinguer un même mécanisme, dont les seules sources de son déclenchement sont différentes. Le concept de concurrence déloyale indique que la faute est le fait d'un professionnel et que cette faute a engendré un dommage concurrentiel. Plus largement, elle a eu une incidence négative sur la concurrence pour le professionnel visé* »[255]. Il est vrai que le législateur français lui-même prévoit que certains actes de concurrence déloyale sont sanctionnés au titre de la responsabilité civile du fautif. Cependant, l'action en concurrence déloyale se distingue bel et

[253] Jérôme PASSA, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », ., p. 7 et s. V. aussi obs. sous Cass. crim., 1er oct. 1997 : RJDA 1998, n°1, p. 75.
[254] Cass. Civ ; 19 juin 1996, sté Labo France éditeur c : Sté de presse Le Biopathologiste, préc.
[255] Florence LASSERRE-JENNIN, « *L'acte de concurrence déloyale* », thèse, Montpellier I, 1992, P.386.

bien de l'action en responsabilité civile puisqu'elle suppose l'existence d'une situation de concurrence, condition qui n'est pas nécessaire pour l'exercice de l'action en responsabilité civile du droit commun[256]. De plus, faut-il le rappeler, l'action en responsabilité civile suppose l'existence d'un préjudice avéré et découlant directement des faits reprochés. Ce que n'exige pas l'action en concurrence déloyale.

34. En droit koweitien, avant la réglementation de la concurrence déloyale, la Cour de cassation ainsi que l'essentiel de la doctrine estimaient que la déloyauté pouvait résulter soit de la transgression de la loi, soit de celle des usages du commerce[257]. Désormais, l'identification de l'acte de déloyauté s'effectue en prenant comme référence : « *les coutumes ou les principes observés dans les transactions commerciales au Koweït* »[258].

A cet égard, le législateur koweitien ne fait aucune référence à la violation de la loi ou des règlements comme modalité de déloyauté, dans l'article 60 bis (a) du code de commerce, Pour autant, certains auteurs continuent de définir l'acte de déloyauté comme tout moyen contraire à « *la loi ou aux règlements* »[259]. Pour notre part, nous estimons que cette position n'a plus aucune justification juridique depuis l'adoption d'une réglementation de la concurrence déloyale.

Au total, il ressort de tout ce qui précède, une tendance des droits français et koweitien à réduire la déloyauté de l'acte litigieux à une violation de la loi. Une telle démarche nous semble critiquable[260]. L'on se rappelle que la jurisprudence a élaboré la théorie de la concurrence déloyale pour sanctionner des actes qu'elle estimait fautifs, mais non encore appréhendés par des dispositions spécifiques. Dès lors, en présence de faits relevant de telles

[256] Nicolas DORANDEU, « *Le dommage concurrentiel* »., Thèse, Perpignan, 2000, p. 124. Toutefois, une solution contraire pourra être admise si la tendance manifestée chez certaines décisions d'abandonner l'exigence d'une situation de concurrence se généralise.
[257] T. AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, p11. Z. AL-SAFFAR, p. 134.
[258] V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », p. 260.
[259] A. AL AKILI, *Interprétation du droit commercial koweïtien.* p252. I. ABO-ALILE, p247.
[260] V. Yves GUYON, ., p. 885. L'auteur précise que la faute en matière de concurrence déloyale consiste dans la violation, non d'une norme légale, mais d'un usage professionnel.

dispositions, la concurrence déloyale devrait être écartée. Cela à moins que d'autres faits distincts, relevant d'actes de concurrence déloyale, viennent s'ajouter à ceux déjà envisagés par la loi. Dans cette hypothèse, plusieurs actions parallèles aux objets différents pourraient être menées. C'est précisément la solution adoptée par la jurisprudence française qui n'admet que sous conditions, l'exercice d'une action en concurrence déloyale concurremment à une action en contrefaçon : la preuve de l'existence de de faits distincts[261].

Par ailleurs, la référence aux usages professionnels en matière de concurrence déloyale pour définir l'acte de déloyauté ne semble pas non plus satisfaire la doctrine française pour deux raisons. D'abord en raison de l'imprécision de la notion même d'usages professionnels, tant il s'avère « *difficile de connaître des usages qui souvent ne sont pas codifiés* »[262] , ce qui par ailleurs rend peu aisé d'en rapporter la preuve[263]. Ensuite, cette norme est de toute manière insuffisante[264] dans la mesure où elle ne répond plus à l'objectif recherché par la sanction de la concurrence déloyale. Comme nous le rappelions *supra*, celle-ci ne se consiste plus dans la seule protection individuelle des concurrents, mais plus globalement dans la protection de la liberté de la concurrence du bon fonctionnement du marché[265]. Autrement dit, l'action en concurrence déloyale vise à maintenir une certaine égalité de chances entre les opérateurs économiques. C'est pour cette raison que « *la faute ne doit plus être uniquement identifiée à la violation des usages professionnels, mais peut aussi résider dans l'idée plus générale d'égalité dans la concurrence* »[266].

[261] CA Paris, 3 oct. 1997, Sté Entrypoint Europe c/ Sté Perrier Vittel : CD Rom D. Aff., mots-clés : concurrence déloyale ; CA Colmar, 13 mai 1994, Sté Schiffer Food BV c/ Compagnie française des produits Orangina et autre, préc.
[262] Yves GUYON, p. 885.
[263] Roger BOUT, (sous la direction de), Lamy droit économique, Lamy, Paris, 1999, p. 579.
[264] Yves SERRA, « *Concurrence déloyale* », p. 6 et 14. Dans le même sens Jean-Jacques BURST, Concurrence déloyale et parasitisme, p. 169.
[265] Antoine PIROVANO, « *La concurrence déloyale en droit français* », RID comp.1974, p. 488 et s. ; Yves SERRA, « *Concurrence déloyale* », p. 14.
[266] Yves SERRA, « *Le droit français de la concurrence* », Collection Connaissance du Droit, Dalloz, Paris, 1993, p. 33 et s.

Il a pour cette raison été suggéré de définir l'acte déloyal comme étant : « *tout comportement qui s'écarte de la conduite normale du professionnel avisé, et qui fausse l'équilibre dans les relations concurrentielles, rompt l'égalité des chances qui doit exister entre les concurrents dans un système d'économie libre* »[267] . Dans ce contexte, pour identifier l'acte déloyal en matière concurrentielle, les magistrats sont tenus d'envisager tous les intérêts en présence, y compris celui des consommateurs[268], et ne pas se limiter aux simples usages professionnels[269]. Il est également à souligner que l'atteinte au processus concurrentiel, c'est à dire le dommage concurrentiel, devient un critère de détermination du caractère *anormal* de l'acte en cause[270]. Certains auteurs français ont proposé une analyse critique de cette approche qui consiste à prendre en compte la notion de marché dans la recherche du dommage concurrentiel[271]. Ils estiment qu'il s'agit là d'un certain amalgame entre deux formes qui appartiennent au droit concurrentiel, mais qui doivent être distinguées : le droit de marché et la concurrence déloyale. Le premier étant l'ensemble des règles qui « *s'attachent au marché et analysent comportements et structures dans cette seule perspective* » dans le but de maintenir le bon fonctionnement du marché. Alors que le second est constitué des règles qui « s'attachent aux personnes et à la déontologie commerciale »[272].

---

[267] Jérôme PASSA, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », p. 6. M. Burst s'est contenté de définir l'acte déloyal comme « *celui que n'aurait pas commis un concurrent honnête* », en remarquant que « *pareille définition ne néglige pas les usages professionnels comme critère de la déloyauté, mais évite de consacrer des usages qui ne seraient pas nécessairement loyaux* », (in *Concurrence déloyale et parasitisme*, ., p. 169.)

[268] « *En concrétisant la norme des usages honnêtes en matière commerciale le juge doit tenir compte de l'intérêt général et de l'intérêt des consommateurs* » : Jules STUYCK, « *La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs* », in *Concurrence et consommation*, sous la direction de Yves SERRA et Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, Paris, 1994, p. 101. 341

[269] Antoine PIROVANO, « *La concurrence déloyale en droit français* »., p. 490.

[270] Nicolas DORANDEU, « *Le dommage concurrentiel* ».,., p. 180.

[271] Même si l'acte de concurrence déloyale peut avoir pour effet de porter atteinte au bon fonctionnement du marché, cela « *ne suffit pas à justifier la considération du marché dans la définition même du comportement déloyal : le fonctionnement du marché reste indifférent aux conditions constitutives du comportement répréhensible. Au sens probatoire et technique du terme, le marché n'est pas un fait pertinent en ce qui concerne la concurrence déloyale* » : Marie-Anne FRISON-ROCHE, « *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme* », RJDA 1994, n° 6, p. 487.

[272] ., p. 488. Comp. Nicolas DORANDEU, « *Le dommage concurrentiel* », p. 177, qui conteste cette distinction selon lui « *obsolète* ».

35. Il reste à s'interroger sur la portée géographique de la notion de déloyauté, car tant en droit français qu'en droit koweitien, la déloyauté de l'acte de concurrence est déterminée en fonction des usages établis dans le commerce et l'industrie. Le juge dans son office, peut-il élargir le spectre de son analyse au-delà des frontières nationales, en tenant compte des usages internationaux ?

En droit français, la réponse est positive, il est en effet communément admis que le juge dans son appréciation de la déloyauté de l'acte de concurrence doive prendre en considération non seulement les usages établis dans le commerce local, mais aussi ceux établis dans le commerce international. La doctrine a ainsi considéré que tout acte de concurrence devra être considéré comme acte déloyal quand il est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Il ne s'agit pas des seuls usages honnêtes existant dans le pays où la protection contre la concurrence déloyale est réclamée. Les autorités judiciaires ou administratives devront donc également prendre en considération les usages honnêtes dans le commerce international[273].

En revanche, le droit koweitien s'en tient aux usages exclusivement locaux, le législateur, dans sa définition de la concurrence déloyale, évoquant expressément les usages locaux, ainsi que le dispose l'art. 60 du code commercial koweitien : « *la concurrence déloyale se réalise par l'utilisation des moyens contraires aux coutumes ou des principes observés dans les transactions commerciales au Koweït* »[274] . C'est donc la loi elle-même qui exclut tout recours aux usages autres que ceux observés dans le territoire koweitien.

[273] Cité in Jean-Marc MOUSSERON, *Recherche-développement et parasitisme économique*, in « *Le parasitisme économique Quelles solutions juridiques ?* » Gaz. Pal. - Editions Techniques, 1988, p. 57. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'une affaire impliquant un élément transfrontalier avec un autre Etat membre de la Communauté européenne, le juge devra tenir compte des usages honnêtes dans l'Etat membre d'origine : Jules STUYCK, « *Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales* ». Revue internationale de droit économique, 2011, p. 109.
[274] Article 60 bis du Code commercial koweitien.

B. L’évolution de la notion de déloyauté en droit français : de la mauvaise foi aux fautes non intentionnelles

36. Roubier fait observer que pendant longtemps, la réponse n'a pas paru douteuse pour notre jurisprudence. En effet, la jurisprudence considérait que pour qu'il y ait concurrence déloyale, l'intention frauduleuse, c'est-à-dire la mauvaise foi, devait être constituée. C'est, à première impression, ce qui résultait de l'emploi du mot déloyauté. Et des arrêts, à vrai dire déjà vieillis, sont allés jusqu'à admettre qu'en l'absence de mauvaise foi du concurrent, il n'était pas possible de critiquer son activité. Autrement dit, un acte de déloyauté involontaire suffisait à absoudre son auteur, même en cas de préjudice.

Cette conclusion est cependant apparue comme excessive ne serait-ce que du seul point de vue juridique. En effet, l’on se rappelle que la jurisprudence et la doctrine française, qui ont élaboré l'action en concurrence déloyale, l’ont, dès le départ, fondée sur les règles de la responsabilité civile, en l’occurrence les articles 1240 et suivants du Code civil (délits ou quasi-délits civils)[275]. Or, ceux-ci prévoient de sanctionner toute faute y compris involontaire. Il en a toujours résulté que la simple faute de négligence ou d'imprudence est autant prise en considération que la faute intentionnelle avérée.

C. La permanence du double-critère de la notion de déloyauté en droit koweïtien : la mauvaise foi et la faute non-intentionnelle

37. En droit koweitien comme l’analysait ABO-ALILE, « *La faute contenue dans l'action en concurrence déloyale n'a pas besoin d'être intentionnelle, c'est-à-dire de mauvaise foi. Il peut s'agir d'une négligence involontaire résultant d'un manque de prévoyance ou d'une*

[275] « *Dans la pratique à une distinction entre le défendeur de bonne foi et le défendeur de mauvaise foi. Mais cette différence concerne exclusivement les résultats de l'action et non point ses conditions d'exercice. En ce qui concerne celles-ci, il n'y a pas de distinction à établir entre le dol et la simple faute ; l'élément de la déloyauté ne consiste pas nécessairement en une intention déloyale : il existe å partir du moment où il y a eu emploi de moyens jugés déloyaux* ». P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* ., p. 500-504.

méconnaissance de la réalité de l'activité concurrente. Il est important que la concurrence soit qualifiée de déloyale en raison des actes qu'elle contient en violation de la loi, ou des usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle »[276].

Comme nous venons de le voir, l'élément moral fondant la notion de déloyauté a connu une évolution en deux temps en France. Au départ seul était recherché et retenu le caractère intentionnel de l'acte ayant engendré le préjudice. Avant que la jurisprudence n'adopte une interprétation extensive de l'élément moral, les actes même involontaires, à condition de caractériser une imprudence ou une négligence, devaient également être pris en compte.

Au Koweït, en revanche, le critère opérationnel d'appréciation de la déloyauté repose sur l'existence d'un préjudice. Il importe peu que l'acte l'ayant causé, soit intentionnel ou non.

Après avoir examiné les critères distinctifs opérationnels qui légitiment l'action en concurrence déloyale, nous arrivons enfin au cœur de notre réflexion : l'étude de l'autonomie juridique acquise progressivement par l'action en concurrence déloyale.

Section 2 : L'affirmation progressive de l'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale

L'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale s'est effectuée en plusieurs étapes. C'est d'abord la jurisprudence et la doctrine qui ont élaboré le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale (§1). Cadre juridique à partir duquel, la pratique a permis l'apparition de plusieurs critères complémentaires (§2) qui ont fini d'asseoir définitivement la

[276] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », p. 248.

légitimité de l'action en concurrence déloyale, comme moyen complémentaire à l'action en contrefaçon, en vue de la protection des œuvres immatérielles.

§1 : La construction jurisprudentielle et doctrinale du fondement juridique de l'action en concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale est une construction jurisprudentielle qui trouve son fondement dans les dispositions des articles 1240 et 1241 du code civil. Elle peut donc être vue comme une action en responsabilité civile subjective ou, comme le disait Roubier : « *une action en responsabilité civile exercée par un professionnel commerçant ou non* »[277].

L'apport doctrinal a eu une telle influence, que le droit de concurrence déloyale apparaît aujourd'hui comme une coproduction jurisprudentielle et doctrinale. En effet, dans le silence de la loi, le juge, a aussi nourri sa réflexion grâce aux analyses doctrinales, et ainsi pu construire un système de protection des droits des concurrents lésés, à la fois cohérent et puissant, fondé sur la responsabilité civile. Ainsi, la souplesse de la responsabilité subjective et son universalité permettent à la théorie de la concurrence déloyale « *de s'adapter aux évolutions des données et d'intervenir dans tous les domaines de l'activité sociale, en complément ou en suppléance de la loi* »[278].

Le choix jurisprudentiel de la responsabilité civile comme fondement juridique de l'action en concurrence déloyale, a d'abord fait face à une opposition doctrinale quoique minoritaire (A). Celle-ci contestant, cette assimilation dans cette mesure où contrairement à l'action en responsabilité civile, l'action en concurrence déloyale ne nécessitait pas l'existence d'un dommage. Cependant, un autre courant doctrinal majoritaire validera le raisonnement de

[277] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* ., p531.
[278] Ph. Le Tourneau, « *Droit de la responsabilité et des contrats* ». Régime d'indemnisation, Dalloz action 2014-2015, n ° 7012.

la jurisprudence (B), ouvrant ainsi la voie à une autonomie juridique progressive de l'action en concurrence déloyale (C).

A. Une contestation doctrinale minoritaire de l'action en responsabilité civile comme fondement juridique de l'action en concurrence déloyale

38. En France, une partie minoritaire de la doctrine a en effet très tôt contesté la pertinence du choix de la responsabilité civile comme fondement juridique pour toute action en concurrence déloyale. De longue date en effet, cette doctrine considère qu'il n'était pas adapté à la sanction d'actes de concurrence déloyale[279]. Dans les systèmes juridiques arabes également, la jurisprudence et une partie de la doctrine s'opposaient sur cette question du fondement juridique. Au Koweït, le législateur n'a pas pris de dispositions pour réglementer la responsabilité résultant de la concurrence déloyale, justifiant la sanction de la concurrence déloyale comme un des moyens de protection du fonds de commerce[280].

En 1951, Ripert concevait l'action en concurrence déloyale comme un moyen de protéger le fonds de commerce. Il a donc proposé d'adopter comme fondement pour l'action en concurrence déloyale le même que celui de la propriété industrielle, dont l'objet est « *la reconnaissance d'un droit privatif sur une valeur concurrentielle* »[281]. Plus récemment, madame le Professeur Frison-Roche a proposé l'adoption du délit de « *troubles anormaux de concurrence* », à l'exemple des troubles anormaux de voisinage[282].

---

[279] M. Chagny (dir.), Lamy Droit économique n°3391. 2019– Ph. Le Tourneau (dir.), « *Droit de la responsabilité et des contrats* » : Dalloz coll. Action 2018/ 2019, n°2214.21 s. – Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, Rép. com. Dalloz, V°Concurrence déloyale, n°16 s.

[280] H. ALMASRI, « *Le droit commercial* », t. 1,1ére éd.,1986. P.29. A. AL-ABKALI, Droit commercial - Affaires commerciales, commerçants, sociétés commerciales, Amman, Dar Al Thaqafa de l'édition et la distribution, 2002. p.293.

[281] G. Ripert, « *Les aspects juridiques du capitalisme moderne* » : LGDJ, 2éd., 1951, n°86.

[282] M.-A. Frison-Roche, « *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme* » : RJDA 1994, p. 483 s.

Il apparaît clairement à l'analyse de ces différentes propositions doctrinales qu'elles considèrent l'action en concurrence déloyale comme une action en protection d'un droit, dont la seule méconnaissance devrait donner lieu à sanction.

B. Un courant doctrinal majoritaire favorable à l'action en responsabilité civile comme fondement juridique de l'action en concurrence déloyale

39. D'autres auteurs proposent au contraire une consécration de l'autonomie juridique de la concurrence déloyale par les textes, sans pour autant la détacher du mécanisme de la responsabilité civile[283], ce qui permettrait de souligner la spécificité de cette action qui sanctionne un abus commis dans l'exercice de la liberté d'entreprendre. Tant il est vrai que cette liberté de concurrence occupe une place centrale en la matière et donne une physionomie particulière à la responsabilité civile. Le principe est celui de la libre concurrence. Le dommage peut donc être licite, à la condition qu'il n'ait pas eu comme soubassement un exercice abusif de la liberté économique.

Une telle proposition est de notre point de vue pertinente en ce qu'elle permettrait de bien distinguer le régime de l'action en concurrence déloyale et ses spécificités, de celui de l'action civile. Cependant, en fixant ainsi un cadre légal à l'action en concurrence déloyale, on court le risque d'en figer le régime.

Pour autant, et pour beaucoup d'auteurs, c'est précisément son rattachement au régime de droit commun de la responsabilité civile qui fait l'efficacité de l'action en concurrence déloyale[284]. La généralité des dispositions du Code civil offre une « *plasticité* »[285]. D'autres

[283] V. not., Y. Picod, « *Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale* », Mél. Serra : Dalloz, 2006, p. 359. – Ph. le Tourneau, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », préc., spéc. n°2214.24.
[284] V. not., A. Pirovano, « *La concurrence déloyale en droit français* » : RID comp. 1974, p. 467 s., spéc. p. 470. – M.-L. Izorche, « *Droit du marché et droit commun des obligations* » : RTD com. 1998, p. 17 s. – J. Passa, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* » : JCl. Concurrence-Consommation, fasc. 240, n°76.
[285] M.-L. Izorche, « *Droit du marché et droit commun des obligations* », préc., n°83.

auteurs estiment, au contraire, « *qu'il faut se féliciter de l'adaptation du droit de la responsabilité à la nécessité d'équilibrer les relations de concurrence* »[286] .

Les juridictions ont élaboré la théorie de la concurrence déloyale en ayant recours au droit commun des obligations et, plus particulièrement, à la responsabilité civile extracontractuelle des articles 1382 et 1383 du code civil, devenus, depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles 1240 et 1241 du code civil[287]. L'action en concurrence déloyale, comme nous venons de le voir, se rapproche du domaine de l'action en responsabilité, des articles 1240-1241. Mais sans qu'on ne puisse les assimiler. Cette solution classique, envisagée dès le XIX e siècle, est toujours appliquée et régulièrement confirmée par de très nombreuses décisions rendues en la matière[288]. Certaines décisions affirment d'ailleurs expressément que « *l'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1240 et 1241 du code civil* »[289] ou même qu'elle « *ne [peut] être fondée que sur les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil* »[290] .

La constance de cette solution jurisprudentielle, malgré quelques analyses doctrinales divergentes, tient sans doute à la relative souplesse de la responsabilité extracontractuelle, qui permet aux juges de s'adapter aux circonstances pour sanctionner toute déloyauté dans l'exercice de la liberté de la concurrence.

C. La reconnaissance progressive d'une autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale

L'action en responsabilité civile a *in fine* été admise comme fondement juridique dans son principe (1) à l'action en concurrence déloyale. Celle-ci acquiert néanmoins une autonomie progressive liée à sa spécificité (2)

---

[286] J. PASSA, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », J.-Cl. Conc. Consom., fasc. 240, n° 76.
[287] M. Chagny, « *Droit de la concurrence et droit commun des obligations* », Dalloz, 2004, n o 217 et s.
[288] Cass. 1re civ., 26 avr. 2017, n o 16-14.036, publié au Bulletin ; Cass. com., 8 févr. 2017, n° 15-14.846 ; Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-18.669
[289] Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-50.042; Cass. com., 24 oct. 2000, n° 98-12.563; Cass. com., 13 mai 1997, n° 95-15.592; Cass. com., 3 janv. 1985, no 83-10.491, Bull. civ. IV, n° 2.
[290] Cass. com., 23 mars 1965, n° 61-10.706, Bull. civ. III, n° 228.

1. Une action en responsabilité au même titre que l'action en responsabilité civile

40. Il apparaît donc clairement que l'action en concurrence déloyale appartient à la famille des actions en responsabilité, quoique d'un type particulier (s'agissant d'une action en responsabilité tendant à la protection d'un droit et non en réparation.

Il ne s'agit pas, comme certains ont pu le croire, d'une action tendant à la reconnaissance de ce droit. Une telle action emprunterait la forme de l'action en revendication (propriété), en pétition d'hérédité (succession), voire en contrefaçon (brevet d'invention, marque déposée, droit d'auteur etc..). Et en tout état de cause, il eût fallu identifier le droit qui ferait l'objet d'une demande de reconnaissance : les tentatives pour désigner un droit de la personnalité ou un droit sur la clientèle nous ayant toutes paru infructueuses et imprécises. D'autre part, faire reconnaître ce droit n'eût pas été suffisant, il eût fallu au surplus le protéger.

En définitive, l'objet de l'action est, dans le cadre d'une libre concurrence, d'empêcher l'usage de certains moyens jugés déloyaux. Il en résulte qu'il s'agit de la sanction, non pas d'un droit, mais d'un devoir. Ce qui caractérise toutes les actions en responsabilité dont l'objet est de sanctionner la violation de devoirs.

Pourtant, cette règle a pendant longtemps été méconnue, les doctrines individualistes ayant principalement mis l'accent sur la reconnaissance des droits et non point sur celle des devoirs. Pour nombre de juristes influencés par ces doctrines, les devoirs n'étaient en quelque sorte que l'autre face du droit. L'obligation de respecter le droit d'autrui était le seul devoir au sens juridique du mot. Mais à côté de ces droits de l'homme si souvent revendiqués, il y a aussi les devoirs. Certaines Constitutions ont déjà mis en relief cet aspect et précisé une liste d'obligations qui pèsent sur les particuliers, vis-à-vis de l'État, ces devoirs étant des contreparties des droits garantis par la Constitution. Ce qui est vrai pour le droit public l'est

aussi pour le droit privé. Et il y a déjà longtemps que les juristes travaillent à déterminer les devoirs qui pèsent sur les hommes dans leurs rapports entre eux. Mais cet effort est souvent resté dans l'ombre, les juristes privatistes ayant élaboré cette théorie sur le fondement de l'action en responsabilité civile[291].

Celle-ci, codifiée en droit français aux articles 1240 et 1241 du Code civil, impose à chacun de s'abstenir de porter atteinte à la personne ou aux droits d'autrui par un acte illicite. La responsabilité civile ne naît donc pas d'une simple méconnaissance du droit d'autrui. Sous ce rapport, l'action en concurrence déloyale est bien une action en responsabilité qui tend non pas à la reconnaissance d'un droit du demandeur, mais à celle d'un devoir du défendeur, qui est de ne pas employer des moyens déloyaux à l'encontre de ses concurrents. Ce n'est pas le droit qui crée un devoir, ce sera au contraire le devoir qui créera un droit, à savoir le droit du concurrent lésé à obtenir une sanction contre les manœuvres déloyales[292].

En droit koweitien et égyptien, la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence estime que l'action en concurrence déloyale est une forme d'action en responsabilité distincte de l'action en responsabilité civile délictuelle. Cela quoiqu'elle soit fondée sur les dispositions de celle-ci telles qu'établies dans les règles communes. Une partie de la doctrine[293] n'adhère pas à cette approche, et considère que l'action en concurrence déloyale n'est qu'une modalité de l'action en responsabilité délictuelle[294].

La Cour de cassation égyptienne a ainsi jugé que « *l'action fondée sur la concurrence déloyale relève d'une action en responsabilité normale, fondée sur l'acte dommageable, de sorte que quiconque a été lésé par l'acte de concurrence déloyale a le droit d'intenter une action en justice pour demander la réparation, lorsque les conditions de ce procès sont remplies, à savoir la*

[291] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p529.
[292] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p531.
[293] AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », p.58. A. AL AKILI, Interprétation du droit commercial koweïtien, p. 259. A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 1, Égypte, 1964, p440.
[294] AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », p. 17.

faute, le préjudice et la causalité »[295]. La Cour de cassation koweïtienne a de son côté jugé que « *la concurrence déloyale n'est rien de plus qu'un acte fautif qui nécessite la responsabilité de l'auteur* »[296].

Cette analyse aboutit à contester toute autonomie juridique à l'action en concurrence déloyale alors qu'au moins un critère de différenciation peut être caractérisé.

2. Une action en responsabilité d'un type spécial : une faute même en l'absence de tout préjudice

41. Il convient de rappeler que l'objet de la concurrence déloyale n'est pas de réparer un préjudice, mais de sanctionner l'exercice abusif de la liberté de concurrence. Et cela en dehors de tout préjudice. Selon Roubier, « *cela tient à ce que cette responsabilité naît dans l'exercice d'un droit. Jusqu'ici, nous avons envisagé des droits qui créaient, en même temps que des prérogatives pour leur sujet actif, des devoirs pour leur sujet passif, ou encore des devoirs dont la violation créait pour leur bénéficiaire un droit contre celui qui les avait enfreints. Mais, dans tous les cas, le droit se tenait sur la tête d'une personne et le devoir sur la tête d'une autre. Maintenant, nous supposerons que le devoir accompagne le droit, et que tous deux reposent sur la même tête. L'action qui sanctionnera la violation du devoir sera bien toujours une action en responsabilité, mais cette action obéira à des règles spéciales* »[297].

En effet, d'une part, dans ses résultats, l'action vise non pas à réparer un préjudice au sens ordinaire du mot, c'est-à-dire à compenser un dommage par une indemnité pécuniaire, mais à faire cesser un trouble commercial par des moyens coercitifs pouvant aller jusqu'à

[295] Cour de cassation Égypt. Ensemble égyptien des dispositions de cour de cassation, 14/06/1956, p. 723.
[296] Trib. Com. Kow.N°151/1982, Commercial, 9 février 1982. Voir plus N°180 / 1988, Commercial, 20 février 1980 et N°157 / 1989, Commercial, 15 Octobre 1989. Décision citée par ALAWSHAZ Ahmad, *La protection des inventions par l'action en concurrence déloyale*, mémoire, Université de Koweït, Mars 2016, p. 82.
[297] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p533.

l'interdiction du libre-exercice du commerce, si le délit persistait de manière abusive, malgré une décision judiciaire[298]. Cette spécificité a pu faire croire - *à tort* - qu'il ne s'agissait plus d'une action en responsabilité. Pourtant, il s'agit bien de sanctionner certains faits déloyaux, car ayant engendré la violation d'un devoir[299]. Comme l'observait J. Burst : « *l'objet de l'action en concurrence déloyale consiste à faire en sorte que dans la concurrence, certains moyens jugés déloyaux ne soient pas employés. Cela explique que l'on a à juste titre pu écrire que l'action en concurrence déloyale est « la sanction, non pas d'un droit, mais d'un devoir ». Elle tend, par conséquent, à la reconnaissance d'un devoir à la charge du défendeur. Ce devoir consiste à ne pas employer des moyens déloyaux à l'encontre des concurrents. Le concurrent lésé se voit ainsi reconnaître le droit à une sanction des manœuvres déloyales* »[300].

Même en présence d'un dommage (ici concurrentiel), il n'y aura pas de ce simple fait concurrence déloyale, puisque le dommage peut avoir été commis sans faute (en clair sans déloyauté). Alors que dans le cadre d'une action en responsabilité sous l'empire des articles 1240 et 1241, il n'est pas difficile de définir l'illicéité d'un acte dommageable, celle-ci étant automatique. La seule question sera celle de l'imputabilité (lien de causalité). Au contraire, dans le cadre de l'action en concurrence déloyale, la liberté de la concurrence est le principe, de telle sorte que tout acte dommageable pour autrui ne sera pas vu comme illicite de ce simple fait. Il existe donc des actes dommageables licites (dommages concurrentiels licites).

Il faut donc d'envisager la notion de dommage concurrentiel mais sans caractère fautif. Il en résulte que la principale spécificité de l'action en concurrence déloyale tient à l'importance qu'y joue la faute qui apparaît comme une pièce maîtresse du dispositif. Il n'y aura faute que si le comportement ayant conduit au dommage concurrentiel était déloyal, c'est-à-dire fautif. La

[298] Dans le même sens, que : « *ce qui est sanctionné par l'action en responsabilité particulière dite "concurrence déloyale", action dont le caractère disciplinaire ne doit pas être perdu de vue, ce n'est pas d'avoir causé un préjudice à autrui, c'est d'avoir pour ce faire, commis des actes déloyaux* ». V.J. JONCQUERES, n /s /Cass.Com., 22octobre 1985, RDPI 1985, RDPI 1985, 2,137.
[299] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p533.
[300] J.-J Burst, *« Concurrence déloyale et parasitisme »,* P.153.

doctrine et la jurisprudence ont précisément défini les comportements constitutifs de concurrence déloyale au rang desquels se trouvent : le dénigrement, le risque de confusion, la désorganisation auxquels il a ensuite été ajouté le parasitisme.

À l'inverse, en matière de responsabilité civile, le dommage est fautif par essence, le lien de causalité est présumé, mais il doit être prouvé. Selon une formule jurisprudentielle désormais classique, un préjudice, fût-il seulement moral, ou un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale. De fait, il se dégage une tendance jurisprudentielle très nette qui ne conditionne pas l'existence d'un préjudice à la recevabilité de l'action en concurrence déloyale[301]. Ce qui tombe sous le sens, dès lors que l'action en concurrence déloyale a pour finalité non pas de réparer un préjudice, mais de sanctionner la déloyauté des actes commis, qu'il y'ait eu ou non préjudice. La jurisprudence se montre encore plus souple dans l'exigence du préjudice en ayant jugé qu'une simple tentative peut être constitutive d'un acte de concurrence déloyale[302], alors même qu'il est entendu que la simple tentative (en l'espèce de détourner la clientèle) n'a pas pu causer un préjudice. Mais le message envoyé par la Cour de cassation est clair : il s'agit de prévenir tout dommage y compris en sanctionnant une simple tentative de concurrence déloyale[303].

Au Koweït, la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes à admettre l'action en concurrence déloyale, même si le préjudice n'est pas réellement prouvé, dès lors qu'il est susceptible de se produire à l'avenir[304]. Avec toutefois quelques conditions : la faute doit avoir été commise dans le cadre des relations commerciales s'agissant d'un dommage commercial. Par ailleurs, selon une partie de la doctrine, pour que l'action en concurrence

---

[301] Parmi les nombreux exemples, V. Cass. com., 9 oct. 2001, n°99-16.512 : JurisData n°2001-011362 ; Contrats,conc. consom. 2002, comm. 6, noteM. Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2002, p. 304, obs. P. Jourdain.
[302] J.-J Burst, *« Concurrence déloyale et parasitisme »,* ., p.155.
[303] J.-J Burst, *ibid.*
[304] La Cour de cassation koweïtienne a également jugé que : « *la concurrence déloyale n'est rien de plus qu'un acte de faute qui met en cause la responsabilité de son auteur* », Trib. Com. Kow.N°151/1982, Commercial, 9 février 1982. Voir plus N°180 / 1988, Commercial, 20 février 1980 et N°157 / 1989, Commercial, 15 Octobre 1989.

déloyale soit recevable, il sera au surplus nécessaire, que les toutes les parties aient la qualité de commerçant[305].

Le cadre juridique ainsi dégagé par la jurisprudence a permis d'asseoir définitivement la légitimité de l'action en concurrence déloyale comme moyen complémentaire à l'action en contrefaçon des œuvres immatérielles. Cela au moyen de plusieurs critères juridiques que nous allons examiner ci-après. Nous sommes en désaccord avec cette position doctrinale ; nous trouvons erroné de considérer que l'action en concurrence déloyale ne puisse pas être exercée que par des personnes commerçantes. Puisque cela exclue les artisans ainsi que tous les membres des professions libérales comme les ingénieurs et les médecins.

§2 : Les critères qui fondent l'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale

Avant d'examiner les critères, il convient de faire un bref rappel des conditions historiques de l'émergence de l'action en concurrence déloyale (A). Il sera ensuite temps d'examiner, tour à tour, l'objet de l'action en concurrence déloyale (B) ainsi que son fondement juridique (C).

A. Genèse de l'action en concurrence déloyale ; l'encadrement de la liberté du commerce et de l'industrie

L'action en concurrence déloyale tire sa justification des limites imposées à la liberté de concurrence (2), elle-même née de la liberté du commerce et de l'industrie instituée par le Décret d'Allarde (1)

[305] V. AlKhouli Aktham, « *Droit commercial, partie 3* », Égypte, 1964, P.369.

1. Le principe : la liberté du commerce et de l'industrie

42. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et donc de la liberté de concurrence a été défini par le Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791. Celui-ci dispose qu': « *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 conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits (article 7). Les principes de la liberté du commerce et de l'industrie qu'il consacre ont permis la valorisation de l'activité humaine* »[306].

Il ressort du Décret d'Allardes que le commerce et l'industrie sont dominés par un principe cardinal : celui de la liberté. Mais comme toute liberté, celle du commerce et de l'industrie a pour corollaire la responsabilité : de la même manière la liberté de concurrence est limitée par l'interdiction de la concurrence déloyale. Il s'ensuit que le dommage concurrentiel commis sans déloyauté est en principe licite. Il en résulte que tout agent économique peut attirer à lui la clientèle d'autrui, et donc lui causer un certain dommage concurrentiel sans que cela ne soit fautif de ce simple fait.

Sous ce rapport, la concurrence peut être définie comme étant la compétition entre plusieurs opérateurs sur un même marché, dans le but d'atteindre une fin économique déterminée, en l'espèce la conquête de la clientèle (y compris celle d'autrui) et sa conservation, qui confine à la conservation d'une part du marché[307]. En effet, l'ouverture des marchés à la concurrence est bénéfique et souhaitable, car elle incite les producteurs et les commerçants à innover tant en matière de techniques de production que de commercialisation. Ou de baisser leurs tarifs permettant ainsi aux consommateurs d'obtenir de meilleurs produits à des prix optimaux. Une concurrence réelle suppose que les opérateurs économiques bénéficient d'une certaine marge de liberté dans l'exercice de leur activité. C'est au nom de la libre concurrence

[306] Y. SERRA, Encyclopédie Dalloz de droit commercial, v° « *Concurrence déloyale* », n° 13.
[307] YVES serra, « *Concurrence déloyale* », Rép.com. Dalloz, P.3.

que les tribunaux veillent à ce qu'aucun agent économique ne puisse se prévaloir d'un droit privatif sur sa clientèle qui l'aurait quitté au bénéfice d'un concurrent : ce dernier est libre de démarcher cette clientèle, tant qu'il s'abstient de procédés déloyaux.

Tout comme la France, le Koweït a adopté le principe d'une économie libérale où une saine concurrence est garantie et protégée par la loi. Le principe est aussi celui de la liberté de concurrence sur les marchés commerciaux, financiers, industriels et autres, dans les limites de la loi et des coutumes commerciales, comme le ferait la liberté de concurrence. Cela afin d'obtenir un meilleur service, en particulier dans le domaine de la fourniture de biens et services et du choix de ceux qui conviennent, tant en termes de qualité que de prix payé pour le bien ou le service. Le commerce est établi et prospère grâce à la disponibilité de la confiance et du crédit et à l'honneur, à l'honnêteté et à l'honnêteté dont jouissent les commerçants dans leur travail et leurs relations entre eux, avec le public, ainsi qu'avec les ministères et les institutions de l'État[308].

2. la pratique : une liberté limitée par le risque d'atteinte aux règles de la concurrence

43. La liberté de la concurrence qui est de principe dans les système économique et juridique français comme koweitien, ne saurait cependant être absolue. De fait, l'emploi de procédés déloyaux dans la concurrence fut très rapidement considéré comme un abus de cette liberté. En effet, la concurrence économique devint de plus en plus rude tout au long du XIX siècle, époque de la révolution industrielle, obligeant les juges français à intervenir pour préserver une saine concurrence en sanctionnant les comportements déloyaux. Ainsi, les premières décisions de justice françaises condamnant des actes de concurrence déloyale remontent à 1833. Même si

[308] . AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , p.11.

elles étaient à l'époque fondées sur des considérations morales davantage que juridiques, en l'absence de textes de loi[309]. Les concurrents devaient ainsi s'abstenir d'abuser de leur liberté de concurrence au risque d'encourir des sanctions pour concurrence déloyale. Les litiges portaient essentiellement sur les mesures destinées à attirer la clientèle[310]. En effet, ainsi que l'écrivent des auteurs, « *si la concurrence peut se concevoir, en théorie, comme le lieu de l'effervescence économique où les bons éliminent les mauvais dans une joyeuse émulation darwinienne, la pratique ne tarde pas à révéler les dégâts d'une telle utopie* »[311].

Diverses règles juridiques ont ensuite été adoptées en vue de préciser les règles d'une concurrence saine. Au premier rang de ces dernières sont les lois qui protègent les droits intellectuels et qui sanctionnent la concurrence déloyale. De fait, l'action en concurrence déloyale vise à préserver le bon fonctionnement du marché, selon des principes de saine concurrence, tandis que l'action en contrefaçon d'un droit intellectuel sanctionne la violation d'un droit exclusif[312]. Ce n'est donc pas la concurrence qui est sanctionnée, mais son dévoiement par un comportement déloyal. Comme l'écrit un auteur, si la concurrence en elle-même est une question nécessaire et légitime, cette concurrence a des limites et des restrictions que le praticien du commerce est tenu de respecter, en tenant compte du fait que la concurrence est dans les limites de la loi et des usages commerciaux. Il ne devra pas porter atteinte aux droits et aux intérêts d'autres concurrents ou à l'intérêt public de l'État. Il devra en outre faire preuve d'honnêteté et de bonne foi dans les transactions[313].

En France, c'est la jurisprudence qui a élaboré la théorie de la concurrence déloyale pour sanctionner tout commerçant qui userait de moyens contraires aux usages honnêtes en

---

[309] Andrée PUTTEMANS, « *Droit intellectuel et concurrence déloyale* », n°69.
[310] J.-J. BURST, *« Concurrence déloyale et parasitisme »,* p. 1.
[311] Ch. MATRAY ET P. MARTENS, « *Faillite et concurrence ou l'abus de faiblesse économique* », RDC, 1996, p. 424, n° 74. Dans le même sens : M. ROTONDI. « *L'évolution de la réglementation de la concurrence et l'expérience des Etats-Unis (De la liberté de la concurrence à l'égalité dans la concurrence)* », in Mélanges Jean Dabin, II, p. 842, n° 1.
[312] P. ROUBIER*, Le droit de la propriété industrielle,* t. I, pp. 12-13.
[313] A. AL AKILI, Interprétation du droit commercial koweïtien, , p. 252.

vigueur dans le commerce, dans le but de détourner la clientèle de son rival. En l'absence de toute disposition législative spécifique, cette construction prétorienne a été fondée, comme nous l'avons déjà souligné, sur les règles de la responsabilité civile des articles 1240 et 1241 C. civ., qui, par leur généralité et leur souplesse, demeurent l'outil du droit commun le plus apte à faire face à toute forme de dommage concurrentiel fautif.

B. L 'objet de l'action en concurrence déloyale : faire cesser un trouble

Il n'est pas inutile de rappeler que l'action en concurrence déloyale a pour objet de prévenir la survenance d'un dommage concurrentiel, né d'un comportement fautif car déloyal. Que la faute soit volontaire (intentionnelle) ou non (quasi-délit), elle ne vise donc pas à protéger un droit (comme le droit de propriété qui sera protégé au moyen de l'action en contrefaçon). L'action en concurrence déloyale est donc systématiquement admise même en l'absence de tout dommage, puisqu'elle vise précisément à en empêcher la survenance.

L'action en concurrence déloyale et l'action en responsabilité poursuivent deux objectifs différents. Faire cesser un trouble pour le premier (1), et réparer un préjudice pour le deuxième (2).

1. L'action en concurrence déloyale vise à faire cesser un trouble

44. L'objet de l'action en concurrence déloyale n'est pas de réparer un préjudice qui relève de l'action en responsabilité civile[314]. Elle n'est pas non plus de faire reconnaître un droit exclusif en matière de propriété intellectuelle, qui relève plutôt de l'action en contrefaçon. L'action en concurrence déloyale a pour objet faire cesser un trouble de manière à empêcher la survenance

[314] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p518.

d'un dommage commercial, et donc, à protéger les intérêts commerciaux ou la propriété commerciale du demandeur. Cette analyse a été proposée par un courant qui considère que l'action sanctionnerait un droit de propriété, lequel ne serait autre que la propriété de la clientèle[315]. Cela sous entendrait que l'on puisse être propriétaire de la clientèle d'un fonds de commerce, de la même façon que l'on serait le propriétaire de marchandises dépendant de ce fonds. Ainsi, détourner la clientèle reviendrait par analogie à soustraire un bien corporel. Les tenants de cette analyse estiment que « *le fondement de l'action en concurrence déloyale est la protection dont bénéficie le commerçant sur son droit de propriété portant sur son fonds de commerce, dès lors toute atteinte à son droit de propriété sera vu comme une concurrence déloyale, car cela aboutirait à détourner la clientèle vers les concurrents* »[316] . S'opposant à ce qu'une action en concurrence déloyale puisse avoir pour objet de défendre un droit de propriété sur la clientèle, RIPERT écrit : « *obligé de subir la concurrence, 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. Cette action est fort curieuse* »[317] .

L'objet de l'action en concurrence déloyale reste donc controversé en l'absence de texte législatif. Faute de texte, c'est la jurisprudence qui a dû bâtir la théorie de la concurrence déloyale en la fondant sur l'article 1240 C. civ. qui réprime la faute. Rappelons que la faute ne consiste que dans la déloyauté des moyens mobilisés par le professionnel auteur de l'acte déloyal. Les tribunaux, une fois saisis, s'attachent faire cesser le trouble, au besoin sous menace d'astreinte.

---

[315] C. VIVANTE, « *Ia propriétà commerciale della clientela* », « Riv, di dir. commerc. », 1928, I, pp. 493 et ss.; Ancora della clientela, même Revue, 1930, I, p. 1.

[316] A. AL AKILI, « *Interprétation du droit commercial koweïtien,* », Tome 1, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1988 p. 161. Y. Arab. Le régime juridique de la concurrence déloyale en droit jordanien - recherche publiée sur le site WWW.HARABLAW.ORG. p.19.

[317] G. RIPERT, « *Aspects juridique du capitalisme moderne* », 2e éd., LGDJ 1951, n°86.et V. R. Le Moal, Contribution à l'étude d'un droit de concurrence, thèse, Rennes 1972, p. 162 et s.

Nous le voyons, l'action en concurrence déloyale est ici perçue comme un moyen de défendre la propriété de sa clientèle contre tout détournement au moyen de procédés déloyaux. Mais cette théorie recèle ses propres faiblesses. Peut-on en effet, revendiquer la propriété d'une chose aussi immatérielle et volatile qu'une clientèle par définition mobile et fugace ? Qui se déplace au gré de ses intérêts économiques. Comment la loi pourrait-elle garantir la propriété d'une clientèle[318] ? Il existe bien, dans certains cas, des avantages exclusifs garantis par la loi, comme un monopole d'exploitation (brevets, droits d'auteur), soit par l'usage exclusif de certains signes distinctifs (marques, etc.…). En dehors, il ne saurait y avoir de droit de propriété portant sur la clientèle.

En somme, l'action en concurrence déloyale ne défend pas à proprement parler une propriété de la clientèle *stricto sensu*, ce reviendrait à faire obstacle à la concurrence elle-même. La loi n'interdit que l'appropriation sauvage d'une clientèle au moyen de procédés déloyaux.

C'est également la position de la doctrine arabe qui estime que : « *le commerçant n'a pas le droit de propriété sur ses clients, cela supposerait qu'il ait le droit de les empêcher de traiter avec d'autres commerçants ou d'empêcher les commerçants de faire des affaires avec eux* »[319]. La clientèle n'est qu'une valeur fugace dans un patrimoine. Nul ne peut se dire réellement « *propriétaire* » d'une clientèle, c'est-à-dire d'hommes et de femmes : la clientèle n'est pas un bien matériel. À proprement parler, elle ne peut pas faire l'objet d'actes juridiques. Il ne saurait ainsi y avoir de *cession de clientèle*, tout au plus un contrat de présentation, totale ou partielle (à une clientèle déterminée), reportant la confiance du présentateur au présenté. Les clients sont libres de s'adresser au professionnel de leur choix. La fidélité est assurément une belle vertu, exigée entre cocontractants, mais point au-delà ! En définitive, les limitations délictuelles de concurrence ne sauraient être justifiées par la protection de la clientèle[320].

---

[318] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* ., p 520.
[319] I. Hassan. « *Droit des affaires* », Dar Ammar - Jordan - 1er éd. p 212.
[320] Ph. LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », Litec, 1998 p. 14.

En somme, l'action en concurrence déloyale sanctionne les agissements déloyaux pour capter une clientèle, et non le simple fait d'attirer la clientèle d'un concurrent. Dès lors qu'aucun moyen illicite n'a été utilisé.

L'action en concurrence déloyale ne requiert pas qu'un dommage ait été commis. En cas de dommage, une action en responsabilité civile pourra être menée en lieu et place d'une action en concurrence déloyale, le tout assortie d'une demande de dommages et intérêts dans les conditions prévues par la responsabilité civile (dommage, faute et lien de causalité)

2. L'action en responsabilité a pour objet de réparer un préjudice

45. Comme nous le soulignions plus haut, l'action en responsabilité civile diffère de l'action en concurrence déloyale en ce qu'elle constitue une action en réparation d'un préjudice.

a-Un préjudice du fait d'une atteinte à l'intégrité physique et morale d'une personne

Il s'agit ici d'une atteinte fautive à l'intégrité corporelle. La victime demande réparation du préjudice qui lui a été causé par suite d'une blessure, ou d'une injure, ou d'une diffamation, c'est-à-dire qu'il invoque une souffrance matérielle ou morale qui lui a été infligée de manière illicite par un tiers.

b-Un préjudice du fait d'une atteinte aux biens

Dans cette hypothèse c'est l'atteinte aux biens qui est visé et sanctionné. C'est par exemple l'hypothèse d'un incendie criminel contre une propriété, l'action en responsabilité sera engagée contre l'auteur du dommage pour atteinte aux biens du demandeur.

C. Le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale : sanctionner l'abus de droit en matière de liberté de concurrence et non le principe de la libre concurrence

Le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale doit être distingué de son objet. Nous venons de voir que par son objet, l'action en concurrence déloyale vise à faire cesser un comportement déloyal. Pourtant son soubassement juridique est de sanctionner tout abus en matière de liberté concurrentielle. L'abus de droit ainsi défini apparaît comme la forme exacerbée de la concurrence déloyale. Les deux notions doivent cependant être soigneusement distinguées (1). Par ailleurs, l'abus de droit lui-même peut revêtir des formes diverses (2) selon que l'on s'appuie sur la définition jurisprudentielle, ou sur celle développée par la doctrine qui a le mérite d'être plus précise.

1. L'abus de droit et la concurrence déloyale

46. L'abus de droit ne consiste pas en un simple comportement fautif, car déloyal (dénigrement, publicité comparative diffamatoire etc…), mais d'un exercice fautif de son droit à la concurrence. L'on s'attachera dès lors à tenter de distinguer le comportement déloyal et l'abus de droit, tous deux ayant pour point commun d'avoir créé un trouble commercial, sans qu'un dommage ne soit encore né. L'abus de droit et la concurrence déloyale sont très difficiles à distinguer. Par exemple lorsqu'un concurrent arrive à détourner une clientèle par une politique agressive marketing ou de prix, qui conduit à la faillite certains concurrents, a-t-il commis un abus de droit ou une concurrence déloyale ? Ainsi que l'écrit Roubier, « *si l'action ne peut être ramenée purement et simplement au cadre de l'action en responsabilité de l'article 1382*[321]*, [devenu aujourd'hui l'art.1240] c'est, avons- nous dit, parce que celui qui se sert de moyens*

[321] Devenus : « *C. civ., art. 1240 et C. civ., art. 1241* ».

déloyaux dans la concurrence commerciale part de la base d'un droit ; à la différence de celui qui, dans le cours ordinaire de la vie, cause un dommage à la personne ou aux biens d'autrui, il trouve au départ dans le droit à la libre concurrence un principe justificatif. Car n'est-il point vrai que, dans le jeu naturel de la concurrence, s'inscrit la possibilité de causer des dommages à autrui, soit que l'on parvienne par son habileté et son savoir-faire à capter une partie de la clientèle qui jusque-là se servait chez d'autres commerçants, soit que par un coup d'audace on décide de créer un établissement nouveau ou une succursale qui vienne accroître le nombre des concurrents sur une place déterminée, soit encore que, par des extensions de son commerce ou de son industrie à de nouvelles branches jusque-là tenues distinctes dans la vie économique, on opère une concentration de la clientèle autour d'une même affaire, etc... Il faut alors tracer la limite entre ce qui est permis, bien que dommageable, du fait de la présence d'un droit, et ce qui reste au contraire défendu »[322] .

Dans l'effort de distinction de l'abus de droit et de la concurrence déloyale, certaines doctrines arabes ont considéré que : « *la responsabilité sur les actes de concurrence déloyale est une sanction de l'abus de droit, cependant le commerçant a le droit de concurrence tant qu'il ne dépasse pas les limites établies par la loi, mais si la concurrence s'écarte de ce qui légalement prescrit, elle est considérée comme ayant abusé de son droit* »[323]. D'autres auteurs ont ajouté : « *qu'il n'est pas considéré comme ayant commis une faute délictuelle mais un abus de son droit* »[324]. D'après ces auteurs, pour sanctionner l'abus de droit ayant engendré un préjudice, tout en le distinguant de la concurrence déloyale, il suffirait d'y appliquer les règles de la responsabilité civile des articles 1240 et 1241. Ainsi il y'aurait deux hypothèses en cas de préjudice concurrentiel consécutif à un abus de droit :

---

[322] P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle,* p522.

[323] Chniyar Ahmad, La protection juridique des brevets, Dar université modern, En vue du droit de propriété intellectuelle, une étude comparée à la jurisprudence islamique, 2010.
., p .482.

[324] V. I. ABO-ALILE, La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, ., p. 459.

-soit l'abus de droit a été commis de manière intentionnelle ; il devra alors être traité comme un délit.

-soit l'abus a été causé par négligence ou imprudence, mais non de manière intentionnelle ; il devra être vu comme un quasi-délit. Ainsi des auteurs français écrivent : « *La question, doit être résolue simplement par l'application de la définition de la faute : celui qui exerce un droit avec le désir de causer un dommage commet une faute délictuelle ; celui qui, sans intention méchante, se comporte, en exerçant un droit, autrement que ne l'aurait fait un individu avisé, avec imprudence ou négligence, commet une faute quasi-délictuelle ; dans les deux cas, sa responsabilité se trouve engagée* »[325].

Cette solution nous paraît critiquable dans son esprit et inapplicable sur le terrain de la concurrence, car si on considère un professionnel qui crée une succursale dans une ville où se trouvent établis de longue des concurrents exerçant des activités identiques. Ce professionnel a évidemment comme projet de détourner leur clientèle à son profit. Supposons qu'il y parvienne. Si l'on suit le raisonnement des auteurs cités plus haut, cela signifierait qu'il a commis un quasi-délit puisqu'il n'a pas usé de moyens déloyaux. Il a simplement exercé sa liberté d'entreprendre. Il devrait tout de même être sanctionné au titre de la responsabilité civile alors qu'au regard du droit de la concurrence, il n'a commis aucune faute, ni même un quasi-délit ? L'on mesure clairement l'erreur d'analyse commise par d'éminents auteurs : avoir défini la responsabilité uniquement à l'aune des articles 1240 et 1241 du Code civil. Or l'élément moral qui caractérise tout acte intentionnel ne peut être apprécié de la même manière, selon que l'auteur du dommage agit dans l'exercice ou hors de l'exercice d'un droit. Ici un professionnel dispose de la liberté d'attirer à lui la clientèle de ses concurrents, y compris lorsque cela nuit à ceux-ci. Que ses initiatives commerciales soient intentionnelles, cela est évident. Pour autant, cette intentionnalité ne saurait générer par elle-même une responsabilité quelconque.

[325] H. et L. MAZEAUD, « *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* », paris, 1957., t. I [er], n°547, 4[e] éd., PP. 518 et ss.

2. Les différentes définitions de l'abus de droit

a-La définition doctrinale : deux principaux types d'abus de droit

47. A la lumière des développements précédents, on peut retenir deux principaux types d'abus de droit : l'intention de nuire objective (c'est-à-dire sans chercher à tirer profit des atteintes causées à autrui) et le détournement de la loi à des fins autres que celles pour lesquelles elle a été adoptée. Cette approche a été bien décrite par Josserand[326] **,** même s'il note lui-même qu'il existe plusieurs conceptions possibles de l'abus des droits, mais qu'il était utile d'en dresser les deux principales formes : l'intention exclusive, ou tout au moins principale de nuire au titulaire du droit ne se préoccupant point de la satisfaction de ses propres intérêts ou ne s'en préoccupant que très accessoirement, et cherchant surtout à exercer une vexation vis-à-vis d'autrui. L'autre, qui consisterait à détourner le droit à des buts étrangers à ceux pour lesquels le législateur les avait envisagés.

Il est à souligner que pour cet auteur, la concurrence déloyale est une modalité d'abus de droit.

b-La définition jurisprudentielle

48. Elle souffre de la comparaison avec la définition doctrinale précédente du fait notamment de son imprécision. Ainsi, l'arrêt du 22 octobre 1985 de la Cour de cassation, au visa des lois des 2 et 17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que des articles 1382 et 1383 du code civil (devenus C. civ., art. 1240 et C. civ., art. 1241), juge que « *si la libre recherche de la clientèle est de l'essence même du commerce, l'abus de la liberté au commerce causant, volontairement ou non un trouble commercial, constitue un acte de concurrence déloyale ou illicite* »[327] . On le voit, la Cour de cassation ne définit pas l'abus de droit, se

[326] JOSSERAND, Louis. « *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits* ». Dalloz, 1939."

[327] Cass. com., 22 oct. 1985, no 83-15.096, Bull. civ. IV, no 245, D. 1986, I.R., p. 339, obs. Y. Serra, Rapp. C. cass. 1985, p. 110.

contentant d'en évoquer une modalité. Notons par ailleurs que la Haute cour a intégré les articles de la responsabilité civile, et que l'abus de droit est ici envisagé dans l'hypothèse où il crée non pas un dommage, mais un trouble commercial qui pourrait engendrer un préjudice. Ce faisant, la Cour de cassation assimile l'abus de droit à la concurrence déloyale.

L'abus de droit est celui qui cause volontairement ou non un trouble commercial. Ce qui n'a pas emporté l'adhésion de la doctrine, notamment sur la question de l'assimilation de l'abus de droit à la concurrence déloyale dont elle ne serait qu'une forme exacerbée[328]. Un auteur conteste qu'une action en concurrence déloyale puisse avoir pour objet de faire sanctionner un abus de droit fondé sur l'intention de nuire. Cela au motif que ladite intention serait consubstantielle à la concurrence. Ainsi que l'écrit un auteur : « *les dispositions d'une action en concurrence déloyale ne peuvent être considérées comme mettant en œuvre les critères retenus dans la théorie de l'abus de droit, en particulier l'intention de nuire. Celle-ci ne peut conduire à sanctionner une concurrence déloyale, car l'intention de nuire est au cœur de la liberté de concurrence* »[329] . Un autre auteur estime que dans la mesure où l'abus de droit relève du régime de la responsabilité civile.

A la lumière tout ce qui précède, l'abus de droit peut être défini comme un comportement fautif volontaire, guidé par la seule intention de nuire, (car aucun bénéfice n'est recherché pour soi-même) en détournant la loi et les règlements, à des fins autres que ceux pour lesquels ils ont été adoptés.

Conclusion du chapitre

Au terme de ce chapitre, on peut affirmer que l'action en concurrence déloyale a fini d'acquérir son autonomie juridique vis-à-vis de l'action en responsabilité civile. On peut se fonder sur deux critères pour étayer cette affirmation : l'objet et le fondement juridique.

[328] M. Chagny (dir.), Lamy Droit économique 2019, n°3391.
[329] Z. AL-SAFFAR, La concurrence déloyale de la propriété industrielle., p. 127.

Par son objet, l'action en concurrence déloyale vise à faire cesser un trouble commercial né d'un comportement déloyal, y compris en l'absence de tout préjudice, alors que l'action en responsabilité vise à réparer un préjudice.

D'autre part, le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale est la sanction de tout abus de droit en matière de liberté concurrentielle. L'bus de droit a été en effet définie par la doctrine comme la forme la plus aboutie du comportement déloyal. En ce que la notion emporte nécessairement l'intention de nuire.

Conclusion du titre I

Cette autonomie juridique est l'aboutissement d'une construction jurisprudentielle qui a d'abord fait l'objet d'une forte opposition de la doctrine. Un courant minoritaire a avant tout estimé, non sans raison, que l'objet des deux actions étant différent comme nous venons de le rappeler, l'on ne pouvait dès lors classer l'action en concurrence déloyale au rang des actions en responsabilité. Mais la majorité de la doctrine a fini par se ranger à l'analyse de la jurisprudence, d'autant plus qu'il arrivait très souvent que les comportements déloyaux génèrent un préjudice.

L'action en concurrence déloyale se voit ainsi consacrée comme un moyen de protection des créations immatérielles, au même titre que l'action en contrefaçon qu'elle vient compléter comme nous le verrons dans la deuxième partie de notre thèse.

Mais il faudrait avant tout étudier la mise en œuvre concrète de l'action en concurrence déloyale (Titre II).

Titre II : Les conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale a été construite en partant des règles du droit de la responsabilité civile. Mais elle s'en distingue par le fait que la première vise à faire cesser un trouble commercial né d'un comportement déloyal, y compris en l'absence de tout préjudice. Alors que l'objet de l'action en responsabilité vise à réparer un préjudice.

Il est remarquable que l'autonomie juridique ainsi acquise de l'action en concurrence déloyale, soit le fruit d'une œuvre jurisprudentielle à laquelle s'est d'abord résolument opposée une partie de la doctrine quoique minoritaire. Au motif non dénué de pertinence, que l'action en concurrence déloyale ne pouvait être classée au rang des actions en responsabilité en raison de la différence d'objet avec celles-ci. Mais l'approche jurisprudentielle a fini de s'imposer d'autant plus qu'il arrivait fréquemment que les comportements déloyaux génèrent un préjudice.

L'étude de la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale commande d'en rechercher d'abord les faits générateurs (Chapitre I), ce qui permettra par ailleurs, de mieux délimiter l'action en concurrence déloyale de l'action en contrefaçon (Chapitre II)

Chapitre I : La caractérisation du fait générateur de l'action en concurrence déloyale

49. La diversité des actes susceptibles de caractériser la concurrence déloyale est telle qu'en dresser une liste exhaustive relève de la gageure. Chez les juristes français, le doyen Roubier fut le premier à s'y essayer en 1952[330]. Distinguant ainsi la confusion avec une société concurrente, le dénigrement et la critique excessive d'une entreprise concurrente, la désorganisation interne d'une entreprise rivale et la désorganisation générale du marché.

En 1956[331], M. Saint-Gal ajouta à cette liste la notion de parasitisme en distinguant la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires, complétant par là-même une typologie qui allait constituer l'ossature de celle qui a encore cours aujourd'hui.

D'autres auteurs ont tenté d'établir leur propre classification en vue de corriger le cadre fixé par Roubier et M. Saint-Gal. Au motif que cette typologie était inopérante du fait qu'elle distinguait des actes de même nature, tels le parasitisme et la confusion lesquels relèveraient tous deux du parasitisme de l'investissement et de la notoriété d'autrui. Ils ont alors proposé la typologie des faits de concurrence déloyale fondée sur le parasitisme économique, la désorganisation de l'entreprise rivale, la publicité et enfin la violation de la concurrence interdite aux employés et aux anciens salariés[332], suggérant l'idée que le parasitisme était à la base de tout acte déloyal.

Postulat qu'un autre auteur en l'occurrence le Professeur Le Tourneau assume clairement. Lui voit en effet dans tout acte de concurrence déloyale, une concurrence parasitaire. Celle-ci consiste en un comportement destructeur de l'avantage concurrentiel d'autrui lorsqu'il s'agit de la désorganisation et du dénigrement, et en un comportement

[330] P. ROUBIER, *La concurrence déloyale de la propriété industrielle,* t.1, , p. 308 et s.
[331] Y. Saint-Gal, « *Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires* », RIPIA, 1957, p. 19.
[332] André BERTRAND, « *Le droit français de la concurrence déloyale* », Cédat, Paris, 1998, p. 14.

assimilateur de l'avantage concurrentiel d'autrui lorsqu'il s'agit de l'utilisation de la réputation, des efforts intellectuels et des investissements d'un concurrent[333].

Au total, de nos jours, la doctrine française dominante retient 4 types d'actes de concurrence déloyale : les actes de confusion, les actes de concurrence parasitaire, les actes de dénigrement et les actes de désorganisation.

50. En droit koweitien, la concurrence déloyale est une notion connue depuis la moitié du XX[ème] siècle. La jurisprudence et surtout la doctrine, inspirées des droits égyptien et français, ont adopté la classification des actes de concurrence déloyale proposée par le doyen Roubier[334]. Même si la doctrine reconnaît que les formes de concurrence déloyale, sont non seulement diverses mais évoluent en permanence de sorte qu'il est impossible d'en dresser une liste exhaustive. Cela explique que d'autres auteurs aient choisi de dépasser l'idée même de classification des actes de concurrence déloyale[335]. Cependant pendant près d'un siècle, c'est la classification du doyen Roubier qui était prise en compte par la doctrine. A l'exclusion de la notion concurrence parasitaire théorisée par M. Saint-Gal ostensiblement ignorée par la jurisprudence et la doctrine koweitiennes.

La notion de concurrence déloyale, en droit koweitien a longtemps été le fruit d'une construction prétorienne, comme c'est d'ailleurs le cas en droit français et égyptien, encore

[333] Philippe LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », Litec, Paris, 1998, p. 27 et s.
[334] V. Cass, civ. 25 juin 1959, affaire n° 62/25 : Les arrêts de la cour de cassation, année 10, t. 2, p. 505 : Cass civ. 22 décembre 1986, affaire n° 2274/55 : Les arrêts de la cour de cassation, année 37, t. 2, p. 1016. V. aussi T. AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.22. ; I. ABO-ALILE,. ., p.248 . A. AL AKILI, Interprétation du droit commercial koweïtien, , p. 286. ; Ali SAYED KASSEM, « *Droit des affaires* », t. 1, Dar Alnahda Alarabeya, le Caire, 1997, p. 315 et s. ; Abbas MOSTAPHA ALMASRI, Le droit commercial - la théorie générale, , p. 137 et s. ; Sarwat HABIB, « *Interprétation du nouveau droit commercial* », t. 1, Maktabette Algalaa Algadida, le Mansoura, 2000, p. 369 et s.
[335] Mohsein CHAFIK, Alwassit : « *Du droit commercial égyptien* », t. 1, Dar Alnahda Alarabeya, le Caire, 4[ème] éd., 1962, P. 216 et s. L'auteur évoque la reproduction, l'imitation ou l'usurpation des marques commerciales, des noms commerciaux, des dessins et modèles industriels ou des brevets d'invention - la tentative de créer une confusion entre les entreprises - la destruction ou la détérioration de la publicité d'autrui - la diffusion de fausses informations sur autrui - l'incitation des salariés d'autrui à faire grève ou à quitter le travail.V. Aussi, D. SALAH, *La concurrence déloyale : étude comparative du droit français et droit égyptien*. Thèse de doctorat. Montpellier I, 2003, p. 10.

aujourd'hui. Puis en 1996, le législateur koweitien a fixé le régime juridique de la concurrence déloyale, à l'occasion de l'adoption du nouveau code de commerce, notamment au travers du nouvel article 60 bis (a) dudit code. C'est celui-ci qui a pour la première fois utilisé l'expression *concurrence déloyale*. L'article 60 bis (a) propose une définition générique de la concurrence déloyale qui permet de l'appréhender dans tous ses aspects et dont la teneur est la suivante : « *Il est interdit d'entreprendre tout acte de concurrence déloyale. Est considéré acte de concurrence déloyale, tout acte qui est délibérément commis par un commerçant en violation des coutumes ou des principes observés dans les transactions commerciales au Koweït et susceptible de détourner les clients d'un commerçant concurrent, de porter atteinte à ses intérêts ou d'entraver la liberté du commerce en restreignant ou en évitant la concurrence déloyale dans le domaine de la production ou de la distribution de marchandises ou Services au Koweït* ».

Il est remarquable que législateur koweitien n'ait pas procédé à une classification des actes de concurrence déloyale, sans doute conscient de la difficulté de la tâche. Il a préféré recourir à un critère général qui permet d'apprécier de manière globale le caractère déloyal ou non de l'acte de concurrence : il s'agit de la transgression des coutumes ou des principes établis dans les relations commerciales. Une telle position présente l'avantage de donner une liberté d'appréciation aux juges qui selon les circonstances seront mieux à même de caractériser ou non une concurrence déloyale. Cette marge d'appréciation est cependant relative puisque le législateur oriente la réflexion du juge grâce à l'usage d'expressions telle que : « *notamment* ».

51. Après ce bref historique de la genèse et de l'évolution de la notion de concurrence déloyale, il est temps d'en étudier les formes selon deux approches complémentaires : lorsque

les actes ont visé les actifs immatériels de l'entreprise (section 1), ou lorsqu'ils ont porté atteinte à la personne morale elle-même (section 2).

Section 1 : La concurrence déloyale visant les actifs immatériels

Il existe deux types d'actes de concurrence déloyale visant les actifs immatériels : ceux qui induisent une confusion (§1) et ceux qui engendrent du parasitisme (§2).

§ 1 : La confusion : les divergences d'approche entre la France et le Koweït

52. La Convention d'Union de Paris dans son article 10 bis al. 3, classe la confusion au 1er rang des actes interdits au titre de la concurrence déloyale. Il prohibe ainsi : « *tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle d'un concurrent* »[336]. De son côté, la jurisprudence française considère que la concurrence cesse d'être loyale et engage la responsabilité pour faute de son auteur lorsqu'elle est « *faussée par des procédés ou des manœuvres destinés à jeter la confusion dans l'esprit de la clientèle* »[337].

Dans la panoplie des actes de concurrence déloyale, la volonté de créer une confusion dans l'esprit des clients est la plus répandue. Le concurrent malintentionné a en effet une propension naturelle à vouloir profiter du succès de son rival en créant une confusion dans l'esprit de la clientèle.

[336] Le Koweït a ratifié la Convention d'Union de Paris de 1883 par la loi n°37 de 2014. Texte entré en vigueur, le 2 décembre 2014.
[337] CA Lyon, 23 janv. 1979, Korczack c/ Sté Mirima : D. 1980, IR, p. 127.

De fait, la jurisprudence est très stricte en présence d'un acte volontaire de confusion, puisqu'elle sanctionne un simple risque de confusion lorsque celui-ci est avéré. Mais il se posera dans ce dernier cas la question de la preuve que devra alléguer la victime potentielle d'une confusion qui n'est que potentielle. Et donc de l'identification des victimes potentielles. Pour résoudre ce problème, la jurisprudence a recours à un personnage fictif représentant le consommateur moyen, normalement intelligent et attentif. Parfois, elle se réfère à la clientèle moyenne qui n'a pas les deux produits simultanément sous les yeux[338].

La confusion est souvent créée par la copie servile[339]. Celle-ci permet à l'opérateur économique de profiter du courant d'affaires qui existe en faveur d'un de ses rivaux en créant une confusion dans l'esprit de la clientèle. Il existe deux moyens distincts de copier : la reproduction et l'imitation.

La reproduction -*appelée parfois reprise directe de prestation*- consiste dans l'usage direct du résultat matériel du travail d'autrui sans déployer une activité réelle[340]. Il s'agit d'une « *reproduction pure et simple* »[341].

En revanche, l'imitation est définie comme : « *la technique qui permet de se rapprocher de l'emballage ou du produit de référence sans toutefois le reproduire* »[342]. Elle implique donc une activité réelle de la part du copieur qui doit y consacrer de réels efforts et des moyens parfois conséquents pour pouvoir réaliser la copie[343].

---

[338] J.-J Burst, *« Concurrence déloyale et parasitisme »,* p.14.
[339] V. J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*. p. 115. « *C'est sans doute l'un des cas les plus fréquents de concurrence déloyale. De la jurisprudence très abondante, il ressort que les actes d'imitation plus ou moins serviles, tendant à créer une confusion dans l'esprit de la clientèle, constituent un des moyens classiques pour un commerçant de profiter de manière illégitime de la réputation de son concurrent, en captant une partie de la clientèle de ce dernier* ».
[340] Eric GOLAZ, « *L'imitation servile des produits et de leur présentation* », Droz, Genève, 1992, p. 46.
[341] Cass. com., 22 octobre 2002 : PIBD 2003, 764.111.278 -. V° également : CA Paris, 5 janvier 2000 : PIBD 2000, 696.1I1.213 – CA paris, 13 octobre 1999 : PIBD 1999. 688.111.546 -CA Paris ,10 septembre 1999 : PIBD 1999.687.111.513.
[342] Florence LASSERRE-JEANNIN, « *L'acte de concurrence déloyale* », p. 129.
[343] Eric GOLAZ, L'imitation servile des produits et de leur présentation : étude comparée des droits français, allemand, belge et suisse, p. 45.

La distinction entre reproduction et imitation ne fait donc pas débat car d'une part, la reproduction pure et simple est facile à caractériser. Tandis que l'imitation en principe plus élaborée, nécessite que la similitude soit suffisante pour qu'un réel risque de confusion puisse être établi[344]. Ajoutons que c'est cette distinction qui permet d'affirmer que l'acte de confusion repose systématiquement sur l'imitation et non sur la simple reproduction[345]. Même si les tribunaux français conservent une tendance á assimiler imitation et reproduction.

53. Ce problème ne se pose pas en droit koweitien. Car la doctrine koweitienne et plus généralement arabe, opère une nette distinction entre la simple reproduction vue comme une « *copie identique* », et l'imitation qualifiée de : « *copie similaire* »[346]. Il nous faut cependant souligner que cette distinction ne concerne que le domaine de la contrefaçon. En matière de concurrence déloyale c'est le terme d'imitation[347] qui est utilisé, tout comme en droit français. Est ainsi visé le fait d' : « *imiter les biens et produits d'autrui en termes de forme, de couleur ou de spécifications* »[348].

De plus, parmi les actes de concurrence déloyale énumérés par l'article 54, figure l'interdiction au terme de laquelle : « *le commerçant ne peut publier de fausses informations relatives à l'origine, la description ou l'importance de ses marchandises, ni se rendre coupable de fausse déclaration tendant à faire croire qu'il a obtenu un certain rang ou certificat, ni recourir à toute autre méthode impliquant la confusion, sinon il sera redevable d'une indemnisation* ».

[344] Cass. com., 14 nov. 1972: JCP 1972, éd. G, IV, p. 300.
[345] Florence LASSERRE-JEANNIN, « *L'acte de concurrence déloyale* », p. 129.
[346] T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , p.32.; I. ABO-ALILE, La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé, p.198. Mohamed BAHGATTE ABD ALLAH KAYED, Le droit commercial, Dar Alnahda Alarabeya, le Caire, 3ème éd., 2001-2002, p. 439 et s. ; Sarwat HABIB, Interprétation du nouveau droit commercial, p.447 et s.
[347] A. AL AKILI, Interprétation du droit commercial koweïtien, , p. 282. V aussi M. CHAFIK, p. 216, qui parle de la reproduction et de l'imitation.
[348] T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , p.34.

Par ailleurs l'article 60 (a). 4 prohibe : « *tout acte ou prétention susceptible de créer une confusion le marché avec l'intention de nuire à un ou plusieurs commerçants.* ».

54. Au total, le seul fait de copier des objets non protégés par un droit privatif n'entraîne pas automatiquement une condamnation en vertu des principes de la liberté du commerce et de l'industrie, et de la liberté de la concurrence. Toutefois, au nom d'un autre principe, celui de loyauté qui complète les deux principes évoqués *supra*, la reproduction ou l'imitation d'un produit même tombé dans le domaine public, dans des conditions susceptibles de créer une confusion ou un risque de confusion avec le produit copié constitue un acte de concurrence déloyale. Ainsi : « *la liberté de copier prend fin où commence le risque de confusion* »[349].

A cet égard, la doctrine française relève que : « *l'imitation ne semble devenir critiquable que lorsqu'elle est d'une part plate et servile, dépouillée de tout apport personnel, de toute originalité et lorsqu'elle constitue d'autre part un emprunt, un plagiat tendant à confondre le public* »[350].

Après cette approche terminologique, il nous reste à examiner l'objet de l'acte de confusion qui vise les actifs immatériels. Tant en droit français que koweitien, la confusion peut viser soit l'entreprise elle- même (A) ou ses produits et services (B).

A. La confusion visant les actifs de l'entreprise

Lorsqu'il vise l'entreprise, l'effort d'imitation peut porter soit sur ses signes distinctifs (1), soit sur sa présentation (2), voire sur sa publicité (3).

[349] J. PASSA, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », , p. 11.
[350] Roger LE MOAL, « *Imitation servile des produits et de leur présentation matérielle* », Juris-Classeur conc, cons., fasc. 180, p. 2.

1. L'imitation des signes distinctifs de l'entreprise

55. Les signes distinctifs qui permettent de désigner une entreprise sont la dénomination ou la raison sociale, le nom commercial et l'enseigne. A défaut de dépôt à titre de marque, et par application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, chaque commerçant a le droit d'utiliser tout signe non protéger. Cette liberté n'est toutefois pas absolue ; l'utilisation du signe distinctif ne devant pas engendrer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle avec une entreprise rivale. La jurisprudence française met ainsi à la charge de chaque commerçant, l'obligation de s'assurer que le signe distinctif n'est pas utilisé par un concurrent avant l'exploitation de tout signe distinctif, y compris non protégé[351].

Dans le cas contraire, son auteur pourrait voir engagée sa responsabilité sur le terrain de l'action en concurrence déloyale. Cela a été illustré par un arrêt de la cour d'appel de Paris qui a condamné une société sur le fondement de la concurrence déloyale pour avoir utilisé l'enseigne d'une société concurrente. La Cour a ainsi relevé qu': « *en effet, employée dans le cadre d'activités commerciales identiques se rapportant aux matériels de travaux publics, l'enseigne JCB apposée par la Sté Central Parts, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de ses locaux, révèle de sa part la volonté de créer une confusion dans l'esprit du public* »[352].

Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a approuvé un arrêt d'appel ayant jugé qu'une commerçante, en adoptant une enseigne sans s'assurer préalablement qu'elle pouvait le faire sans nuire à autrui, avait commis une faute d'autant plus grave que ce comportement avait eu pour effet de tromper la clientèle d'une entreprise concurrente en les laissant croire qu'il existait un lien entre elle et la commerçante fautive[353].

---

[351] CA Paris, 28 janv, 2000, Sté Editions françaises historiques et scientifiques c/ Sté Librairie Pages d'Histoire : D. 2001, somm. p. 470, obs. Sylviane DURRANDE, pour le dépôt à titre de marque d'un même signe que celui utilisé antérieurement comme dénomination sociale.
[352] CA Paris, 8 avril 1998, Sté JCB c/ Sté Central Parts : CD Rom D. Aff., mots-clés : concurrence déloyale.
[353] Cass. com., 7 avril 1992, Melle Bourgain et autres c/ Sté Barbara : Bull. civ. IV, n° 152, p. 107.

La jurisprudence française est d'autant plus stricte que les signes distinctifs de l'entreprise bénéficient en droit français d'une protection légale contre toute confusion. Par exemple, l'article L. 711-3 du CPI interdit l'adoption comme marque de tout signe portant atteinte a des droits antérieurs, tels une dénomination ou raison sociale, un nom commercial ou une enseigne, dès lors qu'un risque de confusion peut exister dans l'esprit du public.

Cela illustre ce que nous soulignions plus haut à savoir que le simple risque de confusion peut entraîner le retrait de la marque et l'allocation de dommages et intérêts au titulaire du signe. Y compris lorsque la confusion ainsi induite est manifestement involontaire[354]. Dans certains cas, la confusion ne s'exerce que sur une partie des produits et services. Ainsi lorsque la marque litigieuse est déposée pour des produits ou services dont seuls certains sont communs avec ceux du titulaire de l'antériorité, l'annulation sera alors distributive[355].

56. En droit koweitien, la protection des signes distinctifs de l'entreprise est principalement assurée par la voie de l'action en concurrence déloyale, excepté pour ce qui est du nom commercial qui bénéficie d'une protection spécifique. La doctrine koweitienne et la doctrine arabe dominante considèrent également que l'imitation ou l'emploi d'une dénomination sociale, d'un nom commercial ou d'une enseigne d'un concurrent constitue une concurrence déloyale lorsqu'elle est de nature à produire une confusion dans l'esprit du public[356].

---

[354] Sylviane DURRANDE, obs. sous CA Paris, 28 janv. 2000, Sté Editions françaises historiques et scientifiques c/ Sté Librairie Pages d'Histoire, préc.

[355] CA Paris, 28 janv. 2000, Sté Editions françaises historiques et scier d'Histoire, préc.

[356] *A. ALMASRI,* Le droit commercial - la théorie générale, *., p.137. H. ALMASRI, Le Droit du commerce koweitien, ., .P 311. « Et parmi les actes de concurrence déloyale se trouve tout acte qui implique une attaque contre un élément du fonds du commerce, lorsque les clients s'appuient sur cet élément dans leurs relations avec le fonds du commerce, comme l'agresseur utilisant le nom commercial ou une dénomination innovante qui ne lui appartient pas, car cela entraîne une confusion parmi les fonds du commerce et entraîne une confusion parmi les clients* ».

57. À ce stade de notre étude, il est utile de rappeler que l'existence d'un risque de confusion susceptible de déclencher une action en concurrence déloyale, suppose bien entendu que les parties soient en situation de concurrence. Tant en droit français qu'en droit koweitien. Il en résulte que les signes distinctifs doivent être utilisés dans des secteurs d'activités identiques ou similaires, par des entreprises offrant des produits ou services analogues ou substituables ; c'est ce que le droit français nomme : « *principe de spécialité* » de l'action en concurrence déloyale. À cet égard, la jurisprudence française rappelle que : « *l'action en concurrence déloyale exercée par un commerçant contre un autre qui fait usage du même nom, exige que les entreprises soient en situation de concurrence, c'est à dire qu'elles exercent leur activité dans le même domaine de spécialité* »[357]. C'est ainsi que la société « *Sony* » a été déboutée de son action en concurrence déloyale contre l'exploitant de la dénomination « *Sony Coiffure* », car les activités des deux parties étaient distinctes[358].

58. Toutefois, il arrive que les tribunaux français s'écartent du *principe de spécialité*, pour protéger des signes notoirement connus, en interdisant leur imitation à des personnes qui ne sont pas en situation de concurrence avec le titulaire dudit signe distinctif[359]. La doctrine va dans le même sens, estimant que *« plus l'entreprise est notoire, plus son champ de protection, s'étend. La protection ne s'étend pas seulement géographiquement. Elle s'étend à toute activité qui risquerait de lui être rattachée, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une activité concurrentielle* »[360].

---

[357] CA Paris, 28 mars 1989 : PIBD 1989, III, p. 534 ; CA Paris, 12 juin 1995 : PIBD 1995, III, p. 427 ; CA Colmar, 13 fév. 1996, Sté E. et P. Mittnacht Wistub Suzel c/ Suzel : D. 1998, somm., p. 222, obs. Yves SERRA.
Cass. com., 13 déc. 2005 : JurisData n° 2005-031317. – CA Paris, 4 déc. 2008 : JurisData n° 2008-378369, imitation fautive des signes distinctifs d'une entreprise concurrente dans le même secteur d'activité. – CA Paris, 26 avr. 2007 : JurisData n° 2007-334520, pour retenir le risque de confusion, « *encore faut-il que les activités soient similaires* ».

[358] TGI Paris, 17 mai 1991, Sté Sony c/ Sonia Schmitt « *Sony Coiffure* » : RDPI 1991, n° 37, p. 67.

[359] V. Cass. com., 27 mai 1986, Sté Charles of the Ritz et autre c/ Sté Ritz (Paris) et autre : D. 1986, jur., p. 526, note Sylviane DURRANDE, invoquant l'abus de droit comme limite à la règle de spécialité.

[360] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit interne de la concurrence* », , p. 122.

Le risque de confusion suppose par ailleurs que le signe distinctif présente une certaine originalité, l'on parle aussi de distinctivité. En conséquence, l'action en concurrence déloyale ne peut avoir pour fondement de revendiquer ou d'obtenir un monopole d'exploitation sur un signe générique, usuel ou descriptif[361]. En droit koweitien, cette condition n'est pas souvent exigée par la doctrine, ce que nous regrettons.

Il convient de souligner qu'en droit français lorsque le signe est adopté en tant que nom commercial, sa protection s'étend sur l'ensemble du territoire national[362], alors que s'agissant d'une simple enseigne, la protection se limite aux secteurs où s'étend sa renommée[363]. C'est ainsi qu'un commerçant de Lyon a été condamné sur le fondement de la concurrence déloyale pour avoir utilisé comme enseigne le nom d'une boutique parisienne de réputation nationale et vendu les mêmes articles que proposait cette dernière[364].

59. Le signe distinctif peut être constitué par le nom patronymique de son utilisateur. A cet égard, il est de principe en droit français, qu'il est libre pour quiconque de faire usage de son nom patronymique dans le cadre de ses activités commerciales. On ne peut en effet interdire à une personne `d'user de son patronyme pour exercer une activité commerciale, au seul motif qu'un concurrent exploite déjà un commerce identique sous le même nom. Cependant, l'utilisation de son nom par le second homonyme ne doit pas porter atteinte aux droits du premier ; elle ne doit être ni déloyale ni frauduleuse. C'est ce qui a été jugé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui a considéré que : « *s 'il est vrai que l'utilisation de ses noms et prénoms à des fins publicitaires est ouverte à tout commerçant, encore faut-il que ce droit s'exerce d'une façon loyale, sans entraîner dans l'esprit des clients une confusion avec d'autres entreprises*

[361] André BERTRAND, « *Le droit français de la concurrence déloyale* », p. 75.
[362] CA Paris, 26 févr. 1997 : PIBD 1997, III, p. 365.
[363] CA Paris, 18 mai 1974 : PIBD 1974, III, p. 408.
[364] CA Lyon, 25 mai 1976, Sté Le Corset Huguette c/ Sté Jean Dayme : JCP 1977, éd. G, IV, p. 43.

»[365]. Afin d'éviter toute poursuite sur le fondement de la concurrence déloyale, il est ainsi conseillé à tout commerçant qui se trouverait dans une telle situation d'adopter un élément de différenciation : par exemple par l'ajout du prénom ou de toute autre mention susceptible d'éviter la confusion[366].

Il est utile de rappeler que ce droit à l'usage du nom ne concerne que les personnes physiques, il ne peut être invoqué pour justifier l'utilisation du nom par une personne morale au titre de sa dénomination sociale lorsqu'une autre société utilise une dénomination voisine pour un commerce similaire. Ainsi, bien qu'associé au prénom Michel, l'adoption du patronyme « *Périgault* » en guise de dénomination d'une société a été sanctionnée au titre de la concurrence déloyale car jugée susceptible de créer une confusion avec une société concurrente[367]. En outre, dans certains cas même en cas de différenciation lorsque l'usage du nom est réalisé de mauvaise foi dans l'unique but de provoquer une confusion ou de profiter de la notoriété acquise par l'utilisateur initial, la jurisprudence considère ce comportement comme déloyal et interdit cet usage au second utilisateur[368].

En droit koweitien, le législateur impose que le nom personnel du commerçant soit un élément principal dans son nom commercial[369]. Lorsqu'il existe une homonymie entre le nom personnel et un nom commercial déjà utilisé, le législateur exige l'ajout d'un critère distinctif de manière à éviter toute confusion[370]. En particulier, lorsque le commerçant est une personne physique dont le nom commercial est constitué de son nom et prénom, et que ce nom devient

[365] CA Lyon, 25 mai 1976, Sté Le Corset Huguette c/ Sté Jean Dayme : JCP 1977, éd. G, IV, p. 43.
[366] Cass, com., 17 oct. 1984, Sté Sibo et autre c/ Dame Siboni : D. 1985, jur., p. 396, note Yves SERRA.
[367] Cass, com., 15 juin 1993, Sté Bois de Saint-Malo et autre c/ Sté Jean Périgault : Gaz. Pal. 1993, 1, pan. p. 260.
[368] Cass com., 12 févr. 2002, Darrès et autre c/ Sté Locam et autre : JCP 2002, éd. E, nº 12, pan. rapide p. 502.
[369] L'article 47 (1) de la loi n°68/1980 relative aux noms commerciaux.
[370] L'article 48 de la loi n°68/1980 relative aux noms commerciaux.

son nom commercial et un élément moral de ses éléments, mais il est important d'utiliser un nom unique dans le but d'empêcher une confusion dans l'esprit de la clientèle [371].

Malgré cette prescription légale, la Cour de cassation entend préserver le droit de tout commerçant d''utiliser ses nom et prénom en guise de nom commercial en vue d'exploiter son fonds de commerce. Estimant qu'il serait injuste de lui interdire d'adopter un nom commercial inspiré de son nom civil sur la seule considération d'une ressemblance avec un autre nom commercial[372].

En conclusion, il faut souligner que la distinction entre personne physique et personne morale opérée par le droit français concernant le droit à l'usage du nom, n'existe pas en droit koweitien. Ce qui de notre point de vue est la porte ouverte à des abus potentiels du droit à l'usage de son nom patronymique susceptibles de créer des confusions volontaires ou non. En effet, ne pas imposer l'adoption d'un critère distinctif à une personne morale qui entend faire usage d'un nom patronyme déjà utilisé, représente une grave erreur qui gagnerait à être réparée par le législateur koweïtien. Car la confusion potentiellement induite dans l'esprit de la clientèle pourrait en toute légalité causer un préjudice commercial, notamment en cas de mauvaise foi de son auteur.

2. L'imitation de la présentation de l'entreprise

60. De nos jours, les entreprises rivalisent d'ingéniosité pour se différencier de la concurrence non seulement par des éléments visuels extérieurs, mais aussi par des agencements et des décorations internes.

[371] H. ALMASRI, *Le Droit du commerce koweitien.* p.347.
[372] C. CASS kW., 6 Juin 1984, n°172 années 83.

Lorsque l'imitation frauduleuse concerne l'architecture intérieure de l'entreprise, les tribunaux français accueillent l'action en concurrence déloyale sous réserve que l'architecture imitée rappelle clairement l'entreprise victime au point de créer une confusion dans l'esprit de la clientèle[373]. Comme l'écrit une auteure : « *Le fait d'imiter la décoration de l'établissement d'un concurrent peut être constitutif d'un acte de concurrence déloyale, Cependant, la décoration ne doit pas être banale, car autrement, l'action sera vouée à l'échec. Cette solution a été rappelée dans une affaire mettant en cause l'ordre des pharmaciens et les sociétés exploitant des espaces de vente dédiés à des produits parapharmaceutiques, dans des galeries marchandes* »[374].

De son côté, la doctrine koweitienne et arabe en général se focalise sur l'imitation de l'aspect extérieur d'une entreprise concurrente, dès lors qu'il entraîne une confusion. La confusion peut en effet également consister à donner à son établissement un aspect extérieur similaire à l'établissement concurrent. Ce qui lui fera encourir une condamnation à la condition que cette similitude entraîne une confusion entre les deux établissements. Ce qui n'est pas toujours le cas, comme cela a été jugé par la cour cassation française qui a rappelé dans une affaire qu'il n'y avait « *pas de confusion entre les activités pharmaceutiques et la vente de produits quasi -pharmaceutiques (parapharmacie) dans les grandes surfaces* »[375].

De la même manière, l'imitation de l'aspect intérieur d'un concurrent n'est pas toujours vue comme un acte constitutif de concurrence déloyale la jurisprudence française, dès lors

[373] TGI Paris, 21 févr. 1996, Sté Fnac et autres c/ Association des centres distributeurs Edouard Leclerc et 63 autres : D. Aff. 1996, nº 13, p. 383.
[374] Malaurie-Vignal, Marie. *Droit de la concurrence interne et européen-8e éd*. Sirey, 2019, p.191.
[375] Kilani MAHMOUD, La protection de commerce du fonds par l'action en concurrence déloyale, Dar Alnahda Alarabeya, Égypte, le Caire, 126. ; Abbas MOSTAPHA ALMASRI, *Le droit commercial - la théorie générale*, p.138. V. dans le même sens en droit français, Com. 16 janv. 2001, Bull. civ, nº 13 ayant jugé que : « *le mode d'agencement et les couleurs choisies par l'espace de vente critiqué n'étaient pas réservés exclusivement aux pharmaciens et… les aménagements spécifiques des officines ont évolué vers une présentation de types « grandes-surfaces » dans lesquelles la couleur verte n'est pas prédominante. En outre, l'environnement dépourvu d'originalité, est impropre par sa banalité à caractériser le cadre-type d'une officine* ».

qu'elle résulte des tendances de la mode ou des impératifs d'ordre technique. Les juges du fond ont ainsi débouté la société FNAC de son action en concurrence déloyale contre les centres Leclerc, en soulignant que : « *les magasins du groupe FNAC, comme les espaces culturels à l'enseigne Edouard Leclerc, sont des magasins de grande distribution qui, reposant sur le libre-service, sont soumis à des impératifs d'ordre technique quant à leur agencement* »[376].

Soulignons toutefois que malgré la difficulté d'établir le caractère frauduleux d'une imitation, la jurisprudence française estime qu'une confusion ou un risque de confusion est susceptible de se produire, même en l'absence de toute imitation. Puisque le risque de confusion ne suppose pas nécessairement une copie servile[377]. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé qu'est constitutif de concurrence déloyale le fait, par volonté de confusion une librairie-papeterie, située à proximité d'un concurrent important et notoirement connu, dissimule son nom et son enseigne de sorte que le consommateur moyennement attentif, peut s'imaginer se trouver dans le magasin du concurrent, alors qu'il est dans celui qui a dissimulé son nom et son enseigne[378].

3. L'imitation de la publicité de l'entreprise

61. La publicité est un moyen par lequel l'entreprise cherche à attirer la clientèle vers ses produits et/ou services. L'utilisation des messages publicitaires identiques ou proches de ceux employés par un concurrent peut être répréhensible au titre de l'action en concurrence déloyale dans la mesure où elle crée un risque de confusion dans l'esprit du public[379].C'est ainsi que la

[376] TGI Paris, 21 févr. 1996, Sté Fnac et autres c/ Association des centres distributeurs Edouard Leclerc et autres, préc. Pour un exemple sur les tendances de la mode v. CA Paris, 7 mai 1986, Layrac et autre c/ Le Grand Zinc : D. 1987, somm., p. 263, obs. Yves SERRA.
[377] Cass. com., 10 févr. 1987, Sté Etablissements Ducros et Fils et autre c/ Sté SOPAD : Bull. civ. IV, n° 35, p. 27.
[378] CA Paris, 9 avril 1992, Sté Boulinier c/ Sté Gibert Jeune Librairie et autres : D. 1993, somm., p. 152, obs. Marie-Laure IZORCHE.
[379] En droit arabe général, v. Hani DOWIDAR, « *L'organisation juridique du commerce* », Dar Algaméa Algadida, Alexandrie, 2001, p. 252 ; Sarwat HABIB, p. 371 ; .A ALKHOULI, , ., , p. 374.

cour d'appel de Paris a jugé que : « *constitue un acte de concurrence déloyale [...], l'attitude de la société concurrente, qui a de toute évidence cherché délibérément à tirer profit à moindres frais des efforts publicitaires particulièrement importants développées par la société dont le message publicitaire été repris, et a détourné ainsi partie de sa clientèle, et ce, en instaurant dans l'esprit du public moyennement attentif, et qui ne dispose pas en même temps sous les yeux des deux publicités en cause, un risque de confusion* »[380].

Toutefois, la jurisprudence et la doctrine française ne sanctionnent l'imitation que lorsqu'elle vise l'expression de la publicité et non de l'idée publicitaire non protégeable en elle-même[381]. En effet, l'idée publicitaire, comme toute autre idée, n'est pas protégeable en l'état, « *seule la forme dans laquelle est exprimée l'idée est protégée* »[382]. Cette forme devant de plus être originale ; une forme descriptive ou banale ne sera pas protégée au titre de la concurrence déloyale.

En revanche, la jurisprudence française a jugé qu'il n'y a pas d'imitation du simple fait que se retrouvent dans deux publicités concurrentes certaines formules ou certains mots, dès lors qu'ils sont nécessaires et usuels pour définir les produits présentés et décrire leur mode d'utilisation[383]. Dans le même ordre d'idée, elle admet qu'il n'y a pas concurrence déloyale lorsque les ressemblances entre les slogans publicitaires sont « *dictées par l'adoption du même procédé promotionnel et par la nécessité d'employer des éléments et formules nécessaires à sa description* »[384].

[380] CA Paris, 26 juin 1996, Sté France direct service c/ Sté Estheticuir : D.1997, somm., P.236, obs. Marie-Laure IZORCHE.
[381] CA Paris, 22 avril 1969, Sté Procter et Gamble France c/ Sté Savonnerie Lever : D. 1970, jur., p. 214, note Jean-Marc MOUSSERON.
[382] J.-J Burst, *« Concurrence déloyale et parasitisme »*, p.55.
[383] CA Paris, 17 nov. 1992, Ehrenreich et Sté Argos c/ Sté Madura : JCP 1993, éd. E, II, p. 79, note François GREFFE.
[384] CA Versailles, 24 nov. 1994, Sté Tabasco c/ Sté Ensemble et autre : D. 1995, somm., p. 262, obs. Yves SERRA.

Au terme de cette brève étude, nous avons vu que l'action en concurrence déloyale est ouverte dès lors qu'il y'a risque de confusion. Que celle-ci vise les signes distinctifs, la présentation ou encore la publicité. Concernant les signes distinctifs, cela suppose en principe que les commerçants soient en situation de concurrence (même secteur et mêmes types de produits). Nous avons vu que tel n'était pas toujours le cas en particulier pour les grandes enseignes à la notoriété bien établie qui peuvent être victimes de parasitisme de la part d'entreprises évoluant dans un secteur différent dès lors qu'un préjudice est potentiel du fait de la confusion. En matière de décoration intérieure et extérieure également, le simple risque de confusion est sanctionné sauf si l'imitation est rendue nécessaire par l'adoption de normes techniques de construction. Il en ira de même en matière d'imitation de la publicité notamment lorsque le caractère délibéré de celle-ci est manifeste (ex : reprendre les mêmes slogans chocs). Dans ce dernier type de confusion, l'enjeu pour l'auteur de l'acte déloyal, est d'échapper aux investissements financiers colossaux que inhérents à la publicité.

Il reste à présent à étudier les modalités de la confusion visant les produits ou services

B. La confusion visant les produits ou les services

1. L'imitation des signes distinctifs des produits ou services

Lorsque les signes distinctifs des produits ou services sont déposés à titre de marque, leur protection est assurée dans le cadre du droit de la propriété industrielle. A défaut de dépôt, l'entreprise exploitante du signe peut agir en concurrence déloyale contre celui qui utilise un signe identique ou similaire -également non déposé- à condition de prouver son antériorité d'usage du signe dans le commerce et un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle.

Les signes distinctifs désignant les produits ou services d'une entreprise sont les marques (a), les appellations d'origine et les indications de provenance (b), les titres (c) ainsi que les références (d).

a- Les marques

62. La marque, une fois déposée, bénéficie d'une protection contre toute usurpation. Cette protection, prévue par le code français de la propriété intellectuelle[385] et la loi du commerce koweitien n° 68/1980 et la loi n° 13/2015 du 11 Mars 2015 relative la protection des marques du conseil de coopération des États arabes du Golfe (CCG)[386], est assurée par la voie de l'action en contrefaçon. Néanmoins, en l'absence de tout droit privatif, la question se pose de savoir si la marque dite « *d'usage* » est dépourvue de toute protection en cas d'usurpation, ou si au contraire elle peut être protégée par le recours à l'action en concurrence déloyale ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer selon que la marque d'usage est en conflit avec une autre marque d'usage ou avec une marque déposée postérieurement.

Dans la première hypothèse, le droit français reconnaît à la marque d'usage antérieur une protection par la voie de l'action en concurrence déloyale contre toute usurpation, sous réserve que sa reprise par un tiers entraîne un risque de confusion. A cet égard, la doctrine a souligné que « *ne pas exiger cette condition fondamentale reviendrait à reconnaître un droit là où la loi a refusé de reconnaître son existence* »[387].

[385] Le volet civil de contrefaçon est envisagé aux articles L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle relatifs aux hypothèses de double identité. Ainsi que celles où il faut démontrer un risque de confusion –. Le volet pénal est, quant à lui, envisagé aux articles L. 716-9 et L. 716-10 du Code de la propriété intellectuelle. V. Yann, Basire. « *Les fonctions de la marque : essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* ». CEIPI, 2014, p.443.

[386] Plus d'informations sur (CCG) ; V. https://www.gcc-sg.org/en-us/Pages/default.aspx

[387] J.J. BURST, « *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : Mythe ou réalité ?* », in Mélanges Paul Mathély, Litec, Paris, 1990, p. 96.

63. En clair, en cas de conflit entre une marque déposée et une marque non déposée, la première l'emportera même si la seconde est plus ancienne. De plus, l'exploitant de la marque d'usage sera considéré comme un contrefacteur à l'égard du titulaire de la marque déposée. Cependant, il existe deux cas où la marque enregistrée postérieurement à la marque d'usage ne peut prévaloir : en cas de marque notoire d'une part, de marque frauduleusement enregistrée d'autre part. Lorsque la marque d'usage est notoirement connue, son titulaire peut s'opposer à toute utilisation postérieure par un tiers de la même marque. L'article L. 711-3, 3, du Code de la propriété intellectuelle français interdit l'adoption d'un signe en tant que marque lorsque celle-ci elle est susceptible de porter atteinte à une marque antérieure notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris. C'est-à-dire lorsque la marque est adoptée pour des produits identiques ou similaires à ceux de la marque notoire de manière à créer une confusion avec cette dernière. En cas de violation, le titulaire de la marque notoire peut agir en annulation du dépôt de la marque postérieure ; une fois la nullité prononcée, il peut poursuivre l'exploitant de la marque annulée pour la réparation du préjudice qu'il a subi. En outre, la seule circonstance de déposer une marque en connaissance de l'usage antérieur par un tiers de la même marque constitue une fraude[388] justifiant la revendication de la propriété par application de l'article L. 712-6 CPI français[389]. Le demandeur dans l'action en revendication est tenu de prouver la mauvaise foi du déposant. Cette preuve n'est pas toujours possible et les tribunaux la déduisent des circonstances de l'espèce. Par exemple : le fait que le déposant ne pouvait ignorer l'activité de son concurrent et l'utilisation qu'il faisait de la marque non déposée[390].

[388] CA Paris, 4 mai 2000 : PIBD 2000, III, p. 409.
[389] Cet article dispose dans son alinéa 1er que : « *si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice.* ».
[390] TGI Bobigny, 22 fév. 1985: PIBD 1985, III, 240; Cass. com., 13 févr. 1996 : PIBD 1996, III, p. 279 ; TGI Paris, 13 oct. 1998, Sté Consortium Stade de France c/ Sté Davitex : Ann. prop. ind. 1999, p. 87.

64. Le droit koweitien repose sur une solution différente. Selon les dispositions de l'article 8 du loi n° 13/2015 adoptée par le Conseil de coopération des États arabes du Golfe, lorsque la marque d'usage est antérieure à la marque enregistrée, l'exploitant de la première peut agir en annulation de la deuxième, dans un délai de 5 ans à compter de l'enregistrement. Nous pouvons constater donc que, contrairement au droit français, le législateur koweitien fait prévaloir la marque d'usage à la marque enregistrée postérieurement, indépendamment de toute notion de notoriété ou de fraude[391]. En outre, lorsque la marque d'usage est notoire, et par application de l'article 4 (CCG)[392], son titulaire bénéficie d'une protection pénale contre toute utilisation de la même marque pour des produits similaires. Il en est de même pour l'utilisation de la même marque pour des produits non similaires, dès lors qu'elle est susceptible de créer une confusion.

Nous sommes en phase avec la solution dégagée par les législateurs français et koweïtien quant à l'extension de la protection de la marque notoire. Car comme l'écrivent les professeurs Burst et Chavanne : « *on voit mal [...] comment on pourrait déposer de bonne foi une marque notoire* »[393].

Nous sommes en revanche en désaccord avec la position du législateur koweïtien concernant la marque d'usage non enregistrée, et la priorité dont il bénéficie en matière de protection. Comme le relève M. Burst : « *entre le droit de propriété dont peut se prévaloir celui qui a déposé sa marque et la simple faculté de s'opposer à ce qu'un tiers utilise la même marque dont dispose celui qui ne l'a pas déposée, la jurisprudence fait primer le droit de propriété [...]*

---

[391] T.AL SHAMMERI, ., p.29.

[392] Cet article dispose que : « 1 - *Une marque notoire dont la notoriété a dépassé les frontières du pays d'origine de tout autre pays ne peut être enregistrée pour des produits ou services identiques ou similaires que si une demande est présentée par le titulaire de la marque notoire ou son consentement exprès .2 - Pour déterminer si une marque est notoire, il convient de prendre en compte l'étendue de sa connaissance auprès du public concerné du fait de sa promotion*. »

3 - Les marques célèbres ne peuvent être enregistrées pour distinguer des produits ou des services qui ne sont pas identiques ou similaires à ceux distingués par ces marques si : a - L'usage de la marque indique un lien entre des produits ou des services à distinguer et les produits ou services du titulaire de la marque notoire. B - L'usage de la marque peut entraîner la possibilité de nuire aux intérêts du titulaire de la marque notoire ».

[393] A. CHAVANNE et J.J. BURST, « *Droit de la propriété industrielle* », Précis Dalloz, Paris, 4 éd., 1993.n° 1017).

Il ne servirait à rien de prévoir que seul le dépôt est attributif de droit si l'usage conférait les mêmes prérogatives »[394]. L'approche du législateur koweïtien est d'autant plus critiquable, qu'elle pourrait inciter les propriétaires de marques à renoncer à les enregistrer et se contenter d'une marque d'usage, protégeable par de simples procédures de concurrence déloyale. Ce qui pourrait *in fine*, fragiliser les droits de propriété intellectuelle des propriétaires de marques enregistrées.

Le législateur koweïtien considère[395] plus généralement comme concurrence déloyale, toute atteinte à la marque d'autrui et tout acte susceptible de créer une confusion sur l'entreprise ou ses produits. Il ne précise pas s'il s'agit d'une marque enregistrée ou d'une marque d'usage ; on peut donc en déduire que la solution s'applique à toute marque qu'elle soit enregistrée ou non. La doctrine koweitienne et arabe majoritaire admet que l'imitation de la marque commerciale d'un concurrent du fait de la confusion qu'elle engendre, constitue un acte de concurrence déloyale, sans distinguer selon qu'il s'agisse d'une marque enregistrée ou non[396]. Néanmoins, dans la seconde hypothèse, il est de principe que lorsqu'une marque d'usage est en conflit avec une marque postérieurement déposée, les tribunaux français font prévaloir la marque déposée.

b- Les appellations d'origine et les indications de provenance

65. Le droit français reprend à l'article L 115-1 du Code de la consommation, (auquel renvoie l'article L. 721-1 du CP), les termes de l'article 2, alinéa 1, de *l'Arrangement de*

[394] J.-J. Burst, « *La protection de la marque d'usage en droit français des marques* » : Festschrift für Mario M. Pedrazzini, Verlag Stämpfli, A. G. Bern, 1990, p. 559 s).
[395] Article 55 al. 2 C. com.,
[396] H. ALMASRI, *, Le Droit du commerce koweitien,* ., p.367; AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., P.25; A. ALMASRI, Le droit commercial - la théorie générale, ., p.138.

Lisbonne pour la protection internationale des appellations d'origine[397], entré en vigueur en 1966.

Les appellations d'origine et les indications de provenance sont des dénominations géographiques qui aident à différencier les produits par référence à leur origine. Toutefois, une distinction entre les deux types de protection s'impose. L'appellation d'origine est constituée par le nom d'un lieu dont les produits ont une tradition de qualité ; elle est définie par l'article L. 115-1 C. cons (Code de la consommation). Dans les termes suivants : « *constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains* ». L'indication de provenance, pour sa part, est constituée par le nom du lieu où le produit a été obtenu**.**

Les appellations d'origine peuvent prendre deux formes distinctes en droit français avec d'un côté, les appellations d'origine simples et, de l'autre, les appellations d'origine contrôlée. Ces dernières sont relatives uniquement aux produits agricoles et alimentaires. Les appellations d'origine simple concernent les autres produits. Ce système est toutefois en perte de vitesse au point que le système communautaire ignore les produits non agricoles et non alimentaires. La définition donnée à l'article L. 115-1 du Code de la consommation précise que le nom de l'appellation d'origine est une dénomination géographique, à savoir un pays, une région ou une localité. La pratique a permis d'étendre les appellations d'origine aux dénominations composées non seulement de la zone géographique, mais également d'un élément complémentaire,

[397] L'Arrangement de Lisbonne du 31 octobre 1958 est relatif à l'enregistrement international des appellations d'origine et est entrée en vigueur le 25 septembre 1966. Il a fait l'objet d'une révision à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifié le 28 septembre 1979. La Convention relie 43 États, dont la France. Son premier intérêt est de fournir, au plan international, une définition précise de l'appellation d'origine, qui a d'ailleurs fortement inspiré non seulement la disposition de la loi française du 6 juillet 1966 qui figure aujourd'hui à l'article L. 115-1 du Code de la consommation, mais également l'actuel article 2, § 1, a) du règlement CE du 20 mars 2006 relatif aux appellations d'origine protégées et indications géographiques protégées. Ainsi que, dans une moindre mesure, l'article 22§1, de l'Accord ADPIC L'article 2, alinéa 1, de l'Arrangement définit l'appellation d'origine comme « *la dénomination géographique d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus exclusivement ou essentiellement au milieu géographique, comprenant les facteurs naturels et les facteurs humains* ».

généralement un terme désignant le produit, lorsque ce dernier a autant d'importance dans l'expression que le terme à connotation géographique. La pratique a également admis que l'appellation d'origine ne soit pas composée d'un terme renvoyant à une zone géographique, mais d'un terme « *que l'on a pris l'habitude, de façon traditionnelle, d'associer exclusivement à un terroir* »[398]. Il arrive également fréquemment que la zone géographique visée par l'appellation déborde de la superficie de la zone en question. Tel est notamment le cas de « *Bordeaux* », « *Cognac* » ou bien encore de « *Margaux* »[399].

Les appellations d'origine bénéficient d'une protection légale au titre de l'article L. 711-3 CPI français qui interdit tout dépôt à titre de marque d'un nom géographique constituant une appellation d'origine antérieure. Soulignons ici que les termes dans lesquels est rédigé cet article permettent de relever que la protection n'est pas limitée au cas où il existe un risque de confusion. En cas de violation, l'article 722-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose « *toute atteinte portée à une indication géographique en violation de la protection qui lui est accordée par le droit de l'Union européenne ou la législation nationale constitue une contrefaçon engageant la responsabilité de son auteur* ». La jurisprudence accorde au producteur éligible à l'appellation d'origine le droit d'agir en annulation du dépôt[400]. Elle admet aussi qu'il peut agir en concurrence déloyale à l'encontre d'un concurrent, lorsque ce dernier utilise indûment l'appellation d'origine[401].

66. En droit Koweitien, l'indication géographique fait référence à l'appellation d'origine. L'article 86 CCK al. 2 (Code civil Koweït) définit les indications géographiques dans les termes suivants « *les indications géographiques sont celles qui déterminent l'origine d'un produit dans*

[398] F. Pollaud-Dulian, « *Droit de la propriété industrielle* », Montchrestien, Domat droit privé, 1999 ; n° 1923, P. 1139.
[399] Y. Basire, « *Les fonctions de la marque : essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* ». CEIPI, 2014, p.476.
[400] Cass.com.,9 nov.1981 : PIBD 1982, III, 36.
[401] TGI Paris, 24 fév. 1983 : III, 173.

une région ou une localité d'un pays, lorsque la qualité, la réputation ou les autres caractéristiques' de ce produit ayant une incidence sur sa commercialisation peuvent être attribuées essentiellement à origine son géographique ». Alors que, par indication commerciale, on désigne l'indication de provenance. Il s'agit de tout indice concernant la localité ou le pays où les produits ont été fabriqués (article 88 CCK).

Le législateur a accordé une protection « *Indications géographiques et commerciales* ». Toutefois, pour ce qui concerne les indications géographiques, cette protection ne s'applique que lorsque ces dernières bénéficient d'une protection dans le pays d'origine[402]. Tout producteur ou commerçant ayant apposé sur ses produits des indications géographiques ou commerciales de nature à induire le public en erreur sera puni, par application de l'article 92 CCK (Code civil Koweït), d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende ne dépassant pas à 600 Dinars koweitiens. La mauvaise foi devra cependant être prouvée. Par ailleurs, l'article précédent énumère de façon limitative les cas auxquels il s'applique. Nous pensons pour notre part qu'en dehors de ces hypothèses, l'action en concurrence déloyale peut valablement être mise en œuvre[403].

c- Les titres

67. Le titre d'un ouvrage ou de toute autre création est un élément d'individualisation de cette dernière aux yeux du public. Il peut faire l'objet d'une protection au titre du droit d'auteur français et koweitien. Ainsi, l'article L. 112-4 al. 1er CPI français prévoit que : « *le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-*

[402] H. ALMASRI, *Le Droit du commerce koweitien*, p.374.
[403] V. Cour de cassation .KW., 25 Octobre 1993, affaire n°1138/92, (Non publié) « *Les prévenus avaient commis des délits de fraude commerciale en imprimant des noms de pays, tels que la France, le Liban, l'Italie, Chypre et le Maroc, sur des tissus et des vêtements d'origine inconnue. Certains des accusés exposaient des vêtements et des tissus dans ces magasins après y avoir imprimé le nom de l'origine* ».

même ». Toutefois, la jurisprudence et la doctrine préfèrent écarter l'application du droit d'auteur lorsqu'il s'agit des titres de périodiques, estimant que la protection qu'il assure ne leur est pas adéquate[404]. De la même manière, l'article 3 du droit d'auteur et droit voisins koweitien procure une protection au titre d'une œuvre sous réserve qu'il soit original.

Le titre peut également bénéficier d'une protection spécifique dès lors qu'il est déposé à titre de marque. La solution ne souffre d'aucune contestation en matière de titres de périodiques[405], alors que lorsqu'il s'agit des titres d'ouvrages, on distingue le titre de collection et celui d'ouvrage : « *si le titre d'une collection […] peut être déposé comme marque servant à désigner une catégorie d'ouvrages, le titre d'un livre ne peut l'être car chaque livre conserve son entité propre ; la marque n'est pas donc qualifiée pour le distinguer* »[406]. Par ailleurs, l'article L. 112-4 al. 2 CPI français prévoit que : « *nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion* ». Dès lors, l'utilisateur du titre ne peut s'opposer à sa reprise que lorsqu'elle est faite pour individualiser une œuvre du même genre, ce qui n'est pas le cas, par exemple, pour un film documentaire culturel et une opération de vente de boisson[407]. En outre, cette reprise doit être de nature à créer une confusion[408]. S'agissant des titres d'ouvrages, la jurisprudence a tendance à procéder à un examen interne en comparant l'esprit des deux œuvres portant le même titre pour en déduire le risque de confusion. Telle solution est contestée par la doctrine qui estime que l'appréciation du risque de confusion doit s'effectuer selon un examen externe des codes œuvres en cause pour relever toute identité ou ressemblance entre leur titre[409].

---

[404] V. Claude COLOMBET, « *Titres d'ouvrages et publications périodiques* », Juris-Classeur conc. cons., fasc. 200, p. 2.
[405] V. André FRANÇON, « *La protection des titres de journaux par le droit des marques et par l'action en concurrence déloyale* », in Mélanges Daniel Bastian, t. 2, Librairie de la cour de cassation, Paris, 1974, p. 40.
[406] Claude COLOMBET, . , P.2.
[407] CA Paris, 27 janv. 1984, Sté The Coca Cola Export c/ Sté Téléproductions Bartoli et autre : D. 1984, IR, p. 285, obs. Claude COLOMBET.
[408] V. TGI Paris, 15 juin 1972 : RJDA 1973, nº 1, p. 151.
[409] V. Claude COLOMBET, « *Titres d'ouvrages et publications périodiques* », p. 5 et s.

Il convient de préciser que la mise en œuvre de l'article précédent a partagé la doctrine en ce qui concerne les sanctions à prononcer. En effet, l'hypothèse à laquelle il fait référence constitue bien un cas de concurrence déloyale, mais le fait qu'elle soit insérée dans le Code de la propriété intellectuelle impose-t-il une autre solution ? Certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un cas de contrefaçon, donc en cas de violation la saisie contrefaçon et les sanctions correctionnelles prévues devraient trouver à s'appliquer[410]. D'autres y voient une concurrence déloyale pure susceptibles de faire l'objet des sanctions prévues par le droit commun de la responsabilité délictuelle[411]. L'article L. 112-4 al. 1 dispose : « *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même* » ; autrement dit, le titre lui-même est investi des droits d'auteur lorsqu'il est original. La doctrine dénonce quasi unanimement cette disposition pour au moins deux raisons : en premier lieu, il est classique de souligner que la nécessaire concision d'un titre ne permet pas à son créateur d'y exprimer sa personnalité et donc d'en faire une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur[412].

Néanmoins, nombre de décisions ont considéré qu'un titre présentait un caractère original et, partant, donnait prise à la propriété littéraire. En réalité, ces décisions ont confondu les notions pourtant bien distinctes d'originalité et de distinctivité. D'ailleurs, l'originalité fut bien souvent reconnue après que le titre ait été jugé comme non descriptif, ni nécessaire à l'égard de l'ouvrage qu'il identifiait. Ainsi, la Cour de Paris a considéré que la dénomination *Le Chardon*, qui sert de titre à une publication à caractère politique et polémique, était incontestablement couverte par le droit d'auteur, dès lors : « *que cette locution qui fait d'ordinaire référence à une plante à feuilles et bractées épineuses, n'est, appliquée à un journal,*

[410] Loc. cit., p. 9.
[411] R. PLAISANT, note sous TI Seine, 25 sept. 1959, Sté des Films Marceau c/ Sté des Gens de Lettres : JCP 1959, éd. G, II, 11319.
[412] V. notamment C. Colombet, « *Propriété littéraire et artistique et droits voisins* », Precis Dalloz, 6e éd., n° 67 ; « *L'évolution de la jurisprudence sur la protection des titres d'ouvres de l'esprit par la loi du 11 mars 1957* ». : Mélanges A. Chavanne, Litec, 1990, p. 213 sq., spéc. p. 221 : A. Françon préc., p. 39 ; R. Plaisant, « *La protection des titres* » : RIDA 1964, n° 43, p. 89 sq., spéc. p. 91 sq. ; F. Valancogne, Le titre de roman, de journal, de film, Sirey, 1963, n° 429 sq. ; et déjà R. Piaisant, « *La protection des journaux, revues et magazines* » : Ann. 1950.217, spéc. p. 221 Roubier, « *Le droit de la propriété industrielle* », n° 307, p. 745.

ni descriptive ni générique et présente au contraire un caractère certain d'originalité » [413]. De même, il a été jugé[414] qu'un titre n'est pas original du seul fait de son caractère nouveau, et qu'il suffit qu'il soit « *seulement distinctif* ». Il va sans dire que ces critères relèvent du droit des signes distinctifs ou de la concurrence déloyale pour risque de confusion, et qu'ils sont étrangers au droit d'auteur[415]. Cette altération de la notion d'originalité découle directement de l'inadéquation du droit d'auteur en la matière et de l'inopportunité du premier paragraphe de l'article L. 112-4.

En second lieu, si un titre est jugé original, il bénéficie, comme l'œuvre qu'il abrite, d'une protection absolue, ce qui peut s'avérer excessif et dangereux. En effet, en vertu de la logique du droit d'auteur, le titulaire peut, en principe, poursuivre en contrefaçon l'utilisation non autorisée des termes composant le titre sous quelque forme que ce soit, c'est-à-dire sous forme de titre pour identifier une œuvre du même genre ou d'un genre totalement différent[416], dans le corps d'une œuvre littéraire, dans la publicité y compris pour vanter les mérites d'un produit différent [417]. Au surplus, le caractère temporaire du droit d'auteur le rend particulièrement mal adapté à la protection des titres de périodiques ou de collections, en raison du renouvellement permanent et de la succession dans le temps de telles publications.

En conclusion comme l'as constaté Desbois : « *les parties qui se plaignent d'un double emploi, n'ont aucun intérêt à démontrer, au prix d'une ingéniosité le plus souvent inefficace,*

[413] Paris 25 sept. 1989 : RIDA avril 1990, n° 144, p. 207 ; D. 1989, IR 264 ; dans les mêmes termes, à propos du même titre, Paris 29 mai 1989 : D. 1990, Somm. 50, obs. C. Colombet. V. aussi 12 janv. 1990 : D. 1991, Somm. 89, obs. C. Colombet; 21 oct. 1992: RIDA janv. 1994, n° 159, p. 350

[414] TGI Seine 10 nov. 1961 : D. 1962.113, note G. Lyon-Caen ; RTD Com. 1962.60, obs. Desbois. V. aussi TGI Paris 20 janv. 1993, cité par A. Kéréver, chron., RIDA avril 1993, n°156. p. 180, qui a déduit l'originalité du titre Charlie Hebdo de « *la nouveauté de l'emploi de la combinaison insolite de ces deux termes non génériques* ».

[415] V. A. Lucas et P. Sirinelli, « *L'originalité en droit d'auteur* » : JCP 1993.1.3681, n° 16 ; A. et H.-J.Lucas, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », Litec, 1994, n° 108.

[416] V. H. Desbois, « *Le droit d'auteur en France* », Dalloz, 1978, n° 193 et 195 ; Roubier préc., n° 307, p. 743.

[417] Desbois, « *Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté* » : Mélanges L. Baudouin, Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 79 sq., spéc. P. 84.

que le titre considéré est original. Ce qui importe, c'est que celui-ci, banal ou non, ne soit pas utilisé dans des conditions qui créent un risque de confusion » [418].

d- Les références

68. Certains produits -et plus précisément les pièces détachées- sont désignés par les constructeurs par ce que l'on appelle les références. En principe : « *le fabricant de pièces détachées est en droit d'indiquer leur destination, en faisant connaître les modèles d'appareils auxquels elles sont adaptables, et ce même en utilisant les références et le nom du constructeur du matériel auquel elles s'appliquent* »[419], tant qu'aucune confusion ne peut être créée entre ses pièces et les pièces d'origine.

La cour d'appel de Lyon a ainsi jugé que le fait de faire référence dans des documents publicitaires à des appareils d'origine auxquels peuvent s'adapter les pièces pour lesquelles la publicité est effectuée ne constitue pas un acte critiquable[420]. Par ailleurs, la jurisprudence française a étendu les solutions retenues pour les signes distinctifs aux codes d'accès télématiques. Bien qu'elle reconnaisse que ces codes ne sont pas des signes distinctifs, elle a tendance à protéger celui qui les adopte contre tout acte de concurrence déloyale résultant de l'utilisation de codes semblables, au seul motif que ces codes sont un moyen technique d'exploitation d'une activité commerciale[421]. Contestant une telle solution, un auteur estime qu'étant exclusivement descriptifs, les codes d'accès télématiques ne doivent pas faire l'objet d'une appropriation faussant le jeu d'une saine concurrence[422].

---

[418] Desbois, « *Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté* » : Mélanges L. Baudouin., . n°193.
[419] Jean-Jacques BURST, « *Concurrence déloyale et parasitisme* », ., p. 44.
[420] CA Lyon, 7 mars 1978, Sté Rousseau c/ Sté Constructions mécaniques de la Vosne : D. 1978, IR, p. 331.
[421] CA Paris, 20 sept. 1991, Sté Bazak Communication c/ Sté nouvelle de Presse et de Communication : D. 1993, somm., p. 153, obs. Marie-Laure IZORCHE.
[422] André BERTRAND, « *De la marque notoire à la marque renommée* », RDPI 1992. p. 80.

69. En droit koweitien des noms de domaine, la troisième section de la loi commerciale relative à la concurrence déloyale traite explicitement des références, considérant toute atteinte à celles-ci comme une acte concurrence déloyale. L'article 36 de la loi commerciale koweïtienne précise ainsi que : « *Toute précision liée directement ou indirectement aux éléments suivants est considérée comme une référence : 1 - Le nombre des produites, leur quantité, leur mesure, leur agent commercial, leur poids ou leur capacité. 2- Le lieu où le pays dans lequel les produites ont été fabriqués ou produits. 3- Le mode de fabrication ou de production. 4- Les éléments entrant dans leur composition. 5- Le nom ou les caractéristiques du produit ou du fabricant. -6 L'existence de brevets ou d'autres droits de propriété industrielle ou de tout privilège, récompense ou avantage commercial ou industriel. 7- Le nom ou la forme sous laquelle certains produits sont habituellement connus* ». L'article 55 de la même loi ajoute que : « *1- Si le nom commercial est utilisé par quelqu'un d'autre que son titulaire, ou si son titulaire l'utilise d'une manière qui viole la loi, les parties concernées peuvent demander que son utilisation soit interdite, et elles peuvent demander son annulation s'il est enregistré dans au registre du commerce, et ils peuvent avoir le droit de réclamer une indemnisation s'il est justifié. 2 - Ces dispositions s'appliquent à l'utilisation des marques et références* ».

2. L’imitation des produits eux-mêmes ou de leur présentation

70. Une confusion entre les produits peut résulter du fait d’une copie des modèles des produits d'un concurrent, ou des dessins figurant sur ces derniers. La confusion portant sur la présentation des produits peut être créée par la reproduction ou l’imitation des emballages, des étiquettes. Lorsque le produit lui-même ou sa présentation bénéficie de la protection accordée par les droits de la propriété industrielle, sa reproduction ou son imitation sont interdites sous peine de poursuites pour contrefaçon. Toutefois, même en l'absence d'un droit privatif, le

produit non protégé n'est pas pour autant dépourvu de toute protection. En effet, dans l'hypothèse où celui qui exploite un produit ne peut se prévaloir de la protection d'un droit privatif, les jurisprudences française et koweitienne lui garantissent une protection au titre de la concurrence déloyale[423]. Pour que celle-ci aboutisse, le demandeur doit prouver que la reproduction ou l'imitation de son produit ou de sa présentation a entraîné un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle et qu'il a exploité le produit dans le commerce avant le défendeur.

Il convient de distinguer entre imiter une marque et imiter la façon dont le produit est présenté, son emballage ou l'aspect extérieur du produit qui le protège.

L'imitation d'une marque constitue une atteinte pénale au sens du droit des marques. Puisqu'il s'agit là d'une contrefaçon. Au contraire, imiter la façon dont le produit est présenté, son emballage ou l'apparence extérieure du produit ne constitue pas une atteinte pénale, car cela n'est pas considéré comme une contrefaçon de la marque selon la loi sur les marques, mais est protégés par la loi de la concurrence déloyale[424].

La réalisation d'une confusion dans l'esprit de la clientèle suppose que le produit imité présente un certain caractère distinctif. L'originalité n'étant pas une condition de l'action en concurrence déloyale celle-ci peut être intentée là où l'action en contrefaçon est inopérante, faute d'originalité. Un produit banal peut être copié dès lors qu'aucun risque de confusion ne peut être établi. Aussi, la jurisprudence exige-t-elle, non pas l'originalité du produit, mais une certaine distinctivité pour que puisse être retenue la preuve d'un risque de confusion[425]. Celui-

[423] T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.32. ; Com. 12 juin 2007, *JCP* 2007. 10181, note Malaurie-Vignal ; *JCP* 2007. I. 176, obs. Caron; *JCP* E 2007. 2303, nº 5, obs. Caron; *D.* 2007. Jur. 1723, note Passa; *Propr. intell.* 2007, nº 25, p. 496, obs. Passa; *RLDI* 2007, juill., nº 948, obs. Costes et Auroux; *PIBD* 2007, 858, III, 554; *CCE* 2007, comm. 107, note Caron; *Propr. ind.* 2007, comm. 73, note Larrieu; *JurisData* nº 2007-039494. – Formule régulièrement reprise : voir par exemple l'arrêt lyonnais cité ci-dessus.

[424] Nihad Abdel Karim Al-Hassan, « *une étude analytique des précédents judiciaires en matière de droits de propriété intellectuelle dans la région arabe* », en coopération avec l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 2020., P. 67.

[425] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen-8e éd.*, P.192.

ci est apprécié par rapport au consommateur moyennement attentif n'ayant pas les deux produits sous les yeux[426]. La cour d'appel de Paris, après avoir relevé l'existence d'un risque certain de confusion provoqué par l'imitation du produit d'un concurrent, a justifié cette solution du fait que « *le consommateur d'attention moyenne n'étant pas en mesure d'effectuer un examen technique, susceptible de révéler leurs différences, et encore moins de comparer les deux produits qui ne sont pas vendus dans les mêmes magasins* »[427]. De même, pour déterminer le risque de confusion, « *il convient de procéder à un examen global des emballages en comparaison et de dégager l'impression d'ensemble que chacun d'eux procure* »[428].

La jurisprudence française écarte ainsi toute notion de déloyauté lorsque la similitude entre les deux produits est justifiée. Autrement dit, la copie servile d'un produit n'est pas en elle-même constitutive d'un acte de concurrence déloyale lorsqu'elle résulte d'une nécessité fonctionnelle ou technique[429] ou d'une politique de normalisation[430]. Il est par exemple autorisé de copier des parties fonctionnelles d'un appareil car l'identité des modèles est imposée par des normes standard. De même, la recherche d'une compatibilité entre les produits de deux sociétés ne constitue pas un acte de concurrence déloyale[431].

La doctrine approuve cette solution au motif que : *« dès lors que des nécessités techniques imposent la copie servile du modèle, la liberté du commerce et de l'industrie veut que les concurrents soient en droit de le reproduire* »[432]. Toutefois, il ne suffit pas d'invoquer

---

[426] Michel TOPORKOFF, « *Concurrence déloyale et réalité du marketing : quelques lignes inquiétantes d'évolution de la jurisprudence en matière de risque de confusion dans le domaine des produits de grande consommation* », CD Rom D. Aff., mots-clés : concurrence déloyale, p. 1. V. en ce sens en droit koweitien, H. ALMASRI, *Le Droit du commerce koweitien,* p.358.

[427] CA Paris, 27 sept. 1993, Sté Romanaise de chaussure Robert Clergerie c/ Sté La chausseria, préc.

[428] CA Paris, 7 janv. 1988, Sté Parfums Christian Dior c/ Sté Jean Couturier international : RDPI 1988, n° 15, p. 111.

[429] CA Paris, 6 janv. 1988, Sté France Dentaire c/ Sté Prodonta et Sté Micro Méga : RDPI 1988, nº 16, p. 98 ; CA Versailles, 29 mars 2001, Asta Médica c/ Gifrer Barbezat : D. 2002, somm., p. 1259, obs. Yves SERRA. Pour des propositions contraires en matière d'imitation des emballages (notamment pour ce qui est des codes couleurs) v. Michel TOPORKOFF, « *Les imitations d'emballage de produits de grande consommation : commentaires et perspectives d'évolution de la jurisprudence* », Gaz. Pal. 1991, n° 216 à 218, doc., p. 3 et s.

[430] CA Paris, 16 avril 1986 : PIBD 1986, III, 348.

[431] Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen-8e éd*., p.192.

[432]Jean-Jacques BURST, « *Concurrence déloyale et parasitisme »,* p. 48.

une nécessité technique pour échapper à la sanction au titre de la concurrence déloyale, il faut également que le risque de confusion soit écarté[433].

71. Au Koweït, la cour de cassation a adopté la solution dégagée par la jurisprudence française. Ce cas est illustré dans une affaire concernant les marques « *Fifa* » rédigée dans des langues différentes. La marque « *Fifa* » était écrite en arabe, ainsi que le mot « *Americana* » inscrit en dessous du mot FiFa, dans un cadre rectangulaire en couleurs. D'un autre côté, la marque « *FiFa* » était écrite en lettres latines, puis reproduite en caractères arabes juste en-dessous mais cette fois dans un cadre semi-circulaire. La cour de cassation a jugé qu'il n'y avait aucune similitude entre elles car les deux marques ont leur forme générale et ont leurs propres caractéristiques. D'une part, les deux signes « *FIFA* » et « *Americana* » sont rédigés en arabe dans un cadre rectangulaire de couleurs bleu, blanc et rouge, sur fond est bleu, tandis que l'autre signe est constitué du mot « *FIFA* » en lettres latines et en dessous se trouve le mot « *FIFA* » en lettres arabes de forme circulaire, il est peint uniquement en rouge et bleu foncé, et son fond est vert. Il en ressort clairement que chacune des deux marques, dans leur forme générale, possède ses caractéristiques propres, qu'elles ne créent pas, dans la somme de leurs éléments, une confusion ou un risque de confusion dans l'esprit du client[434].

§ 2 : La concurrence parasitaire

72. Le parasitisme économique consiste dans le fait de se placer dans le sillage d'autrui pour tirer profit indûment, « *sans bourse délier* », de sa notoriété ou de ses efforts et de ses investissements[435]. Selon la cour d'appel de Paris, « *il s'agit d'un parasitisme économique qui,*

---

[433] Jean-Jacques BURST, « *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : Mythe ou réalité ?* », ., p. 97.

[434] Cour de cassation koweïtien, ne, Appel n° (2003/934), chambre commerciale du 14/06/2004, ensemble de règles juridiques décidées par la Cour de cassation du Koweït.

[435] « *Le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin d'en tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire* » : Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 26 janvier 1999, 96-22.457.

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 »[436].

Il convient de distinguer deux sous-types de parasitisme : la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires[437].

73. La concurrence parasitaire couvre les hypothèses où le parasite se trouve en situation de concurrence avec le parasité, alors qu'en ce qui concerne les agissements parasitaires, les parties en cause ne sont pas des concurrents[438]. Par conséquent, les agissements parasitaires, faute d'une situation de concurrence, ne constituent pas un acte de concurrence déloyale. Il ne peut dès lors y avoir risque de confusion.

C'est en sanctionnant les agissements parasitaires que la jurisprudence a donc considérablement élargi le domaine de la concurrence déloyale. Aujourd'hui cette distinction

[436] CA Paris, 18 mai 1989, Sté Parfums Ungaro c/ Sté Jean-Jacques Vivier : D. 1990, jur., p. 340, note Loïc CADIET.

[437] « *Le parasitisme économique peut s'entendre comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'insère dans le sillage d'un autre agent économique, soit afin d'exploiter aux dépens directs du parasité le même type de clientèle que ce dernier (-auquel cas il y a concurrence parasitaire proprement dite-) soit surtout, pour profiter du travail et de l'aura du parasité, afin d'exploiter une clientèle distincte (-produit distinct ou gamme de prix distincte). Dans cette seconde hypothèse, le parasite peut prétendre qu'il n'y pas de véritable concurrence déloyale suivant le schéma classique : L'on parle alors usuellement d'« agissements parasitaires » lato sensu* » : Jacques 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, 1er sem., doc., p. 348. *« Cependant, la distinction est brouillée. D'une part, un certain nombre de décisions sanctionnent des comportements de concurrence déloyale et parasitaire, sans distinguer ; ou retiennent la concurrence déloyale tout en soulignant que le défendeur avait eu l'intention de se placer dans le sillage d'un concurrent. D'autre part, la Cour de cassation admet que l'existence d'une situation de concurrence n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale, tandis que l'action fondée sur le parasitisme peut être introduite entre concurrents ou entre no concurrents* ». V. Marie MALAURIE-VIGNAL, ., p.197.

[438] Toutefois, de nombreuses décisions n'effectuent pas cette distinction et utilisent le terme « *agissements parasitaires* » alors qu'il s'agit en l'occurrence d'une « *concurrence parasitaire* », V. Cass com., 29 juin 1993, Cosset c/ Sté Montargoise automobiles : D. 1995, somm., p. 211, obs. Yves PICOD : CA Versailles, 16 janv. 1997, Sté Habitat France c/ Sté d'exploitation RAPP SER : D. Aff. 1997, nº 18, p. 565 ; CA Colmar, 13 mai 1994, Sté Schiffer Food BV c/ Compagnie française des produits Orangina et autre : D. 1995, jur., p. 96, note Jean-Jacques BURST.

est essentiellement théorique[439]. La jurisprudence[440] et la doctrine[441] françaises dominantes considèrent la concurrence parasitaire comme une simple variante de la concurrence déloyale. Ainsi, on peut « *parler de concurrence déloyale pour parasitisme comme on parle déjà de concurrence déloyale pour dénigrement ou risque de confusion* »[442], alors que la faute de concurrence parasitaire ne consiste qu'en un comportement visant à mettre à profit les investissements d'un concurrent. Il faut alors considérer que l'acte de concurrence parasitaire n'est qu'une forme de concurrence déloyale. En effet, en adoptant la notion de concurrence parasitaire, la doctrine, suivie par la jurisprudence, a élargi le domaine de la concurrence déloyale[443]. Nous avons vu précédemment que la reproduction ou l'imitation d'un bien non protégé par un droit privatif n'est sanctionnée au titre de la concurrence déloyale que lorsqu'un risque de confusion existe dans l'esprit de la clientèle. En revanche, sur le terrain de la concurrence parasitaire, la copie peut être répréhensible indépendamment de tout risque de confusion dans la mesure où elle permet au parasite de bénéficier, d'une manière illégitime, de la notoriété ou des efforts intellectuels et financiers d'un concurrent en réalisant ainsi des économies injustifiées[444]. Le risque de confusion peut se surajouter à l'acte de concurrence parasitaire. De fait, dans la plupart des cas, ce risque de confusion est relevé par les juges[445],

---

[439] Com. 9 juin 2015, nº 14-11.242, NP, *D.* 2015. Pan. 2526, obs. Y. Picod. Com. 27 janv. 2021, nº 18-20.702, NP, *Gaz. Pal.* 20 avr. 2021. 29, obs. Z. Jacquemin.

[440] V. Cass. com., 26 janv. 1999, Sté Cavanesse et autres c/ Sté les Mûrisseries du Centre, préc. Toutefois, certaines décisions parlent d'une faute constitutive de concurrence déloyale et parasitaire, laissant croire ainsi que les deux notions se distinguent l'une de l'autre. V. par exemple CA Versailles, 10 mars 1995, Régie Nationale des Usines Renault c/ Sté Richard Nissan et autres : D. 1996, jur., p. 489, note Yves PICOD.

[441] Philippe LE TOURNEAU, « *Le parasitisme, in Les aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence* », Montchrestien, Paris, p. 71 ; Catherine DRUEZ-MARIE, « *Le parasitisme appliqué à la protection des signes et des formes* », PA 1998, nº 154, p. 13 ; Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Parasitisme et notoriété d'autrui* », JCP 1995, éd. G, I, p. 472.

[442] Jérôme PASSA, « *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique* », D. 2000, chron., p. 297.

[443] A contrario Corinne HUEBER et Serge BINN estiment que la notion de concurrence parasitaire ne recèle aucun intérêt dans la mesure où elle vise des comportements qui peuvent être appréhendés dans le cadre de la typologie classique des actes de concurrence déloyale proposée par le Doyen Roubier. « *Comment sauver la théorie du parasitisme ?* », Cont. - nc.-cons. 2000, nº 8-9, p. 4

[444] Contra (solution contraire) TGI Paris, 21 févr. 1996, Sté Fnac et autres c/ Association des centres distributeurs Edouard Leclerc et autres, préc.

[445] V. TGI Lille, 10 juill. 2001, l'association Le commerce du bois c/ la Fédération Française des Bois Tropicaux et Américains : D. 2001, AJ, p. 2410, obs. Cédric MANARA. En l'espèce, l'acte litigieux, qui consistait en l'utilisation du nom de domaine « *bois-tropicaux.com* » reproduisant celui d'un concurrent « *boistropicaux.com* », a été condamné au titre de la concurrence déloyale à la fois pour confusion et parasitisme.

étant donné que les parties en cause se trouvent en situation de concurrence. Cependant contrairement à la concurrence déloyale pour confusion, le parasité n'est pas tenu d'en rapporter la preuve. En outre, même en l'absence de toute copie servile, il peut y avoir concurrence parasitaire. La jurisprudence sanctionne ainsi le fait de se rapprocher par des manœuvres déloyales d'un concurrent pour tirer profit de sa notoriété ou de son travail. Toutefois, le commerçant qui allègue être victime d'un acte de parasitisme doit rapporter la preuve d'une exploitation illicite de sa notoriété ou de ses investissements intellectuels et financiers[446].

74. Au Koweït, bien que le législateur koweïtien n'ait pas légiféré spécifiquement sur le parasitisme en général, aussi la jurisprudence koweitienne ne traite pas de la concurrence parasitaire, rien, de notre point de vue, n'empêcherait les tribunaux de recourir aux règles de la responsabilité civile, aux principes généraux du droit civil et aux règles de la justice pour protéger des victimes d'un acte de parasitisme. Le juge est en effet tenu de protéger les droits des lésés même en l'absence de texte spécifique, en se fondant sur les autres lois et principes juridiques évoquées plus haut. A l'exemple de ce qui se pratique en France, où le juge est tenu de statuer y compris en l'absence de texte. La concurrence parasitaire a donné naissance à une jurisprudence étoffée en matière de responsabilité délictuelle fondé sur les actes de concurrence déloyale, y compris sous leurs formes nouvelles.

Une partie de la doctrine koweïtienne et arabe a soutenu l'idée que la concurrence parasitaire soit invoquée pour assurer la protection de la renommée acquise par les professionnels grâce à

[446] Yves PICOD, obs. sous TGI Paris, 21 févr. 1996, Sté Fnac et autres c/ Association des centres distributeurs Edouard Leclerc et autres : D. 1997, somm., p. 107.

leurs efforts, en vertu du fait que la protection traditionnelle fournie par la concurrence déloyale dans son sens étroit est incapable[447]. Approche cependant non retenue par les juges koweitiens.

L'étude de la jurisprudence française abondante en la matière, montre qu'il peut y avoir concurrence déloyale pour parasitisme lorsqu'un professionnel copie ou exploite un bien appartenant à un concurrent qui ne peut pas, ou qui ne peut plus, se prévaloir d'un droit privatif sur ce bien, dans le but de tirer profit sans contrepartie de sa notoriété (A) ou de ses efforts intellectuels et financiers (B).

A. L'usurpation de la notoriété

75. C'est essentiellement sur le terrain de l'usurpation de la notoriété d'un tiers non-concurrent en matière de signes distinctifs que la théorie du parasitisme a été adoptée en droit français. Pourtant, c'est, dans les litiges entre concurrents que les applications sont les plus importantes, s'étendant à tout élément caractéristique de l'entreprise.

Ainsi, en dehors de tout risque de confusion, les tribunaux sanctionnent la reprise ou l'exploitation d'un signe distinctif, d'une œuvre ou d'une création pour tirer profit sans bourse délier de la renommée d'un concurrent, en vampirisant le caractère distinctif et le pouvoir attractif de son bien. La cour de cassation a par exemple, approuvé la décision de la cour d'appel interdisant à une société l'usage de la dénomination « *Les Authentiques* » jugé constitutif d'un comportement parasitaire à l'égard de la marque d'une société concurrente présentée « *sous la forme d'un rectangle comportant, sur la partie inférieure, les mots - Les meubles plaisir -*

[447] Abdul Rahman Qarman, « *Quoi de neuf dans les actes de concurrence déloyale, Concurrence parasitaire* », Dar Al-Nahda, Égypte, 2017. ; Helmy Muhammad Al-Najjar et Hala Helmy Al-Najjar, « *La concurrence déloyale dans ses derniers développements (concurrence parasitaire)* », Beyrouth, 1re édition, 2004, p.44.

surmontés d'un ovale dans lequel est inscrite la mention : « Option confort », barrée de l'inscription « Les Authentiques » »[448] .

Dans la même perspective, la société *Métro* a été condamnée au titre du parasitisme pour avoir diffusé un prospectus sur lequel était reproduit une montre reprenant les caractéristiques d'un modèle de la marque Cartier et invité la clientèle à s'en faire remettre gratuitement un exemplaire. La Cour de cassation a relevé en l'espèce que l'offre faite par la société Métro : « *portait atteinte à l'image de ce produit qu'il vulgarisait et dépréciait, le rabaissant au rang de simple « gadget publicitaire* »[449] . Il est ici important de noter que la circonstance que le parasite bénéficie déjà lui-même d'une notoriété n'a aucun impact sur le constat par les juges des faits caractérisant la faute[450].

Concernant la protection contre le parasitisme, il est utile de rappeler que le législateur français a adopté des textes spéciaux pour assurer la protection de différents signes notoires contre le parasitisme. S'agissant des règles de la publicité comparative par exemple, l'article L. 122-2, 1, C. cons. Interdit toute publicité comparative qui permet de « *tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de produits ou de services, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent* ».

[448] Cass. com., 26 mars 1996, Sté Tradition France c/ Sté Maxiam et autres : CD Rom D. Aff., mots-clés : concurrence déloyale. V. aussi Cass. com., 22 oct. 2002, Sté Go sport c/ Sté Décathlon : BRDA 2002, n° 21, p. 11, pour l'apposition sur la façade d'un centre commercial d'une enseigne, différente de celle utilisée habituellement, évoquant celle d'un concurrent ; Cass. com., 4 juill. 1995, Sté Venise Simplon- Orient-Espress c/ Sté nationale des chemins de fer français : RJDA 1995, nº 12, p. 1130, pour le dépôt par un licencié de la même marque pour des produits et services non protégés.

[449] Cass. com., 22 oct. 2002, Sté Métro c/ Sté Cartier : BRDA 2002, nº 21, p. 11. V. aussi Cass. com., 27 juin 1995, Sté Lindt et Sprungli c/ Sté Chocolaterie Cantalou-Cémoi : RJDA 1995, nº 12, p. 1129, pour l'imitation du conditionnement du chocolat.

[450] V. Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Parasitisme et notoriété d'autrui* », p. 472.

L'usurpation de la notoriété ne suppose pas toujours une copie, elle peut résulter du seul fait d'établir un rapprochement avec un concurrent sans s'approprier nécessairement son bien : on parle alors souvent du rattachement indiscret à un concurrent[451].

Le rattachement indiscret peut également être géographique, en clair résulter de l'installation dans la même localité qu'un concurrent, lorsque le nom de cette localité est lié à la qualité d'un produit. Tel était le cas dans l'affaire « *Baccarat* » où la Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel condamnant une cristallerie pour activité parasitaire au motif qu'« *en installant son usine à proximité de Baccarat, en fixant son siège social à Baccarat même, à peu de distance du magasin d'usine de la « Compagnie des cristalleries de Baccarat », et en ouvrant au même lieu, un magasin, cette cristallerie a entendu, ne serait-ce qu'inconsciemment sans intention de nuire à la Compagnie et de la concurrencer, profiter de la renommée dont celle-ci a fait bénéficier la ville de Baccarat en tant que cité cristallier* »[452]. Il en résulte qu'une entreprise de verrerie ne peut s'installer à Baccarat, même y compris lorsqu'il a été établi qu'aucune confusion n'était possible entre les deux entreprises, les étiquettes et les papiers commerciaux étant suffisamment clairs.

D'autres pratiques commerciales, telles les pratiques d'appel et celle des tableaux de concordance, impliquent chez leur auteur une volonté de profiter indûment de la notoriété d'autrui. Dès lors, elles constituent une faute pour concurrence déloyale. L'on peut distinguer deux sous-types de pratiques d'appel : la pratique de la marque d'appel et celle du prix d'appel. Dans la première hypothèse, le revendeur tend à attirer la clientèle dans son point de vente en offrant des produits revêtus d'une marque connue dont il ne dispose pas d'une quantité suffisante pour satisfaire la demande de la clientèle et ceci afin de favoriser la vente des produits d'une autre marque[453]. Néanmoins, il a été jugé qu'il n'est pas nécessaire que la disponibilité

[451] V.Cass.com., 9 juin 2015, n° 14-11.242, F-D, SA Auchan France c/ SAS Cora : Cont. -conc. -cons.2015, n° 8,9, note Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Pour l'imitation du slogan publicitaire* ».
[452] Cass.com., 1è mai 1982 : PIBD 1982, III, P.237.
[453] Jean-Jacques BURST, « *Concurrence déloyale et parasitisme* », p. 115.

des produits soit immédiate « *dès lors que l'offreur détient ces produits dans des lieux et conditions permettant de les remettre à l'acheteur dans des délais adéquats eu égard à leur nature* »[454].

Dans la pratique du prix d'appel, le distributeur propose à un prix avantageux un produit dont la marque bénéficie d'une notoriété et dont il ne possède qu'une petite quantité, de sorte que l'acheteur se porte vers un autre article de même genre ayant une marge bénéficiaire plus importante[455]. Ajoutons que, outre la sanction sur le plan civil, les pratiques d'appel peuvent être sanctionnées pénalement pour publicité trompeuse par application de l'article L. 121-1 C. cons[456].

La pratique des tableaux de concordance consiste quant à elle, à mettre en parallèle des produits de qualité médiocre avec des produits de luxe. Cette pratique était pendant longtemps répandue dans le secteur de la parfumerie, avant d'être sanctionné par la Cour de cassation. Un fabricant de parfums a ainsi été condamné pour avoir affiché dans un magasin un tableau de concordance de ses produits et de leur prix avec ceux de grandes marques de parfums[457].

Au total le comportement parasitaire, qui consiste à profiter de la notoriété d'une entreprise, relève de la concurrence déloyale. Mais le titulaire de la marque notoire est également protégé par le droit des marques en invoquant l'usage illicite de la marque d'autrui (CPI, art. 716-9). D'autres dispositions pénales, comme la publicité commerciale trompeuse, relevant notamment du Code de la consommation peuvent aussi être invoquées pour condamner ces pratiques commerciales déloyales[458].

---

[454] Cass. com., 30 janv. 2001, Sté Swatch AG c/ Sté Métro-libre-service de gros : D. 2002, somm., p. 1262, obs. Yves PICOD.
[455] Jean-Jacques BURST, « *Concurrence déloyale et parasitisme* », p. 115.
[456] Loc. cit., p. 115.
[457] Cass. com., 27 janv. 1981, Sté parfums Fabiani c/ Sté parfums Christian Dior : Bull, civ. IV, n° 53, p. 41 ; CA Versailles, 5 oct. 1983, Sté Pascal Diffusion et autre c/ Sté Parfum Rochas et autres : Gaz. Pal. 1985, 1, somm., p. 112.
[458] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », 8 éd, 2020, p. 202.

76. Comme en France, le législateur koweïtien n'a pas fourni de définition spécifique d'une publicité trompeuse, dans la loi sur la protection des consommateurs, mais stipule à l'article (22) qu'il est : « *interdit de faire de la publicité pour la vente, l'affichage, l'offre ou la promotion de biens ou de services en tout moyen incluant de fausses informations ou données, et interdit également la publicité de tout produit corrompu, où les biens sont considérés comme corrompus ou frauduleux s'ils ne sont pas conformes aux spécifications prescrites ou sont inutilisables ou ont une date d'expiration. Alors qu'une certaine doctrine s'oriente vers la non-discrimination entre une publicité fausse et une publicité trompeuse, où elle les considère comme des termes synonymes, bien qu'il existe une distinction entre publicité fausse et trompeuse, car la fausse publicité contient des données fausses et incorrectes, tandis que la publicité trompeuse ne contient pas de fausses déclarations mais est formulé de manière vague, ce qui conduit à tromper le consommateur et à le faire se tromper sur les qualités fondamentales de l'objet de la vente* ». En plus l'article (42) Loi des marques du CCG ajoute que : « *a. Sans préjudice de toute peine plus lourde prévue par une autre loi, une peine d'une peine d'emprisonnement d'au moins un mois et d'au plus trois ans et/ou une peine une amende d'au moins cinq mille riyals saoudiens et d'au plus un million de riyals saoudiens ou son équivalent dans d'autres monnaies du CCG, sera imposé à toute personne reconnue coupable des infractions suivantes : 1. Représenter faussement ou imiter une marque enregistrée en vertu des dispositions de la présente loi ou l'imiter d'une manière trompeuse ou semant la confusion dans l'esprit du public, ou utiliser de mauvaise foi tout marque déformée ou imitée. ; 2. Identifier ses produits ou services de mauvaise foi avec une marque appartenant à d'autres.*

b. Sans préjudice de toute peine plus lourde prévue par une autre loi, une peine de une peine d'emprisonnement d'au moins un mois et d'au plus un an et/ou une peine d'une amende d'au moins mille riyals saoudiens et d'au plus cent mille riyals saoudiens, Le riyal saoudien ou son équivalent dans d'autres monnaies du CCG sera imposé à toute personne reconnu coupable

des infractions suivantes :1. Vendre, offrir à la vente ou à l'échange sciemment, ou posséder avec l'intention de commercialiser des marchandises portant des marques fausses ou imitées ; ou utilise illégalement ces marques ou offre des services en vertu de ceux-ci. ; 2. Utilisation d'une marque non enregistrée dans les cas prévus aux clauses 2 à 11 de l'article 3. ; 3. Inscrire illégalement sur sa marque, ses papiers ou documents commerciaux tout ce qui pourrait laisser croire qu'il a obtenu l'enregistrement de cette marque. ; 4. Omettre délibérément et de mauvaise foi d'indiquer sa marque déposée sur des produits ou prestations de service. ; 5. Posséder sciemment des outils ou du matériel destinés à être utilisés pour imiter marques déposées ou renommées ».

B. **L 'usurpation des efforts intellectuels et financiers**

77. Après son adoption pour sanctionner l'usurpation de la notoriété d'autrui, la notion de parasitisme a été élargie aux cas où le parasite profite injustement des efforts intellectuels et financiers d'un concurrent. La jurisprudence sanctionne de plus en plus au titre de la concurrence déloyale celui qui s'approprie indûment le travail d'un concurrent, même en l'absence de risque de confusion, en réalisant ainsi des économies injustifiées[459]. Ainsi selon la cour d'appel, « *le fait pour une entreprise de vivre dans le sillage d'une autre, en profitant des efforts que celle-ci a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits, s'analyse en un comportement parasitaire fautif; ces agissements, contraires aux usages du commerce, ont pour effet de vider de sa substance le travail d'autrui, de fausser le libre jeu du marché, de rompre l'égalité entre les divers intervenants même non concurrents directs, en permettant notamment à l'entreprise parasite de faire l'économie de frais financiers et intellectuels*

[459] V. CA Paris, 29 nov. 1996, Sté Intégrale et autre c/ Sté Optimal prépa : D. 1999, somm., p. 94, obs. Marie-Laure IZORCHE, pour la reprise de la brochure d'un concurrent ; Cass. com., 4 avril 1995, Ste Ishwar c/ Ehrenreicht : RJDA 1995, n° 12, p. 1128, pour la copie servile de dessins de tissus pour ameublement sur des modèles de robes et de vêtements féminins ; Cass, com., 7 févr. 1995, TFT c/ Antenne 2 et autre : D. 1997, somm., p. 105, obs. Yves PICOD, pour la copie servile d'une émission de télévision.

importants pour la commercialisation de ses produits et de s'approprier, sans bourse délier , le savoir-faire d'un tiers »[460]. Ainsi, la cour d'appel a condamné la société Patchouli Valence pour avoir adopté dans ses magasins un agencement et une décoration faisant naître la même ambiance que dans les magasins de la société Séphora, en soulignant qu'« *un tel comportement qui trahit la volonté de Patchouli Valence de bénéficier à moindres frais des études et des travaux réalisés par Séphora pour offrir à la clientèle un lieu de présentation et de vente à la fois attrayant et fonctionnel est constitutif de concurrence parasitaire* »[461].

Cette jurisprudence est constante et abondante sanctionnant très souvent l'usurpation des investissements et des efforts intellectuels d'autrui quand celle-ci a permis une économie injustifiée. Quand l'utilisation du travail d'autrui ou de l'information se fait dans des conditions anormales (après la rupture de pourparlers ou une rupture de contrat…), le parasitisme d'investissements est caractérisé[462].

Cette sanction n'est cependant pas systématique. On ne peut en effet conclure automatiquement à une concurrence déloyale du simple fait d'un parasitisme. En particulier lorsque la conception du produit contrefait a nécessité un travail important. Autrement, cela pourrait engendrer un risque de frein à l'innovation et à la création[463]. Sur ce point, la cour d'appel a affirmé que « *l'application de cette notion (le parasitisme) ne doit pas être faite qu'avec beaucoup de prudence dès lors d'une part, que si un produit ne bénéficie pas de la protection des lois du 14 juill., 1909 ou du 11 mars 1957, admettre que sa seule reproduction qui ne lésé aucun droit privatif serait constitutive d'une faute, aboutirait à créer une protection subsidiaire faisant revivre par un biais excluant la notion fondamentale d'originalité, la protection des lois susvisées, et d'autre part, que deux grands principes doivent toujours être*

[460] CA Versailles, 16 janv. 1997, Sté Habitat France c/ Sté d'exploitation RAPP SER, préc.
[461] CA Paris, 25 juin 1997, Sté Patchouli Valence c/ Sté Séphora CD Rom D. Aff, mots-clés concurrence déloyale.
[462] Marie MALAURIE-VIGNAL. cit., p. 199.
[463] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui* », D. 1996, chron., p. 180.

respectés, celui de la liberté du commerce et de l'industrie et celui de la fluidité des échanges commerciaux intra-communautaires ; que cette application ne se conçoit donc que s'il y a utilisation d'une technique ayant nécessité des efforts tant intellectuels que financiers importants »[464].

En outre, la jurisprudence écarte toute déloyauté lorsque la copie est inspirée des modes et tendances[465], ou relève de considérations techniques[466], ou encore lorsqu'il ne s'agit pas d'une reprise systématique[467].

Le Professeur Le Tourneau s'oppose à cette approche nuancée et prudente, estimant pour sa part, que l'imitation ou la reproduction d'une création ou d'une œuvre non protégée par un droit privatif constitue en soi une faute, car contraire aux usages du commerce. Elle devrait dès lors être systématiquement sanctionnée pour parasitisme, sans qu'il y ait besoin d'établir la réalité ni l'importance des efforts déployés et des investissements effectués par la victime[468]. Il explique que lorsque l'œuvre présente une certaine originalité, qu'elle n'est pas tombée dans le domaine public et que sa copie n'est pas nécessaire, elle témoigne par elle-même de l'existence de ces efforts[469].

Comme plusieurs autres auteurs[470], nous sommes en désaccord avec ces analyses à la fois non étayées par les faits, et contradictoires. Tantôt, il évoque une création non protégée, tantôt, il parle d'une œuvre non tombée dans le domaine public, c'est à dire qui bénéficie toujours d'une protection spécifique. Certains autres adhèrent à son approche[471].

---

[464] CA Toulouse, 19 oct. 1988, Mme E.… c/ B... Chemie GMBH : D. 1989, jur., p. 290, note Jean- Jacques BARBIERI.
[465] CA Versailles. 16 jany, 1997, Sté Habitat France c/ Sté d'exploitation RAPP SER, préc.
[466] Ibid.
[467] Cass. civ., 5 mai 1998, Sté Labo France Editeur c/ Sté presse et communication de l'institut : PA 1999, n° 121, p. 22, note Nadège REBOUL.
[468] Philippe LE TOURNEAU, note sous Cass, com., 30 janv. 2001, Sté Glock France c/ Sté Bécheret, préc.
[469] Philippe LE TOURNEAU, « *De la modernité du parasitisme* », Gaz. Pal. 2001, 28-30 oct., p. 6.
[470] V. surtout J. AZÉMA, « *Le droit français de la concurrence* », PUF, 2e éd., 1989, n° 163. - H. et J. LUCAS, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », Litec 1994, n° 18.-M. VIVANT, C. LE STANC, L. RAPP et M. GUIBAL, Lamy droit de l'informatique, 1998, nos 251 et s. Jérôme passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*. n°368.
[471] A. BERTRAND, « *Le droit d'auteur et les droits voisins* », Masson 1991, p. 84 et s.- G. CAS, R. BOUT et C. PRIETO, Lamy Droit économique, 1998, nos 1617 et s. J. DUPICHOT : « *Pour une réflexion doctrinale sur la*

78. Dans le domaine des produits compatibles, la jurisprudence se montre là encore très hostile à la condamnation de la recherche de compatibilité entre produits concurrents, cela en l'absence d'autres éléments factuels, tels le risque de confusion[472], rendant abusive cette pratique[473]. Elle refuse, en la matière, de voir une faute dans le seul fait de tirer profit, sans contrepartie, du résultat des efforts intellectuels et financiers en réalisant des économies. Cette jurisprudence divise la doctrine ; certains auteurs regrettent une telle position[474], d'autres la soutiennent[475]. Mais c'est cette approche a été de nouveau adoptée par la justice française. Ainsi la cour d'appel de Paris a jugé que : « *le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas, ou ne fait plus l'objet d'un droit de propriété intellectuelle peut être librement reproduite ; qu'une telle prise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives, sauf à vider de toute substance le principe ci-dessus rappelé, lui-même étroitement lié à la règle fondamentale de la liberté de la concurrence* »[476].

A titre d'illustration, la société Lego a été déboutée de son action en concurrence déloyale contre la société Tomy France au motif que « *la création et la mise en vente par Tomy*

(nécessaire) sanction du parasitisme économique vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ? » : Gaz. Pal. 1987, 1, doctr., p. 350 et s.-P.-Y. GAUTIER, « *Propriété littéraire et artistique* », PUF 2e éd, 1996, nos 30 et 270. M. MALAURIE-VIGNAL, « *Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui* » D. 1996, chron., p. 177 et s.

[472] Ainsi, le tribunal de commerce de Bobigny a sanctionné la société Euroménage pour avoir recherché une compatibilité entre les autocuiseurs qu'elle fabrique et ceux de la société SEB en soulignant que « *la ressemblance frappante des autocuiseurs et l'interchangeabilité des pièces apparaissent de la part d'Euroménage comme une véritable politique consistant à paralyser l'effort commercial de SEB. [.] : qu'Euroménage crée la confusion dans l'esprit de la clientèle […] et utilise des pratiques parasitaires tendant à la captation des fruits de l'effort d'autrui. […] ; que la concurrence exercée par Euroménage à l'encontre de SEB, au moyen des autocuiseurs ayant cumulativement des formes identiques et des pièces interchangeables, est une concurrence déloyale* » : 27 mai 1998 : PIBD 1998, III, p. 527.

[473] V. Cass, com., 16 mai 2000, Sté Schabaver c/ Sté Marcel Justet : D. 2001, somm., p. 1309, obs. Yvan AUGUET.

[474] Philippe LE TOURNEAU, « *Peut-on entonner le requiem du parasitisme ?* », D. 2001, chron. p. 1226 ; « *Le bon vent du parasitisme* », Cont.-conc.-cons. 2001, n° 1, p. 5.

[475] Jérôme PASSA, note sous CA Paris, 18 oct. 2000, Sté Kirkbi c/ Sté Maniwaki Ventures Eurone : D 2001, jur., p. 850 : « *si la reproduction de ce qui n'est pas approprié est licite, la réalisation d'une économie d'investissements, qui en est la conséquence logique, doit également être tenue pour licite* ».

[476] CA Paris, 18 oct. 2000, Sté Kirkbi c/ Sté Maniwaki Ventures Europe, préc.

de « trains compatibles » avec les jeux Lego sont licites en elles-mêmes et ne sauraient constituer des actes de parasitisme commercial ; le préjudice que peut faire subir cette compatibilité à Lego, par perte de clients détournés de ses produits par l'attrait supplémentaire ainsi procuré au train Tomy et ensuite éventuellement à l'ensemble des jeux Tomy, est un préjudice résultant de l'exercice normal de la concurrence et n'a pas à être indemnisé »[477].

Il faut souligner que la jurisprudence justifie une telle solution dans le but de préserver les droits du consommateur qui « *doit, en principe, pouvoir réunir à son gré, sans contrainte artificielle, les produits offerts par les divers fabricants pour en constituer des ensembles répondant à ses besoins ou à ses goûts, sans rencontrer d'obstacles pour choisir chaque élément en fonction de son prix et de ses qualités propres* »[478].

Mais doit-on faire de cette solution un principe général et considérer l'intérêt du consommateur comme un fait justificatif de tout acte répréhensible ? Nous ne le pensons pas.

Selon la doctrine koweitienne, si la concurrence est exercée par des moyens légaux conformes aux principes des transactions commerciales, elle doit être vue comme légitime et loyale, même si elle porte préjudice commercial au concurrent. A titre d'exemple, lorsqu'un commerçant commercialise les mêmes produits que son concurrent, cela peut détourner les clients de celui-ci à son propre bénéfice. Cela n'entraînera pas pour autant, la responsabilité du premier commerçant, pour autant que cela ait été fait dans les limites légales et loyales[479]. Au-delà de ces limites, l'on tombe dans la concurrence parasitaire qui consiste selon certains juristes arabes en une usurpation de la renommée et la technologie d'autrui, résultats d'efforts

---

[477] CA Paris, 16 janvier 1992 : Lettre distr., mars 1992. Décision confirmée en Cass. com., 29 mars 1994 Sté Lego c/ Sté Tomy France : Bull. civ. IV, n° 125, p. 97: « *la cour d'appel, après avoir relevé que la société Tomy France ne faisait, lors de la commercialisation de ses produits, aucune référence susceptible de créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur moyen sur l'origine de ses produits ave ceux de la société Lego, a pu retenir que la recherche de la compatibilité entre les produits des dev sociétés, obtenue par l'utilisation par la société Tomy France sur ses propres jouets de tenons identiques à ceux utilisés par la société Lego, ne constituait pas en elle-même, en l'absence de droit privetes profit de la société Lego sur la partie litigieuse des produits, un acte de concurrence déloyale »* Récemment dans le même sens, Cass. com., 16 mai 2000, Sté Schabaver c/ Sté Marcel Justet, préc.

[478] CA Paris, 16 janvier 1992, préc.

[479] T. AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , p.45.; I. ABO-ALILE, *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* , p.241.

intellectuels et financiers lourdement consentis. Le titulaire de la marque parasitée a donc le droit de s'en réserver les fruits à titre exclusif, et aussi de se protéger de toute violation de son titre de propriété par les concurrents indélicats se livrant à des pratiques contraires aux usages commerciaux[480].

A côté des actes de concurrence déloyale visant les actifs immatériels, il existe aussi des actes visant la personne morale elle-même. C'est ce que nous allons à présent étudier.

Section 2 : Les actes de concurrence déloyale visant la personne morale

En matière de concurrence déloyale, il existe deux modalités d'atteinte à la personne morale par le moyen du dénigrement (§1) ou de la désorganisation (§2).

§ 1 : Le dénigrement

79. Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur un concurrent en répandant à propos de sa personne (physique ou morale), son entreprise ou ses produits et/ou services des informations malveillantes[481].

Ainsi, le dénigrement peut viser la personne d'un concurrent, voire un ensemble de concurrents, ou une catégorie professionnelle déterminée, en répandant des allégations dénigrantes faisant référence par exemple, à sa nationalité, sa religion, sa situation financière, ou encore à sa compétence[482]. Il peut viser aussi l'entreprise concurrente en mettant en cause

[480] Abdul Rahman Qarman, « *Quoi de neuf dans les actes de concurrence déloyale, Concurrence parasitaire* », p. 14. ; Helmy Muhammad Al-Najjar et Hala Helmy Al-Najjar, « *La concurrence déloyale dans ses derniers développements* » (concurrence parasitaire), 2004, p.44.

[481] CA Paris, 19 février 1999, Etablissement Gaz de France c/ Fédération nationale des syndicats de négociants en combustibles et carburants de France : Gaz. Pal. 2000, jur., p. 369.

[482] Pour la jurisprudence française v. CA Bordeaux, 3 mars 1971, Sté des Grands Magasins Garonne- Adour c/ Syndicat Général de l'Epicerie... : Gaz. Pal. 1971, jur., p. 398, note J. C. FOURGOUX ; CA Paris, 9 déc. 1992,

ses procédés de commercialisation, ou la compétence de son personnel[483]. Mais le plus souvent, le dénigrement vise les produits ou services de l'entreprise concurrente en faisant état de leur moindre qualité, leur prix trop élevé, leur non-conformité aux normes, ou encore des dangers que présente leur utilisation[484]. Ainsi, le dénigrement « *acte destructeur* »[485] se distingue-t-il par sa méthode de la confusion et de la concurrence parasitaire « *actes assimilateurs* »[486] où le concurrent tente d'attirer la clientèle de son rival en s'identifiant à ce dernier.

Il est pour cette raison apparu nécessaire, en droit français comme en droit koweitien, de délimiter la frontière entre le dénigrement constitutif de concurrence déloyale et le droit de critique en principe licite[487]. En effet, le droit de critique est reconnu à tout individu pourvu que ses propos soient objectifs et mesurés[488] dans leur contenu et dans leur forme[489].

Ainsi, la Cour de cassation française a confirmé que la liberté d'opinion doit être exercée dans un but « *d'information objective et désintéressée* » du public et non de recherche de la clientèle. Dès lors, des critiques contenues dans la bibliographie d'un ouvrage et portant sur les

FNAIM et autre c/ Sté Editions Neressis : D. 1994, somm., p. 223, obs. Yves SERRA. En droit Koweitien V.H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », ., .P 311. ; T. AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.32. ; I. ABO-ALILE, La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , ., p.239 .

[483] Cass. com., 5 juin 1972, Cosson c/ Chassaing de Bourdeille : Bull, civ. IV, n° 170, p. 137, En droit Koweitien. H. ALMASRI, Le Droit du commerce koweitien, ., .P 311. ; T. AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.32.

[484] V. CA Paris, 5 mars 1987, Sté Fiduciaire du Raincy c/ Klein et autres : D. 1987, IR, p. 82 ; CA Paris. 12 févr. 1988, Sté R.E.S.F. c/ Sté Duracell France et autre : D. 1988, IR, p. 75 ; CA Paris, 21 juin 1984. Fromagerie Bel la Vache qui rit c/ Sté Boursin : Gaz. Pal. 1985, somm., p. 256 ; CA Versailles, 12 févr. 1990, Sté Henkel France c/ Sté Rhône Poulenc Chimie : D. 1990, jur., p. 264, note Yves SERRA. Récemment, la société Europe 2 a été jugée coupable de concurrence déloyale pour avoir créé au sein de son site, sous la rubrique « ANTI NRJ », un lien Hypertexte donnant directement accès à la page Web susvisée, cherchant ainsi à mettre à la disposition des visiteurs de son site les propos dénigrant les produits de la société NRJ : CA Paris, 19 sept. 2001, NRJ c/ p. 643, obs. Cédric MANARA. En droit koweitien v..H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », ., .P 312.

[485] V.Philippe LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », ., P.31.

[486] V.Philippe LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », ., P.49.

[487] En droit Koweitien v. T. AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.33. ; En droit arabe en générale V. A. ALKHOULI, Droit commercial, , p. 385.

[488] CA Paris, 19 février 1999, Etablissement Gaz de France c/ Fédération nationale des syndicats de négociants en combustibles et carburants de France, préc. V. aussi CA Paris, 6 nov. 1989, Sté la Fédération des mutuelles de France c/ Sté la Fédération française des sociétés d'assurances et autre : D. 1990, jur., p. 564, note Dominique THOUVENIN.

[489] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Dénigrement* », Juris-Classeur conc. Cons., fasc, 210, p 4.

publications d'un éditeur concurrent ont été jugées comme fautives dans la mesure où elles avaient pour objectif de détourner la clientèle[490].

A cet égard, Madame MALAURIE-VIGNAL a souligné que : « *la mauvaise critique est malveillante, Elle ternit l'image de marque du concurrent ou sa réputation commerciale : il est par exemple déloyal d'affirmer qu'« une entreprise est de troisième ordre, que les produits vendus sont invendables, inutilisables et de mauvaise qualité » ; un commerçant ne peut, par exemple, donner des informations d'ordre privé (en précisant sa religion ou sa race ou celle de ses clients...) ou patrimonial (en indiquant l'ouverture prochaine d'une procédure collective par exemple) sur son concurrent ; il y a aussi dénigrement lorsque l'on donne des informations partielles quand elles sont chiffrées, de nature à induire en erreur le consommateur ou un professionnel utilisateur potentiels. Les tribunaux distinguent le dénigrement d'une simple critique. La critique sera plus facilement admise si elle ne sert pas exclusivement les intérêts de celui qui l'émet* »[491].

Par ailleurs le dénigrement doit également être clairement distingué du délit de diffamation prévu par l'article 29 de la loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et par l'article 209 et s. Code pénal koweitien. Encore qu'en droit français cette distinction s'effectue d'une manière nuancée. En effet, l'article 29 susvisé ne s'applique que lorsque le dénigrement concerne une personne physique ou morale[492]. Il en résulte que lorsque les allégations concernent des produits ou des services, le délit de diffamation ne peut être invoqué[493], et seule la concurrence déloyale pour dénigrement peut être mise en jeu.

Le problème est plus délicat lorsque les propos visent une personne physique. Les tribunaux ont tendance à accueillir des actions en concurrence déloyale fondées sur le

[490] CA Paris, 1er juill, 1991, Sté Editions Chiron c/ Sté Amphora : D. 1992, somm., p. 341, obs. Marie- Laure IZORCHE.
[491] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », p.211.
[492] Cass. crim., 12 oct. 1976: Bull. crim., n° 287, p. 738.
[493] Cass. crim., 8 févr. 1994: Bull, crim., n° 58, p. 122.

dénigrement pour des propos visant la race, la religion, la nationalité, ou encore l'honnêteté, alors que tels propos devraient sans aucun doute relever de l'atteinte à l'honneur et à la considération de la personne visée et donc relever du délit de diffamation. Toutefois, la cour de cassation, a dans une décision que nous approuvons, refusé de considérer comme un acte de dénigrement le fait par une revue de répandre des allégations de vol et de spoliation à propos d'une revue concurrente. Préférant retenir l'atteinte à l'honneur et à la considération de cette dernière en soulignant que « *toute allégation ou imputation portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'une société à laquelle elle est imputée constitue une diffamation* »[494].

80. En droit koweitien, la doctrine n'a pas abordé le sujet, mais nous estimons que la solution apportée par la cour de cassation française pourrait servir de référence.

A. Les conditions de fond du dénigrement

81. Pour que le dénigrement soit constitutif d'un acte de concurrence déloyale, plusieurs conditions doivent être réunies, tant en droit français que koweitien.

Tout d'abord, la constatation d'un acte de dénigrement suppose l'existence d'une clientèle commune entre les parties en cause ; en d'autres termes, l'auteur de l'acte déloyal et la victime doivent exercer une activité identique ou similaire[495]. Cependant, la jurisprudence française contemporaine est intransigeante, sanctionnant tout dénigrement même si les parties en cause ne se situent pas au même niveau économique[496]. Pour la Cour de cassation en effet « *même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation, par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un*

[494] Cass. civ., 19 juin 1996, Sté Labo France éditeur c/ Sté de presse Le Biopathologiste : CD Rom D. Af mots-clés : concurrence déloyale.
[495] En droit Koweitien v. T. AL SHAMMERI, *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* p.34.
[496] Com. 21 juin 1990, Gaz. Pal. 18-19 juill. 1990 : concurrence entre un fabricant de lessive sans phosphate et un fabricant de phosphate.

produit commercialisé par l'autre constitue un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure »[497].

Ensuite, le concurrent visé par les propos dénigrants doit être identifiable à travers le dénigrement. C'est naturellement le cas lorsqu'il est nommément désigné, ou tout au moins identifiable[498], Il n'y a de concurrence déloyale qu'autant que le concurrent est désigné ou facilement reconnaissable[499], Il est identifiable lorsque le marché est suffisamment étroit pour que le dénigrement ne puisse s'adresser qu'à lui. C'est ainsi qu'une société était aisément identifiable par la seule allusion à sa campagne publicitaire, dès lors qu': « *à la date à laquelle est parue la publicité incriminée, il n'existait sur le marché des herbes surgelées que deux entreprises, Daregal et Gyma Surgelés, qu'il est donc évident que la comparaison pour l'un comme pour l'autre, ne pouvait se faire qu'avec le compétiteur direct et unique* »[500]. Il est aussi identifiable en raison de la proximité géographique avec l'auteur du dénigrement. Ainsi, l'affichage par un restaurateur dans son établissement d'une addition portant la mention « *ce que vous ne verrez pas ici* » a été considéré comme constitutif de concurrence déloyale par dénigrement, dès lors que la proximité d'un seul autre restaurant de même nature dans la localité permettait à la clientèle de conclure que cette addition provenait de ce concurrent[501]. Parfois, il est admis que le dénigrement puisse être collectif, quand c'est l'ensemble d'une profession qui est visée[502] .

---

[497] Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15.651 : JurisData n° 2020-003103 ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 96, obs. M. Malaurie-Vignal ; D. 2020, p. 2428, obs. Y. Picod.
[498] Cass. com., 20 févr. 2007 : D. 2008, pan. 254, obs. Y. Picod. – Cass. com., 5 oct. 1982: JCP G 1982, IV, p. 359; D. 1983, IR, p. 210, obs. Ch. Gavalda. – Cass. com., 23 mars 1999 : JCP E 2000, p. 175, obs. D. Fasquelle. EN droit arabe en générale, V.A. ALKHOULI, « *Droit commercial* », , 1964, p. 385.
[499] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », p.216.
[500] CA Versailles, 26 juin 1997, Sté Gyma Surgelés c/ Sté Daregal : CD Rom D. Aff., mots-clés concurrence déloyale.
[501] Cass, com., 15 juill. 1970, Vasseur-Denis c/ Roumieux : Bull. civ. IV, n° 243, p. 212. Pour des exemples où le concurrent n'était ni identifié, ni identifiable v. CA Versailles, 12 juin 1998, Sté Bic c/ Sté Gillette France : RJDA 1999, nº 11, p. 981 ; CA Paris, 29 nov. 1996, Sté Intégrale et autre c/ Sté Optimal prépa, préc.
[502] TGI Paris, réf., 16 juin 1987 : JCP G 1987, II, 20900, note A. Viandier. – TGI Paris, 1re ch., 18 janv. 1989 : Gaz. Pal. 1989, 1, somm. p. 14.

Enfin, il faut que les propos dénigrants soient diffusés pour être susceptibles de produire des effets dommageables au concurrent vis-à-vis de sa clientèle[503] . Tel n'est pas le cas lorsque le document incriminé est limité à un usage interne. Par contre, il suffit que le document soit remis à un tiers, client potentiel, pour qu'il y ait dénigrement[504].

Il convient de souligner qu'en droit français autant que koweitien il est indifférent que les faits allégués soient vrais ou non[505]. Le principe de « *l'exceptio veritatis* » connu en matière de diffamation ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre de la concurrence déloyale par dénigrement. Celle-ci peut donc être constituée alors même que les faits révélés sont exacts : « *en réalité, ce n'est pas tant la divulgation de la vérité qui est sanctionnée mais les circonstances dans lesquelles elle l'accompagne* »[506].

Par ailleurs, le dénigrement peut être véhiculé par tout moyen : parole, écrit, image, courriel, réseaux sociaux, et tout autre moyen[507] . De plus, les propos dénigrants peuvent être contenus dans un tract, une note d'information, une lettre circulaire ou tout autre document. En outre, l'ampleur de la diffusion de ces propos importe peu. Il suffit ainsi d'une lettre adressée à une seule personne[508].

B. Les différentes formes de dénigrement

82. La doctrine française, suivie en cela par la doctrine koweitienne, distingue le dénigrement direct qui suppose une critique malveillante expressément formulée à l'encontre d'un concurrent, du dénigrement indirect qui consiste en des propos discréditant implicitement

[503] CA Versailles, 17 oct.1996, Sté des Pet Foods / Sté IAMS France : RJDA 1997, n°1, P.96.
[504] CA Paris, 24 févr. 1967 : Ann. Prop. ind., 1967, P.112.
[505] Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 septembre 2010, n° 09-15.583, Sté Sagelec:/ Sté Michel Plante Systèmes (MPS), nédit.
[506] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », p.212. V. Cass. com., 24 sept. 2013 : D. 2013, p. 2823, obs. Y. Picod.
[507] Dans ce sens en droit arabe en général V. A. ALKHOULI, *Droit commercial*, partie 3, Égypte, 1964, p. 386.
[508] Cass, com., 20 juin 1972, Sté des Laboratoires olischlager c/ Bohler, Calvez : Bull. civ. IV, nº 197, p. 191.

un concurrent[509] . Cette seconde hypothèse peut être illustrée par l'exemple d'un opérateur économique qui s'attribue ou attribue à ses produits et services parfois de façon fallacieuse, certaines qualités, en suggérant de manière implicite qu'à contrario, les entreprises concurrentes ou leur produits ou services ne les possèdent pas[510]. Cette pratique est nommée en droit français « *dénigrement indirect par omission* »[511]. Il convient de préciser que le seul fait pour un professionnel de vanter les éléments de son entreprise, même avec emphase, ne saurait enfreindre en lui-même les règles de loyauté de la concurrence et ne saurait constituer de ce seul fait un dénigrement[512]. Un commerçant est toujours en droit de souligner le caractère compétitif de ses produits ou de ses prix à condition qu'aucune entreprise concurrente ne soit visée ni directement ni indirectement[513].

De fait, le dénigrement indirect peut résulter de la menace d'une action en justice. Le tribunal de Lyon a ainsi jugé que le fait d'envoyer des lettres circulaires aux distributeurs d'un concurrent assorties de menaces de poursuites en contrefaçon, alors qu'aucune action n'avait été entamée, constituait un acte de dénigrement[514]. La question qui se pose à cet égard est de savoir si la mise en garde de la clientèle contre l'existence d'une contrefaçon constitue ou non

[509] V.Philippe LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », ., P.39. Sur le dénigrement indirect v. A. ALKHOULI, *Droit commercial,* , p. 385.
[510] CA Paris, 17 nov. 1970 : D. 1972, Jur., p. 78, note S. Guinchard. – V. aussi Cass. com., 6 mars 1978 : JCP G 1978, II, 19001, note J. Azéma. – Cass. 1re civ., 14 avr. 2016, n° 15-18.494 : JurisData n° 2016-007135 ; D. 2017, p. 181, note E. Dreyer ; JCP E 2017, 1418, obs. A. Ballot-Léna.
[511] Cass. com., 9 juin 1980 : Bull. civ. IV, n° 244. – V. également, CA Paris, 17 nov. 1970 : D. 1972, jurispr. p. 78, note S. Guinchard. – CA Versailles, 10 mai 1995 : Gaz. Pal. 1996, 1, somm. p. 147, le slogan publicitaire « *en pharmacie on achète des produits sûrs* » constitue un dénigrement par omission qui porte atteinte à l'ensemble des fabricants de cosmétiques. CA Reims, 12 févr. 2019 : Propr. industr. 2029, chron. 9, n° 9, obs. J. Larrieu, A été condamné pour dénigrement des taxis un chauffeur VTC qui affichait sur son compte Facebook des messages ironiques tels que *« chez nous, il n'y a pas de visite guidée avant d'arriver à destination », « arrêtez de vous faire balader »* ou *« ne dépensez pas sans compter ».*
[512] CA Douai, 2 oct. 1995 : D. 1996, jurispr. p. 99, note J.-C. Fourgoux « *si l'exagération propre à toute publicité n'enfreint pas, en elle-même, les règles de la loyauté de la concurrence, la revendication d'exclusivités ou de propriétés superlatives ne peut être admise si de telles assertions aboutissent, par un dénigrement indirect, à dépouiller les concurrents des mêmes vertus* ». Pour la doctrine koweitien V. T. AL SHAMMERI, ., p.32.
[513] Cass. 1re civ., 27 mai 2003, n° 00-16.435, Ch. régionale des professionnels immobiliers Rhône-Alpes (CRPI) c/ Ch. départementale des notaires de l'Isère : JurisData n° 2003-019322, le seul fait de s'attribuer des qualités ne signifie pas que les entreprises concurrentes en soient dénuées ; les seules revendications dans les publicités litigieuses « *d'un service de professionnel* » ainsi que des qualités de « *sécurité, compétence et efficacité* » ne sont pas constitutives d'un dénigrement indirect.
[514] TGI Lyon, 3juill. 1982, PIBD 1989, III, P.619.

un acte de dénigrement. La jurisprudence française est partagée à ce sujet. Certaines décisions estiment qu'elle ne constitue pas un dénigrement dès lors qu'elle est formulée en des termes mesurés[515]. D'autres admettent le contraire, considérant cette mise en garde comme un acte de dénigrement dès lors qu'aucune condamnation définitive n'est intervenue : « *le simple fait de dénoncer à la clientèle les agissements d'un concurrent nommément désigné comme contrefacteur, alors qu'aucune décision de justice ne vient en établir la réalité, constitue un dénigrement* »[516].

Le dénigrement peut aussi constituer dans la publication d'une action en justice ou de la publication d'une décision de justice. Concernant la publication d'une action en justice, la cour d'appel de Paris a jugé comme constitutif d'une faute l'envoi d'une lettre circulaire à la clientèle exposant l'introduction d'une action en contrefaçon engagée contre un concurrent, au motif qu'une telle lettre préjuge d'une décision judiciaire[517]. Cette solution a été approuvée par certains auteurs koweitiens[518]. Quant à la publication d'une décision de justice, la constatation de la déloyauté dans ce cas commande de distinguer selon que la décision est définitive ou non. La solution apportée à l'un ou l'autre des deux cas est la même en droit français et droit koweitien. Dans la première hypothèse, la jurisprudence et la doctrine ne voient pas dans la publication un acte de dénigrement, même si elle n'a pas été ordonnée par le juge[519]. Soulignons cependant que, dans ce dernier cas, la publication s'effectuera aux frais de la victime qui a obtenu gain de cause lors de son action en concurrence déloyale. Toutefois, on exige en droit français que la publication soit faite dans des conditions loyales. C'est à dire sans être

[515] CA Paris, 8 juin 1982, Sté O.M.N.I.A. Volcan c/ Sté S.K.M. : D. 1985, IR, p. 12, obs. Jean-Jacques BURST.
[516] CA Paris, 3 avril 1995, Sté Aedes c/ Sté Spic Ecopic Line : Gaz. Pal. 1996, I[er] sem., somm., p. 145.
[517] CA Paris, 8 juin 1982 : D. 1985, inf. rap. p. 12, obs. J.-J. Burst. – V. aussi Cass. com., 8 févr. 1967 : Bull. civ. III, n° 61 ; RTD com. 1969, p. 77, obs. Chavanne. – CA Paris, 14 févr. 1958 : JCP G 1958, II, 10535, note Esmein.
[518] I. ABO-ALILE, La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , p.252.
[519] A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, p. 372.

accompagnée de propos dénigrants[520] ou encore plusieurs années après le procès[521], faute de quoi elle peut être constitutive de concurrence déloyale. En outre, le Professeur Azéma ajoute que la publication doit s'effectuer uniquement par voie de presse « *telle qu'elle aurait pu être ordonnée par le tribunal, mais ici aux frais du demandeur* »[522]. Faut-il dès lors en déduire que, toute publication par d'autres moyens (affiches, twitter, réseau social, annonces publicitaires...) d'une décision définitive de condamnation constitue un dénigrement ? Il est permis de répondre par l'affirmative selon nous.

En revanche, dans l'hypothèse d'une décision de justice non définitive, toute publication est fautive et constitue un acte de concurrence déloyale pour dénigrement[523]. Toutefois les tribunaux français écartent le caractère déloyal lorsque les propos litigieux ont un aspect humoristique ou caricatural : « *la caricature, aspect de la liberté d'expression, n'est prise au sérieux par personne du fait de l'excès même de son contenu volontairement irrévérencieux et provocateur ; A ce titre, elle peut altérer l'image ou la personnalité de ceux qu'elle représente à condition de ne pas dépasser les limites du genre* »[524], En effet, comme le remarque un auteur, si la critique est permise, pourquoi l'obligerait-on à être ennuyeuse ?[525] La critique humoristique ou polémique n'est pas condamnable.

83. À cet égard, certaines doctrines arabes indiquent que la caricature est un exemple de pratique artistique et créative. Elle est considérée comme une des formes de la liberté d'expression laquelle relève des droits humains fondamentaux. Car renvoie concrètement à la

[520] Cass. com., 18 oct. 2017, n° 15-27.136: JurisData n° 2017-020503; Comm. com. électr. 2017, comm. 94, obs. C. Caron; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 6, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP G 2017, n° 51, p. 2309, obs. J. Larrieu ; Dalloz IP/IT 2018, n° 3, p. 199, obs. E. Derieux.
[521] T. civ. Seine, 3 mars 1876 : Ann. propr. ind. 1878, p. 331.
[522] J. Azéma, « *Le droit français de la concurrence* » : PUF 1989, n° 141.
[523] « *De même, est déloyal le fait de publier sur Internet des extraits d'une ordonnance rendue en première instance sur un litige en contrefaçon entre les deux parties, sans mentionner l'analyse du juge et l'existence d'une procédure pendante en appel, car seules sont reproduites les parties défavorables à son concurrent* » V.TGI Strasbourg, 26 juin 2001, Mediavet : JurisData n° 2001-182586.
[524] CA Paris, 14 mars 1995, Sté Automobiles Citroën c/ Sté Canal Plus : D. 1996, somm., p. 252, obs. Marie-Laure IZORCHE.
[525] *G. Durry, in RTD civ. 1972, p. 783.*

liberté de penser et d'exprimer ses opinions. C'est aussi un droit collectif qui permet la communication entre les membres de la société.

Le droit à la liberté d'expression occupe une place éminente dans les chartes nationales et les accords régionaux et internationaux, dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par les Nations-Unies et publiée du 10 décembre 1942. Ainsi que l'Article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950.

Au Koweït, cette liberté est fondée sur l'article 27 de la Charte arabe relative aux droits de l'homme, née suite d'une décision de la Ligue des États arabes du 15 décembre 1997. Et sur l'article 22 de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam, publiée par le Conseil du ministère des Affaires étrangères de l'Organisation de la Conférence islamique mondiale en date du 05 août 1990.

En pratique cependant, la plupart des de caricature sont destinées à faire vendre les journaux, ce qui pose le problème du partage du fruits de la vente avec l'objet caricaturé. Puisqu'on peut considérer que c'est l'objet qui a fait vendre. C'est pourquoi, il faut trouver un équilibre entre les droits du propriétaire de la marque, le contrôle de sa marque et de son usage absolu, et sur de l'autre, le désir d'autrui de monnayer l'image de marque, même sous forme de caricature, sans avoir besoin d'obtenir l'approbation de son propriétaire[526].

84. C'est également le cas pour la critique gastronomique. Il a ainsi été jugé que la maison *Le Gault et Millau* a le droit de critiquer de manière acerbe un restaurant londonien[527]. La

[526] Nazzal Mansour Al-Kiswani, Yassin Al-Shazly, « *Le droit de critique satirique des marques* », Journal de la faculté de droit koweit , n° 2, 6e année, juin 2018. p. 551.
[527] Cass. 2e civ., 3 févr. 1972: D. 1972, jurispr. p. 365; Bull. civ. II, n° 36.

critique gastronomique est en effet libre en ce qu'elle permet la libre appréciation des produits[528]. De même peut-on critiquer un journal, si cette critique n'a « *[que] pour objet de jeter le discrédit sur un concurrent en répandant à son propos des informations malveillantes* »[529]. Les termes utilisés ne doivent donc pas excéder la mesure tolérable[530]. Il a ainsi été jugé constitutif de dénigrement un tract au ton humoristique « *dès lors qu'il fait allusion au thème publicitaire retenu par les concurrents [...] afin de les tourner en dérision auprès des clients potentiels, tendant ainsi à discréditer le travail des concurrents* »[531].

85. En matière de publicité comparative, le seul fait de comparer des prix, qui relève de la nature même de la publicité comparative, ne saurait caractériser en lui-même un dénigrement. Il y'aura dénigrement si la publicité est accompagnée de propos dénigrants, directs ou indirects résultant d'une comparaison[532]. Ainsi la loi précise que la publicité comparative ne doit pas entraîner le : « *dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent* »[533]. En résumé, une publicité comparative ne peut jeter le discrédit sur la marque ou les produits du concurrent. La Cour de cassation a ainsi jugé illicite une publicité montrant d'un côté, des capsules de café percées, tordues ou écrasées, associées au slogan « *faites du goût pas de déchets* » et de l'autre côté, une cafetière Bodum surmontée du slogan « *assurément la meilleure façon de faire du café* », ce dont il résultait que

[528] CA Dijon, 27 janv. 2004, SAS Lyon Mag : JurisData n° 2004-231088.
[529] CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 nov. 2012, n° 11/23316, Sté d'exploitation de l'hebdomadaire Le Point c/ The Web Family et Jean-Marc M. : JurisData n° 2012-029506 : Comm. com. électr. 2013, comm. 16, obs. V. Pironon.
[530] CA Paris, 14 avr. 1995, SA Le Train bleu c/ SARL Nouvelles éd. de l'université [publie le Petit Futé] : RJDA 1995, p. 919.
[531] CA Versailles, 30 janv. 1997, Sté Danone c/ Sté Andros : D. 1999, somm., p. 93, obs. Marie-Laure IZORCHE et CD Rom D. Aff., mots-clés : concurrence déloyale. V aussi. Cass. com., 30 janv. 2007, n° 04-17.203 : JurisData n° 2007-037187 ; Contrats, conc. Consom. 2007, comm. 103, obs. M. Malaurie-Vignal.
[532] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », p.215.
[533] C. consom., art. L. 122-2, 2°.

« *la publicité litigieuse mettait exclusivement en avant une caractéristique négative du produit d'un concurrent, présentée dans des conditions de nature à jeter le discrédit sur celui-ci* »[534].

86. En droit koweitien en revanche, la publicité comparative n'est pas réglementée, et la doctrine estime que toute publicité comparative portant sur la qualité, le prix, est fautive car constitutive de concurrence déloyale[535]. La publicité comparative est en effet une publicité qui se concentre sur les caractéristiques du produit ou du service faisant l'objet de la publicité en comparant ses spécifications et caractéristiques avec un autre produit similaire, en faisant référence au nom du commerçant concurrent ou au nom de son produit, d'une manière qui dégrade sa valeur et conduit les consommateurs tombent dans l'ambiguïté et la fraude, afin de convaincre le public de consommateurs que le bien ou le service faisant l'objet de la publicité est le meilleur et qu'il leur rapporterait un bénéfice plus important que le bien ou le service concurrent.

Le législateur koweïtien, dans la loi sur la protection des consommateurs, n'a pas donné de définition spécifique des publicités comparatives, mais stipule dans l'article 22, l'interdiction de faire de la publicité pour la vente, l'affichage, l'offre ou la promotion de biens ou de services par tout moyen incluant de fausses publicités informations ou données, ce qui signifie que la publicité comparative est strictement interdite par la loi, si elle comprend des informations incorrectes, qu'elles soient liées au produit et service proposé par le professionnel ou à l'article et service concurrent. Ces précisions sont de notre point de vue imprécises, il serait donc impératif que le législateur koweitien adopte des conditions et limitations plus précises pour mieux encadrer la publicité comparative. Comme par exemple, limiter les comparaisons aux éléments vérifiables et confirmables avec suffisamment de preuves.

---

[534] Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-21.266: Juris Data n° 2012-021745; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 290, obs. G. Raymond; Cass. com., 23 avr. 2003, n° 00-17.166, SA Lilly France : Juris Data n° 2003-018871.
[535] I. ABO-ALILE, La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , p.255.

Car si une publicité comparative contient des informations fausses, que ce soit partiellement ou totalement, elle sera vue comme illégale son auteur peut être tenu responsable du délit de fraude conformément aux dispositions de l'article premier de la loi n° 62 de l'année 2007, concernant la répression. Ou de fraude dans les transactions commerciales puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée n'excédant pas un an et d'une amende n'excédant pas deux mille Dinars. Ou l'une des deux peines.

Ainsi quiconque aura triché ou utilisé délibérément des moyens pour tromper l'entrepreneur de quelque manière que ce soit, qu'il s'agisse d'une tromperie portée sur la réalité du bien, ou sur sa nature ou ses caractéristiques essentielles, ou sur son contenu en éléments utiles et généralement sur les éléments entrant dans sa composition.

Outre la responsabilité de l'annonceur conformément aux dispositions de l'article 235 de la loi pénale n° 16 de 1960, qui prévoit une peine d'emprisonnement d'une durée n'excédant pas cinq ans et une amende n'excédant pas cinq mille roupies, ou l'une des deux sanctions pour quiconque gère un projet administratif, commercial, industriel ou agricole... procédant avec l'intention frauduleuse de tromper le public en lui faisant donner n'importe quelle somme d'argent au profit du projet... en donnant de fausses informations sur des sujets essentiels qui induira le public en erreur, avec lequel il ne pourra pas vérifier l'authenticité de ces informations, même si cet acte de fraude n'a pas pour conséquence de recevoir de l'argent de qui que ce soit du public.

La publicité comparative est par ailleurs considérée comme une forme de concurrence déloyale, si elle vise à diffuser un manque de confiance dans le projet du concurrent et à dégrader la valeur de ses produits et celle de celui qui les expose. L'interdiction ne s'applique donc pas sur le principe de la comparaison lui-même, mais sur le caractère illégal de cette comparaison.

En outre, pour que les publicités comparatives soient légitimes, plusieurs conditions doivent être remplies, la première étant que la comparaison doit porter sur des biens et services similaires, car la similitude des biens et services est ce qui appelle une comparaison, par exemple comparer entre des voitures de marques différentes ou entre des voitures électriques. Appareils de marques différentes, et pour les services, la comparaison se fait entre des services similaires, comme la comparaison entre les services touristiques proposés par différentes entreprises, ainsi, la comparaison doit porter sur les biens et services et non sur le projet lui-même en général, sinon elle est illégitime.

Enfin, la publicité doit être objective et honnête, non trompeuse pour le consommateur et ne doit pas entraîner d'ambiguïté ni de confusion, et la comparaison doit s'effectuer entre les caractéristiques fondamentales des produits soumis à comparaison et ne doit pas réduire la valeur d'une marque ou d'un autre concurrent. en outre, il ne doit pas bénéficier indûment de la célèbre enseigne commerciale d'un concurrent, et l'annonceur doit être en mesure de prouver dans un délai court la validité des données contenues dans l'annonce.

§ 2 : La désorganisation

87. La désorganisation consiste à utiliser des moyens tendant à déstabiliser l'activité d'une entreprise concurrente, voire d'un ensemble de concurrents. C'est à juste titre que certains auteurs français ont relevé que le terme même de « *désorganisation* » n'était pas satisfaisant[536]. Car d'une part, la désorganisation d'une entreprise rivale n'est pas toujours la conséquence d'un acte déloyal, elle peut aussi résulter d'un acte légitime du moment que le dommage causé par le simple jeu de la concurrence est licite. D'autre part, les comportements traditionnellement classés sous cette catégorie ne sont pas les seuls à perturber l'entreprise rivale, car tous les actes

[536] J. PASSA, « *Domaine de l'action en concurrence déloyale* », p. 14.

de concurrence déloyale peuvent avoir le même effet. Par exemple, la revente hors réseau souvent qualifiée de concurrence parasitaire, pourrait aussi constituer un acte de désorganisation.

L'approche sémantique en langue arabe est plus pragmatique ; il y'a désorganisation lorsque le comportement du concurrent génère des troubles dans le bon fonctionnement des activités commerciales du concurrent lésé. Est en particulier visé le trouble de nature commerciale, mais tout type de trouble peut être concerné, dès lors que la désorganisation a nui au process de production, à l'organisation de la main d'œuvre, voire à sa composition (en cas de débauchage par exemple). Au retard apporté au lancement d'un produit etc…Le spectre est donc très large.

Il en résulte, si l'on reprend la classification de Roubier, que la désorganisation, en droit français comme en droit koweitien, peut viser autant une entreprise concurrente (A) que le marché (B).

A. La désorganisation d'une entreprise concurrente

88. La désorganisation de l'entreprise concurrente peut résulter de la suppression ou la destruction de sa publicité[537], le détournement de ses commandes[538], l'incitation de ses salariés à faire grève[539] ou à divulguer ses secrets[540]. En droit koweitien, la doctrine estime que la

[537] Cass. com., 22 mars 1982 : JCP 1982, éd. G, IV, p. 201, pour l'apposition d'un panneau publicitaire masquant celui d'un concurrent.
[538] Cass. com., 16 juin 1965: Bull. civ. III, n° 378.
EN droit koweitien V. H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », p. 312. En droit arabe en général V. A. ALKHOULI, « *Droit commercial, partie 3* », Égypte, 1964, p. 386.
[539] EN droit koweitien V. T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.36. H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », ., .P 312.
[540] V. Roger BOUT, Lamy droit économique, ., p. 560. V. aussi en droit koweitien l'article 58 du code de commerce relatif à la concurrence déloyale.

publicité mensongère[541] et la publicité comparative[542] peuvent entraîner la désorganisation de l'entreprise rivale. Mais le plus souvent la désorganisation résulte du débauchage de tout ou partie du personnel d'un concurrent.

1. L'embauche d'un ancien salarié d'un concurrent lié par une obligation de non- concurrence

Nous avons évoqué la clause de non-concurrence dans le cadre des relations entre le concept de concurrence déloyale et les notions voisins sur le salarié et la concurrence interdite par voie de contrat travail[543]. Nous y rappelions que pendant la durée du contrat de travail, le travailleur devait s'abstenir de tout acte qui pourrait constituer une concurrence avec son employeur. Cette obligation découle du lien de subordination qui le lie à l'employeur.

Il existe aussi l'hypothèse d'une clause de non-concurrence à effet successif. En clair, il s'agit de prévoir une clause de non-concurrence qui ne prendra effet qu'à compter de la fin de la collaboration. Et qui fera obligation à l'ex-salarié de s'abstenir de travailler pour une entreprise concurrente.

Telle est ici notre hypothèse de travail : si ce nouvel employeur concurrent de l'ancien employeur, a embauché un salarié au mépris d'une clause de non-concurrence dont il est informé, il commet un acte de concurrence déloyale et se rend coupable de tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle[544]. La jurisprudence française est abondante en la

[541] En droit koweitien. H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », ., .P 313. V. l'article 22 de code de la consommation KW et L'article 56 code de commerce relatif à la concurrence déloyale.
[542] G. RIPERT et R. ROBLOT par Louis VOGEL, « *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1* », LGDJ, Paris, 18ème éd., 2001, p. 542.
[543] Voir Chap. 1 du titre 1 p.18
[544] La même solution peut être admise dans les contrats de vente ou de location de fonds de commerce où une clause de non-concurrence ou de non-rétablissement est souvent mise à la charge du vendeur ou du loueur.

matière à l'exemple de l'affaire où il a été jugé que : « *toute personne qui sciemment emploie un salarié en violation d'une clause de non-concurrence souscrite par ce dernier commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* »[545].

Certains auteurs ont qualifié cette hypothèse de concurrence anti contractuelle sanctionnée fréquemment par la jurisprudence au titre de la concurrence déloyale[546], ce qui relève d'une erreur d'analyse selon nous. En effet, la violation d'une clause de non-concurrence par l'ancien salarié (débiteur de cette obligation) engage sa responsabilité contractuelle, et constitue ainsi une concurrence anti contractuelle. Alors que le nouvel employeur (concurrent de l'ancien employeur) qui s'est livré à une tierce complicité à la violation d'une clause de non-concurrence engage sa responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale[547].

La Cour de cassation a clairement délimité cette frontière en affirmant que : « *l'action en concurrence déloyale dirigée contre le nouvel employeur qui a embauché un salarié lié par une clause de non-concurrence est recevable nonobstant l'existence d'une action contractuelle de l'ancien employeur contre ce salarié et alors que ces deux actions sont l'une délictuelle et l'autre contractuelle* »[548]. De plus, le nouvel employeur ne peut donc être coupable de concurrence déloyale que lorsqu'il est établi qu'il connaissait l'existence de la clause de non-concurrence[549]. En principe, la preuve de cette connaissance pèse sur celui qui se prévaut de l'existence d'une telle clause[550], c'est à dire l'ancien employeur. Cependant, elle est présumée lorsque la clause est usuelle dans le secteur d'activité concerné. Auquel cas, la jurisprudence

[545] Cass. com., 5 févr. 1991, Sté Socam c/ Sté Sofia: Bull. civ. IV, n° 51, p. 34. V. aussi Cass. com., 23 oct. 1984, Sté Gel Riva c/ Sté Gel Normand: Bull. civ. IV, n° 272, p. 222; Cass. com., 19 oct. 1983, M. Bodiou c/ M. Alexandre: Bull. civ. IV, n° 271, p. 234.
[546] G. RIPERT et R. ROBLOT par Louis VOGEL, « *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1* », LGDJ, Paris, 18ème éd., 2001, p. 542.
[547] V. Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Procédés de désorganisation* », Juris-Classeur conc. Cons., fasc. 223, p. 13 et s.
[548] Cass. com., 24 mars 1998, Berteloot c/ Carpy : RJDA 1998, n° 8-9, p. 776.
[549] CA Paris, 19 nov. 1981, S.P.P.A. c/ Sté Barclay : Gaz. Pal. 1982, 1er sem., somm., p. 83 ; Cass. com., 19 oct. 1999, Sté Sector Ingenierie c/ Sté Réalix Technologieş : RJDA 1999, n° 12, p. 1138.
[550] Cass. com., 18 déc. 2001, Sté Pouey international c/ Sté Dun & Bradstreet France : D. 2002, AJ, p. 645, obs. Eric CHEVRIER.

française met à la charge du nouvel employeur une obligation de vérifier avant la conclusion du contrat que le salarié n'est tenu par aucune clause de non- concurrence à l'égard de son ancien employeur[551].

Il se pose une question supplémentaire lorsque la validité de la clause de non-concurrence est remise en cause. La jurisprudence française estime qu'un litige portant sur la validité de la clause de non-concurrence n'empêche aucunement d'engager la responsabilité du nouvel employeur en ayant jugé que : « *constitue un acte de concurrence déloyale le fait pour un employeur d'embaucher un salarié qu'il savait lié par une clause de non-concurrence à un ancien employeur, peu important que le certificat de travail ne contienne pas mention de la clause de non-concurrence et que la validité de celle-ci soit contestable* »[552]. En revanche, aucune faute ne peut lui être reprochée si la clause est nulle[553].

2. L'embauche d'un ancien salarié d'un concurrent libre de tout engagement

En revanche, en vertu du principe de la liberté du travail, un ancien salarié non lié par une clause de non-concurrence a toute latitude, après l'expiration de son contrat de travail, d'exercer une activité concurrente pour son propre compte ou pour celui d'un concurrent de son ancien employeur. Et cela, « *quelle que puisse être la répercussion de ce changement d'employeur sur une clientèle dont la liberté reste entière* »[554]. Cette liberté n'est cependant pas absolue, elle ne doit pas s'accompagner de manœuvres déloyales, même si la concurrence reste

[551] CA Paris, 10 janv. 2001, Sté Abilog c/ Sté Pronix Ingenierie : D. 2001, somm., p. 1311, obs. Yves SERRA.
[552] CA Paris, 20 févr. 1984, Sté 3 M France c/ Sté Gestetner : D. 1984, IR, p. 444, obs. Yves SERRA. V. aussi Cass. com., 19 oct. 1983, M. Bodiou c/ M. Alexandre, préc.
[553] CA Paris, 25 nov. 1986, Sté Fabenrev c/ Colin et autres : D. 1987, somm., p. 272, obs. Yves SERRA.
[554] Cass. com. 25 avr. 2006, Concurrences, n° 3, 2006. 110, obs. D.F. et S.M. ; Cass. com. 8 janv. 1991, JCP 1991. IV. 82 (conseil juridique devenu salarié d'un autre cabinet) ; Cass. com. 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 62 ; contra : Cass. com. 23 sept. 1953, D. 1984. IR 141 ; v. D. Labarthe, « *Le débauchage de personnel, parent pauvre de l'action en concurrence déloyale* », D. 2005. Chron. 1231.

permise. En clair, lorsque le salarié n'est pas tenu par une clause de non-concurrence vis-à-vis de son précédent employeur, il est difficile de qualifier sa simple embauche par une entreprise concurrente de celle de son ancien employeur de fautive. C'est pourquoi les tribunaux français recherchent si cette embauche a été accomplie dans des conditions irrégulières lesquelles seules pourraient caractériser un acte déloyal[555].

Dès lors, le débauchage sera qualifié de déloyal, en droit français autant que koweitien, notamment lorsqu'il est essentiellement motivé par la volonté d'accéder aux secrets industriels, au savoir-faire d'un concurrent, ou encore aux connaissances confidentielles acquises par le salarié dans ses fonctions précédentes[556]. Toutefois, le simple fait de mettre au profit du nouvel employeur l'expérience acquise antérieurement par le salarié n'est pas fautif et ne constitue donc pas un acte de concurrence déloyale, notamment en l'absence de toute divulgation de secret de fabrique ou de savoir-faire. Ainsi : « *ne constitue pas un acte de concurrence déloyale le fait que d'anciens employés de haut niveau aient mis en œuvre, dans un nouvel emploi, non pas un secret de fabrique ou une formule confidentielle, mais leurs simples connaissances personnelles* »[557]. Certains auteurs français ont néanmoins relevé, à juste titre selon nous que la distinction qui doit être effectuée entre le savoir-faire de l'entreprise et l'expérience acquise par l'employé tout au long de sa carrière n'est pas toujours aisée[558].

Le débauchage de salariés même massif, ne sera pour autant répréhensible par les juges français que lorsqu'il entraîne la désorganisation de l'entreprise concurrente. Ainsi, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel au motif qu': « *en relevant seulement, pour qualifier*

[555] Cass. Com 14 avr.2015, n°13-26.527, Sté Milliman.
[556] CA Paris, 15 janv. 1997 : PIBD 1997, III, p. 517 ; CA Paris, 29 sept. 1994, EDF c/ Sté Logimat : D. 1995, somm., p. 210, obs. Yves SERRA. En droit koweitien v. T.AL SHAMMERI, p.45 ; F.AL-KANDARI, l'obligation de non-concurrence en contrat de travail : étude comparative en droit français et koweitien. *Arab Law Quarterly*, 2001, p. 164.
[557] CA Paris, 27 oct. 1988: Ann. Prop. Ind.1989, P.181.
[558] Yves SERRA, « *Concurrence déloyale* », p. 32 : « *il sera souvent difficile d'opérer une distinction entre le savoir-faire de l'entreprise, détachable de la personne du salarié, et les aptitudes personnelles, la compétence et l'expérience professionnelle de l'ancien salarié dont celui-ci peut faire un libre usage dans une activité concurrente de celle de son ancien employeur* ».

de débauchage massif de personnel la concomitance de la démission de sept salariés sur treize ou quinze en l'espace de deux mois et le fait que ces départs n'avaient pour origine aucun motif passible, la cour d'appel n'a pas caractérisé la faute constitutive de concurrence déloyale »[559].

89. La solution est la même en droit koweitien[560]. La cour de cassation koweïtienne a ainsi jugé que la démission de neuf employés d'un salon de coiffure en l'espace d'un mois, puis leur embauche successive par un concurrent de leur ancien employeur avait entraîné la désorganisation du fonds de commerce de ce dernier, constituant de ce chef une concurrence déloyale[561].

Le débauchage peut par ailleurs être considéré comme constitutif de concurrence déloyale sans être massif, lorsqu'il a visé du personnel qualifié sur lequel repose les compétences de l'entreprise. Dans une telle hypothèse, le débauchage du personnel qualifié révèle l'intention de désorganiser l'entreprise de son concurrent[562].

Il nous reste à évoquer la question du transfert de fichiers. La jurisprudence française et la doctrine koweitienne qualifient de concurrence déloyale le transfert de fichiers de clients d'une société à une autre à l'occasion du recrutement d'un ancien salarié de la première société par la seconde[563]. Le démarchage de l'ancienne clientèle par l'ex-salarié n'est donc pas illicite en lui-même. La jurisprudence affirme avec constance que le démarchage de la clientèle est libre, même s'il est systématique, par exemple, via les liens commerciaux, s'il n'est pas

[559] Cass. com., 24 mars 1998, Sté Hymage c/ Sté Charles André : RJDA 1998, n° 8-9, p. 778. Comp. Cass. com., 24 févr. 1998, Sté Protection individuelle et collective c/ Kopcio : CD Rom D. Aff., mots-clés : concurrence déloyale.
[560]V. T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.46.
[561] V. T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, p.47; V.A. AL AKILI, Interprétation du droit commercial koweïtien, , ., p. 288.
[562] CA. Paris, 29 sept.1994, EDF c/ Sté Logimat, préc. Sur le droit koweitien V. H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », P 312.
[563] Cass. com., 29 avril 1997, Sté Sofinarex c/ Sté Fortin : CD Rom D. Aff., mots-clés : concurrence déloyale. Dans ce sens en droit koweitien v. T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, p.46.

accompagné d'un procédé déloyal résultant par exemple du démarchage de clientèle en cours de préavis, ou du démarchage systématique malgré une obligation de bonne foi. Il n'existe pas de droit privatif sur la clientèle et la victime doit apporter la preuve de preuves de la déloyauté. En définitive, la déloyauté du démarchage dépend des circonstances dans lesquelles il intervient.

En ce qui concerne la clientèle électronique, Le principe de liberté du démarchage de clientèle a été transposé au monde d'internet. Le référencement ou les liens hypertextes sont des outils considérés en principe comme loyaux. Il a par exemple été jugé que le fait pour un annonceur concurrent d'insérer un lien hypertexte permettant d'accéder au site (non contrefaisant) d'un tiers est licite dès lors que ce lien reste un simple lien « *dit de surface* », c'est-à-dire qui redirige l'internaute vers la page d'accueil d'un autre site (il ne permet pas de s'approprier directement le contenu du site à partir du lien hypertexte inséré) et qu'il ne crée aucune confusion[564].

Le débauchage peut aussi être assorti de fortes incitations financières. Le nouvel employeur peut en effet, en vue d'attirer les salariés d'un concurrent, leur offrir une rémunération plus élevée, ce qui ne saurait constituer en soi un acte de concurrence déloyale[565]. Comme l'illustre un arrêt de la cour d'appel de Versailles en ayant jugé que : « *le montant du salaire est convenu en toute liberté entre le salarié et le nouvel employeur ; qu'à supposer que le salaire versé par la SARL Cabinet Descolas soit supérieur, il n'en résulterait aucune faute de sa part* »[566]. Sauf si la rémunération est anormalement élevée traduisant ainsi une pression illégitime pour inciter le salarié à quitter son employeur[567].

[564] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », ., p.205.
[565] A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, ., p. 387.
[566] CA Versailles, 11 sept. 1997, Sté Agence du Château c/ Sté Cabinet Descolas : RJDA 1998, n° 3, p. 266.
[567] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Procédés de désorganisation* », ., p. 17.

B. La désorganisation du marché

90. Constituent des actes de désorganisation du marché, les comportements déloyaux qui portent atteinte, non pas à un concurrent en particulier, mais aux intérêts de tous les membres d'une profession donnée, ce qui peut ainsi entraîner la « *perturbation du marché* »[568]. En droit français, il a été relevé que l'adoption de textes particuliers incriminant certaines de ces pratiques a vidé cette catégorie de son contenu[569]. Parmi les actes qui ont été condamnés par les tribunaux français sous cette catégorie, la pratique des soldes en dehors des périodes autorisées[570] et l'ouverture des magasins au public le dimanche[571].

La doctrine koweitienne, quant à elle, considère que la publicité mensongère constitue un acte de désorganisation[572].

Concernant la pratique des prix inférieurs à ceux d'un concurrent, nommée « dumping », la jurisprudence française refuse d'y voir en soi une concurrence déloyale : « *dès lors qu'il n'est pas démontré que ce prix soit dérisoire ou excéderait les usages du commerce soumis au principe de l'économie libérale* »[573]. C'est ce qui a été appliqué par la cour d'appel de Versailles en ayant jugé que : « *la société Monacor France ne saurait faire grief utilement à la société Altai France d'avoir abusivement démarché sa clientèle en lui faisant systématiquement des propositions de remises de 10 points supérieurs aux siennes ; qu'en effet, les exemples cités ne concernent que deux ou trois clients sur l'ensemble du fichier qui comporte*

---

[568] La formule est empruntée à Pierre GODE, note sous CA Paris, 16 janv. 1980, Lopes c/ Sté Robert et Cie et autres : D. 1981, jur., p. 568.
[569] Roger BOUT, ., p. 568.
[570] CA Riom, 14 avril 1993 : RJDA 1994, nº 3, p. 294 ; Cass. com., 18 oct. 1994, Sté Departement Store c/ Sté Poloco : D. 1995, IR, p. 12.
[571] Cass. Soc. 18 janv. 1995, Sté Sodipic Conforama c/ Gille et autres : Gaz. Pal. 1995, pan., p. 80.
[572] . H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », ., P 313; T.AL SHAMMERI, ., p.38.
[573] CA Paris, 25 sept. 1996, Sté TMR c/ Sté Soclaine, préc. Dans le même sens CA Colmar, 13 mai 1994, Sté Schiffer Food BV c/ Compagnie française des produits Orangina et autre, préc. V. CA Versailles, 31 janv. 2002, Sté Groupe Fleurus Mame c/ Sté Corector Phil Orga et autre : JCP 2002, éd. E, pan. rapide, p. 882. « *En l'espèce, la cour a écarté tout acte de concurrence déloyale en relevant que les différences prix de vente des ouvrages litigieux étaient justifiées par la modestie de présentation de l'un au regard de l'autre* ».

200 noms ; que ces propositions peuvent relever d'une simple coïncidence et non d'une « volonté délibérée » de « coller » aux tarifs d'un concurrent en pratiquant systématiquement des remises supérieures, d'autant qu'une société nouvellement créée ne peut prétendre s'introduire avec succès sur un marché déjà concurrentiel qu'en proposant de nouveaux services ou en faisant des offres de prix moins élevées que celles de ses concurrents déjà en place »[574].

En revanche, dans une autre espèce, la Cour de cassation a sanctionné un ancien salarié au titre de la concurrence déloyale pour avoir pratiqué des prix anormalement inférieurs à ceux de son ancien employeur[575]. Le commentateur de cet arrêt note cependant, qu'habituellement la jurisprudence française refuse de voir dans cette pratique un acte contraire aux usages loyaux du commerce répréhensible au titre de la concurrence déloyale.

91. De la même manière, la doctrine koweitienne et arabe majoritaire ne voit pas dans le seul fait de vendre à un prix inférieur à celui d'un concurrent un acte de concurrence déloyale, notamment en l'absence de texte législatif ou de clause contractuelle fixant un prix minimum[576], d'autant moins qu'aucune manœuvre déloyale n'a été commise[577] . En revanche, la vente à prix anormalement bas ou dérisoire est fautive[578]. Toutefois, la vente à un prix inférieur au prix réglementé est autorisée, et n'est pas considérée comme de la concurrence déloyale, dans la mesure où ce prix fixe le seuil maximum qui ne doit pas être dépassé[579]. Il est toutefois stipulé que la vente à un prix inférieur ne doit pas être imaginaire ou continue tout au long de l'année

[574] CA Versailles, 19 févr. 1998, Sté Altai France c/ Sté Sodel, préc. V. CA Paris, 2 mars 1988, Sté Kobis Lorence et autres c/ Sté J. Perzel : RDPI 1988, n° 16, p. 116. La cour a jugé coupable de concurrence déloyale un fabricant pour avoir détourné la clientèle d'un concurrent en fournissant des lustres de qualité et de prix moindres pour une apparence similaire à une personne informée du prix et de la qualité de ceux du concurrent.
[575] Cass. com., 6 juin 1984, Epoux Gaillard c/ Sté Freydberg : D. 1985, IR, p. 156, obs. Yves SERRA. Le dumping consiste en « *une vente à bas prix, afin d'attirer la clientèle suivie d'une hausse une fois la concurrence locale éliminée* » : Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », ., p.203.
[576] A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, ., p. 387; T.AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.38.
[577] H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », ., P 313.
[578] H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », ., P 314; T.AL SHAMMERI, ., p.39.
[579] A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, ., p. 387.

ou sur une longue période, car cela entraînerait une perturbation générale du marché des matières premières.

Conclusion du chapitre

Comme nous le constatons, la typologie des actes de concurrence déloyale offre une grande variété de modalités. Un acte déloyal peut ainsi consister en autant en une confusion volontaire au travers d'une imitation frauduleuse des actifs immatériels des concurrents, qu'en une concurrence parasitaire. Cette dernière pouvant prendre la forme d'un dénigrement ou de manière plus classique d'une désorganisation visant l'entreprise concurrente. Désorganisation ayant globalement pour effet de perturber le marché, portant ainsi atteinte aux règles d'une concurrence saine et équitable.

A cet égard, nous aurons noté des points de divergence entre les droits français et koweitien dans l'appréciation de la notion de confusion, précisément en matière de contrefaçon (voir point 53).

Il subsiste surtout une convergence entre les deux systèmes, concernant le critère de distinction entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon. En particulier du point de vue de la cause juridique. C'est ce que nous allons à présent étudier.

Chapitre II : La délimitation des domaines de l'action en concurrence déloyale et de l'action en contrefaçon

92. En vertu des textes en vigueur tant en droit français que koweitien, l'action en concurrence déloyale est complémentaire de l'action en contrefaçon, il en résulte que les deux actions peuvent en principe se cumuler.

Comme nous l'avons vu tout au long du chapitre premier, l'action en concurrence déloyale est une action fondée sur le droit commun de la responsabilité civile prévue respectivement aux articles 1240 et 1241 du Code civil français et à l'art. 227 du code civil koweitien. En cette qualité, elle peut être diligentée de manière complémentaire à l'action en contrefaçon. Le titulaire d'un droit privatif contrefait pourrait même sous certaines conditions exercer les deux actions de manière à la fois cumulative et simultanée, à la condition cependant de pouvoir établir l'existence de dommages de nature distincte. Car procédant de faits eux-mêmes distincts : l'un usant d'un droit privatif protégé et l'autre consistant en un comportement fautif dans les relations commerciales.

Dans une telle hypothèse il y aura alors concours d'actions, de manière à appréhender les faits fautifs dans leur intégralité en vue d'en garantir la réparation la plus complète possible. Cette possibilité de cumul se justifie précisément par la circonstance que les deux actions ne sont pas similaires mais davantage complémentaires. Encore qu'il soit dans certains cas très difficile de dissocier matériellement l'acte de concurrence déloyale de l'acte de contrefaçon, auquel cas le cumul ne saurait être admis en toute hypothèse. Cela peut être illustré par la condamnation complémentaire au titre d'une action en concurrence déloyale. Tel est le cas lorsqu'un juge saisi d'une action en concurrence déloyale, prononce une interdiction judiciaire de copier une création intellectuelle ou un signe distinctif. Sous réserve bien entendu que ceux-ci soient exclus du champ de la propriété intellectuelle et par conséquent non protégés par l'action en contrefaçon.

C'est le sens qu'il faut donner à une célèbre formule de la Cour de cassation selon laquelle : « *l'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif*[580] ». Il ressort plus généralement de la jurisprudence de la cour de cassation que l'action en concurrence déloyale est une action subsidiaire à l'action en contrefaçon lorsque celle-ci est fermée à la victime du préjudice. Dit autrement, la subsidiarité ne peut en principe être invoquée que lorsque les créations immatérielles contrefaites sont non protégées et ne peuvent en conséquence faire l'objet d'une action en contrefaçon. Le principe du cumul n'est donc pas remis en cause par cette condition jurisprudentielle, nous pouvons au contraire y voir une réaffirmation dudit principe quoiqu'assorti d'une condition. Une telle précision participant de la volonté de la Cour de cassation d'asseoir la légitimité de l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection des créations y compris de manière subsidiaire[581].

Il ressort de tout ce qui précède que les deux actions ne sont pas assimilables (section 1), ce qui permet d'ailleurs de les cumuler sous certaines conditions (section 2).

Section 1 : La concurrence déloyale et la contrefaçon : une connexité et non une similarité

93. Dans son *Traité de droit de la propriété industrielle* publié en 1952, Paul Roubier a consacré un chapitre entier à la distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale. Il la qualifiait de « *fondamentale* », car « *les deux actions ne procèdent pas des mêmes causes et ne tendent pas aux mêmes fins* ».

Leurs fins, (c'est-à-dire l'objectif recherché), sont à l'évidence différentes : la première de ces actions est exercée par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle afin d'obtenir la sanction de l'atteinte portée à son droit privatif : elle consacre un monopole juridiquement

[580] V. par ex. Cass. com. 4 juill. 1978 : Bull. n° 188.
[581] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », 1997, PARIS, p. 2.

protégé contre la concurrence. La seconde est exercée par un opérateur économique en vue d'empêcher la survenue d'un dommage causé par l'acte déloyal d'un concurrent, et lorsque celui-ci intervient, en vue d'en obtenir réparation. L'action en concurrence déloyale consacre ainsi la liberté de concurrence.

Du point de vue de leurs fins, ces deux actions paraissent à première vue antinomiques. En effet selon Roubier, du point de vue des fins de l'action, l'action en contrefaçon apparaît « *comme étant essentiellement dans son principe une action pénale et l'action en concurrence déloyale au contraire comme essentiellement une action privée* ». Alors que lorsque l'on se place sur le terrain des causes de l'action, l'action en contrefaçon se définit : « *comme étant essentiellement la sanction d'un droit du demandeur* », tandis que l'action en concurrence déloyale « *est seulement une réaction accordée par l'ordre juridique contre une conduite critiquable d'un concurrent* »[582].

Cette grille de lecture remonte toutefois à soixante-dix ans. C'est pourquoi, il peut être intéressant d'examiner l'évolution éventuelle du droit français et koweitien sur la question de la connexité entre les actions en concurrence déloyale et de contrefaçon. L'on verra que si en théorie il subsiste une différence de cause et d'objet d'un point de vue juridique (§1), cette différence s'avère ténue voire inexistante en pratique (§2).

§1. La distinction de principe entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon

94. A première vue la différence entre les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale, fondée sur la responsabilité civile délictuelle de droit commun semble clairement établie puisque, l'une cherchant à faire sanctionner l'atteinte à une œuvre immatérielle protégée par la

[582] P. Roubier, « *Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale* », . 1952. 161.

loi et l'autre dédiée à la réparation du préjudice né d'un comportement déloyal vu comme fautif. Nous reprendrons la grille de lecture établie par Roubier pour constater que la différence entre les deux actions tient d'abord à celles caractérisant les cause et objet juridiques des deux actions.

Malgré cela, la mise en œuvre pratique des deux actions laisse apparaître des points de convergence réels. A tel point comme le constate Roubier lui-même que dans la pratique : « *la distinction entre ces deux actions [...] est en réalité assez difficile à déterminer exactement*[583] ».

En effet la ligne de démarcation entre les champs d'action respectifs de l'action en contrefaçon et celle en concurrence déloyale s'avère en pratique difficile à tracer sur un plan strictement procédural. En particulier du fait des nombreuses évolutions tant jurisprudentielles que législatives portant en particulier sur la question des faits distincts[584]. Etant entendu que ce sont ces derniers qui permettent en dernière analyse de distinguer une action en contrefaçon d'une action en concurrence déloyale.

La notion de « *faits distincts*[585] » peut être appréhendée au travers de la confusion née de l'imitation frauduleuse d'une création immatérielle. Une telle contrefaçon emporte tout à la fois un acte de concurrence déloyale, mais aussi un acte de contrefaçon si la création est protégée. Les faits ne seront donc pas distincts puisqu'ils portent sur la confusion. Il sera alors très difficile d'établir des faits distinctifs et donc de pouvoir mener les deux actions de front, sauf à établir d'autres faits générateurs qui se surajoutent à la confusion, tels qu'une concurrence parasitaire, une désorganisation voire un dénigrement. Dans ce cas le cumul d'actions sera plus facilement admis. D'autant plus que : « *l'action en contrefaçon sanctionne la violation d'un droit privatif alors que l'action en concurrence déloyale [fondée sur le droit*

[583] P. Roubier, « *Le droit de la propriété industrielle* », , 1952, p. 308.
[584] A. LAWRYNOWICZ-DREWEK, « *L'évolution de l'appréciation d'un fait distinct de la contrefaçon* », Premier prix du concours APRAM 2017, Juillet 2017, P.1.
[585] Nous aborderons cette notion dans la deuxième partie de notre thèse (v.Partie 2)

de la responsabilité civile délictuelle] est destinée à réparer les conséquences de la violation d'un devoir[586] *»*.

Ce n'est que s'il existe deux types de faits (des faits distincts en l'occurrence) qu'il pourra y avoir deux types d'actions elles-mêmes nécessairement distinctes l'une de l'autre. À ce sujet, M. Passa, reprenant l'analyse de Roubier, distingue à son tour l'action en contrefaçon attachée aux droits subjectifs de propriété intellectuelle, qui « *se trouve [...] être le prolongement du droit*[587] *»*, de l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun qui naît d'une situation juridique objective et qui, dans ce cas « *est la mesure de la protection* »[588].

Partant de la distinction « e*ntre objectivisme et subjectivisme dans la mise en œuvre de la règle de droit sur le plan contentieux*[589] *»*, M. Passa poursuit sa démonstration en considérant que les actions en contrefaçon et en responsabilité civile délictuelle de droit commun, en l'occurrence la concurrence déloyale, se distinguent aussi bien par leur cause (A) que par leur objet (B).

A. La différence de cause juridique : une situation juridique objective tant en France qu'au Koweït

95. « *La notion de cause de la demande exprime le fondement juridique de ce qui est réclamé au juge*[590] *»*. Selon cette définition qui reprend la grille de lecture de Roubier, il apparaît évident que la cause des deux actions est distincte, puisque leur fondement juridique l'est tout autant.

---

[586] Y. Serra, rép. com., V° « *Concurrence déloyale* », p. 10, n°45.
[587] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », , p. 42, n°68.
[588] *Ibid*.
[589] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », p. 43, n°69.
[590] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », , p. 43, n°70.

En effet, l'action en contrefaçon trouve sa cause dans l'atteinte à un droit subjectif, protégé par le Code de la propriété intellectuelle français[591]. L'infraction de contrefaçon étant constituée du seul fait de l'atteinte au droit privatif même si le préjudice n'est qu'éventuel (pas encore réalisé). Ainsi, pour que le demandeur voie accueillie son action en contrefaçon, il lui suffirait : « *d'apporter la preuve de l'existence et du caractère opposable de son droit, et de l'empiétement par le défendeur sur son domaine réservé*[592] ».

À l'inverse, l'action en concurrence déloyale fondée elle sur la responsabilité civile délictuelle de droit commun, trouve sa cause et en définitive son fondement juridique, dans une situation juridique caractérisée par un comportement contraire à un devoir général de conduite loyale[593]. En clair, à un : « *devoir de loyauté dans les relations de concurrence* »[594] s'agissant comme en l'espèce, de concurrence déloyale. Ce comportement fait donc naître une créance potentielle de réparation du préjudice, mais dont la matérialisation ne pourra procéder que d'une décision de justice. En effet comme l'écrit M. Passa : « *seul l'acte du juge auquel aboutit l'action en responsabilité crée réellement un droit subjectif, précisé et exécutable* »[595].

En définitive, la cause de l'action en concurrence déloyale fondée sur responsabilité civile délictuelle de droit commun, est un comportement dommageable constitutif d'une faute

---

[591] Le législateur koweïtien, n'a pas suivi l'approche consistant à préparer une législation unifiée qui aborde tous les aspects de la protection des droits de propriété intellectuelle, et comme de nombreuses législations comparatives dans ce domaine, comme le législateur français, par exemple.
Cependant, le législateur koweïtien, n'a pas été absent de ce domaine, puisqu'il a promulgué des législations garantissant la protection de tous les droits de propriété intellectuelle, même si ceux-ci étaient parfois tardifs, qu'il s'agisse de propriété littéraire et artistique ou de propriété industrielle affectée par la légitimité internationale, à commencer le Loi n°4 de 1962 sur les brevets, dessins et modèles. En matière de marques en droit koweïtien, , la loi koweïtien, ne sur le commerce n°68 de 1980 réglemente les marques de commerce dans ses articles 61 à 95 (modifié par la loi n°3 de 1999). Le droit koweïtien, n'est intervenu que tardivement en promulguant la loi n°64 de 1999 sur le droit d'auteur modifié par la loi n°22 de 2016 et la loi n°75 de 2019 sur le droit d'auteur.
[592] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », *Ibid*, p. 44, n°72.
[593] A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, ., p46.
[594] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », ., p. 45, n°73 - Y. GUYON, « *Droit des affaires, t.1* », « *Droit commercial général et sociétés* », 12me éd., Economica. 2003, p. 911, n°839 ; Ph. LETOURNEAU, « *Le parasitisme* », , p. 14, n°18 ; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme* », RTD Com. 1998, p. 17, n°8 ; P. ROUBIER, « *Les prérogatives juridiques* », ch. Phil. Dr., 1960, p. 68 ; Y. Serra, « *Concurrence déloyale* », , p. 17, n°83.
[595] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », . P.45, n°73. Dans ce sens v. J. Carbonnier, « *Les obligations* », PUF, Thémis, 12e éd., p. 481.

ayant créé un préjudice avéré et non simplement éventuel ou potentiel. C'est ce que rappelle une jurisprudence constante[596]. On peut donc affirmer que l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun repose sur des critères de mise en œuvre clairement distincts de ceux de l'action en contrefaçon[597]. La charge de la preuve pèse en particulier sur le demandeur qui devra établir non seulement le préjudice mais aussi le lien de causalité entre celui-ci et la faute du défendeur. Ainsi un arrêt d'appel a décidé qu': « *à l'inverse de l'action en contrefaçon, laquelle est essentiellement la sanction d'un droit de propriété intellectuelle, l'action en concurrence déloyale sanctionne un usage excessif de la liberté de commerce*[598] ».

Concernant la question de la preuve comme condition de la réparation de l'acte en concurrence déloyale, il est cependant utile de rappeler que dans le cadre d'une action en concurrence déloyale, il n'est dans la pratique nullement nécessaire de prouver la faute ni le lien de causalité avec le dommage pour que l'action en concurrence déloyale soit favorablement accueillie. Cela s'explique par la particularité de l'action en concurrence déloyale, qui a pour finalité première non pas de réparer un préjudice causé à autrui mais de sanctionner la déloyauté des actes commis. Il en résulte que même en l'absence de préjudice, dès lors qu'une déloyauté est établie, l'action sera admise et l'auteur de l'acte déloyal sera sanctionné en général par l'ordonnance de cessation des actes déloyaux.

La recevabilité et le bien-fondé d'une action en concurrence déloyale sont ainsi acquises en dehors de tout préjudice. C'est pourquoi certains auteurs estiment que l'action en concurrence déloyale a un caractère disciplinaire. Ce qui emporte notre propre approbation ainsi que l'adhésion d'une partie de la doctrine. Un auteur a ainsi pu écrire que : « *ce qui sera sanctionné par l'action en responsabilité particulière dite "concurrence déloyale", action dont le caractère disciplinaire ne doit pas être perdu de vue, ce n'est pas d'avoir causé un préjudice à autrui,*

[596] Cass. Com., 19 juillet 1976, J.C.P., CI, 1977, 12330 ; Cass. Civ., 1er, 3 mars 1982, J.C.P., CI, 1982, 10652 ; Paris, 15 juin 1983, D. 1983, 570, n. Fourgoux, RTD com. 1984, 89.
[597] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », ., p. 77, n°127.
[598] CA Lyon, 2 décembre 1957 : Ann, prop. ind. 1958, p. 24.

c'est d'avoir pour ce faire, commis des actes déloyaux[599] ». Pour cet auteur, la preuve du préjudice n'est nécessaire que pour l'obtention de dommages-intérêts, mais elle n'est pas exigée pour le succès de l'action en général qui sanctionne un abus de la liberté du commerce[600]. En effet, il ajoute que : « *l'interdiction de ces moyens déloyaux pourra être obtenue sans autre condition que celle de l'intérêt né et actuel que possède nécessairement tout concurrent... à ne pas avoir à lutter contre de tels moyens. L'exigence d'un préjudice certain comme condition d'introduction de l'action en concurrence déloyale est donc excessive, car en réalité, l'action requiert simplement l'existence d'un intérêt né et actuel* ».

La Cour de cassation est allée plus loin dans son souci de faciliter les conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale, en décidant que la simple tentative de commettre un acte déloyal pouvait caractériser l'acte. Même si les faits n'ont pas été accomplis et que par conséquent le préjudice n'est qu'éventuel[601]. Ce que nous approuvons sans réserve. J.J. Burst abonde dans ce sens, en soulignant qu ' : « *à la vérité, il est certain que le préjudice ne doit plus être regardé comme l'une des conditions de l'action en concurrence déloyale. Il est, en effet, des cas où des actes abusifs, déloyaux doivent être sanctionnés sans qu'il y ait lieu d'exiger un préjudice. Il est indéniable que l'action en concurrence déloyale est une action à caractère disciplinaire. Le préjudice ne doit plus être érigé en condition de la concurrence déloyale ; son existence ne doit être prise en compte que pour sa réparation. En tout cas, une observation s'impose : les tribunaux renoncent souvent à l'exigence d'un caractère certain du préjudice pour se contenter d'un préjudice éventuel, hypothétique. Cette constatation renforce dans la conviction que l'exigence d'un préjudice en tant que condition de la concurrence déloyale doit être abandonnée. C'est évidemment le caractère disciplinaire de cette action qui domine* »[602].

[599] Cass. com. 22 oct. 1985: R.D.P.I. 1985, 137, obs. JONQUÈRES.
[600] *Ibid*.
[601] Cass.Com 15 juillet 1970, D.1971, 112.
[602] J.-J Burst, ., « *L'existence d'un préjudice dans la théorie moderne* », P.174.

Au Koweït, La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes à admettre que l'action en concurrence déloyale doit être accueillie, même si le préjudice n'est pas avéré, dès lors qu'il est susceptible de se produire à l'avenir. En droit koweitien, l'action en concurrence déloyale se distingue par le fait qu'il ne s'agit pas seulement d'une action ordinaire en responsabilité, mais aussi d'une action particulière à caractère disciplinaire ce qui a induit l'abandon de l'exigence d'un préjudice certain[603] .

La question de la différence de cause juridique entre les deux types d'action étant tranchée, il est temps de voir s'il en va de même concernant leur objet.

B. La différence d'objet juridique

96. Il faut entendre par objet juridique, le résultat recherché par le demandeur en justice. Ainsi que l'écrit M. Passa : « *l'objet d'une action en justice correspond au résultat que le plaideur tend à obtenir par un acte du juge*[604] ».

De ce point de vue, ce critère de différenciation peut s'avérer moins opérant que celui de la cause, comme le note là encore M. Passa qui affirme que : « *la démonstration de l'opposition des deux actions par leur objet ou leur fin [...] est plus ardue qu'en ce qui concerne leur distinction par la cause*[605] ».

Analyse qu'avait déjà développée Roubier lorsqu'il écrivait que : *« l'action en contrefaçon est essentiellement une action pénale, l'action en concurrence déloyale une action privée*[606] *»*. Mais, cette analyse qui remonte à plus d'un demi-siècle pourrait s'avérer inopérante

---

[603] I. ABO-ALILE, La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé ., p. 250.

[604] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », , p. 50, n°81 ; S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civilie. 27éme éd., Précis Dalloz, Dalloz, 2003, n° 369 et 370. ; R. PERROT et H. SOLUS, Droit judiciaire privé, t.III, Procédure de première instance, Sirey, 1991, n°64 - J. Vincent, rép. proc. civ., V° Action, n°295.

[605] J. PASSA, *Ibid*., p. 50, n°82. §4. « *La recevabilité de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale à l'aune et de la prohibition de nouvelles prétentions en cause d'appel* ».

[606] P. ROUBIER, « *Le droit de la propriété industrielle* », p. 310.En ce sens, V. A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, ., p50.

pour caractériser la différence d'objet juridique. D'autant plus, notons-le au passage, que l'action pénale en contrefaçon n'est plus mise en œuvre que par de manière exceptionnelle[607].

De plus, notre recherche est circonscrite à la détermination du rôle de l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun comme moyen de protection des créations immatérielles. Nous avons, pour cette raison, fait le choix de n'envisager que l'aspect civil de l'action en contrefaçon, à l'exclusion de son aspect pénal. Ce qui nous permet d'affirmer que l'objet de l'action en contrefaçon est non pas d'obtenir une sanction pénale (puisque la peine d'amende va dans les caisses de l'Etat) mais bien d'obtenir une réparation civile[608]. Or l'objet de la concurrence déloyale (fondée sur la responsabilité civile délictuelle de droit commun) est d'obtenir la cessation d'un comportement fautif, mais aussi et surtout d'obtenir une réparation du préjudice causé si toutefois un préjudice est intervenu.

C'est précisément cette identité d'objet qui rend ardue la différenciation par l'objet. De prime abord à tout le moins.

A cet égard, l'identité d'objet entre les deux actions semble manifeste : faire cesser l'atteinte au droit privatif, qui constitue un comportement fautif, et obtenir réparation des conséquences de celui-ci.

Ce à quoi s'oppose toutefois, M. Passa qui affirme que : « *c'est là faire fi de la véritable nature de l'action en contrefaçon* »[609]. Car selon lui, l'action en contrefaçon s'apparente à une action en revendication. En raison du caractère particulier du bien, la restitution sera obtenue

---

[607] N. Martin, « *Concurrence déloyale et propriété intellectuelle* », in Propriété intellectuelle et droit commun, 2007, p. 57-77. L'action pénale conserve certains avantages, par exemple lorsqu'il s'agit d'intimider les usagers des réseaux d'échange de fichiers « *peer to peer* » : V. exemple : C. Castets-Renard, « *Réseaux peer-to-peer : la clémence du juge pénal* », comm. à propos de : TGI Paris, 8 déc. 2005 : D.2006, jur. p.933. ; B. Legros, « *La lutte contre la piraterie numérique : le choix des armes* », comm. à propos de d Pontoise, 2 février 2005 : D.2005, jur. p.1435 - F. MACREZ, « *Les pirates en galère* »., comm, à propos de : TGI le Havre. 20 septembre 2005, Rev. Lamy dr. immat. 2005, n°11, p. 6.

[608] Il est communément admis que cette action ne se distingue pas dans un cadre plus large de l'action de contrefaçon pénale, de sorte que le demandeur doit établir tous les faits allégués et remplir les conditions nécessaires pour le succès de son action de contrefaçon pénale.V. A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, p50.

[609] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », p. 52, n°85.

par le rétablissement du monopole et donc la cessation de l'atteinte. Et si l'allocation de dommages intérêts correspond à une indemnisation, elle peut également s'analyser en « *une mesure restitutive par équivalent*[610] ». En d'autres termes des dommages et intérêts compensatoires du préjudice subi. L'analyse de M. Passa nous semble convaincante, d'autant plus que tous les bénéfices issus de la commercialisation du produit contrefait seront restitués à la victime de contrefaçon.

Si l'on tient à cette analyse, la différence d'objet juridique sera aisée à caractériser : d'un côté la responsabilité civile délictuelle de droit commun aura pour objet la réparation du préjudice alors que l'objet juridique de la contrefaçon est la revendication d'une propriété[611].

Au total, au terme de cette analyse, on peut établir une claire distinction entre les deux actions tant du point de vue de leur cause que de celle de leur objet.

Au Koweït, la doctrine emmenée par M. AlKOULI[612] opère une disctinction entre les deux actions du point de vue tant par leur fondement que de leur objet. L'action en contrefaçon trouve ainsi son fondement dans la violation d'un droit privatif sur un signe ou une création, dans l'atteinte réalisée sur l'assiette d'un tel droit, institué et protégé par des dispositions légales. Le demandeur en contrefaçon peut se contenter d'apporter la preuve de l'existence et du caractère opposable de son droit, et de l'empiétement par le défendeur sur son domaine réservé. Le juge n'a pas à porter de jugement de valeur sur la conduite du défendeur. La contrefaçon existe du seul fait de l'atteinte au droit privatif, indépendamment de toute faute ou préjudice. L'action en concurrence déloyale, ne correspond en revanche pas à la défense d'un droit antérieurement recherché et établi, mais simplement une réponse tirée de l'ordre

[610] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », p. 53, n°85 - Dans le même sens, messieurs Foyer et VIVANT estiment que le « *paiement de sommes, évidemment réparatoire, pourra s'analyser aussi comme le moyen de « remettre la main » sur la propriété dont il fut partiellement privé par le contrefacteur* » : J. FOYER ET M. VIVANT, « *Le droit des brevets* », PUF, Collection Thémis Droit, 1991, p. 349. ; M. VIVANT, « *Le droit des brevets* ». 2ème édition, Dalloz, Collection connaissance droit, 2005, p. 144.

[611] A ce sujet : A. SAINT MARTIN, « *Les spécificités de l'action en contrefaçon par rapport au droit commun* », in Propriété intellectuelle et droit commun, p. 57-77.

[612] A. ALKHOULI, L'explication du droit commercial, P.40 et s. En ce sens V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, à la lumière du droit comparé* », 2014, p. 16.

public juridique à la conduite critiquable d'un concurrent. L'action ne sanctionne plus la transgression d'un droit affectant la liberté du commerce dans son existence, mais celle d'un devoir dans l'exercice de cette liberté, source de responsabilité du fait personnel. Le demandeur, ne se prévalant d'aucune situation acquise, doit prouver la faute dommageable du défendeur.

Au total, en droit koweitien également, les deux actions reposant sur des fondements différents, peuvent, en pratique, intervenir dans des domaines voisins et y produire des effets comparables. Une faute de concurrence déloyale peut, par exemple être commise à l'occasion de l'exploitation d'un signe ou d'une création, et fonder une action en concurrence déloyale, mais qui ne pourra assurer la protection d'un signe ou d'une création, que de manière indirecte et relative. La vraie protection sera tirée de la propriété intellectuelle, en raison du risque de confusion créé avec les produits ou l'activité d'un concurrent. À la différence de l'action en contrefaçon en effet, l'action en concurrence déloyale ne protège pas un signe ou une création, mais l'entreprise exploitant cette valeur.

Comme en droit français, les deux actions se différencient également par leur objet. L'action en concurrence déloyale a pour objet d'obtenir une condamnation du concurrent fautif à cesser son comportement déloyal et à en réparer les conséquences dommageables. Là encore la protection n'est qu'indirecte. Seule l'action en contrefaçon conçue d'ailleurs à cet effet peut assurer une protection complète. Elle permet d'obtenir l'interdiction d'exploitation de l'objet incorporel et l'octroi de dommages-intérêts. Elle constitue une action réelle ayant pour objet de rétablir le droit dans son état antérieur.

En définitive, les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale ne visent pas les mêmes faits et recherchent un résultat différent. Elles peuvent donc être exercées séparément ou conjointement, et sont indépendantes. Il reste dès lors, à examiner leurs points de convergence qui induisent un rapprochement entre les deux notions.

§ 2. Des actions toutefois comparables par leur cause et objet pratiques

Comme nous venons de le souligner les deux actions sont distinctes par la cause comme par l'objet sur un plan de l'analyse juridique théorique. Néanmoins, du point de vue de leur mise en œuvre pratique, il nous semble possible de caractériser des points de rapprochement concernant toujours leur cause (A) et leur objet (B).

A. L'identité de cause « pratique »

97. Rappelons que la cause juridique est entendue comme le « *fondement juridique* » de l'action. Nous venons de constater que de ce point de vue, les causes juridiques des deux actions devaient être vues comme distinctes. En revanche, si l'on retient le critère des causes dites « *pratiques* », comme la raison de l'action ou son fondement factuel, il sera alors possible de les rapprocher.

Ainsi en matière de concurrence déloyale fondée sur la responsabilité civile délictuelle de droit commun, il s'agira toujours d'une situation juridique objective et la recherche de la sanction d'un comportement fautif. En revanche, en matière de contrefaçon, si la cause en tant que fondement juridique est immuable et consistera systématiquement à obtenir la sanction de l'atteinte à un droit privatif, d'un strict point de vue factuel, cette atteinte ne peut résulter que d'un comportement fautif qui est précisément la cause immuable de l'action en concurrence déloyale. Il s'ensuit que l'atteinte à un droit privatif, est né d'un comportement nécessairement fautif[613]. Il en résultera que les deux actions ayant pour cause pratique commune la même faute, leurs causes pratiques peuvent être vues comme similaires.

[613] Ainsi, monsieur GALLOUX écrit que « *la contrefaçon s'entend de l'acte illégitime portant atteinte au droit du brevet* » : J.C. GALLOUX, « *Droit de la propriété industrielle* », 2ème éd., Dalloz, 2003, p. 190, n°467 - Voir aussi : P. JOURDAIN, « *Les principes de la responsabilité civile* », 6ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit. 2003. p. 18. ; X. LINANT DE BELLEFONDS, « *Droits d'auteur et droits voisins* », Dalloz, 2002, p. 391, n°1136.

B. L'identité d'objet « *pratique* »

1. L'identité d'objet lorsqu'il existe un droit privatif

98. Suivant le même raisonnement, l'objet étant entendu comme le : « *résultat que le plaideur tend à obtenir du juge*[614] », le « *résultat* » juridique des deux actions est différent. En théorie, l'articulation entre les deux actions paraît très intuitive. Cependant la Cour de cassation a précisé dans l'arrêt Bendi que : « *l'action en concurrence déloyale exige une faute [...] l'action en contrefaçon concerne l'atteinte à un droit privatif [...] ; ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, [...] la seconde n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première* [...] »[615]. Il en résulte comme nous le soulignions *supra*[616] que l'objet juridique de l'action contrefaçon est la réintégration du titulaire d'une propriété intellectuelle dans son droit. Tandis que celui de l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun est la réparation du dommage subi ainsi que la cessation du comportement fautif.

En revanche, du point de vue de l'objet « *pratique* » de chacune des deux actions, c'est-à-dire leur résultat factuel, il sera là encore, aisé de trouver des points de rapprochement entre les deux actions : en matière de contrefaçon, le rétablissement du titulaire dans ses droits sera immanquablement obtenu par des mesures de réparation et de cessation du comportement fautif. Ce qui constitue également l'objet de l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun.

C'est ce qui a fait dire à M. Vivant que l'action en contrefaçon « *est aussi – et les deux facettes sont difficilement dissociables – une simple banale action en dommages-intérêts*[617] ». Affirmation à laquelle s'oppose cependant M. Passa même s'il reconnaît qu'il « *est tentant d'affirmer que l'action en contrefaçon a le même objet ou tend aux mêmes fins que l'action on*

[614] J. PASSA. « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », , p. 50, n°81.
[615] Note 5 Cass. com., 22 sept. 1983, n° 82-12.120, Bendi : JurisData n° 1983-701862 .
[616] V. page 8 du présent chapitre
[617] M. VIVANT, « *Le droit des brevets* », p. 114.

concurrence déloyale [...] la cessation d'un comportement répréhensible et l'indemnisation d'un dommage[618] ». Malgré cette controverse entre auteurs, il reste que d'un point de vue pratique, M. Vivant a raison de souligner que l'objet des deux actions est équivalent : l'obtention simultanée de dommages-intérêts et la cessation du comportement fautif.

En conséquence, on peut affirmer que dans la pratique, les deux actions ont des causes et objets indéniablement indissociables. Bien que l'une tende à la reconnaissance de l'atteinte à un droit subjectif et l'autre la reconnaissance d'un comportement fautif. Cela ne saurait surprendre, l'établissement d'un droit subjectif au profit d'un individu ayant vocation à subjectiver le droit objectif puisque, selon Carbonnier « *pour que le droit objectif soit intensément présent dans la société, rien de tel que de l'incarner, donc, de le subjectiver* »[619].

Il peut donc être affirmé avec M. Passa, que les deux actions peuvent « *en pratique, intervenir dans des domaines voisins par nature et y produire des effets comparables*[620] ». Il convient cependant de rester prudent, car le risque d'une telle approche est de faire de l'action en concurrence déloyale fondée sur l'action de droit commun, un moyen de sanctionner l'atteinte à une propriété intellectuelle. Voire toute atteinte à une création immatérielle, que celle-ci fasse ou non l'objet d'une protection au titre du droit de propriété intellectuelle. Alors même que l'objet de l'action en concurrence déloyale est de réparer les dommages si toutefois un préjudice a été établi.

Une telle possibilité n'est que théorique, sa faisabilité pratique peut se heurter à quelques écueils. En effet, il faudrait avant tout se poser la question de savoir si l'action fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, peut réellement appréhender et sanctionner le comportement portant atteinte à une création immatérielle. Cela revient à déterminer si l'atteinte

[618] J. PASSA. « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », p. 51, n°84.
[619] J. CARBONNIER, « *Grand droit et petit droit, in Flexible droit* », 10ème éd., LGDJ,2001, P.197.
[620] J. PASSA, , « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », ., p. 47, n°77.

à une création immatérielle peut être qualifiée de faute de droit commun. Et enfin si l'action de droit commun permet le cas échéant de sanctionner la faute. Puisque la sanction de l'atteinte aux créations immatérielles protégées relève par principe de l'action en contrefaçon.

Il est cependant vrai qu'au sens de la responsabilité civile délictuelle de droit commun, cette atteinte est fautive, puisqu'interdite par la loi. En ce sens, la contrefaçon fait naître une situation objective qui appelle une sanction. Il demeure cependant que l'action en responsabilité civile délictuelle ne pourra pas intervenir utilement pour sanctionner cette atteinte puisque, tel est précisément le rôle de l'action en contrefaçon.

En définitive, l'atteinte à une œuvre immatérielle ne pourra être sanctionnée au moyen de l'action en concurrence déloyale que sous une double-condition : d'une part l'œuvre ne bénéficie pas d'une protection au titre de la propriété intellectuelle, d'autre part la victime doit démontrer un préjudice né d'un comportement fautif.

Au contraire de l'action en contrefaçon, l'action de droit commun qui n'est pas limitée par l'existence d'un droit privatif. C'est probablement le fondement juridique qui lui permet d'être un outil de sanction des atteintes aux créations non protégées, mais -rappelons-le- à la condition que lesdites atteintes aient engendré un préjudice. Car comme le rappelle un jugement déjà ancien : « *il est de jurisprudence constante que l'action en concurrence déloyale ne saurait constituer une sorte de succédané, instaurant une ligne de repli par rapport à une action en contrefaçon qui ne prospérerait pas*[621] ».

Une telle action ne pourrait donc en toute hypothèse aboutir que si les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle, notamment l'existence d'une faute, sont rapportées.

[621] Trib. com. Besançon 24 oct. 1977: PIBD 1978.111.386.

2. L'identité d'objet en l'absence d'un droit privatif

99. Il reste à préciser que certaines œuvres pourtant potentiellement éligibles à la protection, car en réunissant toutes les conditions, ne sont pas protégées. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer. Qu'elles soient liées à l'ordre public sanitaire et social, ou simplement à des considérations de convenances personnelles ou répondant à ses choix stratégiques du titulaire du droit subjectif.

Ainsi, en droit koweitien, comme l'analysait M. ABO-ALILE, la protection juridique de la propriété intellectuelle par l'action en concurrence déloyale se distingue de la protection civile et pénale conférée par l'action en contrefaçon[622].

La loi qui l'organise a clairement défini ses conditions et sa portée, loi ayant fait l'objet de recherches et d'études, et surtout ayant nourri une jurisprudence abondante[623]. L'action en contrefaçon ne couvre pas les œuvres non protégeables comme nous venons de le souligner. Elles ne protègent pas non celles qui bien que protégeables car en réunissant toutes les conditions, ne sont pas protégées.

C'est le cas de certaines inventions. Il existe en effet des inventions pour lesquelles des brevets ne peuvent être délivrés, qu'ils soient liés à la santé humaine ou tout domaine relevant de l'ordre public. Il en va ainsi de l'article 2 de la loi koweitienne n ° 3 de 2000, portant modification de certaines dispositions de la loi n ° 4 de 1962, relative aux brevets et aux dessins et modèles industriels. Dans d'autres cas c'est l'inventeur lui-même qui souhaite garder confidentielle son invention le plus longtemps possible, et refuse en toute connaissance de cause d'en demander la protection par le moyen du brevet. Ou encore l'hypothèse de l'inventeur qui souhaite échapper aux lourdeurs de la procédure de délivrance d'un brevet, réputé pour sa

[622] V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », , 2014, p. 9 et s.
[623] AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.48. V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », ., p. 209; A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, ., p53.

longueur et sa complexité ainsi que son coût élevé. D'autant plus que l'obtention du brevet n'est pas garantie, faute d'en avoir rempli toutes les conditions de brevetabilité. Ainsi, lorsque l'invention n'atteint pas le niveau minimum d'innovation et de créativité requis, alors même qu'elle est reconnue comme une innovation et sera élevée au rang des secrets industriels ou commerciaux qui garantiront à son propriétaire un avantage concurrentiel.

Il nous faut également évoquer les hypothèses où l'inventeur bien qu'ayant obtenu une protection au titre du brevet, s'oriente pourtant vers l'action en concurrence déloyale en lieu et place de l'action en contrefaçon. Faute pour lui d'établir une violation suffisamment grave de son droit de propriété industrielle. L'action en contrefaçon peut en effet lui être fermée si les violations alléguées sont insuffisamment caractérisées.

Soit plus simplement parce que la victime des faits fautifs préfère avoir recours à une action en concurrence déloyale soit à titre préventif qui est l'hypothèse de la saisine en référé (afin d'éviter que le préjudice ne se produise). Soit en raison des conditions plus souples offertes par cette action. En application d'ailleurs de l'article 7 de la loi n ° 10 de 2007 portant protection de la concurrence en droit koweitien, et qui dispose que : « *les dispositions de la présente loi s'appliquent à l'utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle, des marques, des brevets et de la publication si cela entraîne des effets nocifs pour la concurrence et la protection du libre-échange, en contravention aux dispositions de cette loi* »[624] .

Le cumul d'actions reste donc admis, à condition que les faits « *soient distincts* ». Cette notion a été forgée par la Cour de cassation pour tracer la ligne de séparation entre les champs d'application des deux actions. Elle a en effet jugé que : « *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*

[624] V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 9.

distincts de ceux allégués au titre de la contrefaçon[625] *»*. Par conséquent, il est possible de cumuler les deux actions à condition qu'elles ne soient pas fondées sur des faits identiques.

En définitive, l'action en concurrence déloyale fondée sur le droit commun ne peut servir de base juridique pour sanctionner l'atteinte à un droit privatif, si l'œuvre est protégée. Ce rôle étant réservé à l'action en contrefaçon, tant en droit français que koweitien.

L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale étant distinctes, nous allons à présent étudier les conditions dans lesquelles l'action en concurrence déloyale peut être exercée en même temps que l'action en contrefaçon, d'une part, et, d'autre part, indépendamment de l'action en contrefaçon, lorsque cette dernière ne peut être mise en œuvre.

Section 2 : L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale

« *L'action en concurrence déloyale [a] pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif* [626] ». Ce principe posé par la Cour de cassation[627] a fait jurisprudence et est régulièrement rappelée au moyen d'une formulation contemporaine légèrement modifiée : « *l'action en concurrence déloyale [est] ouverte à celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif*[628] ». La difficulté posée par cette assertion tient dans la dissociation des situations litigieuses, selon que le contentieux se développe en présence d'un droit privatif ou en l'absence d'un droit privatif. Dans le premier cas, la concurrence déloyale

[625] Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-17.092 : JurisData n°2008-046323 ; Cass. 1re civ., 15 mai 2015, n°13-28.116 : JurisData n°2015-011326.
[626] Cass. Com., 3 octobre 1978, n° 77-10915 P, D. 1980 n°55. Note J. Schmidt : *faute de concurrence déloyale retenue pour l'usurpation et l'exploitation d'un procédé litigieux ultérieurement breveté*. Dans le même sens : Cass. Com., 15 juin 1983, n° 81-15936 P : *faute de concurrence déloyale par la reproduction servile d'extraits du catalogue d'une entreprise commerciale concurrente, alors que l'action en contrefaçon de droit d'auteur a échoué*.
[627] V. not. Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « *Concurrence déloyale* », .,n' 24; V. aussi Ph. Le Tourneau, « *Parasitisme. Régime juridique* », ., n° 24.
[628] Cass. Com., 6 décembre 2016, n° 15-18470. Cass. Com., 7 Juin 2016, n°14-26950.

sera envisagée en l'absence d'actes de contrefaçon (§1). Dans le second cas, en leur présence (§2).

§1 La concurrence déloyale en l'absence de contrefaçon

100. Tout d'abord, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie autorise la copie d'un bien non protégé par un droit de propriété intellectuelle. Selon une jurisprudence constante : « *l'action en concurrence déloyale a (précisément) pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif* [629] ». Approche que critique Monsieur Passa la qualifiant de « *malheureuse* », en ce qu'elle semble signifier que : « *l'action en concurrence déloyale peut systématiquement pallier l'échec de l'action en contrefaçon ou l'impossibilité de l'introduire* » alors que « *ces décisions énoncent seulement que l'absence de contrefaçon n'exclut pas l'appel à l'action en concurrence déloyale, dans la mesure où ses conditions sont réunies* ». L'auteur remarque alors qu'il « *eût été plus juste de souligner que l'action en concurrence déloyale peut avoir pour effet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif*[630] ». Il en résulte qu'il faut en définitive prouver une faute de concurrence déloyale[631].

En l'absence de droit privatif, qui résulte souvent du caractère mal fondé d'une action en contrefaçon, l'action en concurrence déloyale peut librement prospérer. Des auteurs avaient pu écrire que l'action en concurrence déloyale ne pouvait survivre à l'échec d'une action en contrefaçon mal fondée[632].

L'action en concurrence déloyale ou en parasitisme peut être intentée par celui qui ne peut plus se prévaloir d'un droit privatif. Le rejet de l'action en contrefaçon n'entraîne pas automatiquement le rejet de l'action en concurrence déloyale comme cela a été jugé par la

[629] V. par ex. : Com. 19 mars 2013, n° 11-29.016 ; Com. 10 mai 2006, JCP 2006. II. 1610, obs. C. Caron.
[630] V. J. PASSA, , « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », , p.66.
[631] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », ., p. 187.
[632] Voir not. S. Durrande, « *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale* », D. 1984 Chron. 187 spéc. n° 189.

chambre commerciale de la Cour de cassation ayant cassé un arrêt d'appel. La Cour de cassation écrit que : « *pour rejeter les demandes en réparation d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme, l'arrêt retient que l'action en concurrence déloyale ne peut prospérer, étant fondée sur l'existence d'actes de contrefaçon; Qu'en statuant ainsi, alors que les sociétés Tschoeppe fondaient leurs demandes sur l'existence d'un risque de confusion né d'une reprise des couleurs et matériaux, et qu'elle n'avait pas examiné les actes de parasitisme allégués, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé*[633] ».

La jurisprudence est désormais plus souple. Estimant que l'action contre un comportement déloyal peut d'abord prospérer, malgré l'échec de l'action en contrefaçon, lorsque la première repose sur des faits distincts de la seconde, à même de permettre la réussite de la seule action en responsabilité civile.[634] Par exemple, la copie servile de la célèbre montre Tank de Cartier peut être sanctionnée, alors même que les droits sur cette montre étaient tombés dans le domaine public, ainsi que l'analysait M. Caron selon qui : « *l'offre faite par la société Métro à sa clientèle d'une copie servile de la montre Tank dans les conditions dénoncées porte manifestement atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie, la rabaissant au rang de simple "gadget publicitaire"...; un tel usage, en ce qu'il affectait l'image, qualifiée de prestigieuse, d'un produit notoire et de marque, ne fût-il plus couvert par un droit privatif, était fautif*[635] ».

L'action contre un comportement déloyal peut ensuite prospérer alors même qu'elle repose sur les mêmes faits que ceux qui fondaient l'action en contrefaçon qui a échoué. Ces faits doivent cependant caractériser un comportement fautif au sens de l'article 1240 du Code civil. Il a notamment été jugé que « *l'action en concurrence déloyale (...) peut se fonder sur des faits*

[633] Com. 2 sept. 2018, n° 17-18390.
[634] Cass. Com., 23 mars 2010, n° 09-66522.
[635] Com. 22 oct. 2002, Cartier c/ Métro, CCC 2003, comm. 8, obs. MALAURIE-VIGNAL., JCP E 2003. 1627, obs. C.Caron.

matériellement identiques à ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif[636] ».

L'absence de droit privatif peut également résulter du mécanisme de la prescription extinctive et, plus fréquemment, de l'annulation du droit intellectuel. En effet, un droit qui ne remplit pas les conditions légales de sa protection est irrecevable, et l'action en contrefaçon sera rejetée. Les mêmes motifs peuvent aboutir à l'annulation du contrat de licence portant sur un brevet. Il restera pour la personne titulaire d'un droit intellectuel annulé et donc déchue de toute action en contrefaçon, l'action contre le comportement déloyal pour sanctionner les actes fautifs. La Cour de cassation veille à ce que cette possibilité soit préservée en vertu du fait, - rappelle-t 'elle : « *que les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale ont des fondements distincts* ».

Au Koweït, la haute juridiction censure les décisions qui, en se fondant sur la seule annulation du droit intellectuel, déboutent les demandes fondées sur l'action en déloyauté[637]. En ce sens, la Cour supérieure d'appel de l'État du Koweït a jugé que même si l'imitation n'était pas parfaitement fidèle à l'original, la contrefaçon était caractérisée, le titulaire ayant le droit exclusif d'exploiter son œuvre, et en l'espèce de l'imprimer et de le distribuer au Koweït. Il s'agit donc bien d'un acte de concurrence déloyale, violant les lois et coutumes et contraire à l'honneur et à l'honnêteté des transactions. Ce qui constitue une faute civile entraînant l'obligation de réparer le préjudice[638].

[636] Cass. Com., 14 novembre 2018, n° 16-25692 et 16-28691.
[637] Cass. Com., 6 novembre 2007, n° 06-15227, préc. Rappr. Cass. Com., 4 février 2014, n° 13-12204 : nullité du modèle communautaire et action en contrefaçon des droits d'auteur infondée ; 20 septembre 2016, n° 15-10939 : la cour d'appel prive sa décision de base légale en ne recherchant pas s'il existait un risque de confusion ; 26 septembre 2018, n° 16-25937 P, D. 2018 Pan. 2334 obs. Y. Auguet.
[638] Arrêt de la Cour d'appel du Koweït rendu du 09 février 1981, publié dans la Revue juridique et judiciaire, n 11, page 33. V. aussi arrêts de la Cour de cassation rendus sur pourvoi contre arrêts suivants : Appel n° 930/2008, Commercial, rendu le 2/12/2008, Appel 130/2008, rendu le 12/2/2009 ; Publié sur le site Web : www.mohamoon-kw.com .

§2 La concurrence déloyale en présence d'actes de contrefaçon

101. Les droits intellectuels confèrent à leurs titulaires un monopole d'exploitation parfois garanti par des actions en justice, dont la contrefaçon constitue le modèle. Toutefois, l'existence du droit privatif spécialement protégé n'exclut nullement la possibilité d'une action contre un comportement déloyal. D'ailleurs, dans la pratique, l'action en concurrence déloyale s'accompagne quasi-systématiquement d'une action en contrefaçon[639]. L'exercice cumulatif des deux actions peut donc être juridiquement fondée.

En effet la jurisprudence a depuis longtemps, admis le principe du cumul de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale. Sous réserve toutefois, de certaines conditions strictes.

Ainsi que cela a été clairement été exposé par un arrêt de la cour d'appel de Lyon le 2 décembre 1957. Il y fut jugé que l'action contre un comportement déloyal ne peut être accueillie concomitamment à l'action en contrefaçon que si : « *aux faits de contrefaçon spécialement condamnés par la loi viennent s'ajouter d'autres faits dont le caractère abusif ou excessif résulte des principes généraux du droit ou des usages fondés sur les règles de la probité commerciale*[640] *»*. De plus les magistrats du Quai de l'horloge (siège de la Cour de cassation française) exercent un contrôle très strict des décisions de fond, en recherchant en particulier l'existence de *« faits distincts* » dont la haute Cour donne elle-même une définition. Ainsi : « *la preuve d'un risque de confusion peut constituer ce fait distinct. De même, il a été jugé que le fait d'apposer la marque d'un tiers sur le produit contrefaisant (chaussures) constitue un fait distinct de la copie servile pouvant fonder une action complémentaire en concurrence déloyale,*

[639] C. Thomas- Raquin et M. le Guerer, « *Pratique contentieuse. L'articulation de l'action en concurrence déloyale avec l'action en contrefaçon dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », Comm. Com. Électr. 2019 Fiches pratiques 2. Voir, plus généralement, le regard des spécialistes de la propriété intellectuelle, notamment S. Chatry et A. Robin, « *Introduction à la propriété intellectuelle* ». Unité et diversité, Bruylant, coll. Paradigme, 2019, spéc. p. 254 et s.
[640] Ann. Prop. Indus 1958 24.

en ce qu'il jette le discrédit sur une collection de chaussures et porte atteinte à l'image de la marque[641] *»*. La Cour de cassation exige que l'admission de l'action en concurrence déloyale se fonde sur des faits différents de ceux qui permettent celle de l'action en contrefaçon[642], dans le cas contraire, la Cour de cassation censure les décisions des juges du fond[643]. Ensuite : « *l'existence du droit intellectuel ne lui confère pas, ipso facto, l'efficience*[644] *»*. En clair, alors même que le droit existe, l'action en contrefaçon qu'il fonde, peut être jugée irrecevable. Enfin, pour certains droits intellectuels, l'action en contrefaçon est impossible. La plupart des signes distinctifs font l'objet de droits dont la protection n'est point construite autour de l'action en contrefaçon, mais assurée par la possibilité d'agir sur le terrain de la responsabilité civile[645]. Et cela malgré l'existence d'une protection pénale riche mais éclatée dans de très nombreux textes tels que ceux sanctionnant les délits d'apposition, d'exposition et de vente d'objets portant le nom d'un autre fabricant ou marqués faussement selon C. consomm., art. L. 413-4, L. 413-5, L. 451-9 et L. 451-10; comportements délictueux relatifs à l'utilisation d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique prévue par le C. consomm., art. L. 431-2, L. 453-1, L. 453-9, L. 453-10; délits de tromperie visés par C. consomm., art. L. 441-1, L. 454-1; délit d'escroquerie notamment par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité visé par C. pén., art. 313-1),

L'action dirigée contre un comportement déloyal constitue donc un moyen important de protection pour les signes distinctifs d'une entreprise ou d'un produit, qu'il s'agisse du nom commercial, de la dénomination sociale, de la raison sociale, de l'enseigne, du titre de journal ou d'une appellation d'origine. La marque elle-même ne peut être protégée par l'action en contrefaçon que pour des produits ou des services similaires, en vertu du principe de spécialité

---

[641] V.Com.3 mai 2016, n°13-23416 ; V. Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », 8 [éd] ., P. 189.
[642] Cass. Com., 13 juillet 2010, n° 06-15136 P, CCC 2010 n° 229 note M. Malaurie-Vignal, D. 2010 Pan. 2545 obs. Y. Picod.
[643] Cass. Com., 20 février 2007, n° 05-13927 P, D. 2007 AJ 876 : cassation pour violation de l'article 1240 du code civil de l'arrêt de la cour d'appel qui se fonde pour : « *prononcer une condamnation distincte de celle résultant de la contrefaçon de marque, sur des faits qui ne se distinguent pas de ceux caractérisant cette contrefaçon* ».
[644] J.-M. Mousseron, « *Responsabilité civile et droits intellectuels* », art. préc., n° 25.
[645] AL SHAMMERI, Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, , ., p.48. V. I. ABO-ALILE, ., p. 209;

(CPI, art. L. 713-5). C'est seulement à cette condition que les faits de contrefaçon peuvent être poursuivis. « *Si le domaine de l'action en contrefaçon est strictement limité à la sanction de l'atteinte au droit subjectif de propriété intellectuelle et donc du comportement contrefacteur, une telle limite ne s'impose pas à l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun, qui pourra intervenir en dehors du domaine restreint de l'action en contrefaçon*[646] *»*.

Pour rappel, en propriété intellectuelle, la victime peut obtenir réparation des pertes subies, les gains manqués mais aussi les bénéfices indûment perçus par le contrefacteur en raison de la contrefaçon. Ce qui n'est pas le cas, concernant l'action en concurrence déloyale. Ici, on ne pourrait obtenir que la réparation des pertes subies et gains manqués. Encore faudrait-il prouver son préjudice. L'action en contrefaçon si elle est accueillie est donc la seule des deux actions à ouvrir droit à une réparation complète de son préjudice. Cette spécificité est soulignée par la plupart des arrêts[647]. D'autres autorisent cependant le juge à réparer le préjudice de concurrence déloyale comme celui qui serait né d'une action en contrefaçon, notamment lorsqu'à la confusion s'est ajoutée le parasitisme[648].

En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, le contentieux de la contrefaçon relève de juridictions spécialisées. Lorsque l'action en concurrence déloyale est connexe l'action en contrefaçon, la juridiction spécialisée est compétente pour connaître du contentieux de concurrence déloyale. Si en revanche la demande en justice est uniquement fondée sur une action en concurrence déloyale, le tribunal de commerce retrouve sa compétence[649].

---

[646] Saint-Martin, Axel. *Créations immatérielles et responsabilité civile : le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations immatérielles*. Diss. Montpellier 1, 2006. P.405.Thèse
[647] Civ. 1er, 3 mai 2018, n° 16-26.531 : « *ces dispositions (en propriété intellectuelle) ne sont pas applicables à la fixation des dommages-intérêts alloués en réparation d'actes de parasitisme* ».
[648] Com. 18 oct. 2017, n° 15-29094 ; v. C. Caron, « *Quand la concurrence déloyale s'inspire de la propriété intellectuelle* », CCE 2018, comm. 9.
[649] Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Droit de la concurrence interne et européen* », 8ème édition., P. 189.

A. La question du libre choix de l'une ou l'autre des actions en lieu et place de leur exercice cumulatif

102. Bien que le cumul d'actions soit admis dans son principe, se pose la question du libre choix de l'une ou l'autre des actions lorsque les deux actions sont ouvertes à la partie qui entend obtenir la réparation de son préjudice. En clair, un professionnel victime d'actes de contrefaçon pourrait-il agir sur le terrain de la concurrence déloyale dans l'hypothèse où le comportement contrefacteur peut être qualifié de faute de droit commun ?

Certains auteurs écartent la possibilité pour la victime de choisir d'agir sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle de droit commun en présence d'un comportement contrefacteur. C'est-à-dire en lieu et place d'une action en contrefaçon.

C'est notamment le cas du Professeur Le Tourneau qui justifie son opposition compte tenu selon lui du caractère subsidiaire de l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun[650]. Selon lui, l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun devant être vue comme une action subsidiaire, il s'ensuit, qu'elle ne peut être exercée qu'à défaut d'une autre voie juridique ouverte à la victime. Par conséquent, elle ne peut être interchangeable avec l'action en contrefaçon, ce n'est que si celle-ci lui est fermée qu'il peut exercer l'action de droit commun.

Le Professeur Passa approuve cette analyse qu'il reprend à son compte. Il considère en effet que la victime d'un comportement contrefacteur ne peut pas choisir entre les deux actions. Il estime ainsi, qu'une juge qui serait tenu de requalifier les faits inexactement qualifiés par les parties, devrait requalifier la demande en responsabilité civile délictuelle de droit commun en contrefaçon. Puisque l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun serait

[650] Ph. LE TOURNEAU, « *Le parasitisme* », P.195.

inefficace en l'absence de tout préjudice. Une telle option si elle était admise conduirait selon lui à un affaiblissement des propriétés intellectuelles[651].

C'est aussi l'analyse de Jean-Jacques Burst qui considère pour sa part, que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle n'est pas autorisé à choisir entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale ou en concurrence parasitaire. Lorsque le cumul d'action lui est ouvert il est tenu d'exercer une action en contrefaçon[652].

A l'opposé de cette approche, d'autres auteurs estiment au contraire que l'option est ouverte à toute victime de faits distincts lui permettant d'exercer le cumul d'actions. C'est le cas de Monsieur Saint-Martin qui défend cette idée dans sa thèse consacrée à la responsabilité civile en matière de créations immatérielles[653]. Il considère ainsi que : « *lorsqu'un comportement contrefacteur peut recevoir la qualification de faute de droit commun, il faut considérer que le titulaire du droit auquel il est porté atteinte a le choix de l'action qu'il entend mettre en œuvre pour faire sanctionner cette atteinte. (...) il faut considérer que le titulaire de la création contrefaite bénéficie d'une option entre les deux actions, donc en cas de double qualification du comportement contrefacteur, l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun peut se substituer à l'action en contrefaçon* ».

103. Le droit koweitien et plus généralement le droit arabe s'est prononcé sur cette question en admettant également l'existence d'une option entre les deux actions, au travers de sa doctrine. Il est intéressant de noter que la doctrine arabe tout en se livrant à une analyse juridique donne des conseils procéduraux au demandeur titulaire d'une option, en indiquant qu'il avait davantage intérêt à choisir l'action en concurrence déloyale plutôt que l'action en contrefaçon. MAHREZ a ainsi pu écrire que : « *même si l'action en contrefaçon est ouverte à la victime,*

[651] J. PASSA, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », ., p. 73, n°117.
[652] Jean-Jacques BURST, « *Concurrence déloyale et parasitisme* », ., p. 145, n°243.
[653] SAINT-MARTIN, Axel, « *Créations immatérielles et responsabilité civile : le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations immatérielles* ». .p..399, n°451.

celle-ci préfère dans la pratique, recourir à l'action en responsabilité civile, sa demande ayant plus de chances d'être accueillie. De fait il obtiendra plus facilement réparation. L'office du juge civil se prêtant mieux à l'objet de sa demande de réparation. Le juge civil ou commercial vérifie simplement que les conditions de la réparation civile sont réunies : une faute, un auteur et un lien de causalité indiscutable entre les deux. Dès lors il accordera réparation compte non tenu de la gravité de la faute. Alors que l'action en contrefaçon requiert l'office du juge pénal qui exigera la présence de preuves d'une violation de la loi pénale. Il en résulte que la saisine d'un tribunal civil ou commercial se prête en définitive mieux à une demande de réparation consécutive à un préjudice même né d'une contrefaçon. C'est en définitive par souci de sécurité juridique que le demandeur choisira d'écarter l'action en contrefaçon, au profit de l'action en responsabilité civile »[654].

En pratique donc le choix de la victime se portera souvent directement sur l'action en concurrence déloyale, en lieu et place de l'action en contrefaçon, alors même que les conditions de celle-ci sont remplies cela y compris dans l'hypothèse où l'œuvre est protégée[655].

Nous avons un point de vue contraire à l'analyse de M. Mahrez, nous estimons que l'option doit être admise dès lors que l'on considère que les actions en concurrence déloyale et en contrefaçon ne sont pas assimilables. Ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation ayant jugé que : « *l'action en concurrence déloyale exige une faute alors que l'action en contrefaçon concerne l'atteinte à un droit privatif, que ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, que la seconde n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première*[656] ». Ainsi, l'action en contrefaçon sanctionne la méconnaissance d'un droit, alors que l'action déloyale sanctionne la méconnaissance d'un devoir[657]. La ligne de

[654] A. MAHREZ, « *Le droit commercial et la propriété industrielle* », Égypte., 1998, p. 311.
[655] V. A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, ., p.56.
[656] Cass.Com.22 septembre 1983, D.1984, Chron .p. 191.
[657] Jean-Jacques BURST, « *Concurrence déloyale et parasitisme* », p. 145, n°243.

démarcation entre les deux actions est nette et ne peut être franchie. Il en résulte que ces deux actions peuvent être mise en œuvre d'une manière équilibrée afin que l'un ne prime pas l'autre.

B. La recevabilité du cumul d'actions successives à l'aune de la prohibition de nouvelles prétentions en cause d'appel.

Il se pose ici la question de la recevabilité des deux actions ayant fait l'objet d'un exercice cumulatif en particulier dans l'hypothèse où elles ont été menées de manière successive. L'action en concurrence déloyale est-elle réellement un « *complément* » à l'action en contrefaçon ? Est-elle recevable de droit, qui plus est, devant la même instance (cumul simultané d'actions), ou dans le cadre d'une demande incidente (cumul successif d'actions) devant la même juridiction de premier degré ou pour la première fois en appel ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord noter que bien que les deux actions reposent sur des fondements distincts et poursuivent des fins différentes, elles peuvent être considérées comme connexes du point de vue procédural. En l'absence de définition légale, l'appréciation de cette connexité est en effet laissée à la discrétion des juges. La règle jurisprudentielle d'usage est de considérer que deux demandes sont connexes dès lors qu'il y a un intérêt juridique à les examiner ensemble. L'existence de relations de concurrence entre les parties et le fondement des actions sur les mêmes faits ou des faits voisins, suffisent sans doute à justifier le lien de connexité.

Toujours est-il que lorsque l'exercice cumulatif des actions est simultané, en clair lorsque les deux actions sont formées par le même acte introductif d'instance, leur recevabilité ne pose aucun problème d'ordre procédural.

104. Lorsque l'exercice cumulatif des actions est à effet successif, en clair lorsque l'action en concurrence déloyale intervient pendant le cours d'un procès sur le fondement de l'action en contrefaçon déjà né, ici également l'action en concurrence déloyale quoique différée est admise

et prend alors la forme d'une demande incidente ou additionnelle. Cela se justifie dans la mesure où elle se rattache « *par un lien suffisant* » à la demande principale. C'est la mise en œuvre du lien de connexité dans son sens large.

105. Il en va tout autrement lorsque la demande incidente ou additionnelle intervient en cause d'appel. Le demandeur peut-il, en appel, introduire l'une des deux actions, alors que seule l'autre avait été soumise aux premiers juges ? Il semble qu'il faille répondre par la négative dès lors qu'elle constituerait une demande nouvelle par rapport à la demande initiale. Elle devrait de ce chef être rejetée pour irrecevabilité car constituant une demande nouvelle étant présentée pour la première fois en appel[658].

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation concernant la question de la possibilité d'introduire pour la première fois une demande en contrefaçon en appel au nom du lien de connexité avec une demande en concurrence déloyale déjà examinée. Elle a déclaré qu'une demande en contrefaçon introduite en appel était nouvelle par rapport à une demande initiale en concurrence déloyale et devait donc être écartée pour cause d'irrecevabilité. La Cour de cassation écrit ainsi que : « *ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins (...) la seconde n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première*[659] *»*.

106. Notons toutefois, l'existence d'une exception jurisprudentielle en application de l'article 565 du code de procédure civile. Dans cette espèce il a été jugé que les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors que les fins poursuivies sont vues comme similaires, et que la demande de réparation du préjudice repose sur l'article L. 615-2 du code de la propriété intellectuelle ou sur

[658] SCHMIDT-SZALEWSKI, J. « *La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence* ». *RTD com*, 1994, vol. 455, p. 471. En ce sens en droit arabe en général, V. A. ALKHOULI, ., p53.

[659] Com. 22 sept. 1983 ; *Bull. civ.* IV, n° 205 ; *D.* 1984, sous la chronique de S. Durrande, p. 191 ; *Gaz. Pal.* 1984, *Pan.* 33, obs. Guinchard ; Paris, 18 avr. 1989, *D.* 1990, *Somm.* 77, obs. Serra.

l'article 1240 du Code civil[660]. Le caractère inédit de cette décision s'explique cependant par l'expiration en cours d'instance du titre de propriété industrielle. Dans cette affaire, le demandeur avait perdu sa qualité de licencié, indispensable à la mise en œuvre de l'action en contrefaçon.

Au terme de ce chapitre nous pouvons constater que si le cumul d'actions est admis et exercé, en pratique, la victime de concurrence déloyale titulaire de l'option, préfère se concentrer sur la seule action en concurrence déloyale pour des raisons d'efficacité. Notamment en l'absence de faits distincts caractérisant la contrefaçon mais aussi en présence de faits de contrefaçon. La victime disposant du libre choix de l'option entre l'exercice cumulatif des deux types d'action et le choix d'une seule des deux. Il convient de préciser qu'en cas de choix du cumul des deux options de manière non pas simultanée mais successive, il se posera la question de la recevabilité sur le plan procédural au regard notamment de la prohibition des demandes nouvelles. Ainsi lorsque l'une des deux actions est exercée pour la première fois en appel, elle sera vue comme irrecevable sur le fondement de l'interdiction des demandes nouvelles.

Il ressort également de ce chapitre, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de cassation, que les causes des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale, c'est-à-dire leurs fondements juridiques, sont différentes autant que les objectifs qu'elles poursuivent. Il en résulte que ces actions doivent reposer sur des faits distincts et donner lieu à la réparation de préjudices de nature différente. C'est pourquoi les juridictions de recours du fond aussi bien que la Cour de cassation déclarent irrecevable toute action en contrefaçon ou en concurrence déloyale qui n'aurait pas été examinée par les premiers juges[661].

[660] Cass. Com., 26 Septembre 2018, sté Nergeco et Nergeco France, n° 16-25937 P, D. 2018 Pan. 2334 obs. Y. Auguet.
[661] Cass. Com., 22 septembre 1983, n° 82-12120 P, Gaz. Pal. 19841 Pan. 33 obs. S. Guinchard ; 29 mars 2011, n° 10-12046 et n 09-71990, CCE 2011 n°53 Note C. Caron.

107. En droit koweïtien, le principe est le même qu'en droit français : les nouvelles demandes ne sont pas admises en appel pour cause d'irrecevabilité prononcée d'office par le juge sur le fondement de l'article 144 al. 3 du CPCK[662]. C'est l'application du principe d'immutabilité du litige. Etant donné que la fonction de la voie d'appel est de transférer le même litige, déjà tranché en première instance, toute demande nouvelle entraînerait la modification de l'objet du litige selon l'analyse de M. Ragheb et Mahmoud[663]. Une demande nouvelle n'ayant par définition, jamais été examinée, ni fait l'objet d'un débat contradictoire en première instance. D'où leur irrecevabilité lorsque présentée pour la première fois en appel. Ragheb et Mahmoud considèrent que les demandes nouvelles constituent une atteinte à la compétence d'attribution. La Cour de cassation koweïtienne a défini la demande nouvelle et donc non recevable pour la première fois en appel, celle : « *qui diffère des demandes présentées devant le tribunal de première instance dans son objet et sa cause ou l'adversaire contre lequel la demande est dirigée* »[664].

En conclusion, on peut retenir que malgré les questions juridiques qu'elle soulève, en doctrine comme en jurisprudence, la distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale n'est fondamentalement pas remise en cause[665].

Conclusion du Chapitre

Ce deuxième chapitre met fin à la première partie de notre thèse consacrée -rappelons-le- à l'étude de l'émergence de l'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale.

Au terme de ce chapitre consacré à l'étude des conditions de fond du cumul d'actions, l'on peut affirmer que les notions de concurrence déloyale et de contrefaçon sont connexes mais ne sauraient pour autant être interchangeables.

---

[662] Code koweitien de procédure civile.
[663] W. Ragheb, S. Mahmoud, Le droit de procédure civile koweïtien, , Koweït, Dar Alkitab, 1994 ; p. 497.
[664] Cass. com., 29 avril 2006, n° 1289,1316/2004 et 4/2005, in Le recueil de principes juridiques retenus par la Cour de cassation au cours des 40 dernières années, Droit de procédure civile, vol. 3, p. 530.
[665] « *Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme* » – Centre de droit de la concurrence Yves Serra – D. 2018. 2326.

Il en résulte que le cumul d'actions est recevable dans son principe comme l'a d'ailleurs admis la Cour de cassation française, tout en l'assortissant de certaines conditions. Il faut en particulier que par-delà la confusion née d'une imitation frauduleuse des actifs immatériels, il y ait des faits distincts qui permettent de caractériser d'un côté des actes de concurrence déloyale, et de l'autre des actes de contrefaçon. Il faut ensuite que la contrefaçon puisse être juridiquement établie, en clair, que les droits privatifs aient fait l'objet d'une protection.

En droit koweitien, comme l'a analysé M. Mahrez, le demandeur peut cumuler l'action en contrefaçon et l'action en responsabilité civile, si les actes délictueux sont sanctionnés par le code pénal, et engage la responsabilité civile de leur auteur. Ici l'imitation frauduleuse a créé une confusion avec les produits originaux dans l'intention coupable de détourner la clientèle du concurrent. L'imitation peut viser les inventions protégées par des brevets, consister en une série d'actions calculées pour induire les clients en erreur sur la nature des produits ou sur leur méthode de fabrication, ou encore sur leurs caractéristiques techniques et avantages compétitifs. En plus de l'imitation frauduleuse de la marque, les actes de contrefaçon peuvent être assortis de la propagation de rumeurs ou de fausses allégations qui terniraient la réputation commerciale d'un concurrent, ou pourrait créer des troubles commerciaux.

Dans ces cas, le concurrent lésé sera alors fondé à intenter les deux actions de manière cumulative, dès lors que les faits sont distincts. Notamment dans l'action en contrefaçon. Tandis que l'action en responsabilité civile requiert l'existence d'un dommage reposant sur un triple critère : un préjudice, une faute et le lien de causalité entre les deux[666].

Ces notions centrales de confusion et de « *faits distincts* » seront précisément l'objet de la deuxième partie de notre thèse, puisqu'elles sont les conditions de la complémentarité entre les deux types d'actions dédiées à la protection des créations immatérielles.

[666] A. MAHREZ, « *Le droit commercial et la propriété industrielle* », p. 324 et 325.

Conclusion du titre II

L'objet du présent titre 2 était d'étudier la mise en œuvre concrète de l'action en concurrence déloyale ave comme toile de fond son autonomie juridique vis-à-vis de l'action en réparation civile qui suppose -faut-il le rappeler- l'existence d'un préjudice, mais aussi de l'action en contrefaçon. Nous avons vu que ladite l'action en concurrence déloyale ne posait aucune difficulté dès lors qu'étaient avérés des faits constitutifs de concurrence déloyale, qu'ils consistent en des atteintes aux actifs immatériels ou aux produits et services proposés par l'entreprise.

Parallèlement, ces faits portants sur des éléments relevant de la propriété intellectuelle il se pose la question du cumul d'actions. Concernant celui-ci, nous avons également vu que s'il était communément admis tant en droit français que koweitien, dans les faits, la victime privilégiait quasi-systématiquement d'exercer uniquement l'action en concurrence déloyale pour faire cesser un trouble. Il reste à préciser cependant que l'exercice de ce cumul de manière successive pourrait en tout état de cause se heurter à l'interdiction de demandes nouvelles et être écarté pour cause d'irrecevabilité.

Conclusion partie I

L'étude de la mise en œuvre concrète de l'action en concurrence déloyale vient plus généralement parachever l'étude préalable de son émergence comme moyen de protection de la propriété intellectuelle et à laquelle était dédié le titre 1. Nous y avions démontré en particulier que l'action en concurrence déloyale avait fini d'acquérir son autonomie juridique vis-à-vis de l'action en responsabilité civile, sur la base d'un double-critère : l'objet et le fondement juridique.

Rappelons pour mémoire que par son objet, l'action en concurrence déloyale vise à faire cesser un trouble commercial né d'un comportement déloyal, y compris en l'absence de tout préjudice, alors que l'action en responsabilité vise à réparer un préjudice. Tandis que du point de vue de leur fondement juridique, l'action en concurrence déloyale est la sanction de tout abus de droit en matière de liberté concurrentielle. L'abus de droit ayant été défini par la doctrine comme la forme la plus aboutie du comportement déloyal. En ce que la notion emporte nécessairement l'intention de nuire.

Il convient également de rappeler que cette autonomie juridique fut l'aboutissement d'une construction jurisprudentielle. Le principe d'une autonomie juridique a d'abord fait l'objet d'une forte opposition de la doctrine cependant minoritaire : celle-ci estimait non sans raison, que l'objet des deux actions étant différent comme nous venons de le rappeler, l'on ne pouvait dès lors classer l'action en concurrence déloyale au rang des actions en responsabilité. Mais la majorité de la doctrine a fini par se ranger à l'analyse de la jurisprudence, d'autant plus qu'il arrivait très souvent que les comportements déloyaux génèrent un préjudice.

Partie II : La complémentarité de protection des créations immatérielles

108. Dans le cadre de notre recherche portant, sur la possibilité d'avoir recours à l'action en concurrence déloyale en vue de protéger les créations immatérielles, nous avons, dans la première partie de notre étude, démontré que cette action était juridiquement possible. Sa nature juridique et au-delà, son autonomie vis-à-vis de l'action en responsabilité civile dont elle est issue, ne souffre désormais aucune contestation. En effet, par son objet, l'action en concurrence déloyale vise à faire cesser un trouble commercial né d'un comportement déloyal, y compris en l'absence de tout préjudice. Alors que l'objet de l'action en responsabilité est de réparer un préjudice.

Cette autonomie juridique est une œuvre jurisprudentielle à laquelle s'est d'abord résolument opposée une partie de la doctrine quoique minoritaire. Au motif, non dénué de pertinence, que l'on ne pouvait classer l'action en concurrence déloyale au rang des actions en responsabilité en raison de leur différence d'objet. Mais l'approche jurisprudentielle a fini de s'imposer d'autant plus qu'il arrivait fréquemment que les comportements déloyaux génèrent un préjudice.

Au total, il ressort de la première partie de notre étude[667] que l'action en concurrence déloyale pouvait valablement constituer une action alternative à l'action en contrefaçon et/ou de lui suppléer. En particulier lorsque les faits constitutifs de concurrence déloyale ont porté atteinte aux actifs immatériels ou aux produits et services proposés par l'entreprise, y compris lorsque lesdits faits constitutifs ont généré un préjudice.

[667] Voir le Titre 2 de notre partie 1 entièrement consacré à la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale.

109. Dans cette deuxième partie, nous nous proposons d'adopter une approche cumulative et non plus alternative. Dit autrement, il s'agira d'analyser la complémentarité entre l'action de concurrence déloyale et l'action en contrefaçon.

Celle-ci ne va pas de soi, ainsi que l'a souligné M. Caron selon qui : « *Chacun sait que les relations fusionnelles entre l'action en contrefaçon et l'action en parasitisme n'ont pas encore livré tous leurs secrets*[668] *»*. En clair, si de prime abord les deux actions apparaissent clairement distinctes tant elles présentent des différences quant à leur nature juridique, il subsiste de nombreuses similitudes mises au jour par la jurisprudence qui les rendent difficilement dissociables dans leur mise en œuvre pratique. Conduisant M. Caron à les qualifier de « *frères ennemis*[669] *»*. Au point d'ailleurs que semble se dessiner une tendance jurisprudentielle et parfois législative, ayant pour effet de réduire les cas de recevabilité du cumul des deux actions. Face à cette difficulté de distinguer les faits constitutifs, la doctrine, suivie en cela par la jurisprudence, a recours à un critère de différenciation objectif qui est la notion de faits distincts[670].

Ainsi, lorsqu'un comportement fautif vient s'ajouter à un comportement contrefacteur, en particulier lorsque ces comportements ont donné lieu à des préjudices distincts, le juge autorisera un cumul d'actions. L'action de droit commun permettant d'indemniser le préjudice non réparé par l'action en contrefaçon. Il en sera ainsi notamment lorsque le comportement contrefacteur ne sera que l'un des éléments d'une faute constitutive de concurrence déloyale.

Cette solution relève du bon sens, car refuser le cumul aboutirait à une modalité de déni de justice, l'action en contrefaçon ayant pour unique objet de sanctionner l'atteinte à un droit privatif de propriété intellectuelle, à l'exclusion de tout autre, y compris de sanctionner un

[668] Ch. Caron, *Les relations fusionnelles du parasitisme et de la contrefaçon* : Comm. com. électr. 2010, comm. 32.
[669] C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins* : LexisNexis, 6e éd., 2020, n° 505.
[670] Voir sur ce point le chapitre 1 du Titre 1er.

comportement fautif alors même qu'il a porté atteinte à un droit privatif de propriété intellectuelle. Cela explique qu'en cas de cumul d'actions les juges des deux pays exigent systématiquement des faits fautifs constitutifs de concurrence déloyale clairement distincts de ceux constitutifs de contrefaçon. Dit autrement, l'action en concurrence déloyale devra reposer sur des faits distincts de ceux qui fondent l'action en contrefaçon. En pratique, sa recevabilité nécessitera que ces faits constitutifs aient causé des préjudices distincts de ceux ayant fondé l'action en contrefaçon. Le problème de l'articulation des faits constitutifs distincts a été illustré dans les jurisprudences des deux pays.

Au Koweït, le juge a, dans une affaire, rendu une décision aux motifs contradictoires. En l'espèce il a écarté une action en concurrence déloyale au motif que le demandeur avait insuffisamment caractérisé le risque de confusion qu'il alléguait[671]. Alors que d'une part la faute était caractérisée en application de l'art.227 du code civil koweïtien qui conclut à la faute au seul constat d'un comportement fautif. Et que d'autre part, le motif du risque de confusion relève de l'action en contrefaçon. Il en résulte selon nous, que le tribunal en écartant indûment une action en concurrence déloyale alors qu'elle était fondée par le comportement fautif du défendeur, a violé la loi en ayant adopté des motifs contradictoires[672].

En France, nous rapporter deux décisions ayant illustré la difficulté d'articuler les faits dits distincts.

Dans la première affaire, une société dénommée *Playmédia* propose aux internautes, sur son site playtv.fr, des liens hypertextes menant sur les programmes du site de rattrapage de France Télévisions dénommé *Pluzz*. Elle est alors condamnée pour contrefaçon de droits d'auteur pour avoir diffusé, qui plus est en direct, ces programmes sans autorisation[673]. La cour d'appel lui a infligé une condamnation supplémentaire pour concurrence déloyale au motif que

[671] Cour d'appel du Koweït ; n° 180 :1988 le 20/02.1988.
[672] Cour d'appel du Koweït ; Arrêt n° 178 /32., Le 15/12/1989, Revue de droit, Faculté de droit.
[673] V.L. Benabou, *Liens et droit d'auteur : un tandem iconoclaste*, Étude en l'honneur de J. Huet : LGDJ, 2017, p. 1 s.

l'internaute qui clique sur un lien doit passer successivement par plusieurs pages portant le logo *Play TV*, sans qu'aucune référence ne soit faite au site *Pluzz* de France Télévisions. Et qu'on lui impose de visionner une publicité, avant d'accéder au programme convoité. *Playmédia* contesta cette condamnation supplémentaire pour concurrence déloyale en plaidant l'absence de fait distinct. La cour d'appel estimait au contraire, que le société défenderesse ne se contentait pas de permettre de donner accès sans autorisation aux programmes de France Télévisions, mais que le cheminement imposé à l'internaute, associé à l'usage des liens profonds et de la transclusion[674] créait au surplus un risque de confusion sur l'identité du propriétaire des images diffusées. L'analyse de la Cour d'appel a été validée par la Cour de cassation qui estime que les juges du fond ont valablement « *caractérisé des actes de concurrence déloyale, distincts de ceux relatifs à la diffusion en direct des programmes qu'elle sanctionnait au titre de la contrefaçon* »[675].

Dans la deuxième espèce, une société dénommée *Oxygen*, qui commercialise des bottes et sabots en plastique ornés d'un motif à rayures a voulu conclure un accord de distribution avec les hypermarchés Cora, mais se heurta à un refus de référencement. Ayant été informé peu de temps après, que la société *Cora* proposait à la vente des sabots portant un motif très proche, elle assigna celle-ci à la fois en contrefaçon de droit d'auteur et en concurrence parasitaire. Déboutée de son action en contrefaçon pour ne pas avoir suffisamment démontré le caractère créatif et original de ses produits, elle obtint en revanche gain de cause sur le terrain de la concurrence déloyale. La cour a écarté l'action en contrefaçon au motif que : « *le procédé décoratif en cause a déjà été fréquemment exploité dans les mêmes conditions, dans les mêmes gammes de couleur, notamment dans le secteur des produits chaussants* » et conclut qu'il : « *ne révèle pas en conséquence une démarche esthétique propre portant l'empreinte de sa*

[674] Procédé consistant à faire apparaître le contenu du site-cible dans une fenêtre du site proposant le lien.
[675] Cass. 1re civ., 4 juil. 2019, n° 16-13.092, Sté Playmédia. / France Télévisions Conseil d'État 24 juillet 2019, n° 391519, France Télévisions c/ Playmédia.

personnalité »[676]. La Cour d'appel accueille en revanche l'action en concurrence déloyale : « *dès lors que la protection au titre du droit d'auteur n'est pas accordée à la société Oxygen, sa demande d'indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle de droit commun, fût-ce pour des faits en tout ou partie similaire à ceux invoqués au titre de la contrefaçon de droit d'auteur, est recevable* ». Encore faudrait-il que ces faits « *matériellement* » identiques, soient constitutifs d'une faute distincte[677].

Ainsi, bien qu'ayant relevé une « *similarité entre les deux articles* », la Cour d'appel estime que celle-ci n'est pas suffisante pour caractériser une contrefaçon, la reproduction du modèle-copie, répondant par ailleurs à une « *mode des rayures* » et donc empruntant ses caractéristiques à la mode du moment. Il en résulte qu'en définitive, que si un risque de confusion a bien été caractérisé, il n'a pas été suffisant pour justifier une action en contrefaçon. En lieu et place, il a été sanctionné sur le fondement de la concurrence déloyale.

Pour appréhender la complémentarité entre l'action de concurrence déloyale et l'action en contrefaçon, il importera dans un premier temps d'étudier les conditions de mise en œuvre de chacune des deux actions (Titre I), avant d'examiner les conditions dans lesquelles l'action en concurrence déloyale vient suppléer l'action en contrefaçon à titre subsidiaire (Titre II).

[676] CA Rennes, 21 mai 2019, n° 17/03189, Cora c/ Oxygen SAS : PIBD 2019, n° 1120, III, p. 356.
[677] V. M. Malaurie-Vignal, « *Contrefaçon et concurrence déloyale : pour en finir avec les incertitudes sur la notion de fait distinct* » ; Propr. industr. 2017, étude 14.

Titre I : Les conditions de recevabilité intrinsèques à chacune des deux actions

110. Les relations entre la contrefaçon et la concurrence déloyale ont de longue date, été analysées par la doctrine. En particulier par Roubier[678] dès les années 1950, et dont les travaux continuent de faire autorité pour la doctrine française et koweitienne. Force est de reconnaître que près de 73 ans plus tard, la complexité de l'articulation entre ces deux infractions perdure, pour partie, en raison des évolutions législatives qui tendent à élargir le périmètre de l'acte de contrefaçon[679] et de rétrécir au contraire les faits caractérisant la concurrence déloyale.

Car ladite articulation entre les deux actions n'est simple à appréhender qu'en apparence, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation dans l'arrêt Bendi. Elle y écrit en effet que : « *l'action en concurrence déloyale exige une faute [...] l'action en contrefaçon concerne l'atteinte à un droit privatif [...] ; ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, [...] la seconde n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première [...]* »[680]. Autrement dit, les deux actions ont des objets et des finalités différents.

En effet, d'une part, l'action en contrefaçon vise à protéger le droit privatif. Le demandeur en action doit apporter la preuve de sa propriété, ainsi que de celle de l'atteinte à son droit privatif. Tandis que l'action en concurrence déloyale fondée sur le principe de la responsabilité civile délictuelle (C. civ., art. 1240) vise à sanctionner les atteintes à la liberté du commerce. Dans ce dernier cas, le demandeur doit apporter la preuve d'un agissement fautif de son concurrent, de nature à enfreindre les « *règles de la morale* » dans la vie des affaires. Il

[678] P. Roubier ; « *Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale » ;* ., 1952, p. 161.
[679] En droit koweïtien, , La jurisprudence et surtout la doctrine, inspirées des droits égyptien et français, ont adopté la classification des actes de concurrence déloyale proposée par le doyen Roubier. Celle-ci a fait autorité pendant près d'un siècle, notamment par la doctrine.
[680] Cass. com., 22 sept. 1983, n° 82-12.120, Bendi : JurisData n° 1983-701862 .

convient de préciser qu'il existe une modalité particulière de concurrence déloyale dénommée « *concurrence parasitaire* ». Celle-ci vise les agissements de nature parasitaire car ayant pour objet et effet de tirer indûment des profits de la valeur économique créée par un concurrent grâce à ses investissements.

Il en résulte que les champs respectifs de deux actions sont difficiles à délimiter, les logiques économiques poursuivies par les deux actions étant distinctes[681], même si elles peuvent présenter des faits similaires et produire des effets comparables[682].

Pour tracer la ligne de démarcation entre les champs d'application des deux actions, la Cour de cassation a élaboré la notion de « faits distincts » expression utilisée pour la première fois dans un arrêt de 2008 et dans lequel il a été jugé que : « *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* »[683].

Au terme de ce nouveau critère, le cumul des deux actions pourrait désormais être recevable, à la condition cependant que ces actions soient fondées sur des faits distincts. Cette exigence se justifie pleinement car permet de caractériser des préjudices distincts fondement au final de la recevabilité du cumul d'actions. Dans le cas contraire, un préjudice identique ferait l'objet d'une double-réparation, en violation du principe de la réparation résumé par l'adage : « *tout le préjudice mais rien que le préjudice* ».

Ainsi, en fondant son examen sur les faits distincts, la Haute juridiction a pu constater que : « *les préjudices résultant d'une contrefaçon, d'une part, et de faits distincts de*

[681] J. Schmidt-Szalewski *; « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence »* ., p. 455.
[682] JCl. Concurrence-Consommation, fasc. 240, par J. Passa et J. Lapousterle, n° 26.
[683] Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-17.092 : JurisData n° 2008-046323. – Cass. 1re civ., 15 Mai 2015, n° 13-28.116 : JurisData n° 2015-011326 .

concurrence déloyale, d'autre part, fussent-ils de même nature, ne constituent pas un même préjudice »[684].

Dans cet ordre d'idées, trois différentes hypothèses peuvent être dégagées :

-l'hypothèse de l'absence de tout droit privatif (du fait d'une création ou d'une invention tombée dans le domaine public[685], ou s'agissant d'une œuvre non originale). Dans ce cas de figure, la concurrence déloyale pourra être admise sous réserve de démontrer une faute du concurrent résidant dans le comportement déloyal en plus d'un préjudice causé par cette faute. C'est la solution jurisprudentielle actuellement bien établie, même elle a dû affronter pendant longtemps des critiques de la doctrine. Certains auteurs se sont interrogés sur les risques de reconstitution des monopoles en matière de propriété intellectuelle[686]. Les juges estimaient au contraire qu'en l'absence de sanction de toute concurrence déloyale dans un contexte de non protection des créations immatérielles pourrait engendrer des abus, tant il est vrai que la seule finalité de la sanction contre toute concurrence déloyale est de garantir une saine concurrence en protégeant les entreprises contre les agissements déloyaux de leurs concurrents.

-la deuxième hypothèse vise les cas où l'action en concurrence déloyale est invoquée soit à titre principal à côté d'une action en contrefaçon, soit à titre subsidiaire lorsque l'action en contrefaçon n'a pas abouti. La question qui se pose ici sera de savoir si l'action en concurrence déloyale pouvait être fondée sur les faits qui ont été invoqués au soutien de l'action en contrefaçon. La jurisprudence a d'abord exigé des faits matériellement distincts de ceux relevant de la contrefaçon[687]. Elle a ensuite assoupli cette règle[688], et admet à présent que, dans le cas où l'action en contrefaçon est rejetée pour défaut de constitution de droit privatif, l'action

[684] Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-20.555 : JurisData n° 2006-036161.
[685] Cass. com., 22 oct. 2002, n° 00-12.914 : JurisData n° 2002-015991.
[686] J.-J. Burst ; *« La reconstitution des monopoles de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? »*., p. 93.
[687] Cass. com., 9 oct. 2001 : Propr. industr. 2002, comm. 25, J. Schmidt-Szalewski; PIBD 2002, n° 734, III, p. 42.
[688] Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349 : JurisData n° 2007-039494. – Cass. com., 30 mai 2007, n° 06-13.880 : JurisData n° 2007-039308. – Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-21.723 : JurisData n° 2012-012928.

en concurrence déloyale peut être fondée sur les faits matériellement identiques à ceux allégués au soutien de l'action en contrefaçon. Sous réserve naturellement que soit rapportée la preuve d'un comportement fautif.

-Enfin, la troisième hypothèse, qui nous intéresse tout particulièrement concerne le cumul d'actions en contrefaçon et en concurrence déloyale/parasitaire. Celui-ci nécessite la preuve de faits distincts, lesquels, rappelons-le, peuvent être définis comme l'ensemble des « *agissements qui auraient constitué en eux-mêmes, s'ils avaient été pris isolément, des faits de concurrence déloyale* »[689].

111. Précisément ce cumul d'actions (qui fera l'objet du Titre 2), nécessite, pour être juridiquement recevable, que soit au préalable remplie une double-condition.

Il faut, d'une part, que les faits allégués comme constitutifs de concurrence déloyale soient clairement distincts de ceux relevant de la contrefaçon. Notamment s'agissant de créations immatérielles ayant fait l'objet de protection (chapitre I). D'autre part, dans l'hypothèse où les créations ne font pas l'objet de droits privatifs, il faudra démontrer un risque de confusion avéré. La notion de risque de confusion retrouve ici tout son intérêt compte tenu précisément de l'absence de protection, les faits constitutifs de contrefaçon doivent permettre d'établir de manière incontestable un risque de confusion entre les produits contrefaits et les produits originaux, y compris lorsque les faits constitutifs sont clairement distincts des faits de concurrence déloyale. La contrefaçon suppose en effet que l'auteur présumé des actes de contrefaçon propose des biens et services à ce point similaires qu'ils sont susceptibles de créer une confusion avec les créations originales de la victime de contrefaçon, ce qui n'est pas toujours tâche aisée, comme nous le verrons plus loin. D'autant plus qu'il faudrait, au surplus,

[689] S. Durrande, *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale*, p. 187.

démontrer le caractère délibéré de l'imitation frauduleuse. Cette notion de risque de confusion sera au cœur de notre réflexion dans ce deuxième cas (chapitre II).

Chapitre I : L'exigence de faits distincts en cas de créations immatérielles protégées

112. Lorsqu'un comportement fautif vient se surajouter au comportement contrefacteur, le cumul d'actions sera par principe admis par le juge, car l'action de droit commun permet l'indemnisation du préjudice non réparé par l'action en contrefaçon[690]. Il faut cependant un préjudice propre et différent de celui issu de la contrefaçon. Le juge considère en effet que « *pour être caractérisés, les actes de concurrence déloyale [donc la faute de droit commun] doivent être distincts des actes contrefaisants, et être à l'origine d'un préjudice propre* »[691]. En l'absence de ces critères, c'est-à-dire en l'absence d'un préjudice propre, il rejettera toute action en responsabilité civile délictuelle de droit commun[692].

A cet égard, la doctrine koweitienne a souligné que « *Le titulaire du brevet peut également réclamer la réparation du préjudice qu'il a subi devant le tribunal pénal si une action en contrefaçon a été intentée, et l'on note que l'action en contrefaçon et le reste des actions décidées par le législateur pour la protection des droits de propriété industrielle sont des actions de nature juridiquement pénale* » [693].

Elle ajoute que : « *l'atteinte des droits de propriété intellectuelle peut consister en un acte constituant une infraction aux droits de propriété intellectuelle, ou une violation des règles de concurrence déloyale ».* Ce qui fonderait légitimement respectivement, une action en contrefaçon et une action en concurrence déloyale. De manière soit alternative soit le cas échéant, cumulative. A la condition cependant comme en droit français que des faits distincts aient donné lieu à des préjudices eux -mêmes distincts. Car il s'agit d'éviter une double-

[690] A. MEHRES, « *Le droit commercial et la propriété industrielle* », Dar Al-nahda Al-Arabiya, Égypte. 1998., P.310.
[691] TGI Rennes, 8 septembre 1997 : PIBD 1997, 643.III.608.
[692] Par exemple : CA Paris. 18 mars 1993 : PIBD 1993, 548.III.468-CA Paris, 25 septembre 1996 : PIBD 1997, 624.III.52 - CA Paris, 21 février 1997 : PIBD 1997, 631.III.254-CA Paris, 8 octobre 1997 : PIBD 1998, 646.III.53
[693] H. ALMASRI,*le droit commercial koweitien.,* p.367; AL SHAMMERI,« *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* »., p..25. I. ABO-ALILE,« *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* »., p.206.

indemnisation. Une jurisprudence constante rappelant que l'action en concurrence déloyale doit reposer sur des faits distincts, eux-mêmes devant *« être à l'origine d'un préjudice propre »*[694]. Ainsi dans une affaire d'imitation d'un sac à main protégé par le droit d'auteur, la première chambre civile a rappelé que « *pour être accueillie, l'action en concurrence déloyale doit être fondée sur des actes distincts de ceux sanctionnés au titre de la contrefaçon (...) l'existence d'une contrefaçon n'impliquant pas celle d'un acte de concurrence déloyale* »[695].

Le cadre de notre réflexion délimité, il nous reste à analyser les conditions de recevabilité d'une action en concurrence déloyale, qui viendrait se surajouter à une action en contrefaçon. La notion de risque de confusion sera ici secondaire puisque les créations immatérielles font l'objet d'un droit privatif. L'action en contrefaçon de ce chef sera en effet systématiquement accueillie dès lors que la création protégée est contrefaite. Cela, quel que soient le niveau et la réalité du risque de confusion. Une action en concurrence déloyale devra donc reposer sur des faits distincts. Nous tenterons tout d'abord d'en cerner la notion (section 1) avant d'en examiner la complexité du régime juridique (section 2).

Section 1 : La notion de « *faits distincts* »

Lorsque les actions en contrefaçon et en responsabilité civile délictuelle de droit commun sont intentées simultanément, le juge procède à la recherche de faits distincts des faits de contrefaçon, afin de pouvoir faire droit ou au contraire de rejeter l'action en responsabilité civile délictuelle de droit commun[696].

C'est lorsqu'il est saisi à la fois d'une action en concurrence déloyale et d'une action en contrefaçon que le juge recherche une faute distincte de la contrefaçon. En clair il procède à la

[694] CA Paris, 18 mars 1993 : PIBD 1993, 548.III.468
[695] Cass. 1re civ., 15 mai 2015, n° 13-28.116, Sté Jean X : JurisData n° 2015-011326. Aussi V.A. MEHREZ,« *Le droit commercial et la propriété industrielle* », p.314.
[696] CA Paris, 18 mars 1993 : PIBD 1993, 548.111.468- CA Paris. 8 octobre 1997 : PIBD 1998, 646.III.53.

recherche de « *faits distincts* ». Cette expression d'origine jurisprudentielle est utilisée de longue date dans plusieurs décisions[697]. Notamment dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 2008 pour tracer la ligne de séparation entre les champs d'application des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale. Elle avait jugé que « *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* »[698]. Dans un autre arrêt intervenu deux ans plus-tôt en ayant jugé que « *les préjudices résultant d'une contrefaçon, d'une part, et de faits distincts de concurrence déloyale, d'autre part, fussent-ils de même nature, ne constituent pas un même préjudice* »[699]. Cette expression a vraisemblablement été empruntée à la terminologie déjà utilisée en matière de contrefaçon, le comportement contrefacteur étant désigné par l'expression *« fait de contrefaçon »*[700].

Monsieur le Tourneau a proposé une approche de la notion de fait distinct en affirmant que : *« l'action en parasitisme peut être accueillie concurremment à l'action en contrefaçon lorsque sont établis des actes ou des faits distincts de la contrefaçon »*[701]. Il ne saurait donc être question d'accueillir les deux actions en vue de sanctionner le même comportement contrefacteur, mais deux fautes distinctes à savoir d'une part le comportement contrefacteur, et de l'autre un comportement fautif distinct. Monsieur A. Alkhouli a abondé dans le même sens en écrivant qu': « *il est à noter que le cumul des deux actions ne change pas l'indépendance de l'un par rapport à l'autre par ces dispositions. Les faits sur lesquels le jugement d'indemnisation était fondé sur (l'imitation frauduleuse), ne suffisent pas à eux seuls à fonder le jugement de*

[697] Exemple : Cass com., 28 septembre 2004 : Pourvoi n°02-13697 - Cass. civ. 1. 25 mai 2004 : Pourvoi n°01-17805 ; Bull. n°154-Cass. com., 9 novembre 2001 : Pourvoi n°99-18927-Cass. com., 23 mars 1993 : Pourvoi n°91-16236.
[698] Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-17.092 : JurisData n° 2008-046323. – Cass. 1re civ., 15 mai 2015, n° 13-28.116 : JurisData n° 2015-011326 .
[699] Cass. com., 28 Nov. 2006, n° 04-20.555 : Juris Data n° 2006-036161.
[700] G. Cornu (sous la dir.), « *Vocabulaire juridique* », Association Capitant, PUF, 2001, V° Fait. Aussi V.A. MEHREZ,« *Le droit commercial et la propriété industrielle* », p.67.
[701] P. le Toumeau, « *Le parasitisme* », , p. 197. n° 252.

l'indemnisation sur la base de concurrence déloyale, mais les conditions de l'action en concurrence déloyale doivent être aussi remplies »[702].

Cette recherche s'avère en pratique ardue, le juge étant confronté à la nécessité de devoir distinguer non seulement des faits de nature fautive différente, mais surtout des préjudices propres à chaque action de nature à permettre le cumul d'actions.

113. Caractériser des faits distincts revient en effet à caractériser des fautes distinctes. C'est ce qu'exprime Monsieur Passa en écrivant que : « *l'exigence d'une faute distincte, ou plus précisément d'une faute prenant sa source dans un fait distinct de celui donnant prise à la qualification de contrefaçon, peut doublement s'expliquer. En premier lieu, on le sait, il n'existe point d'option entre la qualification de contrefaçon et celle de concurrence déloyale ; l'atteinte à un droit privatif ne peut être invoquée comme comportement déloyal. Dès lors, l'acte qui a été poursuivi et sanctionné au titre de la contrefaçon ne peut l'être à nouveau sur le terrain de la concurrence déloyale pour donner lieu à une seconde condamnation ; d'où la nécessité d'indiquer un comportement répréhensible distinct de l'atteinte au droit privatif* »[703].

Il importe dès lors de bien distinguer les deux types de fautes : d'une part le comportement contrefacteur, qui consiste en une atteinte au monopole conféré par la loi, et de l'autre, un comportement fautif au sens de la responsabilité civile délictuelle de droit commun, généralement un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme. Les préjudices qui seraient issus de ces deux fautes seraient alors réparées sur leur fondement respectif[704]. Toute la difficulté consistant à les distinguer. En particulier dans le domaine du risque de confusion, très connoté comme une atteinte au droit de propriété intellectuelle. Pour autant, un courant

[702] A. ALKHOULI, « *Droit commercial* », partie 3, p. 55.
[703] J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », t. I, 2° éd., LGDJ, 2009, n° 466, p. 675. Dans le même sens, A. Saint-Martin, « *Créations immatérielles et responsabilité civile. Le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations immatérielles* », nº 539 : "[...] L'expression "fait distinct" ne recouvre pas autre chose qu'une faute distincte du comportement contrefacteur, c'est-à-dire du fait de contrefaçon. ».
[704] A. ALKHOULI, « *Droit commercial* », p. 49.

jurisprudentiel majoritaire accueille l'action en concurrence déloyale au titre du risque de confusion qui fausserait les choix de la clientèle.

Il en va de même en matière de « *parasitisme* », qui est une des formes modernes de concurrence déloyale n'impliquant pas nécessairement une confusion dans l'esprit de la clientèle. Cette tendance jurisprudentielle ne doit cependant pas masquer le caractère ardu de l'effort de distinction consenti par le juge lors de son office. En particulier lorsque la déloyauté est née d'un risque de confusion (§1) ou lorsqu'elle prend la forme du parasitisme (§2).

§1-Le risque de confusion par déloyauté : une distinction de principe mais difficile à mettre en œuvre

114. La déloyauté par confusion est une notion connue du droit de la propriété intellectuelle, de fait elle très souvent invoquée à titre complémentaire ou subsidiaire dans les litiges de contrefaçon tant au Koweït qu'en France. Les tribunaux sanctionnent ces faits au titre de la concurrence déloyale dès lors que le risque de confusion ne provient pas de l'acte de contrefaçon lui-même.

Il y a risque de confusion dès lors qu'il existe une reproduction volontairement frauduleuse des formes extérieures visibles d'une création protégée[705]. Cependant ledit risque ne peut être retenu tout à la fois, dans l'appréciation de la contrefaçon et dans celui de la concurrence déloyale[706]. Ce n'est que s'il est écarté au titre de la contrefaçon qu'il peut l'être pour la première fois au titre de la concurrence déloyale, dès lors qu'elle est susceptible d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public[707]. C'est dire que la contrefaçon

[705] J. Schmidt-Szalewski ; *« La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence »*. p. 455.
[706] P. Mathély ; « *Le droit français des signes distinctifs* » ; éd. JNA, 1984, p. 522 ; P. Tréfigny-Goy, « *L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque* », Propr. ind., oct. 2010, dossier 5, spec. n° 11; Y. Basire ; « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* » LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, n° 204.
[707] S. ALQALUBI, « *La propriété industrielle* », p.358.

n'entraîne pas *de facto* un risque de confusion, ainsi que l'a analysé Monsieur Passa qui considère que : « *la contrefaçon de brevet, de dessin ou modèle ou du droit d'auteur est indépendante du risque de confusion dans l'esprit de la clientèle* », et que même si la contrefaçon générait un tel risque, celui-ci ne serait *« nullement couvert par la sanction de la contrefaçon* »[708]. L'auteur en conclut dès lors que « *le même fait [...] se prête simultanément à deux qualifications différentes, qui ne se chevauchent pas et ouvrent l'exercice de chacune des deux actions* »[709]. Madame Schmidt-Szalewski abonde dans ce sens en estimant que : « *la recherche de confusion dans l'esprit du public implique nécessairement la reproduction d'une forme extérieure visible. Or, dès lors que la reproduction de la forme est prise en considération dans l'appréciation de la contrefaçon, elle ne peut l'être une seconde fois à propos de la concurrence déloyale. Si, en revanche, la reproduction de la forme n'est pas considérée au titre de la contrefaçon, elle peut l'être - pour la première fois - au titre de la concurrence déloyale, en tant qu'élément susceptible d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public* »[710].

Il convient de souligner que la détermination du type de risque de confusion est particulièrement ardue en matière de marques, notamment en cas d'imitation frauduleuse, puisque dans cette matière, le risque de confusion, s'apprécie de manière globale aux yeux d'un consommateur moyen[711]. La contrefaçon de marques peut prendre des formes très variées y compris par internet[712]. Mais là encore, la jurisprudence fait application de la règle des faits distincts. L'action en concurrence déloyale doit être fondée sur des faits de confusion distincts

[708] En revanche, selon l'auteur, il en va différemment en matière de marques : « *la contrefaçon de marque [supposant] ou [couvrant] à tout le moins, le risque de confusion* » : J. Passa ; « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », , p.76, n°123.
[709] J. Passa, ., p. 75, n°122 et p. 196, n°280.
[710] J. Schmidt-Szalewski, ; « *La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence* ». p. 455. spec. p. 459.
[711] A. ALKHOULI,« *Droit commercial* », p. 55.
[712] Art. L. 713-3 CPI. En ce sens V. Sherif Mohamed Ghanem ; « *La réglementation légale des publicités commerciales via Internet* », Alexandrie, 2008, p. 163.

de ceux retenus au titre de la contrefaçon de marque[713], à peine d'être rejetée par le juge[714]. Un risque de confusion distinct et de nature déloyale, reste donc la condition nécessaire, à l'admission de l'action en concurrence déloyale en complément de l'action en contrefaçon[715]. Si le risque de confusion de la concurrence déloyale est en théorie clairement différent de celui retenu au titre du droit des marques, dans la pratique, la distinction s'avère beaucoup moins évidente à établir[716].

115. En tout état de cause, l'exercice des deux actions suppose que le risque de confusion ne soit pas fondé sur les mêmes faits que ceux retenus pour caractériser la contrefaçon[717].

Plusieurs décisions peuvent illustrer cette règle. Ainsi dans une espèce, les juges ont considéré comme un fait distinct de la contrefaçon de marque, le référencement du site www.specialiste-porsche.com, alors que ce dernier renvoyait à un revendeur de pièces détachées. Or cela a pu créer dans l'esprit de la clientèle sur Internet un risque de confusion sur l'origine du service offert[718]. Le cumul d'actions était dès lors recevable de ce chef. La Cour de cassation a jugé dans le même sens, dans une autre affaire[719] en ayant décidé que : « *la cour d'appel qui constate qu'une société offre à la clientèle un modèle copiant celui d'un autre fabricant et portant une mention très voisine, par son texte et par son graphisme, de la mention*

---

[713] Com. 12 juill. 1993, *PIBD* 1993. 555. III. 686 ; « *ressemblance entre les produits, leur emballage et étiquettes* » ; Paris, 4e ch., 9 juin 1993, *PIBD* 1993. 553. III. 627 ; « *imitation de l'écriture, des étiquettes et des emballages des produits »*, 20 sept. 1993, *PIBD* 1993. 556. III. 713 ; « *imitation des emballages* ».

[714] Com. 7 avr. 1992, JCP 1992. IV. 1738. 190, « *la reproduction de l'emballage figurant dans l'enregistrement de la marque n'est pas un fait distinct de la contrefaçon* ». V : aussi ; Paris, 4e ch., 2 juin 1993, PIBD 1993. 552. III. 596 ; 17 mai 1993, PIBD 1993. 550. III. 522 ; TGI Paris, 29 avr. 1993, PIBD 1993. 549. III. 494. Cour appel du Caire, 29 février 1960, Law Journal, année 41, p. 685.

[715] T.AL SHAMMERI, ., p.32.

[716] Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-13.011 : JurisData n° 2015-015698 : « *le risque de confusion doit s'apprécier globalement, par référence au contenu des enregistrements des marques, vis à vis du consommateur des produits tels que désignés par ces enregistrements et sans tenir compte des conditions d'exploitation des marques ou des conditions de commercialisation des produits* » ; cassation d'un arrêt qui avait exclu la contrefaçon en retenant notamment, malgré les ressemblances entre les signes, « *les différences dans les modes de conditionnement des produits ainsi que la présentation des marques sur ces derniers* ». En ce sens V. M. Malaurie-Vignal ; « *Contrefaçon et concurrence déloyale : pour en finir avec les incertitudes sur la notion de fait distinct* » : , n° 5.

[717] Malaurie-Vignal ,Cass. com., 12 juill. 1993, n° 91-16.915, Sté Kruger c/ Sté CPC France et a. : JurisData n° 1993-001798 ; Bull. civ. IV, n° 294 ; D. 1994, somm. p. 78, obs. M.-L. Izorche ; PIBD 1993, n° 555, III, p. 686.

[718] CA Paris, 8 sept. 2004, n° 03/04631, Sté Sport Auto Galerie c/ Sté Porsche : JurisData n° 2004-251868 ; PIBD 2004, III, p. 657.

[719] Cass. com., 27 mai 1981, n° 79-15.183 : JurisData n° 1981-701761.

figurant sur le modèle contrefait, de telle sorte qu'une confusion est créée dans l'esprit de la clientèle, caractérise ainsi des agissements constitutifs de concurrence déloyale distincts des faits de contrefaçon par ailleurs retenus ».

Le fait distinct est aussi retenu en cas de présentation commerciale trompeuse de nature à entraîner un risque de confusion[720]. Ou dans le cas de la reproduction frauduleuse d'une dénomination sociale d'une autre entreprise concurrente, ce qui est de nature à créer une confusion dans l'esprit du public[721].

En matière de brevets ou de droit d'auteur (en y incluant les dessins et modèles protégés par le droit d'auteur), la détermination du type de risque de confusion est bien plus aisée, car ledit risque sera souvent rattaché à une concurrence déloyale (si le préjudice est avéré). Il n'y aura nul besoin de déterminer une contrefaçon du chef de risque de confusion dès lors que la contrefaçon est caractérisée par une simple atteinte technique. En effet, en matière de brevets, la contrefaçon vise à sanctionner les actes portant atteinte aux caractéristiques techniques de l'invention[722]. Comme le précise Mme Schmidt-Szalewski[723]: « *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* ».

116. Au total, un risque de confusion par déloyauté peut être caractérisé par la simple reproduction de la forme non protégée d'un produit breveté[724]. Il en va de même concernant la reproduction de l'aspect extérieur d'un produit breveté. Ce type de risque de confusion est distinct de celui qui découle de la reproduction des éléments techniques d'une invention

[720] Cass. com., 22 oct. 2002, n° 00-19.701 : Juris Data n° 2002-016141.
[721] Cass. com., 15 juin 2010, n° 08-18.279 : Juris Data n° 2010-009655.
[722] V. I. ABO-ALILE, ., p. 212.
[723] J. Schmidt-Szalewski ; « *La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence* » ; , p. 455.
[724] CA Lyon, 15 avr. 1990 : PIBD 1990, III, p. 288.

brevetée, laquelle relève de la contrefaçon[725]. En matière des dessins et modèles, dans une affaire concernant la couverture du magazine *Entrevue*[726], la Cour de cassation avait censuré la décision des juges du fond (qui avaient écarté une action en concurrence déloyale), au motif qu'ils avaient omis de rechercher l'existence d'un risque de confusion. Car selon la haute Cour « *la création d'un risque de confusion dans l'esprit du public avec un modèle enregistré constitue un fait distinct de la contrefaçon de ce modèle* ». En matière de logiciels[727], il a également été jugé que l'utilisation d'une dénomination pouvant créer un risque de confusion constitue un fait distinct. C'est une solution conforme à la logique des deux actions, dans la mesure où la contrefaçon ne sanctionne que la reproduction du logiciel.

Il convient de préciser que la jurisprudence ne retient pas de risque de confusion concernant la reproduction des produits si celle-ci répond à des nécessités techniques, des aspects fonctionnels ou à des dispositions réglementaires[728]. En revanche, lorsque la reproduction ne tient pas à des impératifs techniques, elle sera vue comme frauduleuse et vue comme un acte de concurrence déloyale, susceptible d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public. Il a ainsi été jugé que le fait de proposer à la clientèle un appareil copiant les caractéristiques d'un appareil breveté « *provoque une confusion dans l'esprit des acheteurs même spécialisés, alors que les similitudes constatées ne sont pas pour la plupart des nécessités fonctionnelles* »[729].

Dans le même esprit, la reproduction, sans impératifs d'ordre technique, d'un modèle protégé est susceptible d'être considérée comme un acte de concurrence déloyale, dès lors que

[725] CA Paris, 8 déc. 2004 : PIBD 2005, n° 804, III, p. 166.
[726] Cass. com.,1er juill. 2008, n° 07-14.741 : JurisData n° 2008-044704.
[727] CA Paris, 4e ch., sect. A, 9 juin 2004, n° 03/04094, Mocquery c/ Exacod SA : Propr. industr. 2005, comm. 34, J. Schmidt-Szalewski.
[728] Cass. com., 27 janv. 2009, n° 08-10.991 : JurisData n° 2009-046796. En décidant « *qu'on ne peut pas reprocher la copie d'un columbarium dont la forme devait se conformer à l'exigence d'uniformité imposée par la municipalité* », : Paris, 26 juin 1979, Ann. prop. ind. 1980 388 ; 13 févr. 1984, Ann. 1984. 85 ; Paris, 4e ch., 18 avr. 1989, Ann. prop. ind. 1990. 188.
[729] TGI Lyon, 26 nov. 1986, PIBD 1987. 407. III ; Dossiers Brevets, 1987. V. 3. V. aussi, Douai, 25 févr. 1981, JCP 1981 éd. CI. 10089, obs. Burst et Mousseron ; Lyon, lre ch., 15 févr. 1990, PIBD 1990. 477. III. 282 et Com. 30 juin 1992, PIBD 1992. 533. III. 603, rejetant le pourvoi.

« *les ressemblances procèdent d'une volonté évidente de reproduire un aspect qui, n'étant pas imposé par la fonction, a été copié soit pour engendrer la confusion, soit pour profiter des efforts d'un concurrent...* »[730]. La reproduction des éléments essentiels de l'objet protégé outrepasse ici les limites d'une copie servile[731].

Cependant si les créations protégées présentent des différences visuelles suffisantes avec les produits contrefaisants, de nature à écarter tout risque de confusion aux yeux de la clientèle, l'action en concurrence déloyale sera rejetée[732] .

Au total le risque de confusion par déloyauté doit reposer sur des faits distincts, ou plus précisément une faute distincte ayant généré un préjudice propre. Il est à ce stade utile de rappeler qu'en matière de contrefaçon il n'y a pas forcément préjudice, au contraire de la concurrence déloyale. Là réside à notre sens la principale différence entre le risque de confusion propre à la concurrence déloyale et celui relevant de la contrefaçon.

L'exigence d'un risque de confusion introduit la prise en compte de faits distincts étrangers à la contrefaçon. Ceux-ci disparaissent cependant dans les formes modernes de concurrence déloyale, en particulier du « *parasitisme* », hypothèse dans laquelle la preuve d'un risque de confusion n'est plus exigée en droit koweïtien, influencé en cela par le droit français.

§2-Des faits distincts sous forme de parasitisme : une distinction par exception mais admise par la jurisprudence

[730] Paris, 8 juin 1989, PIBD 1989. III. 645 ; Paris, 4e ch., 1er mars 1993, PIBD 1993. 546. III. 401, à propos d'un modèle déposé de vêtement servilement copié ; Paris, 4e ch., 14 mai 1990, PIBD 1990. 487. III. 628 et Com. 16 juin 1992, PIBD 1992. 532. III. 597, rejetant le pourvoi : la reproduction servile d'un modèle constitue une contrefaçon de droit d'auteur et un acte de concurrence déloyale, en ce qu'elle « *traduit une recherche de confusion dans l'esprit du public sur l'origine des produits...* ». V. aussi, TGI Bobigny, 5e ch., 21 janv. 1992, PIBD 1992. 531. III. 559.

[731] Paris, 4e ch., 10 févr. 1993, *PIBD* 1993. 545. III. 372

[732] Com. 27 oct. 1992, *PIBD* 1993. 536. III. 41 ; Paris, 4e ch., 12 mai 1992, *PIBD* 1992. 531. III. 565 ; 4 mars 1993, *PIBD* 1993. 547. III. 435 ; 22 mars 1993, *PIBD* 1993. 548. III. 457 ; 27 sept. 1993, *PIBD* 1994. 559. III. 68. V. en particulier ; Rennes, 6 mai 1987, *Ann. prop. ind.* 1988. 111, où le défendeur prouvait que malgré la copie, aucun risque de confusion n'existait en raison des mesures qu'il avait prises pour se différencier des produits du demandeur.

117. La théorie du *parasitisme* appelé aussi *concurrence parasitaire*, est née sous la plume de Saint-Gal[733].

C'est la situation de fait dans laquelle l'opérateur qui reproduit ou imite la création ou le signe d'autrui est à la fois contrefacteur, par la violation du droit privatif, et parasite en ce qu'il cherche à profiter des investissements ou de la notoriété des créations immatérielles de son concurrent.

Le droit koweitien connaît la concurrence déloyale depuis la moitié du XXème siècle. C'est pour cette raison que sa jurisprudence et sa doctrine, inspirées du droit français, ont adopté la classification des actes de concurrence déloyale proposée par le doyen Roubier. Toutefois, la doctrine a reconnu à plusieurs reprises que la classification adoptée ne prend pas en compte les nouvelles formes de la concurrence déloyale, de sorte qu'il est impossible d'en établir une liste exhaustive. Certains auteurs ont pour cette raison, réticents à établir toute classification[734]. Pour autant la doctrine n'a pas adopté les changements qu'a connu le droit français en matière de concurrence déloyale comme le démontre l'étude de l'évolution du droit koweitien. Pendant un siècle en effet, elle est restée fidèle à la classification du doyen Roubier sans tenir compte de l'évolution apportée à ladite classification par M. Saint-Gal. Cela nous conduit à en conclure que rien ne s'oppose juridiquement à assimiler la concurrence parasitaire à une nouvelle forme de la concurrence déloyale. D'autant plus que le législateur koweïtien a modifié le Code de commerce en y ajoutant de nouveaux articles issus de la loi n°13 de 1996. Il s'agit d'abord de l'article 60 bis a) qui prohibe tout acte de concurrence déloyale et qui définit la notion de concurrence déloyale, laquelle distingue quatre modalités, toutes susceptibles de causer des préjudices volontaires ou non aux concurrents par des perturbations sur le marché. Il s'agit

[733] V. en particulier Y. Saint-Gal, « *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires)* », Ann. propr. ind., 1956, p. 19 et s. ; « *Concurrence parasitaire et agissements parasitaires* », RIPIA, 1957, p. 39 et s. Sur la genèse du parasitisme, v. J.-J. Frion ; « *L'agissement parasitaire* », thèse, Nantes, 2001, n° 26 et s. ; C.-A. Maetz, « *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », PUAM, 2010, n° 261 et s.

[734] I. ABO-ALILE.« *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », p. 212.

ensuite de l'article 55 al. 2 C. com., qui classe au rang des actes de concurrence déloyale, l'atteinte à la marque d'autrui ou son nom commercial et tout acte susceptible de créer une confusion sur l'entreprise ou ses produits. L'interprétation des termes dans lesquels est rédigé l'article précédent permet de constater que cette atteinte s'entend en dehors de toute confusion, puisque le législateur donne définit aussi l'acte de concurrence déloyale comme « *tout acte ou prétention susceptible de créer une confusion sur l'entreprise ou ses produits* ». L'expression « *atteinte* », étant très large, englobe tout type de comportement fautif, tel le fait de tirer indûment profit de la notoriété ou des investissements intellectuels et financiers d'autrui. Dès lors, bien que le législateur n'ait pas utilisé expressément le terme *parasitisme*, la notion trouverait légitimement sa place en droit koweitien, et faire l'objet d'une sanction sur le fondement d'une interprétation large de l'article 55 C. com. Rappelons que celui-ci permet de sanctionner au titre de la concurrence déloyale tout acte contraire aux usages honnêtes établis en matière commerciale et industrielle.

118. La distinction entre la contrefaçon et la faute de parasitisme est cependant plus complexe qu'il n'y paraît, la difficulté étant de délimiter les faits distincts de parasitisme de ceux propres à la contrefaçon[735]. Notamment dans le cas très spécifique où la contrefaçon constitue un outil de lutte contre le parasitisme, du fait de sa dimension « *concurrentielle* »[736]. En clair elle recèle une fonction « *de régulation ou de moralisation de la concurrence* »[737]. En réservant un marché à leur titulaire, les droits de propriété intellectuelle confèrent une forme de droit d'accès exclusif

[735] WATHELET, Joachim. *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*. 2016. Thèse de doctorat. Aix-Marseille, n°51, P.69.

[736] Sur la fonction concurrentielle des droits de propriété intellectuelle, v. F. Siiriainen, « *Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence* », in J.-M. Bruguière (dir.), « *La propriété intellectuelle, entre autres droits* », Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », 2009, p. 31-50, spéc. p. 36 et s. Cet auteur réserve néanmoins l'analyse aux droits de propriété industrielle dès lors que le droit d'auteur répond à une conception davantage personnaliste et que le droit moral se présente comme un « *droit anti-marché, a-marché* ». Comp. F. Benhamou et J. Farchy, Droit d'auteur et copyright, 3° éd., La Découverte, coll. Repères, 2014, p. 29, qui considèrent que l'existence de droits patrimoniaux se justifie « *par le fait qu'il protège les auteurs et les producteurs originels des producteurs passagers clandestins [...] qui exerceraient une concurrence déloyale en reproduisant le bien sans avoir eu à supporter les coûts fixes de production* ».

[737] F. Pollaud-Dulian, « *La propriété industrielle* », Economica, 2011, n° 79 et n° 745.

à un marché fermé à des « *passagers clandestins* »[738] qui n'auraient consenti aucun effort d'investissement.

S'il est peu contestable que le droit de la propriété intellectuelle contribue à préserver une concurrence loyale, cela ne supprime pas pour autant la différence de fondements de l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale. Le droit privatif « *vient au soutien d'une exception au principe de liberté de la concurrence* »[739], alors que l'action en concurrence déloyale permet, en régulant les comportements des opérateurs sur le marché, d'assurer un bon fonctionnement de la liberté de la concurrence[740]. Cette distinction semble être remise en cause par les évolutions des droits français et koweitien de la propriété intellectuelle et du commerce. Une partie de la doctrine koweitienne a défendu la légitimité de l'action en concurrence parasitaire en vue de préserver la notoriété durement construite par les professionnels, rôle que ne pourrait pas assumer une simple action en concurrence déloyale. Malgré cet avantage, le droit koweïtien et particulièrement sa jurisprudence, ne considère pas encore la faute issue de faits de concurrence parasitaire comme une faute de contrefaçon[741].

Il conviendra dès lors de distinguer deux formes de parasitisme ; celui qui porte atteinte à la notoriété (A) et celui qui affecte les investissements (B).

A. **Parasitisme de la notoriété et contrefaçon**

L'usurpation de notoriété constitue le « *socle inamovible* »[742] de la théorie du parasitisme. Il consiste à vouloir s'approprier ou de tenter de bénéficier indûment de la notoriété d'autrui[743].

---

[738] WATHELET, Joachim. « La *loyauté en droit de la propriété intellectuelle ». op, cit*, P.69.
[739] T. Azzi, « *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs* », RTD civ., 273 2007, p. 227 et s., spec. n° 29.
[740] D. Houtcieff, « *Droit commercial* », 4e éd., Sirey, 2016, nº 1116 : « *La liberté de la concurrence ne peut porter ses fruits que si elle se déploie dans de justes limites* ».
[741] M.ALBASMAN, *Concurrence déloyale et monopole*, p.28.
[742] C.-A. Maetz, « *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique* » ; , n°270, p. 273. V. aussi Ph. Le Tourneau, note sous CA Paris, 15 dec. 1993, D. 1993, p. 145 : « *L'usurpation de notoriété en l'exemple type de l'agissement parasitaire* ».
[743] Y. Saint-Gal, « *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires)* », , p. 19 et s, spec. p. 39.

Car celle-ci est le fruit de lourds efforts, d'investissements et donc d'une prise de risques financiers et de réputation. Elle recèle de ce fait une valeur économique, une source de fortune puisqu'elle repose sur « *un attachement plus ou moins durable du public* »[744]. Il en résulte que quiconque tente de profiter, sans efforts, de la notoriété ou des produits d'autrui, pourrait obtenir un avantage concurrentiel par définition indu, rompant ainsi l'égalité et manquant surtout à son devoir de loyauté. Pour certains auteurs cependant, la loyauté dans la concurrence ne suffirait plus à expliquer la notion de parasitisme dans sa forme actuelle[745]. Celle-ci répondrait aujourd'hui, à une « *logique privative* »[746], permettant, à l'exemple du droit de propriété, de conférer une exclusivité à la notoriété[747]. Cette analyse repose en particulier sur la manière dont les tribunaux appliquent les conditions de faute et de préjudice en matière de parasitisme. En admettant que la faute soit caractérisée dès lors qu'il existe une usurpation non autorisée de la notoriété d'autrui et qu'un préjudice naît de cette usurpation[748], la jurisprudence heurterait « *l'essence même* »[749] de la responsabilité civile. Il nous semble que le propos doive être relativisé.

---

[744] D. Lefranc, « *La renommée en droit privé* », Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2004, n° 423, p. 399.

[745] C.-A. Maetz, *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, n° 270 et s.: D. Lefranc, ., n° 419 et s., spec. n° 428 ; comp. Ph. Le Tourneau , « *Parasitisme-Notion de parasitisme*», J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 227, 2013, n° 57 : « *Ainsi, il est indiscutable que la jurisprudence a reconnu l'existence d'un droit sur la renommée ou la notoriété par le biais de la responsabilité civile* » V. aussi, de manière plus générale sur ce phénomène de réservation par le biais da parasitisme, J. Raynard et Th. Revet, « *De la propriété comme modèles* », in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993, p. 281-305, spec. n° 37; H. Barbier, « *La liberté de prendre des risques* », PUAM 2010, n°615: *« Certes en apparence, si l'on s'en tient au visa, les juges affirment qu'il y a dans ce comportement une dimension déloyale, une faute. Mais la faute de déloyauté ne semble pourtant pas correspondre à ce qui est vraiment sanctionné [...]. Or, l'affirmation selon laquelle, en soi, le fait de copier un bien issu des investissements d'autrui constitue une faute n'est pas le fruit d'une préoccupation d'éthique des comportements mais bien plutôt d'une volonté d'attribuer au créateur du bien une exclusivité de jouissance de sa valeurs* »

[746] C.-A. Maetz, « *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », n°299.

[747] Une partie de la doctrine arabe a soutenu l'idée de concurrence parasitaire comme étant nécessaire pour assurer la protection de la notoriété que les professionnels acquièrent par leurs efforts, ce dont la protection traditionnelle conférée par la concurrence déloyale dans son sens étroit le sens est incapable. V. Ahmed Saad, « *Sur un système juridique pour le contrat de consultation informationnelle* », première édition, Dar alnhda, 1995, 448. Contrairement à l'orientation de nombreux tribunaux arabes. V. Samir Fernan, « *les actes de contrefaçon de la propriété intellectuelle* », Liban, 2001, P.176.

[748] En ce sens, A. Ballot-Léna, « *Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile françaises* », in Pratique des affaires et règles juridiques : influences, limites, Actes du colloque de Sarrebruck, 26 juin 2015. En ligne sur www.revuegeneraledudroit.eu, spec. n° 12.

[749] H. Barbier, ., n° 617.

119. Car s'il est vrai que l'approche de la loyauté est aujourd'hui plus objective et ne prend plus seulement en compte les intérêts individuels des opérateurs, mais aussi des opérateurs du marché voire les consommateurs, le fondement de l'action en parasitisme reste bien la sanction d'un comportement déloyal et non d'un droit privatif[750]. Il ne suffit pas, comme en matière de propriété intellectuelle, de caractériser un empiétement de la notoriété d'autrui, il est en outre nécessaire de démontrer la réalité de la notoriété, et plus généralement, un véritable comportement fautif au regard de l'exigence de loyauté dans la concurrence. Le parasitisme suppose une faute intentionnelle qui ne peut être justifiée par des impératifs techniques ou excusée par les efforts mis en œuvre par le parasite. Enfin un préjudice doit être démontré. En effet, si un trouble commercial ou un préjudice moral est parfois présumé, déduit de la faute, cette présomption ne signifie pas que la victime soit nécessairement indemnisée de son préjudice économique[751]. Il reviendra à la victime de rapporter la preuve et la portée[752] de celle-ci. Le comportement déloyal n'est donc pas sanctionné du fait de sa seule existence, mais bien « *au terme d'une analyse détaillée et contextuelle qui vise à mettre le caractère perturbateur du comportement concurrentiel en question* »[753]. Nous en concluons que s'il peut exister

[750] Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « *Concurrence déloyale* », 2010, n° 83.

[751] Si un dommage s'infère bien de la faute en matière de parasitisme, dès lors que cette dernière a pour effet de fausser le jeu normal du marché, la présomption de « *trouble commercial* » ne signifie pas que la victime soit automatiquement indemnisée d'un préjudice économique. En d'autres termes, si un droit à la réparation naît au regard de la faute de parasitisme, la victime doit rapporter la preuve et l'étendue de son préjudice économique. C'est ici le lieu de rappeler la distinction entre le dommage et le préjudice. Il est vrai que la jurisprudence déduit parfois de la faute, non plus un dommage, mais un véritable préjudice. Cette présomption reste cependant limitée, puisqu'elle s'applique à un type particulier de préjudice : le préjudice moral. Derrière celui-ci, il s'agit de prendre en compte l'atteinte au bon fonctionnement du marché et de mettre en eouvre les fonctions répressive et prophylactique de l'action en parasitisme. L'existence d'un préjudice économique n'est donc pas remise en cause par cette présomption de préjudice moral. V. sur cette distinction : L. Gratton, « *Le dommage déduit de la faute* », RTD civ, 2013, p. 275-298 ; Th. Pasquier, « *Le préjudice à la croisée des chemins* », RDT, 2015, p. 741 et s. ; J.-D. Bretzner et E. Duminy, « *L'urgence, la preuve et la concurrence déloyale* », in « *La concurrence déloyale* » : développements récents, dossier spécial, AJCA, 2014/4, p. 155 et s. ; Ph. Le Tourneau, « *Parasitisme - Régime juridique* », ., n° 15.

[752] Un raisonnement similaire à celui du préjudice doit être tenu pour le lien de causalité. Si ce dernier est présumé pour la réparation du préjudice moral, il retrouve toute son importance pour réparer le préjudice économique de la victime. V. par ex. Cass. com., 17 mars 2015, n° 14-12.087 ; Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-18.099 ; CA Lyon, 3e ch., 15 janv. 2016, n° 14-09311, Juris Data n° 2016-00438.

[753] Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, art. cit., n° 130. Comp. G. Decocq, « *Concurrence déloyale et parasitisme : deux régimes autonomes* », RJC, mars-avril 2010, n° 2, p. 88-103, spéc. n° 13, p. 93-94, qui considère que « *les comportements sanctionnés ne correspondent pas à la définition de l'atteinte un droit subjectif* » car le juge, en matière de parasitisme, caractérise toujours l'existence d'une faute et d'un préjudice. La faute, explique l'auteur, est

indirectement une protection de la notoriété du fait de sa valeur économique, l'action en parasitisme ne saurait être assimilée à une action en revendication de propriété[754], en raison de sa logique et de ses conditions de mise en œuvre.

En pratique deux types d'approches caractérisent les relations entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence parasitaire. La première est restrictive et rend malaisée la distinction entre les deux actions (1), contrairement à la deuxième qui permet de mieux caractériser leur point de différentiation (2).

1. La distinction malaisée

120. Dans de nombreuses hypothèses en effet, la contrefaçon d'une création ou d'un signe permet à son auteur contrefacteur de recueillir de manière illicite, les fruits de la notoriété du titulaire ou de ses produits. Cela est particulièrement vrai en droit des marques. La marque porte en effet en elle-même une image que son créateur a construit, à force d'investissements, de communication et de publicité. La marque constitue sur le marché un véritable avantage concurrentiel[755] dont cherchent à profiter indûment les tiers contrefacteurs. La contrefaçon semble alors devoir être assimilée à l'agissement parasitaire, comme le soutient une partie de la doctrine[756]. C'est ce qui ressort surtout de la lecture de certains arrêts. Ainsi en 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, par exemple, censuré à plusieurs reprises la

« *un enrichissement injuste : une imitation ou une reproduction qui permet de réaliser une économie injustifiée (et obtenir pour son auteur un avantage concurrentiel sur le marché sur lequel il agit* ».

[754] J. WATHELET, « La *loyauté en droit de la propriété intellectuelle »*, n°49.

[755] Helmy Muhammad Al-Hajjar, Hala Helmy Al-Hajjar, « *Concurrence déloyale /la concurrence parasitaire comme une nouvelle image de la concurrence déloyale* », , P. 143.

[756] V. nettement en ce sens : J. Passa, « *Marques et concurrence déloyale* », J.-Cl. Concurrence Consommation, fasc. 160, 2013, mise à jour juin 2014, n° 74 et s. ; J. Passa, obs. sous Cass. com., 6 nov 2007, nº 06-16189 ; PI, avril 2008, nº 27, p. 263 : « *Il est évident, en effet, que toute contrefaçon, d'une façon ou d'une autre, se place dans le sillage du titulaire du droit contrefait ou tire profit de ses efforts. Intellectuels ou financiers, ou de sa renommée, et qu'il n'y a là aucune faute, ni même aucun fait, distinct de l'acte déjà jugé contrefaisant. Le parasitisme se confond avec la contrefaçon et se trouve absorbé par elle* ».

Cour d'appel, car en plus d'avoir caractérisé des actes de contrefaçon de marque et de droit d'auteur, avait prononcé une condamnation complémentaire pour parasitisme de notoriété. Alors que selon la Haute Cour, les faits de parasitisme ne se distinguaient pas de l'acte de contrefaçon[757] .

Nous estimons pour notre part qu'une approche moins restrictive peut être mise en avant. De fait, la jurisprudence a à plusieurs reprises jugé dans ce sens.

2. La distinction facilitée

121. Il nous semble en effet que la caractérisation de faits distincts est parfaitement envisageable. Dès lors que la contrefaçon est constituée en cas de violation d'un droit de propriété, quel que soit la notoriété de l'objet protégé ou de son titulaire[758]. il a ainsi été jugé dans une espèce, qu'un acte de contrefaçon était caractérisé même dans l'hypothèse où le droit de propriété intellectuelle contrefait n'a jamais été exploité sur le marché, et était de ce fait, resté inconnu du public[759]. Le parasitisme se traduit quant à lui par l'usurpation d'une notoriété que « *les juges doivent relever in specie* »[760]. Il s'agit d'une faute dans la concurrence qui peut revêtir différentes formes et se matérialiser dans différents supports. Il consiste souvent en une reproduction ou une imitation d'une création ou d'un signe distinctif protégé[761].

---

[757] Cass. com., 20 févr. 2007, n° 03-13.338, PI, juill. 2007, n° 24, p. 357-359, obs. J. Passa ; Cass. com. 20 févr. 2007, nº 04-19671, PI, juill. 2007, n° 24, p. 357-359, obs. J. Passa ; Cass. com., 6 nov. 2007, nº 06-16.189 ; PI, avril 2008, n° 27, p. 263, obs. J. Passa.

[758] En droit des marques, l'argument est parfois remis en cause, puisque la notoriété est un des éléments à prendre en compte dans l'appréciation globale du risque de confusion. Il ne serait alors plus possible d'invoquer l'usurpation de notoriété par une action en parasitisme. V. en ce sens J. Passa, obs. sous Cass. com., 6 nov. 2007, PI, 2008, n° 27, p. 263. Néanmoins, si la notoriété est un des éléments pris en compte dans l'appréciation globale du risque de confusion, il existe à notre sens bien deux fautes différentes. L'usurpation de notoriété apparaît différente de la création d'un risque de confusion dans l'esprit du public. En ce sens J. WATHELET, op, cit., n°54.

[759] A. ALKHOULI, Droit commercial, partie 3, Égypte, 1964, p. 346.

[760] Ph. Le Tourneau, « *Parasitisme-Notion de parasitisme* », n° 53.

[761] Comp. C.-A. Maetz, « *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », ., nº 554, qui constate que la notoriété est protégée « *sans distinction en fonction du support qui la véhicule*».

Ainsi, y compris dans l'hypothèse où le parasitisme de notoriété se matérialise par un fait matériel identique à celui appréhendé au titre de la contrefaçon, il constitue toujours une faute détachable, indépendante de l'atteinte au droit privatif. L'atteinte à la valeur économique que constitue la notoriété se greffe à l'acte de contrefaçon[762] sans s'y assimiler cependant. Mieux, l'on s'aperçoit que c'est moins la reproduction ou l'imitation qui révèlent le comportement déloyal du contrefacteur[763] que les circonstances qui entourent celles-ci. Le parasitisme vient sanctionner le choix délibéré de copier une création ou signe faisant l'objet d'une notoriété. La jurisprudence admettant le cumul des actions en contrefaçon et en parasitisme est bien établie. La Cour d'appel de Paris[764] a ainsi sanctionné pour contrefaçon et pour parasitisme une société qui, en vue de proposer des biens immobiliers, a usurpé la marque « *La Centrale* » or celle-ci bénéficiait d'une renommée importante auprès du public. Le motif retenu par les juges du fond tenait aux circonstances que l'exploitant du site Internet a, par cette imitation, « *manifestement cherché à se placer dans son sillage (celui du demandeur) afin de tirer profit de la renommée des marques* ». Dans une autre affaire concernant la contrefaçon de droit d'auteur, la Cour de cassation[765] avait jugé que « *la reproduction servile n'était pas le fruit du hasard* » en ce qu'elle permettait au contrefacteur « *de bénéficier de la notoriété acquise* » par le titulaire du droit de propriété intellectuelle. Nous pouvons également citer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 avril 2015 condamnant un

[762] Contra, J. Passa, « *Heurs et malheurs du fait de concurrence déloyale distinct de la contrefaçon : panorama de la jurisprudence récente* », PI, avril 2005, nº 15, p. 210-220, spéc. p. 217 : « *Certes, les juges ne se bornent pas le plus souvent à qualifier de parasitaire l'acte même qu'ils ont jugé contrefaisant ; ils prennent le soin de viser un comportement présenté comme différent. Il apparaît cependant, dans bien des cas, que ce comportement ne se distingue pas de la contrefaçon, mais en constitue au contraire un aspect, si bien que la condamnation complémentaire pour concurrence déloyale - parfois très lourde n'est pas justifiée* ».

[763] Certains auteurs affirment que l'acte de contrefaçon serait, en réalité, un élément constitutif du parasitisme, un indice permettant de démontrer la volonté de l'opérateur de s'immiscer dans le sillage d'autrui pour profiter de sa notoriété ou de ses investissements. V. en ce sens M. Poumarède, « *La théorie du parasitisme existe... mais elle n'est pas sans limites* », LPA, 18 août 2005, nº 164, p. 9 et s., spec. n° 9.

[764] CA Paris, 4e ch., 29 mars 2006, RG 05/02283, Juris Data nº 2006-298744.

[765] Cass. com., 16 juin 1992, n° 90-18.539. V. égal. CA Versailles, 14e ch., 10 mars 2010, RG n° 09/08770, PIBD, 2010, n° 916, III, p. 253.

sculpteur pour contrefaçon et parasitisme[766]. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel après que celle-ci a relevé qu'en plus de la reprise des éléments caractéristiques de l'œuvre, l'artiste avait intitulé sa sculpture d'un nom proche de celui de l'œuvre contrefaite et a décliné celle-ci « *dans des matières et ornement différents notamment inspirés du pop art, ce qui contribue à placer l'œuvre dans le sillage des créations de M. X, connu pour s'inscrire dans ce courant artistique depuis plus de vingt ans. Il ne s'agit donc pas, selon la Cour de cassation, de reprocher aux auteurs de la contrefaçon d'avoir choisi des motifs décoratifs inspirés du pop art, mais bien de caractériser des actes de parasitisme distincts des actes de contrefaçon* »[767].

B. Parasitisme des investissements et contrefaçon

122. Le parasitisme d'investissements est souvent considéré comme un prolongement du parasitisme de notoriété[768] puisque les investissements, qu'ils soient financiers matériels intellectuels ou humains, sont à l'origine de la notoriété et constituent comme elle une valeur concurrentielle[769].

Un auteur définit le parasitisme comme un « *instrument de réservation* »[770] permettant l'« *appropriation virtuelle d'une valeur économique résultant d'un investissement* »[771]. Affirmation qui selon M. J. WATHELET doit cependant « *être nuancée, car si une réservation indirecte de l'investissement, en tant que valeur économique, peut résulter de la mise en œuvre de l'action en parasitisme, celle-ci a, néanmoins, pour but principal de réagir contre un comportement contraire à la loyauté dans la concurrence et qui rompt l'égalité dans les moyens*

[766] Cass. civ. 1 ch., 9 avril 2015, n° 13-28.768 ; LEPI, juin 2015, n° 83, obs. C. Bernault; Propr. ind., oct. 2015, n° 10, chron. 9, spéc. n° 5, obs. J. Larrieu; JCP G, 2016, n° 16, doctr. 480, obs. N. Binctin; Propr. ind., mai 2016, chron. 4, spéc. n° 35, obs. J.-P. Gasnier et H. Berbis.
[767] J. WATHELET, « La *loyauté en droit de la propriété intellectuelle ».* op, cit., P.74.
[768] Ibid.
[769] Cet auteur définit l'investissement comme « *l'acte juridique par lequel une personne engage une valeur dont la rémunération est liée aux profits tirés de l'exploitation* » : G. Grundeler, L'investissement (étude juridique), thèse, Aix-Marseille Université, 2014, n° 216.
[770] G. Grundeler, *L'investissement*, ., n°286.
[771] Ibid.

de la concurrence. La réservation de la valeur portée par les investissements n'est qu'un des effets de celle-ci et non sa cause »[772] .

La jurisprudence française semble d'ailleurs valider cette analyse. En ce qu'elle impose de rapporter la preuve d'un détournement indu car déloyal des investissements. Le demandeur doit démontrer dans quelle mesure le parasite a, par son comportement frauduleux, pu tirer profit des investissements d'autrui. C'est donc moins l'usurpation des investissements qui est sanctionnée que le fait de réaliser indûment des économies[773] et partant, de fausser la loyauté dans la concurrence. La jurisprudence examine par ailleurs les efforts consentis par le défendeur[774]. Il pourra, par exemple, démontrer, pour contester les accusations de déloyauté, qu'il a personnellement consenti des efforts ou des investissements. Tandis que de son côté le demandeur sera tenu en application des principes classiques de la responsabilité civile, établir à priori que le comportement déloyal du parasite a eu des répercussions sur le marché sur lequel il agit, telle une dépréciation de son investissement. On s'éloigne donc, « *d'un comportement prohibé par nature* »[775].

123. La question juridique qui se pose ici est la même que concernant le parasitisme de notoriété. Il s'agit de s'interroger sur la possibilité d'exercer concurremment les deux actions. A cet égard, la jurisprudence apparaît divisée. Ainsi, si la première Chambre civile de la Cour de cassation semble y être favorable, la Chambre commerciale est quant à elle, bien plus réticente.

---

[772] J. WATHELET, « La *loyauté en droit de la propriété intellectuelle »,* op, cit., P.80. En ce sens V. M.-L. Izorche, « *Concurrence déloyale et parasitisme économique* », in Y. Serra (dir.). « *La concurrence déloyale* », Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », 2001, p. 27-46, spéc. n° 20.

[773] En ce sens, v. M. Malaurie-Vignal, « *Droit de la concurrence interne et européen* », 6 éd., Sirey, 2014, n° 361 ; G. Decocq, « *Concurrence déloyale et parasitisme : deux régimes autonomes ?*», n° 2, p. 88-103, spéc. p. 94. Contra, G. Grundeler, *L'investissement, .*, n° 285, p. 304: *«[...] On ne saurait affirmer avec certitude que c'est bien la réalisation d'une économie par le copieur qui rend son comportement fautif* ».

[774] CA Paris, 2e ch., 6 déc. 2013, n° 12/19960, SA Van Cleef & Arpels et al. c/ SARL Actuelle, Comm. Com. électr., sept. 2014, n° 9, p. 20-26, spéc. n° 14, chron. A.-E. Kahn.

[775] Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, « *Concurrence déloyale* », n° 130, p. 27.

Deux arrêts illustrent cette divergence. Le premier, a été rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation[776]. Dans cette affaire la société Berlutti reprochait aux sociétés Fiat et DMBB d'avoir utilisé, dans le cadre d'une campagne publicitaire, un visuel protégé par un droit d'auteur. Confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, la Haute juridiction condamne les sociétés des chefs de contrefaçon et d'agissements parasitaires. Aux motifs que : « *la Cour d'appel a fait ressortir que, indépendamment de la contrefaçon de l'image publicitaire, génératrice en soi d'une banalisation préjudiciable* », la société en charge de la campagne promotionnelle « *avait profité à moindre coût des efforts de conception et de réalisation publicitaires* » du demandeur « *et les avait ainsi dévalorisés* ».

Alors que jugeait en sens contraire, la Chambre commerciale en 2010[777], dans une affaire relative à une contrefaçon de modèles de ceinture dont est titulaire la société Céline. Celle-ci soutenait qu'outre l'atteinte à son droit de propriété intellectuelle, le contrefacteur avait commis un acte de parasitisme, en profitant indûment des investissements publicitaires mis en œuvre pour commercialiser lesdits modèles. La Cour d'appel accueille les demandes en mettant l'accent sur l'importance des investissements et de la diffusion publicitaire mis en œuvre par la maison de couture. Et du succès commercial immédiat rencontré par les modèles de ceinture auprès du public. La Cour relève que les parties défenderesses ont « *entendu exploiter ce succès commercial en se plaçant délibérément dans le sillage de la société Céline, sans avoir à investir dans la création des modèles ni à procéder à des investissements publicitaires, de sorte qu'en tirant profit des investissements engagés par la société Céline, elles ont manifesté un comportement fautif à son encontre qui lui a directe ment causé un préjudice en banalisant ses modèles et en partant atteinte à sa notoriété, par la piètre qualité des modèles commercialisés par celles-ci, et à son succès commercial* ». C'est cet arrêt qui sera cassé par la Chambre

[776] Cass. civ. 1re, 19 oct. 2004, n° 02-16.057, Propr. ind., avril 2005, comm. 33, obs. J.-P. Viennois ; LPA, août 2005, n° 173, p. 10, obs. M. Poumarède « *Concurrences* », 2005-1, p. 76, obs. D. Fasquelle et R. Mesa.
[777] Chambre commerciale Cour de cassation, 19 janvier 2010, non publié au bulletin.

commerciale, au motif : « *qu'en se fondant, pour prononcer une condamnation distincte de celle résultant de la contrefaçon de modèles, 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* ».

124. Les juridictions du fond à l'image de la CA de Paris, semblent davantage s'aligner sur l'analyse de la première chambre civile de la Cour de cassation[778]. Le cumul d'actions en contrefaçon et en parasitisme est admis pourvu que les victimes de contrefaçon puissent prouver la réalité d'investissements financiers conséquents, par ailleurs distincts d'actes déloyaux. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 février 2016[779], a prononcé une condamnation à la fois pour contrefaçon, mais aussi pour parasitisme d'investissements. Aux motifs que « *la société Pro Loisirs justifie de l'importance de ses investissements publicitaires relatifs au mobilier en cause, qui figure parmi les fleurons de sa collection, par la production d'extraits de catalogues et d'articles de presse; que les intimées qui ne justifient quant à elles d'aucun élément de nature à établir leurs propres efforts de création et de promotion des chaises et fauteuils de jardin incriminés, ont ainsi manifesté leur volonté délibérée de se placer dans le sillage de la société appelante pour bénéficier du succès rencontré auprès de la clientèle par ses produits* ».

125. La doctrine exprime quant à elle son opposition à cette jurisprudence, arguant non sans raison, que l'usurpation d'investissements n'est qu'une modalité de la contrefaçon[780]. Il y'a en

[778] CA Paris, 1er ch., 12 févr. 2016, RG n° 15/13954 ; Juris Data n° 2016-002896 ; CA Paris, 1er ch., 19 janv. 2016, RG n° 14/10676 ; JurisData n° 2016-001247 ; CA Paris, 1er ch., 2 juin 2015, Juris Data n° 2015-017835 ; CA Paris, 2e ch., 13 juin 2014 ; JurisData n° 2014-014743 ; CA Paris, 2e ch., 6 déc. 2013, RG n° 12/19960, SA Van Cleef & Arpels et al. c/ SARL Actuelle, Comm. com. électr., sept. 2014, n° 9, p. 20-26, spéc. n° 14, chron. A.-E. Kahn ; CA Paris, 1er ch., 27 nov. 2013, RG n° 11/21847 ; CA Paris, 1er ch., 4 avril 2012 ; JurisData n° 2012-010536 ; CA Paris, 1er ch., 8 mars 2012, RG n° 08-15882. Contra, CA Paris, 2e ch., 2 mars 2012, JurisData n° 2012-007269.
[779] CA Paris, 1er ch., 12 févr. 2016, préc.
[780] M. Malaurie-Vignal, « *Articulation entre action en concurrence déloyale et action en contrefaçon* », Comm. com électr, mai 2009, comm. 133 ; J. Passa, note sous Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-19.671; Pl. juill., 2007, n° 24, p. 357-359, spéc. p. 358 ; du même auteur ; « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », Litec coll. ., n° 271.

effet contrefaçon dès lors qu'on empiète dans le droit privatif d'autrui, qu'il ait fait l'objet ou non de nombreux investissements[781] pour sa conception ou son exploitation[782].

C'est d'ailleurs précisément ce qui distingue dans leur fondement l'action en contrefaçon et l'action en parasitisme. Le parasitisme d'investisement reposant plus sur les actes objectifs d'usurpation d'investissements que sur le comportement déloyal lui-même[783]. Car comme l'analyse M. Caron, le « *parasitisme vient, à côté de la contrefaçon, sanctionner le choix délibéré de copier une création qui a fait l'objet de nombreux investissements publicitaires* »[784].

Conclusion section 1.

126. Au terme de cette première section, il apparaît clairement que la détermination d'une faute distincte de l'acte de contrefaçon ne va pas de soi. L'action en contrefaçon entretient, en effet, des relations étroites, voire « *fusionnelles* »[785] avec la déloyauté par confusion. Modalité de concurrence déloyale par ailleurs bien connue, tant du droit français que koweïtien, ou par parasitisme qui est une autre modalité de concurrence déloyale, cette fois propre au droit français, et inconnue des droits koweïtien et arabe en général. A cet égard, nous appelons de

[781] L'importance des investissements semble être une condition pour mettre en œuvre l'action en parasitisme. À plusieurs reprises, elle a rejeté des actions en parasitisme car le demandeur ne rapportait pas la preuve d'investissements par le biais, par exemple, d'attestations comptables ou par la production d'articles de presse : v. par ex. CA Paris, 4e ch., 8 oct. 2004, RG n° 03/21592 ; CA Paris, 2e Ch., 25 oct. 2013, RG n° 13/02338, PIBD, 2014, n° 999, III. p. 132; CA Paris, 2e ch., 7 févr. 2014, RG n° 13/10689 ; TGI Paris, 3e ch., 4 juill. 2014, n° 12/00871, Comm. com. électr., sept. 2015, n° 9, p. 21-28, spéc. n° 16, chron. A.-E. Kahn ; CA Rouen, 25 sept. 2014, JurisData n° 2014-022683.

[782] Pour une approche originale, v. R. Mésa, « *Parasitisme économique et contrefaçon : du critère et de l'utilité d'une distinction* », Concurrences, 2007, n° 1, p. 52-62, spéc. p. 57. qui considère que « *le cumul de qualification est possible, pas tant quand le défendeur s'est rendu auteur de deux fautes, c'est-à-dire de deux comportements bien distincts, mais quand les deux résultats primaires du parasitisme et de la contrefaçon sont caractérisés* ». Ainsi, selon l'auteur, il y aurait « *un seul comportement fautif, d'une matérialité complexe en ce qu'elle est composée de plusieurs éléments qui se prolongent dans le temps et qui donne naissance à une pluralité de résultats* ».

[783] G. Grundeler, ., n° 279: l'auteur souligne que « *ce qui en fait l'unité, ce n'est donc pas le comportement dans lequel il se manifeste mais l'objet poursuivi: capter les investissements d'un tiers* ».

[784] Ch. Caron, obs. sous Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338, Comm. com. électr., avril 2010, n° 4, comm, 32.

[785] Ch. Caron, obs. sous Cass. com., 19 janv. 2010, préc.

notre voeu l'introduction du parasitisme dans le droit koweïtien[786], en vue d'élargir la palette d'instruments juridiques mis à la disposition des juges, destinés à mieux protéger les droits de propriété intellectuelle. A l'image du système juridique français. Il est dans ce contexte, intéressant de noter qu'un universitaire égyptien[787] a publié un livre en 2023 (non traduit en français) et intitulé : « *le parasitisme comme un nouveau visage de la concurrence déloyale* ». Ce professeur de droit commercial, y témoigne notamment son admiration de l'inventivité de la doctrine et de la jurisprudence françaises et leur grand mérite d'avoir élaboré la notion de parasitisme, pour laquelle il nourrit un intérêt scientifique majeur.

La similarité entre ces actions particulièrement vraie en matière de droit des marques lequel, par ses « *nouvelles* » fonctions particulières, assure un rôle de police de la concurrence[788]. A la fois sous l'impulsion du législateur, mais aussi et surtout du juge européen, le droit des marques tend à se rapprocher de plus en plus du droit la concurrence déloyale au point que les frontières entre ces deux droits semblent parfois gommées. Il en va de même pour le droit d'auteur dès lors que celui-ci accueille en son sein des régimes de protection qui ne sont ni plus ni moins qu'une sorte de codification de la concurrence déloyale ou de parasitisme[789].

Pour autant, l'exercice concurrent des actions en contrefaçon et en déloyauté reste possible et parfaitement fondé en droit. Il présente l'avantage de renforcer indirectement la protection des droits de propriété intellectuelle, tout en sanctionnant l'atteinte portée à certaines qualités de la création ou de la marque, qui recèlent une valeur économique indéniable sur le marché.

---

[786] Rappelons qu'il existe quatre grandes modalités de concurrence déloyale en France : le risque de confusion, le dénigrement, la désorganisation, et le parasitisme. Celui-ci n'existe pas encore en droit koweïtien, ni arabe en général.

[787] Le Professeur Abderrahmâne Qurmâne, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Menoufia

[788] J. WATHELET, *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle,* p..85.

[789] Aussi au droit sur les bases de données. V. sur cette question C. Le Gal et N. Martin, « *Droit des bases de données et parasitisme : un arrêt en demi-teinte de la Cour d'appel de Paris* », note sous CA Paris, 4e ch., 9 sept. 2005, RLDI, janv. 2006, n° 339, p. 13 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, « *Droit d'auteur et droits voisins* », n° 224.

Cette atteinte doit faire l'objet d'une réparation autonome mais nous verrons que le régime d'indemnisation lui-même se heurte à des goulets d'étranglement.

Il nous reste à préciser qu'en droit koweïtien, le régime juridique applicable est similaire dans les trois modalités de la concurrence connues que sont : le risque de confusion, le dénigrement et la désorganisation. Concernant le parasitisme, il demeure inconnu du droit koweïtien, ce qui rend impossible toute comparaison avec le droit français.

Section 2 : un régime de réparation incertain

127. Tout au long de la première section, nous avons démontré que la détermination par le juge de faits permettant de distinguer des actes relevant de la concurrence déloyale classique, de ceux relevant de la contrefaçon, n'allait pas toujours de soi.

Il en résulte que le régime de la réparation est lui-même incertain, car la nature du préjudice suit celle du fait distinct. Le préjudice ne sera vu comme distinct et donc ne sera susceptible de faire l'objet d'une réparation spécifique, que si le fait de déloyauté est distinct du fait de contrefaçon. Pour cette raison le régime de l'indemnisation se voit tiraillé entre deux approches contradictoires : d'un côté, une approche jurisprudentielle restrictive dans la recherche de faits distincts (§1) et de l'autre, une approche extensive des faits notamment de contrefaçon, par le législateur (§2).

§1-Une approche jurisprudentielle restrictive

128. Comme l'observent certains auteurs[790], la Cour de cassation se montre en effet de plus en plus exigeante dans la recherche du fait distinct, dans la mesure où les comportements autrefois

[790] JC. Concurrence-Consommation, fasc. 240, par J. Passa et J. Lapousterle, préc., n° 33. – Ch. Caron, « *Les relations fusionnelles du parasitisme et de la contrefaçon* » : Comm. com. électr. 2010, comm. 32, préc. note n° 2.

vus comme relevant de la concurrence déloyale, se rattachent aujourd'hui à l'acte de contrefaçon. L'analyse des décisions de justice démontre qu'un fait distinct était dans le passé plus facilement admissible. Cela avait pu donner l'impression d'une frontière poreuse entre les deux actions. Depuis quelques années au contraire, on observe un retour de balancier, la Cour de cassation exigeant désormais la preuve du fait distinct. Tant en matière de risque de confusion (I) qu'en celui de parasitisme (II).

A. En matière de risque de confusion

129. L'approche restrictive de la jurisprudence concernant l'appréciation du fait distinct couvre aussi bien le droit des marques (1), les faits de concurrence déloyale (2) que les hypothèses de reproduction frauduleuse d'une création protégée à l'identique (3).

1. En droit des marques

130. Défini « *comme le risque que le public puisse croire que des produits ou des services en cause proviennent de la même entreprise ou le cas échéant, d'entreprises liées économiquement* »[791], le risque de confusion est apprécié de manière *abstraite*[792] en droit des marques[793].

[791] V. not. CJCE, 29 sept. 1998, aff. C-39-97, Canon, Rec. 1998, p. 1-05507, pt. 29 ; CJCE, 12 juin 2008, aff. C-533/06, 02 Holdings, Rec. 2008, p. 1-4231, pt. 59. Il est parfois fait référence à un risque de confusion « *total* » ou « *indirect*» dans le cas où le consommateur d'attention moyenne confond ou risque de confondre les deux signes, et d'un risque de confusion « *partiel*» ou « *indirect*» lorsque « *sans confondre les deux signes, le consommateur est porté à croire en raison de leurs ressemblances que les produits ou les services qu'ils désignent émanent de la même entreprise ou du même groupe d'entreprise* » : A. Bouvel, « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », Litec, coll. «IRPI», 2002, n° 557, p. 280. V. aussi J. Schmidt Szalewski et J.-L. Pierre, « *Droit de la propriété industrielle* », 4e éd., Litec, 2007, n° 593, p. 258; J. Canlorbe, « *L'usage de la marque d'autrui* », Litec, coll. « IRPI», 2007, n° 69, p. 94; J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », t. 1, LGDJ, 2009, n° 312, p. 404, qui inclut aussi dans le risque de confusion le cas où « *le public, tout en distinguant à la fois les signes et leurs exploitants, peut penser que ceux-ci entretiennent des liens, qui peuvent notamment justifier un même souci de qualité*».

[792] J. Passa, « *L'appréciation abstraite du risque de confusion en matière de contrefaçon de marque* », in Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, p. 237-249.

[793] Le risque de confusion est aussi apprécié *globalement* en tenant compte à la fois de la similitude des marques et celle des produits concernés, la grande proximité des signes pouvant compenser un faible degré de similitude entre les marques et inversement. V. not. sur cette appréciation globale, consacrée par la Cour de justice, S. Durrande, «*Atteintes à la marque - reproduction et imitation de la marque*», J.-Cl. Marques Dessins et modèles, fasc. 7511, 2012, mise à jour août 2015. Pour un rappel récent de cette méthode en droit interne : Cass. com., 25

L'appréciation n'est réalisée qu'au regard du signe et des produits ou des services désignés à l'enregistrement, et par référence à un consommateur d'attention moyenne[794]. Une telle appréciation s'explique par la nature réelle du droit des marques[795]. Il s'agit avant tout de sanctionner, au moyen de l'action en contrefaçon, la violation d'un droit privatif dont la naissance, l'objet et la portée sont conditionnés par l'enregistrement. Le défaut d'usage de la marque, les conditions ou les modalités d'exploitation de la marque sont en principe indifférents pour apprécier le risque de confusion. C'est ce que la Chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle dans un arrêt du 29 novembre 2011[796] où elle a jugé que : « *le risque de confusion doit s'apprécier globalement par référence au contenu des enregistrements de marques, vis-à-vis du consommateur des produits tels que désignés par ces enregistrements et sans tenir compte des conditions d'exploitation de la marque* ». La Cour de cassation du Koweït a jugé dans le même sens au motif que : « *l'appréciation du risque de confusion relève du pouvoir souverain des juges du fond dès lors qu'ils ont pris en compte non seulement les similitudes des signes, mais aussi la notoriété de la marque imitée et l'identité des produits en cause. Les signes doivent être appréciés tels qu'ils ressortent de l'enregistrement, sans tenir compte des conditions d'exploitation des marques ou des conditions de commercialisation des produits* »[797].

mars 2014, n° 13-13.690, Propr. ind., 2014, comm. 47, obs. P. Tréfigny-Goy; LEPI, juin 2014, p. 5, obs. D. Lefranc; PI, 2014, n° 52, p. 299, obs. A. Bouvel; D. 2015, p. 230, obs. C. Zolynski.

[794] CJCE, 12 juin 1999, Lloya Schuhfabrik Meyer, aff. C-342/97, Rec. 1999, p. 1-18319, pt. 26, qui le définit comme « *le consommateur moyen de la catégorie de produits concernée [...] censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* ». Le niveau d'attention de ce consommateur varie selon les produits ou les services concernés. V. not. J. Canlorbe, ., n° 70, p. 95; J. Passa, ., n° 314.

[795] P. Mathély, « *Le droit français des signes distinctifs* », p. 563.

[796] Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-31.061 ; PIBD, 2012, III, p. 73; D. 2012, p. 1362 et s., obs. S. Durrande.

[797] Cour de cassation du Koweït, n° 284 de 2012.

2. En matière de concurrence déloyale

131. Le risque de confusion sur le marché est ici apprécié de manière concrète, c'est-à-dire : « *par référence à la perception effective que la clientèle a de la situation* »[798] . Il est nécessaire de prendre en compte la façon dont le signe imité est effectivement exploité sur le marché par son titulaire. Ainsi, un signe qui n'est pas exploité sur le marché ne peut donner lieu à une action en concurrence déloyale, alors que cela est possible en droit des marques[799].

Il ressort de tout ceci une différence d'appréciation qui implique des solutions différentes selon que l'on se fonde sur la contrefaçon d'une marque, ou sur la déloyauté par confusion[800].

Depuis quelques années cependant, les tribunaux tendent à remettre en cause cette différence d'appréciation, ce qui les conduit à regarder le risque de confusion non plus de façon abstraite, mais objective, à l'instar de la concurrence déloyale. A titre d'illustration, la Chambre commerciale de la Cour de cassation[801] a approuvé la Cour d'appel de Lyon qui, dans une espèce, pour écarter tout risque de confusion, s'est référée à l'absence d'exploitation de la marque.

---

[798] J. Passa, obs. sous Cass. com., 3 avril 2007, n° 05-13.706, PI, juill. 2007, n° 24, p. 354-356, spéc. p. 356 : le risque de confusion en matière de concurrence déloyale « *doit s'apprécier concrètement sur le marché, autrement dit par référence à la perception effective que la clientèle a de la situation* ».

[799] V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », p. 268. Z. AL-SAFFAR, « *La concurrence déloyale de la propriété industrielle* », p 149.

[800] Ainsi, comme le souligne M. Passa, « *toute contrefaçon n'engendre pas un risque de confusion dans l'esprit du public au sens où on l'entend en droit de la concurrence déloyale* » : J. Passa, « Marques *et concurrence déloyale* », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 160, 2014, n° 72. Contra, S. Durrande, « *Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale* », p. 187-191, spéc. p. 188 : « *Toute atteinte portée à la marque est en même temps un agissement déloyal dans les relations commerciales. En effet, puisqu'il s'agit d'un "signe" destiné à attirer l'attention de la clientèle, l'apposition sur des produits similaires d'une marque déjà déposée et utilisée par un concurrent constitue en elle-même une source de confusion entre les produits rivaux ou des maisons rivales, et les actions destinées à protéger la marque assurent dans le même temps, la défense d'un avantage concurrentiel. De ce fait, l'agissement incorrect d'un des concurrents du titulaire de la marque étant déjà l'objet d'une incrimination par une loi spéciale [...], il ne saurait en même temps servir de base à une action en concurrence déloyale* ».

[801] Cass. com., 8 févr. 2011, n° 09-13.610 ; Propr. ind., nov. 2011, n° 11, p. 7-10, note Ch. de Haas ; Pl, avril 2011, n°39, p. 222-225, note M. Sabatier. Sur cet arrêt, v. aussi J. Passa, « *L'appréciation abstraite du risque de confusion en matière de contrefaçon de marque* », in *« Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé* ». Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, , p. 237-249, spéc. p. 238.

La Cour de justice de l'Union européenne semble également s'engager dans cette voie. Ainsi dans un arrêt du 18 juillet 2013[802], elle a considéré que les éléments même non contenus dans un enregistrement, peuvent être pris en compte pour apprécier l'existence d'un risque de confusion. Plus précisément, il s'agissait de savoir si l'exploitation de la marque communautaire sous la couleur verte constituait un élément pertinent dans l'appréciation du risque de confusion, alors que la marque était enregistrée en noir et blanc. La Cour de justice répond par l'affirmative en analysant que « *lorsque l'on est en présence d'une marque enregistrée, non pas sous une couleur déterminée ou caractéristique, mais en noir et blanc, la couleur ou la combinaison de couleurs dans laquelle la marque est par la suite effectivement utilisée, affecte la perception par le consommateur moyen, des produits concernés de cette marque, et elle est, partant, susceptible d'accroître le risque de confusion ou d'association entre la marque antérieure et le signe accusé de porter atteinte à celle-ci* »[803]. Ainsi, ajoute-t-elle, « *il ne serait pas logique de considérer que la circonstance qu'un tiers utilise pour la représentation d'un signe accusé de porter atteinte à une marque communautaire antérieure une couleur ou une combinaison de couleurs qui est devenue dans l'esprit d'une fraction importante du public, celle associée à cette marque antérieure par l'usage qui en a été fait par son titulaire dans cette couleur ou cette combinaison de couleurs, ne peut pas être prise en considération dans le cadre de l'appréciation globale au seul motif que ladite marque antérieure a été enregistrée en noir et blanc* »[804].

Il résulte de cette évolution que l'on s'éloigne incontestablement de la conception abstraite du risque de confusion, pour se rapprocher de la concurrence déloyale par confusion. Cette approche doit être approuvée pour les solutions pragmatiques qu'elle apporte[805].

---

[802] CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-252/12, Specsavers c/ Asda Stores ; Gaz. Pal., 31 oct. 2013, nº 304, p. 16 et s., obs. L. Marino ; Légipresse, nov. 2013, p. 637 et s., obs. Y. Basire; D. 2014, p. 326 et s., obs.N. Martial-Braz.
[803] Pt. 37 de l'arrêt préc.
[804] Pt.38.
[805] En ce sens, L. Marino, obs. sous CJUE, 13 juill. 2013, aff. C-252/12, Gaz. Pal., 31 oct. 2013, n° 304, p. 16 et s. ; N. Martial-Braz, obs. sous CJUE, 13 juill. 2013, aff. C-252/12, D. 2014, p. 326 et s.

132. L'appréciation concrète de risque de confusion en droit des marques peut toutefois s'avérer doublement dangereuse pour les intérêts des titulaires. D'une part, en occultant la nature réelle du droit de marque, cette appréciation risque d'affecter la portée de celui-ci à l'aide de « *paramètres* » non envisagés par le législateur[806]. D'autre part l'appréciation concrète du risque de confusion a pour effet d'empiéter sur les territoires du droit de la concurrence déloyale, et peut remettre en cause certaines solutions établies. Si la jurisprudence tient compte pour apprécier le risque de confusion des modalités de vente ou les conditionnements des produits marqués, de tels éléments ne semblent plus pouvoir être invoqués pour fonder une action en concurrence déloyale et donc, pour obtenir une indemnisation complémentaire[807]. Il nous semble nécessaire de réaffirmer le caractère abstrait du risque de confusion en droit des marques[808].

Au Koweït, les tribunaux maintiennent leur approche consistant à opérer une distinction réelle entre l'appréciation du risque de confusion en matière de droit des marques et en matière de concurrence déloyale, comme c'était le cas en France auparavant. Nous trouvons cette approche pertinente en ce qu'elle permet d'éviter d'assimiler les deux actions. L'appréciation n'est réalisée qu'au regard du signe et des produits, ou des services indiqués à l'enregistrement, et par référence à un consommateur d'attention moyenne. Le défaut d'usage de la marque, les conditions ou les modalités d'exploitation de la marque sont en principe indifférents pour apprécier le risque de confusion.

---

[806] P. Tréfigny, « *L'imitation* » Contribution à l'étude juridique des comportements référentiels, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « CEIPI », 2000, n° 163, p. 124. V. aussi M. Sabatier, note sous Cass. com., 8 févr. 2011, Pl, avril 2011, nº 39, p. 222-225, spec. p. 224-225 : « *Une généralisation et une extension de la place attribuée aux conditions d'exploitation d'une marque dans l'appréciation du risque de confusion pourraient aboutir à réduire la protection normalement conférée à un enregistrement de marque*. » Comp. Ch. de Haas, « L'amorce de la révolution de notre droit des marques. À propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 février 2011 », Propr. ind., nov. 2011, n° 11, ét. 17.

[807] P. de Candé, « *L'action en concurrence déloyale est-elle menacée par l'évolution du droit de la propriété intellectuelle ?*», PI, janv. 2004, n° 10, p. 492-502, spéc. p. 501-502.

[808] J. Passa, « *L'appréciation abstraite du risque de confusion en matière de contrefaçon de marque* », in Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, , p. 237-249.

En matière de concurrence déloyale, il convient de prendre en compte la façon dont le signe imité ou reproduit est effectivement exploité sur le marché par son titulaire. Ainsi que cela a été jugé par la Cour de cassation du Koweït ayant décidé que : « *pour apprécier l'existence de la contrefaçon d'une marque par une marque seconde, le juge doit se contenter de comparer les signes désignés dans l'enregistrement de la marque et ne doit pas tenir compte des conditions d'exploitation* »[809]. Dans cette affaire, pour apprécier l'existence de la contrefaçon, la Cour d'appel s'était penchée sur l'examen des ressemblances entre les signes. Elle avait ensuite conclu à l'absence de risque de confusion, et donc de contrefaçon. Les juges du fond ayant relevé que la similitude entre les signes était atténuée par les différences entre les modes de conditionnement des produits, ainsi que par la présentation des marques sur ces derniers. Le pourvoi faisait grief à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de ne pas s'être contentée de comparer les signes en présence et d'avoir intégré dans son appréciation les conditions effectives dans lesquelles les signes étaient exploités. Ce principe d'appréciation de l'existence d'une contrefaçon étant rappelé, la Cour casse l'arrêt en lui reprochant d'avoir statué au vu de l'exploitation des marques pour la commercialisation de produits destinés aux enfants et de la comparaison des modes de conditionnement de ces produits, alors qu'elle devait se référer à l'impression d'ensemble sur les plans visuel, phonétique ou conceptuel et à l'enregistrement des marques en cause. Nous sommes en désaccord avec la Cour de cassation et adhérons plutôt à l'analyse de la Cour d'appel que nous trouvons plus pragmatique. Le risque de confusion doit être apprécié à l'aune des conditions réelles d'exploitation, et non uniquement dans son principe.

[809] Cour de cassation koweitienne, Chambre commerciale, n° 25 /99, Le 11/12/ 2000.V aussi, T. AL SHAMMERI, « *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* », p24. Z. AL-SAFFAR, « *La concurrence déloyale de la propriété industrielle* », p. 174.

3. Le risque de confusion et la contrefaçon en cas de reproduction à l'identique

133. La question est ici de savoir si dans ce cas, le risque de confusion sera retenu ou non. La réponse ne va pas de soi car aucun risque de confusion n'est exigé par les textes, en matière de reproduction à l'identique. On pourrait alors pencher en faveur du cumul. De fait, la jurisprudence[810] comme la doctrine[811] ont semblé l'admettre. Mais à l'analyse, une telle solution paraît peu pertinente.

Ainsi l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que le titulaire d'un signe peut en interdire l'usage, dès lors qu'il est reproduit à l'identique pour des produits ou des services identiques. L'on évoque parfois, dans cette hypothèse de double identité, une protection « *absolue* »[812]. L'existence d'un risque de confusion est, en principe, indifférente[813]. Il suffit de démontrer une atteinte à la fonction d'exclusivité[814] de la marque qui assure au titulaire « *le droit exclusif d'utiliser la marque pour la désignation dans le commerce de produits ou de services et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque pour la commercialisation ou la promotion de*

[810] Cass. com., 20 janv. 1975, n° 73-13.733, Bull. civ., 1975, IV, n° 18 ; PIBD, 1975, III, p. 205, cité par J. Passa, « *Marques et concurrence déloyale* », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 160, 2014, mise 25 à jour juin 2014, n° 62. La Cour de cassation avait ainsi considéré que l'exploitation contrefaisante d'une marque d'aliments pour animaux constitue également un acte de concurrence déloyale en ce qu'elle « *a entraîné une confusion parmi les professionnels de l'élevage et les utilisateurs de produits d'origine et de fabrication différente* ».

[811] J. Schmidt-Szalewski, « *La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence* », art. Cit.

[812] Considérant nº 11 de la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques ; considérant nº 16 de la directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques (refonte). Le terme semble quelque peu excessif. « *En réalité, la fonction de la marque, objet du droit de propriété intellectuelle, délimite le périmètre de protection de celui-ci. La marque a pour finalité d'identifier les produits et les services de son titulaire et, ainsi, en les distinguant de ceux proposés par ses concurrents, de rallier et de fidéliser une clientèle. Ainsi, le droit de marque ne porte pas sur le signe en lui-même, mais sur la relation du signe avec les produits et les services désignés au dépôt. Le titulaire du droit privatif ne peut s'opposer à tout usage non autorisé de son signe mais seulement lorsque l'utilisation de celui-ci est réalisée dans la vie des affaires et pour identifier des produits ou des services déterminés* » V. J. WATHELET, op, cit., P.66 et 67.

[813] P. Mathély, Le droit français des signes distinctifs, , p. 522 ; P. Tréfigny-Coy, « *L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque* », Propr. ind, oct. 2010, dossier 5, spec. n° 11; Y. Basire, « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* », n° 204.

[814] Cette fonction a été la première reconnue par la Cour de justice : CJCE, 31 oct. 1974, Centrafarm, aff. 16-74, Rec. 1974, p. 1183, pt. 8.

produits ou de services identiques ou similaires »[815]. La contrefaçon est caractérisée par le seul usage d'un signe identique pour des produits ou des services identiques.

Le droit koweitien a adopté la même position que le législateur français. Au terme des dispositions de l'article 42 de la loi sur les marques n°13/2015 et l'article 8 de la loi n° 13/2015 du 11 Mars 2015 relative la protection des marques du conseil de coopération des États arabes du Golfe (CCG). Et enfin sur le fondement de l'article 42 (ancien art. 92) de la loi commerciale koweïtienne qui dispose que : « *le titulaire peut interdire l'usage de son signe dès lors qu'il est reproduit à l'identique pour des produits ou des services identiques. Dès lors, quiconque reproduit à l'identique une marque qui a été enregistrée conformément à la loi, sera puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende de soixante-dix-sept mille dinars koweitiens au plus ou de l'une de ces deux peines* ». Il est rappelé en marge de cet article que la simple usurpation d'une marque enregistrée est considérée comme un acte de contrefaçon autonome qui entraîne une atteinte au droit du titulaire de la marque en vertu de « la fonction d'exclusivité », sans qu'il soit nécessaire de rechercher si le contrefacteur a concurrencé le titulaire de la marque dans des actes de concurrence déloyale ou lui a causé des préjudices matériels[816].

134. En France contrairement au Koweït, cette approche apparaît plus conforme au droit actuel des marques, ou, plus précisément, à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui en guide l'application. Cette « *fonction d'exclusivité* » en France apparaît « *occultée* »[817] ou « *absorbée* »[818] par la fonction de garantie d'origine. En effet, depuis son arrêt Arsenal[819], la Cour de Justice a élevé la fonction de garantie d'origine au rang de critère principal de mise en œuvre de l'action en contrefaçon. Les pratiques ne faisant pas état d'un lien entre les produits ou les services litigieux et le titulaire de la marque, sont laissées hors du

[815] J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », t. 1, 2e éd., LGDJ, 2009, n° 233.
[816] H. Almasry *le droit commercial koweitien, ., p.367.*
[817] P. Tréfigny, « *L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque* », art. cit., n° 13.
[818] Y. Basire, ., n° 205, p. 128; J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », ., n° 48.
[819] CJCE, 12 nov. 2002, Arsenal, aff. C-206/01, Rec. 2002, 1, p. 10273; PI, 2003, n° 7, p. 200, obs. G. Bonet.

champ d'application du droit privatif [820]. Ce propos mérite cependant d'être nuancé car en 2009[821], la Cour de justice avait mis en lumière de nouvelles fonctions de la marque. Dans l'hypothèse d'une double identité, l'atteinte à l'une de ces fonctions permet d'engager une action en contrefaçon. La protection est donc plus étendue qu'en cas de simple similarité. M. Humblot a néanmoins pu se demander, à la suite de l'arrêt Interflora[822], si la preuve d'une atteinte à la fonction de garantie d'origine ne reste pas une condition nécessaire, les autres fonctions apportant en quelque sorte une protection complémentaire au titulaire de droit de marque[823]. Si on peut y voir une volonté de « *hiérarchiser* »[824] les différentes fonctions de la marque, l'atteinte à la fonction de garantie d'origine et, partant, l'existence d'un risque de confusion restent les critères déterminants de la protection du droit de marque en cas de double identité. On notera d'ailleurs que, contrairement aux usages[825], la Cour de justice semble ne plus présumer, de manière irréfragable, le risque de confusion. Sa démonstration devient même, à l'instar de la contrefaçon par similarité, une condition nécessaire pour engager l'action en contrefaçon.

135. Au total, en France, concernant pour le droit des marques, le risque de confusion étant inhérent à l'existence d'un acte de contrefaçon, ne peut être sanctionné une seconde fois par une

---

[820] V., pour une analyse très complète de la jurisprudence, Y. Basire, « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* », n° 205 et s.

[821] CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal c/ Bellure, aff. C-487/07, Rec. 2009, p. 1-05185, JCP G, 2009, n° 31, 180, obs. L. Marino; Comm. com. électr, déc. 2009, n° 12, comm. 111, obs, Ch. Caron; Propr. ind., 2009, n° 9, comm. 51, obs. A. Folliard-Monguiral; RLDI, oct. 2009, n° 53, p. 8, obs. B. Humblot; PL, 2010, n° 34, p. 655, obs. G. Bonet; LEGICOM, janv. 2010, n° 4, p. 5-16, obs. Y. Reboul.

[822] CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. 1-08625; Comm. com. électr., déc. 2011, n° 12, p. 24-27, obs. Ch. Caron; RLDI, 2011, n° 77, p. 10, obs. B. Humblot et p. 60-66, obs. E. Tardieu Guigues; Europe, 2011, comm. 32, obs. L. Idot; Gaz. Pal., 2012, n° 46-47, p. 19-20, chron. L. Marino; JCP E, 2012, n° 3. p. 47-49, obs. M. Bourgeois; RTD com, 2012, p. 103-105, obs. J. Azéma; Europe, 2011, p. 42-43, note L. Idot.

[823] B. Humblot, « *Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE* », RLDI, déc. 2011, n° 77, p. 10-18, spéc. n° 9. L'auteur remarque cependant que si cela est « *suggéré, instillé sans doute, [cela] n'est pas affirmé* ».

[824] L. Marino, « *Droit de la propriété intellectuelle* », PUF, coll. « Thémis », 2013, n° 183, p. 361.

[825] Article 16.1 de l'accord sur les ADPIC : « *En cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister* » ; J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », t. 1, 2e éd., LGDJ, 2009, n° 246, p. 318. V. aussi A. Bouvel, « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », , n° 550, p. 227, qui considère que dans l'hypothèse d'une double identité, le risque de confusion est incontestable ; L. Marino, ., 2013, n° 183, p. 361.

action en concurrence déloyale en l'absence d'un fait matériel distinct. Au Koweït en revanche, le risque de confusion peut être sanctionné une seconde fois par une action en concurrence déloyale. De notre point de vue, cette situation tient moins à l'adhésion des tribunaux aux principes antérieurs, qu'à leur nouveauté, en matière de droit des marques.

Le renforcement du droit de propriété intellectuelle au moyen de la loyauté apparaît pour cette raison très peu pertinent. Au contraire de la loyauté-abstention qui permet de renforcer la protection des titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit de dessins ou modèles, le risque de confusion n'étant pas une condition nécessaire pour caractériser un acte de contrefaçon[826].

B. En matière de parasitisme

136. Il règne ici une incertitude supplémentaire liée aux « *nouvelles* »[827] attributions de la marque en France. La frontière entre l'action en contrefaçon et l'action en parasitisme de notoriété apparait de ce fait, un peu « *brouillée* » par certaines évolutions récentes du droit des marques français. Particulièrement au regard des nouvelles fonctions de la marque récemment mises en lumière par la Cour de justice de l'Union européenne. Lesdites fonctions semblent, à certains égards, empiéter dans des domaines qui relevaient jusqu'alors du parasitisme de notoriété[828], en faisant du droit de marque un moyen de garantir une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. A cet égard, il convient d'examiner d'abord les fonctions (1) avant d'en envisager les difficultés potentielles (2).

[826] J. WATHELET, « La *loyauté en droit de la propriété intellectuelle,* op, cit., P.68.
[827] J. Larrieu ; « *Les nouvelles fonctions de la marque* », in Les métamorphoses de la marque, LGDJ/ Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 55-65.
[828] Voir aussi R. Kovar, « *Droit communautaire, droit des marques et droit de la concurrence déloyale* », in J. Larrieu (dir.), Les métamorphoses de la marque, p. 97-119, spéc. p. 110 : J.-P. Stouls, « *La question au regard des droits de propriété industrielle et de la concurrence déloyale* », in J.-M. Bruguière (dir.), « *L'articulation des droits de propriété intellectuelle* », Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », 2011, p. 123-131, spéc. p. 129

1. La fonction de la marque

137. En droit koweitien : contrairement à la France, le Koweït a conservé la fonction d'exclusivité, prévue à l'art. 42 de la loi n° 13/2015[829]. L'action en contrefaçon est ouverte en cas de violation de cette fonction. À côté de cette fonction essentielle de la marque, existeraient d'autres fonctions, par définition accessoires, qui ouvrent droit à une action en concurrence déloyale, dès lors qu'existe un risque de confusion. Ces fonctions accessoires jouent donc également un rôle dans l'action en concurrence déloyale[830].

En France, depuis l'arrêt Arsenal de 2002[831], le titulaire d'un droit de marque ne peut s'opposer à l'usage de son signe, que si cet usage : « *porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir au consommateur la provenance du produit* ». Malgré une allusion à plusieurs fonctions du droit de marque, la Cour de justice ne s'est longtemps référée qu'à la condition de garantie d'origine. De nombreux auteurs regrettent une telle approche[832]. La fonction d'exclusivité, qui a été consacrée en premier par la Cour de justice[833], doit en principe permettre à son titulaire de s'opposer à l'usage non consenti de son signe pour des produits ou services identiques similaires. Or, elle ne prend en considération que la fonction de garantie d'origine, la fonction d'exclusivité est occultée tandis que de nombreux usages sont laissés hors de la portée du droit de marque. Un élargissement de la protection du droit des marques est néanmoins apparu à l'occasion de l'arrêt L'Oréal c/ Bellure du 18 juin 2009[834]. La Cour de justice a affirmé que parmi les fonctions

[829] H. Almasry*, le droit commercial koweitien*, p.368.
[830] Ibid.
[831] CICE, 12 nov. 2002, Arsenal, aff. C-206/01, Rec. 2002, p. 1-10273 ; PI, 2003, n° 7, p. 200, obs. G. Bonet.
[832] J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », n° 233 et s.; Y. Basire, « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* », , n° 205 et s. ; P. Tréfigny-Goy, « *L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque* », in Fonction(s) des droits de propriété intellectuelle, Propr. ind., oct. 2010, n° 10, dossier 5.
[833] CJCE, 31 oct. 1974, Centrafarm c. Winthrop, aff. 16-74, Rec. I, p. 1183, pt. 8. V. J. Passa, ., n° 47.
[834] CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal et al., aff. C-487/07, Rec. 2009, p. 1-05185; JCP G, 2009, nº 31, 180, obs. L. Marino; Comm. com. électr., déc. 2009, nº 12, comm. 111, obs. Ch. Caron; Propr. ind., 2009, nº 9, comm. 51, obs. A. Folliard-Monguiral; RLDI, oct. 2009, nº 53, p. 8, obs. B. Humblot; PI, 2010, nº 34, p. 655, obs. G. Bonet; LEGICOM, janv. 2010, n° 4, p. 5-16, obs. Y. Reboul.

de la marque « *figurent non seulement la fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs la provenance du produit ou du service, mais également les autres fonctions de celle-ci, comme notamment celle consistant à garantir la qualité de ce produit, ou celles de communication, d'investissement ou de publicité* ». À côté de la fonction essentielle de la marque, subsistent donc des fonctions accessoires qui, en cas d'atteinte, permettraient d'engager une action en contrefaçon, même en l'absence d'un risque de confusion. Réservée à l'hypothèse de double identité[835], une telle possibilité a parfois été perçue comme le signe d'une vision plus réaliste du droit de marque[836]. Le contenu et la portée de ces fonctions laissent cependant perplexes[837]. C'est pourquoi la solution koweitienne nous semble préférable car plus respectueuse des droits intangibles des titulaires.

2. Un risque de « chevauchement »[838] avec l'action en parasitisme?

138. Bien qu'encore « *mystérieuses* »[839], ces fonctions semblent étendre l'emprise du droit des marques et permettent d'y inclure des usages qui jusqu'alors, semblaient relever du parasitisme. En cas de reproduction à l'identique, l'action en contrefaçon permet, grâce à ces nouvelles fonctions, de sanctionner l'atteinte à la valeur publicitaire de la marque, mais aussi, et surtout, l'usurpation par un tiers de l'image de la marque. Deux cas illustrent ces hypothèses.

La première affaire est tirée de la jurisprudence française et concernait une atteinte à l'image de l'entreprise. L'on se rappelle que l'image de marque est étroitement liée à la

[835] Pour une critique de cette délimitation, v. J. Passa, « *Caractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste* », Propr. ind., janv. 2011, ét. 1.
[836] L. Marino, « *Droit de la propriété intellectuelle* », ., n° 189. p. 370.
[837] V. not. J. Passa, « *Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : 305 portée ? Utilité ?*», Propr. ind., juin 2012, n° 6, et. 11. Notons que ces fonctions n'ont pas été reprises dans la nouvelle directive du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques. V., sur ce texte au stade de projet, B. Humblot, « *Droits conférés par la marque et projet de directive européenne : faire et défaire...* », RLDI, janv. 2014, n° 100, p. 70-74.
[838] J. Larrieu, « *Un an de droit de la concurrence déloyale* », Propr. ind., sept. 2010, n° 9, chron. 7, spéc n° 8.
[839] L Marino, « *Droit de la propriété intellectuelle* », n° 189, p. 369.

notoriété[840]. Elle est une sorte de « *sous-catégorie* »[841] de la notoriété renvoyant aux qualités et à l'attractivité de la marque célèbre. Pour M. Larrieu, l'image de marque « *est un concentré des valeurs de l'entreprise, une sorte d'emblème, construit par les investissements et la publicité [...]. C'est un résumé d'informations sur l'entreprise et ses produits ou services : image de luxe, image de sérieux, de compatibilité avec le développement durable, de santé, de respect des règles sociales...* »[842]. Si l'on prend en compte, dans le cadre de la contrefaçon, l'usurpation de l'image de marque, c'est-à-dire le fait de tirer indûment profit de l'attractivité, de la réputation de la marque pour commercialiser ses propres produits, l'action en parasitisme ne pourra être accueillie à titre complémentaire. Elle « *chevaucherait* » l'action en contrefaçon faisant par là-même, obstacle à l'existence d'une faute distincte. Bien qu'il ne soit pas fait directement référence aux nouvelles fonctions de la marque, cela pourrait sans doute expliquer certains arrêts de la Cour de cassation en matière de revente hors réseaux[843]. À différentes reprises, la société Chanel a tenté d'obtenir une condamnation complémentaire pour parasitisme à l'égard de sociétés qui, après avoir acquis des produits marqués par le biais de liquidations judiciaires, revendaient ceux-ci en dehors du réseau de distribution sélective. Elle invoquait le fait qu'en revendant les produits de marque, sans être soumises aux contraintes qui pèsent sur les distributeurs agréés et en placardant dans leurs points de vente des affiches reproduisant la marque, elles ont utilisé le signe protégé comme une marque d'appel et ont bénéficié de l'attrait qu'exerce celui-ci auprès des consommateurs. La Chambre commerciale de la Cour de cassation

[840] H. Maccioni, « *L'image de marque : émergence d'un concept juridique* », JCP G, 1996, I, 3934, spéc. n° 3: «*L'image de marque est un bien incorporel constitué par l'ensemble des représentations tendant à singulariser aux yeux du public la notoriété d'une marque - ou de tout autre élément pouvant avoir une valeur économique - et qui résulte de nombreux investissements (notamment publicitaires et marketing)* » V. aussi, sur l'image de marque, G. Cordier, « *L'image de marque et le préjudice de contrefaçon* », CDE, juill. 2007, n° 4, dossier 25.

[841] C.-A. Maetz, « *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », , nº 11, p. 30. L'auteur ajoute que « *l'étendue de la protection de l'image de marque sera non seulement dépendante, mais fonction du degré de connaissance donc de la notoriété* » de la marque (n° 106).

[842] J. Larrieu, « *Les nouvelles fonctions de la marque* », p. 55-65, spéc. p. 60. V. aussi, du même auteur, « *Glissements progressifs vers une nouvelle image de la marque* », Propr. ind., sept. 2010, n° 9, alerte 87.

[843] Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-65.839 ; Propr. ind., juin 2010, comm. 40, note P. Tréfigny-Goy; Comm. com. électr., janv. 2011, n°1, comm. 3, note Ch. Caron; JCP E, 2010, 1714, note M. Schaffner et S. Georges; Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.914 ; Contrats, conc., consomm., janv. 2012, n° 1, comm. 6, obs. M. Malaurie-Vignal.

se montre rigoureuse. Malgré ces entorses, les arrêts d'appel ayant condamné les revendeurs pour parasitisme sont systématiquement cassés pour ne pas avoir « *caractérisé de faits distincts* » de ceux retenus au titre de la contrefaçon.

Le deuxième exemple qui n'est plus vu comme un fait distinct, concerne le parasitisme touchant à des investissements publicitaires. Comme nous l'avons vu, la Cour de justice de l'Union européenne a réaffirmé qu'en cas de reproduction à l'identique, le titulaire de la marque peut démontrer une atteinte à d'autres fonctions que celle de garantie d'origine, et notamment à la fonction d'investissements. Il s'agit ici, de l'hypothèse où un concurrent porte atteinte à l'acquisition ou au maintien de la réputation de la marque d'un tiers, que ce dernier a acquise de haute lutte au prix de lourds investissements. Dans cette hypothèse, il est légitime de considérer que le comportement consistant à profiter sans états d'âme des investissements mis en œuvre pour faire connaître la marque[844] ne relève plus du parasitisme, mais bien de l'action en contrefaçon[845]. En définitive, l'usurpation d'investissements publicitaires pourrait être « *absorbée* »[846] par l'acte de contrefaçon.

Un autre arrêt va dans le même sens. Il s'agit d'un arrêt de 2010[847] dans une affaire concernant des modèles de ceintures. Les juges du fond avaient accueilli le principe du cumul des actions de contrefaçon et de parasitisme en relevant les lourds investissements publicitaires consentis pour faire connaître au public les modèles en cause. Le titulaire des droits ayant produit des preuves sous forme de catalogues, d'insertions dans la presse papier et même de son site internet. Tous investissements dont parasite a indûment tiré profit, notamment en

[844] Pour G. Grundeler, associer la fonction d'investissements à la notion de réputation est critiquable car « *les deux termes ne recouvrent que très partiellement une même réalité. Car si des investissements sont parfois effectivement à l'origine d'une réputation, la réputation ne s'acquiert pas toujours par eux. Et à l'inverse, si des investissements ont parfois effectivement pour objet l'acquisition d'une réputation, tous n'ont pas pour objet d'une réputation* ». G. Grundeler, « *L'investissement (étude juridique)* », ., n° 297, p. 308.

[845] Nous regrettons l'évolution jurisprudentielle consistant à ériger l'usurpation d'investissements en « *critère autonome de la protection de la marque* » en lieu et place de réaffirmer la fonction d'exclusivité du droit de marque : ibid., n° 297, p. 307.

[846] J. Wathelet, « La *loyauté en droit de la propriété intellectuelle » ,* p.84.

[847] Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338 et 08-16.469 : JurisData n° 2010-051290.

copiant le modèle phare de la collection. Il a dans la même logique, profité du succès commercial de ce dernier. Cependant, cette argumentation n'a pas empêché la Cour de cassation de censurer cet arrêt au motif que les juges du fond n'ont pas caractérisé le fait distinct de la contrefaçon.

Cette solution n'est pas surprenante parce que les investissements promotionnels sont aujourd'hui expressément visés dans la liste des éléments à prendre en compte pour évaluer un préjudice au titre de la contrefaçon[848].

Il apparaît clairement au terme de cette rapide étude de l'approche jurisprudentielle, que les juges se montrent plus restrictifs dans leur appréciation du fait distinct. Et on peut relever également que les cas où on pouvait invoquer le fait distinct se réduisent suite aux évolutions législatives touchant l'action en contrefaçon.

§2- Une approche législative extensive : une réparation du préjudice facilitée ?

139. En vertu du principe de la réparation intégrale, un préjudice ne peut être réparé que s'il ne l'a pas été par ailleurs. Il doit donc être distinct du préjudice né de la contrefaçon.

L'enjeu est donc ici clairement la réparation intégrale du préjudice distinct, il faut pour cela que le fait de déloyauté ou parasitaire soit distinct du fait de contrefaçon. Rendant ainsi possible le cumul des actions de contrefaçon et de concurrence déloyale ou parasitaire.

Ce cumul d'actions présente de ce fait un intérêt économique important pour le titulaire du droit de la propriété intellectuelle. En ce qu'il lui permet d'obtenir des dommages-intérêts supplémentaires qui sont souvent d'un montant égal, voire supérieur, à celui accordé au titre de l'atteinte au droit privatif. Les actions en concurrence déloyale par confusion et par parasitisme

[848] En matière de marques : CPI, art. L. 716-14 . – En matière de dessins et modèles : CPI, art. L. 521-7 . – En matière de brevets : CPI, art. L. 615-7 . – En matière de droit d'auteur : CPI, art. L. 331-1-3 .

compensent alors une indemnisation de la contrefaçon jugée souvent trop faible et permettent de lutter contre le phénomène de faute lucrative qui met en danger le droit de la propriété intellectuelle.

La possibilité de cumuler les indemnisations se heurte néanmoins à la difficulté de démontrer un préjudice distinct directement causé par le comportement déloyal dans la concurrence et qui n'a pas encore été réparé sur le terrain de la contrefaçon. Bien que comme l'affirmait Roubier, les deux actions «*ne tendent pas aux mêmes fins* »[849], les sanctions de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale peuvent en pratique être similaires voire identiques. En effet, les préjudices réparés sur le fondement de la contrefaçon sont souvent de même nature que ceux réparés sur le terrain de la concurrence déloyale ou du parasitisme. Il en résulte un risque de « *chevauchement* »[850] et partant, de double indemnisation qui prive d'intérêt pratique, voire d'objet, le cumul des actions en déloyauté par confusion ou par parasitisme. Ce risque semble s'être accru à la suite de réformes qui ont eu pour objet de redéfinir les préjudices de contrefaçon.

140. En France et Koweït, Le principe de réparation intégrale et son corollaire, l'indemnisation équitable, interdisent au juge d'indemniser au-delà du préjudice. Ce qui induit une interdiction corollaire faite au juge, d'indemniser deux fois le même préjudice. Le juge se voit donc tenu, une fois le préjudice déterminé, de rechercher si celui-ci n'a pas déjà été réparé.

En effet, aujourd'hui dans l'évaluation du préjudice, les juges français et koweitiens sont invités à suivre les règles au terme desquelles « *pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; Le préjudice moral causé à cette dernière ; les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris en France*

[849] P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, n° 70, p. 307-308.
[850] J. Larrieu, « *Un an de droit de la concurrence déloyale* », Propr. ind., sept. 2010, n° 9, chron. 7, spéc.n° 8.

, les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon »[851].

Ces changements, ont certes des répercussions sur la qualification du fait distinct et donc sur la notion de préjudice distinct. Pour appréhender l'évaluation du préjudice distinct, nous nous proposons d'étudier dans un premier temps les préjudices réparables en France et Koweït (A) tant en matière de contrefaçon que de déloyauté par confusion. Et dans un deuxième temps le préjudice réparable en cas de concurrence parasitaire en France (B).

A. La réparation de la déloyauté par confusion en France et au Koweït

141. Au Koweït, la réglementation sur les droits de propriété intellectuelle est éclatée dans plusieurs lois. Le régime de l'indemnisation permet à la victime de contrefaçon de demander une indemnisation civile. En application des règles générales de réparation, tirées du droit de la responsabilité civile, puisque le législateur n'a pas précisé les limites, les montants en cause, et la portée de cette indemnisation[852]. En matière de responsabilité civile, les juges fixent le montant de l'indemnisation selon la nature du dommage, et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, approche qu'approuve la doctrine[853].

L'indemnisation de la victime de contrefaçon doit être demandée au moyen de l'action en concurrence déloyale et dont l'assiette comprend les bénéfices réalisés par le contrefacteur. Cependant, depuis la promulgation de la loi n° 13 de 2015 sur les marques GCC, la situation a changé au Koweït. L'article 41 de la loi stipule que « *si le titulaire du droit a subi un dommage découlant de la violation de l'un de ses droits en vertu de la présente loi, il peut demander au*

[851] CPI, art. L. 716-14 , dans la version en vigueur au 13 mars 2014. L'article 41 de la loi n° 13 de 2015 sur les marques GCC.
[852] A. MEHREZ, *Le droit commercial et la propriété industrielle*, p.222.
[853] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* », p. 268.

tribunal compétent d'accorder une indemnisation adéquate pour les dommages subis à la suite de cette violation, notamment : les bénéfices réalisés par le contrefacteur ».

A cet égard, un auteur a pu soutenir que dès lors que le préjudice de contrefaçon prend en compte la perte de vente, la perte de gains ou toute autre perte ainsi que la dépréciation du modèle, le risque de confusion « *ne pourra être sanctionné par l'action en responsabilité civile de droit commun puisque les conséquences de ce risque de confusion seront réparées par l'action en contrefaçon* »[854]. Cette règle s'explique par le fait que les préjudices résultant de la contrefaçon et du risque de confusion sont de même nature. Sous réserve de pouvoir de caractériser un préjudice distinct[855], c'est-à-dire non pris en compte dans la réparation de contrefaçon. Autrement, il apparaîtrait inéquitable car contraire au principe de réparation intégrale, d'indemniser une seconde fois le même préjudice par l'action en concurrence déloyale.

Il résulte de ce qui précède que la nature similaire des préjudices interdit le cumul des actions qui serait ici sans objet.

142. La jurisprudence ne semble pas suivre ce raisonnement. Dans les rares décisions qu'elle a rendu en cette matière, elle a considéré que la concurrence déloyale est à l'origine d'un préjudice qui lui est propre[856]. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi indiqué, dans un arrêt du 28 novembre 2006[857], que la nature identique des préjudices nés de l'acte de contrefaçon et de celui de la concurrence déloyale n'a pas pour effet de rendre le cumul des actions irrecevable. En l'espèce, une société reprochait à la Cour d'appel de l'avoir condamnée

---

[854] A. Saint-Martin, « *Créations immatérielles et responsabilité civile. Le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations immatérielles* », n° 552.

[855] Ibid., n°552 et n° 578 et s.

[856] Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-17.013; TGI Paris, 3e ch., 12 juin 2015, RG n° 14-10259; Juris Data n° 2015-020875: «[...] *En déclinant dans huit modèles de sacs différents la copie des motifs CALACTEIDOS et TROPICAL CALEIDOS, et en copiant également le motif GALACT dans différents produits tout au long de trois collections, la société et son gérant ont commis un fait distinct de ceux retenus au titre de la contrefaçon, la multiplication des produits reproduisant le même motif créant un effet de gamme renforçant le risque de confusion du consommateur qui a l'impression qu'il s'agit de nouvelles déclinaisons de produits. Ces agissements fautifs, qui ont porté un préjudice distinct de la contrefaçon, constituent des actes de concurrence déloyale* ».

[857] Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-20.555, PI, janv. 2007, n° 22, p. 120-121, note J. Passa.

à payer une indemnité pour contrefaçon, et une autre pour concurrence déloyale, alors, que les faits de contrefaçon et de concurrence déloyale allégués ont entraîné une seule et même conséquence pour le demandeur, à savoir un détournement de clientèle. Selon la défenderesse, en allouant des indemnités, une au titre de la contrefaçon, une autre au titre du droit d'auteur ou au titre de la concurrence déloyale, la Cour d'appel a doublement réparé le même préjudice, en violation de l'article 1382 du Code civil. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *les préjudices résultant d'une contrefaçon, d'une part, et de faits distincts de concurrence déloyale, d'autre part, fussent-ils de même nature, ne constituent pas un même préjudice* ». Cette solution doit, selon nous, être approuvée.

Si l'acte de contrefaçon et celui de concurrence déloyale par risque de confusion entraînent des préjudices de même nature, il demeure que ces derniers ne se manifestent pas « *de la même façon ni au même degré* »[858]. En l'espèce, le risque de confusion prend sa source dans un fait matériel distinct de l'acte de contrefaçon, à savoir la présentation des gammes de chemisiers selon des modalités identiques, l'utilisation des mêmes bustes et l'imitation de l'aménagement des magasins du demandeur. Le risque de confusion existe donc bien indépendamment de toute reproduction contrefaisante et entraîne, en lui-même, un détournement de clientèle. La contrefaçon et la concurrence déloyale par risque de confusion sont deux agissements distincts qui engendrent toutes deux mais de manière différente un détournement de clientèle.

A cet égard, contrairement à M. A. Saint-Martin[859], Monsieur A. ALKHOULI a souligné qu'« *un raisonnement identique doit être tenu lorsque le risque de confusion ne prend pas sa source dans un fait matériellement distinct. Lorsque la reproduction ou l'imitation d'une création ou d'un modèle engendre un risque de confusion, il s'agit d'une faute détachable de*

[858] *Ibid*. p. 121. Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-20.555, PI, janv. 2007, note J. Passa.
[859] A. Saint-Martin, *« Créations immatérielles et responsabilité civile. Le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations immatérielles »,* ., n° 580.

l'acte de contrefaçon, dès lors que le risque de confusion n'est pas une condition pour caractériser l'atteinte au droit privatif »[860].

143. Il nous semble alors que si le risque de confusion n'est pas retenu pour caractériser l'atteinte au droit d'auteur, ou au droit des dessins ou modèles, il ne devrait pas l'être non plus pour déterminer les conséquences de celle-ci. Il cause un préjudice qui lui est propre[861]. L'indemnisation de la contrefaçon devrait se faire uniquement au regard de l'exploitation illicite de la création ou du modèle. Si l'on reprend le préjudice de détournement de clientèle, il est alors possible d'affirmer qu'une partie de ce détournement est causée par l'acte de contrefaçon et qu'une autre partie est liée à la création du risque de confusion.

À l'instar de M. Passa, nous reconnaissons « *qu'une telle distinction n'est pas aisée à opérer en pratique* »[862]. M. MEHREZ approuve également M. passa en estimant que : « *les demandeurs, mais aussi les juges, doivent faire preuve de rigueur dans la détermination des préjudices et dans leur évaluation. Les demandeurs doivent former deux demandes d'indemnisation distinctes en prenant soin d'apporter les éléments permettant d'évaluer ces préjudices* »[863]. Les juges sont, quant à eux, tenus de ventiler avec précision les préjudices qui seraient de même nature. Le risque est de prendre en compte, dans la détermination du préjudice de contrefaçon, l'ensemble du détournement de clientèle sans opérer de distinction. L'action en concurrence déloyale serait alors privée d'efficacité. Les juges sont pour cette raison, tenus de prononcer deux condamnations distinctes et de ne pas attribuer de somme globale. Cela permet d'éviter, d'une part, qu'une confusion s'opère entre les préjudices et donc entre les actions, et,

---

[860] A. ALKHOULI, *Droit commercial, partie 1,* p. 345.
[861] En ce sens, TGI Paris, 3e ch., 12 juin 2015, préc.
[862] J. Passa, loc. Cit.
[863] A. MEHREZ, « *Le droit commercial et la propriété industrielle* », p.324. J. Passa, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », Litec, coll. « IRPI », 1997, n° 126. V., pour le rejet d'une action complémentaire en concurrence déloyale et en parasitisme au motif que « *les victimes ne présentent aucune demande en réparation de l'atteinte ainsi alléguée [et] que de ce fait elles ne justifient pas de l'existence d'un préjudice distinct résultant de cette faute* » : CA Paris, 1re ch., 19 déc. 2012, RG Les n° 10-21946.

d'autre part, des difficultés en cas de recours puisqu'il est possible que la décision soit attaquée uniquement sous l'angle de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale[864].

B. La réparation de la déloyauté par parasitisme en France

144. Il s'agit ici plus précisément de la question de la réparation distincte des différents types de préjudice nés du parasitisme. Cette question a été relancée par des réformes[865] visant à « *améliorer le montant des dommages et intérêts auxquels peuvent prétendre les titulaires de droits de propriété intellectuelle victimes de contrefaçon* »[866]. L'effet immédiat fut un « *empiétement* »[867] de la réparation de contrefaçon, sur celle de la concurrence parasitaire[868], et donc une remise en cause de la possibilité d'exercer cumulativement les deux actions.

En effet, les lois de 2007 et 2014 ont eu pour effet mécanique, l'élargissement progressif du champ des faits de contrefaçon est un effet indirect de la réforme du régime de l'action en contrefaçon introduite par plusieurs lois. Ainsi au stade de l'évaluation du préjudice, les juges ont obligation d'observer les règles fixées par l'art. L-716-14 du CPI et qui stipulent que : « *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 subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et*

---

[864]. J. Passa, loc. Cit.
[865] Il s'agit de la loi du 29 octobre 2007 dite « *de lutte contre la contrefaçon* », qui a apporté des modifications notamment dans le domaine des sanctions en cas de préjudice. Ainsi que de la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon qui a aussi complété les dispositions relatives à l'amélioration des dédommagements civils.
[866] Proposition de loi tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon, Rapport Sénat n°133 (2013 - 2014) de M. Michel Delebarre, fait au nom de la commission des lois, 13 nov. 2013.
[867] J.-P. Stouls, « *La question au regard des droits de propriété industrielle et de la concurrence déloyale* », in J.-M. Bruguière (dir.), : « *L'articulation des droits de propriété intellectuelle* », Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », 2011, p. 123-131, spéc. p. 128.
[868] V.not. J. Larrieu, « *Le droit interne de la concurrence déloyale : quoi de neuf en dix ans ?*», ., n° 4 et s.

promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon »[869]. Sont donc ici clairement visés, les agissements parasitaires, qui ne peuvent dorénavant plus faire l'objet d'une action en responsabilité civile qui serait exercée cumulativement avec l'action en contrefaçon. De plus, il est désormais possible de prévoir une indemnisation sous forme d'un forfait. Ces changements, qui s'éloignent de l'idée principale de « *réparation de tout le dommage et rien que le dommage* », ont des répercussions sur la qualification du fait distinct et par extension, sur la notion de préjudice distinct. Le refus de cumul des actions opposé au demandeur était désormais plus facile à justifier, car c'est pour éviter d'indemniser deux fois le même préjudice.

Plusieurs commentateurs de la loi du 11 mars 2014 ont considéré que la remise des économies d'investissements par le contrefacteur empiétait dans le domaine des actions en concurrence déloyale et en parasitisme[870]. C'est là d'ailleurs l'analyse du rapporteur de la proposition de loi, le sénateur Yung lui-même[871]. L'idée qui sous-tend cette affirmation est que la protection des investissements relève du domaine du droit de la concurrence, et non du droit de la propriété intellectuelle. Ce qui renvoie à l'analyse de la Cour de cassation qui affirme qu'un comportement déloyal ou parasitaire réside dans le fait de « *tirer profit des efforts et investissements déployés* »[872]. La sanction des agissements parasitaires était donc centrée essentiellement sur la notion de faute[873].

Il a été ainsi considéré que la loi de 2014, en faisant entrer les investissements dans le giron de la contrefaçon opérait une confusion entre ces deux mécanismes. Il nous semble au

[869] CPI, art. L. 716-14 , dans la version en vigueur au 13 mars 2014.
[870] C. Maréchal, La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon : Comm. com. électr. 2014, étude 11.-X. Buffet Delmas d'Autane et 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* » : Propr. industr. 2014, étude 12, n° 10.- Adde en ce sens A. Lebois, « *La fixation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon* » : RLDI oct. 2012, n° 2899, à propos de la proposition de loi.
[871] R. Yung, rapp. n° 754 (2010-2011), 12 juill. 2011, fait au nom de la Commission de lois du Sénat sur la proposition de loi n° 525 tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon du 17 mai 2011, p. 38 : http://www.senat.fr/rap/l10-754/l10-754.html .
[872] Cass. 1re civ., 20 mars 2007, n° 06-11.522 et n° 06-11.657 : JurisData n° 2007-038076 ; Comm. com. électr. 2007, comm. 107, Ch. Caron ; Bull. civ. 2007, I, n° 119.
[873] Ph. Le Tourneau, « *La verdeur de la faute en droit de la responsabilité civile* » : RTD civ. 1988, p. 516.

contraire, que ces deux actions ne se recoupent pas, tant s'agissant de leur fonction que de leur mise en œuvre.

145. Par ailleurs, l'élargissement du champ de l'acte de contrefaçon, ne procède pas seulement de la loi, mais aussi de la jurisprudence européenne, celle-ci ayant poussé à la création des nouvelles fonctions de la marque. Il s'agit essentiellement de l'arrêt L'Oréal c/ Bellure[874] qui, sans motivation particulière, a créé de nouvelles fonctions de la marque qui sont la fonction de communication, d'investissement ou de publicité. D'une manière générale, pour agir en contrefaçon de marque, il faut démontrer l'atteinte à une des fonctions de la marque. Jusqu'à cet arrêt, ces fonctions ont été au nombre de deux, à savoir la fonction d'exclusivité dans la spécialité et surtout la fonction de garantie d'identité d'origine. Aujourd'hui, s'y sont ajoutées trois autres fonctions, élargissant ainsi davantage l'acte de contrefaçon dans la mesure où il semble possible d'intenter une action en contrefaçon dans une hypothèse où ni la spécialité ni la garantie d'origine ne sont menacées.

Cet élargissement concerne particulièrement le droit des marques. Une directive européenne adoptée le 16 décembre 2015 a institué le « *paquet marques* »[875] destiné à rapprocher les législations européennes dans le domaine du droit des marques. Ce texte européen a plus généralement modifié en profondeur plusieurs dispositions relatives à la contrefaçon, au sein du Code de la propriété intellectuelle. Pour rappel, le « *paquet marques* » prévoyait un changement concernant les marques renommées. En application de ce texte après sa transposition, l'ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019, entrée en vigueur le 11 décembre 2020, a connu une évolution remarquée, s'agissant des atteintes portées aux marques de renommée, puisque celles-ci sont désormais sanctionnées au titre de l'action en contrefaçon.

[874]CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07 , L'Oréal c/ Bellure : JCP G 2009, 108, obs. F. Picod et 180, note L. Marino ; Comm. com. électr. 2009, comm. 111, C. Caron.
[875] Not. PE et Cons. UE, dir. 2015/2436, 16 déc. 2015. Cette directive a été adoptée pour rapprocher les législations des États membres sur les marques : JOUE n° L 336, 23 déc. 2015.

Pour mesurer l'ampleur de cette évolution, il convient de rappeler que l'article L. 713-5 du CPI en son premier alinéa, prévoyait dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2008-1301 du 11 décembre 2008, que la reproduction ou l'imitation d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement, engageait la responsabilité civile de son auteur si elle était de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constituait une exploitation injustifiée de cette dernière.

Ainsi, en dehors de leur spécialité, les marques renommées étaient auparavant protégées par une action en responsabilité civile, soit une action spécifique non fondée sur le droit exclusif conféré par la marque.

Il en va tout autrement du nouvel article L. 716-4 du CPI, lequel vient explicitement inclure dans le champ de la contrefaçon la violation des dispositions de l'article L. 713-3 du CPI , précisant qu' « *est interdit, sauf autorisation du titulaire de la marque, l'usage dans la vie des affaires, pour des produits ou des services, d'un signe identique ou similaire à la marque jouissant d'une renommée et utilisé pour des produits ou des services identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, si cet usage du signe, sans juste motif, tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque, ou leur porte préjudice* ».

146. La mise en œuvre du « *paquet marques* » a au total introduit de la cohérence au sein du régime du droit des marques. En effet, depuis la transposition de la directive européenne, force est de constater que ces nouvelles dispositions viennent uniformiser le régime de sanction par la contrefaçon en cas d'atteinte à la marque de renommée. Ce sujet sera traité plus en détail dans le chapitre suivant, notamment en ce qui concerne la marque renommée et la marque notoirement connue.

Au total c'est le préjudice distinct[876] qui permet d'obtenir un cumul des indemnisations. En effet, l'intérêt de la concurrence déloyale invoquée cumulativement avec la contrefaçon est d'indemniser le préjudice causé par un comportement fautif d'un concurrent qui n'est pas pris en compte dans le calcul des dommages-intérêts pour un acte de contrefaçon.

Sur cette question la doctrine, qui s'oppose au cumul des actions, affirmait déjà depuis de nombreuses années, que le cumul n'était pas fondé en droit, dès lors que l'usurpation d'investissements ou de notoriété apparaît simplement comme « *un poste de préjudice souffert par le titulaire (du droit de propriété intellectuelle), constitué par ce que la doctrine et la jurisprudence appellent "l'atteinte au monopole", et qui couvre notamment l'aspect parasitaire d'agissements du contrefacteur* »[877]. Abondant dans le même sens la jurisprudence a pu considérer à plusieurs reprises que dès lors que l'atteinte aux investissements ou à la notoriété de la création, du signe ou du titulaire est sanctionnée par l'action en contrefaçon, une indemnisation complémentaire ne peut être accordée au titre de l'action en parasitisme[878].

Concernant le droit koweitien, la notion de parasitisme y est inconnue, il n'existe que trois modalités de concurrence déloyale, que sont le risque de confusion, le dénigrement et la désorganisation. L'action en concurrence déloyale y est toujours en vigueur, alors qu'en France depuis les réformes de 2007 et 2014, l'action en contrefaçon tend à éclipser peu à peu l'action en concurrence déloyale en quasi-désuétude dans les cas de préjudice distinct relevant du parasitisme.

Il apparaît au total que les réformes de 2007 et de 2014, ont simplement amplifié les difficultés et relancé la controverse, puisqu'en application desdites lois, le législateur impose

---

[876] Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « *Concurrence déloyale* » : Rép. com., Dalloz 2010 (actualisation : oct. 2016), n° 72.

[877] J. Passa, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », n° 271, p. 184 ; *« Marques et concurrence déloyale* », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 160, 2013, mise à jour juin 2014, n° 75 et s.

[878] V. par ex. TGI Paris, 3e ch., 16 févr. 1996 ; PIBD, 1996, III, p. 315 ; CA Paris, 10 sept. 2003, RG n S01-28308 ; JurisData nº 2003-223833 : «*la demande formée par la société A. s'analyse en une action en parasitisme ; or considérant que si ces griefs sont susceptibles d'aggraver le préjudice résultant de la contrefaçon, ils ne constituent pas des faits distincts caractérisant le parasitisme* ».

aux juridictions de prendre en compte « *distinctement* » les différents préjudices et en particulier le préjudice moral et les bénéfices du contrefacteur en y incluant les économies d'investissements intellectuels, matériels, promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon (1) mais également le préjudice né du parasitisme d'investissements (2).

1. La réparation du préjudice moral né de la contrefaçon ou du parasitisme de notoriété

Le préjudice moral renvoie principalement à l'atteinte à la réputation du titulaire du droit de propriété intellectuelle ou à la dégradation de notoriété, de l'image de marque de la création, du signe protégé par ce droit[879]. La question d'une indemnisation complémentaire pour parasitisme de notoriété se pose alors puisque ces postes de préjudice sont traditionnellement réparés par l'action de droit commun[880]. Bien que la jurisprudence ne se soit pas encore clairement prononcée, deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation de 2010[881] semblent témoigner d'un rétrécissement du champ d'application de l'action en parasitisme de notoriété. Dans le premier arrêt[882], la Cour censure un arrêt de la Cour d'appel de Paris pour avoir condamné pour parasitisme le contrefacteur qui, en s'immisçant dans le sillage d'une célèbre maison de mode, avait dévalorisé les produits et avait porté atteinte à sa notoriété. Dans le second arrêt[883], la Haute juridiction approuve les juges du fond pour avoir

[879] I. ABO-ALILE, *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* , ., p.250.
[880] J.-P. Stouls, « *La question au regard des droits de propriété industrielle et de la concurrence déloyale* » art. cit., spec. p. 128 ; J. Larrieu, « *Un an de droit de la concurrence déloyale* », Propr. ind, sept. 2010, chron. 7, spéc. n° 8.
[881] Cass, com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338, 08-16.459 et 08-16.469, SA Infinitif c/ Sté Céline ; Comm. Com. électr., avril 2010, comm. 32, obs. Ch. Caron ; Contrats, conc., consomm., avril 2010, n°4, comm. 101, obs. M. Malaurie-Vignal ; PI, avril 2010, n° 35, p. 778-789, obs. J. Passa ; D. 2010, p. 2540, chron. Y. Picod; RLDI, févr. 2010, n° 57, p. 29-30, note L. Costes; Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-66.522, Sté Blery & Sté Chanel ; Propr. ind., juill. 2010, n° 7, p. 36-38, obs. J. Larrieu ; D. 2010, p. 2540, chron Y. Picod: RTD com., 2010, p. 702, obs. J. Azéma.
[882] Cass. com., 19 janv. 2010, préc.
[883] Cass. com., 23 mars 2010, préc. V. aussi, dans un sens similaire, Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.474 et n° 10-20.620, SARL Jarnis c/ SAS Chanel et Sté Capi c/ SAS Chanel, Contrats, conc., consomm, 2011, tél comm. 188, obs. M. Malaurie-Vignal ; Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.914, SAS Ville SAS Chanel fac Contrats, conc., consomm., 2012, comm. 6, obs. M. Malaurie-Vignal.

rejeté la demande en concurrence déloyale et parasitisme formée par la société Chanel aux côtés de son action en contrefaçon de marque. Elle relève que : « *si la revente, dans des conditions de présentation médiocres, par un distributeur non agréé, de produits destinés à être diffusés à travers un réseau de distribution sélective juridiquement étanche et licite au regard des règles de la concurrence constitue un acte de concurrence déloyale et de parasitisme [...], le préjudice allégué de ce chef par la société Chanel ne se distingue pas de celui que lui a causé l'usage illicite de la marque par la société Bery, dans la mesure où il trouve sa cause dans les mêmes faits de revente hors réseau par un distributeur non agréé qui caractérisent cet usage illicite*».

L'exigence d'un préjudice distinct apparaît déterminante pour refuser d'accueillir une action en parasitisme, au point parfois de faire passer au second plan la condition d'une faute distincte[884]. Cette façon de procéder nous paraît contestable. Car comme a pu le souligner M. Picod, c'est : « *prendre le problème à l'envers* »[885] que de considérer « *que faute de préjudice distinct couvert par l'action en contrefaçon, il n'y a aucune place pour le fait distinct* »[886]. La rigueur commande de déterminer, dans un premier temps, l'existence d'une faute distincte de l'acte de contrefaçon, puis seulement dans un second temps, de caractériser un préjudice distinct de celui déjà réparé par l'action en contrefaçon.

Selon la doctrine cela s'explique par le fait que les juges sont de nos jours, tenus de prendre en compte le préjudice moral[887]dans la réparation de la contrefaçon. L'atteinte à la notoriété d'une création ou d'un signe qui fait l'objet d'un droit de propriété intellectuelle semble

[884] En ce sens, Y. Picod, « *Concurrence déloyale* », 2010, n° 72, pour qui les arrêts de la Chambre commerciale de 2010 manifestent « *une rigueur excessive renvoyant davantage à la notion de préjudice distinct qu'à la notion de faits distincts* ». Comp. Ch. Caron, obs. sous Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338, Comm. com. électr., 2010, n° 4, comm. 32 : « *En résumé, l'arrêt invite à se méfier des faits distincts et à s'intéresser davantage aux chefs de préjudice issus de la seule contrefaçon* ».
[885] Y. Picod, « *Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme* », p. 2540 et s.
[886] Ibid.
[887] En ce sens, Ch. Caron, note sous Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338, 08-16.459 et 08-16.469 ; 401 Comm. com. électr., avril 2010, comm. 32 ; J. Larrieu, « *Articulation entre concurrence déloyale et contrefaçon* », Propr. ind., juill. 2010, n° 7-8, comm. 53 ; « *Un an de droit de la concurrence déloyale* », Propr. ind., sept. 2010, n° 9, chron. 7, spéc. n° 8 et s.

être appréhendée comme une simple conséquence de la contrefaçon. Si la jurisprudence reste encore incertaine à ce jour[888], ces évolutions si elles se confirment tendent à affaiblir considérablement le rôle joué par l'action en parasitisme aux côtés de l'action en contrefaçon.

Au demeurant, la prise en compte de l'atteinte à la notoriété, à la réputation ou à l'image de marque, qui sont des formes de « *notoriété qualifiée* »[889], nous semble contestable. Comme l'a signalé M. J. WATHELET qui a écrit que : « *la notoriété est une valeur en soi qui se détache de la création ou du signe protégé par le droit de propriété intellectuelle. Cette création ou ce signe est, en quelque sorte, le support de cette valeur, mais ne se confond pas avec elle. La réparation de l'acte de contrefaçon ne devrait pas prendre en compte le détournement de notoriété dès lors qu'il s'agit d'appréhender la violation d'un droit privatif, indépendamment de l'existence ou non d'une notoriété* »[890]. M. F. Pollaud-Dulian, abonde dans le même sens en critiquant la prise en compte de la notoriété de l'auteur pour évaluer le préjudice résultant de l'atteinte au droit moral de l'auteur : « *l'atteinte au droit moral n'est pas fonction de la notoriété des auteurs qui la subissent [...] et, par conséquent, sa réparation non plus. L'atteinte au droit moral est une atteinte portée au lien qui unit la personne de l'auteur à son œuvre : une telle atteinte étant de même nature et de même intensité quelle que soit la notoriété de l'auteur, ce critère ne saurait moduler en plus ou en moins, le montant des dommages-intérêts* »[891]. L'existence d'une telle dérive peut également être crainte compte tenu des économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels désormais pris en compte, depuis 2014, dans le préjudice de contrefaçon.

[888] Dans un arrêt du 3 mai 2016, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que l'atteinte à l'image d'une marque constituait un fait distinct de la copie servile retenue au titre de la contrefaçon. Cass. com., 3 mai 2016, n° 13-23416, inédit.
[889] C.-A. Maetz, « *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », , n° 294, p. 296.
[890] J. WATHELET, « La *loyauté en droit de la propriété intellectuelle » ,* op, cit., P.97 et s.
[891] F. Pollaud-Dulian, note sous CA Bordeaux, 12 nov. 2012, RG nº 11-06712 ; RTD com, 2013, p. 293.

2. La réparation du préjudice né du parasitisme d'investissements et la prise en compte des économies du contrefacteur

Le juge, pour fixer les dommages-intérêts, doit prendre en considération « *les bénéfices réalisés* »[892] par le contrefacteur, « *y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits* »[893] .

La doctrine considère que cette formulation fait penser au parasitisme[894] auquel il renvoie d'une certaine manière[895]. C'est d'ailleurs dans cet esprit que la disposition a été présentée dans le projet de loi tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon du 17 mai 2011. Le rapporteur, M. Yung, avait à l'époque justifié la mesure par le fait que « *le contrefacteur se livre le plus souvent à des activités de parasitisme puisqu'il cherche à s'approprier de manière indue et déloyale, la réputation ou le savoir-faire d'un concurrent qui sont le fruit de plusieurs années d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels. Il est donc logique que la juridiction tienne compte, dans son appréciation du préjudice subi par la partie lésée, non seulement des bénéfices réalisés par le contrefacteur, mais également des investissements de toutes natures dont il a pu s'affranchir* »[896].

---

[892] Cette prise en compte des bénéfices a été introduite par la loi du 29 octobre 2007. Le préjudice de la contrefaçon n'est donc plus seulement évalué au regard du patrimoine de la victime mais également au regard de celui du contrefacteur, à savoir son « *enrichissement illicite* » : v. G. Henry, « *Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée* », Comm. com. électr., janv. 2009, ét. 2, spéc. n° 6.

[893] Articles L. 331-1-3 CPI (droit d'auteur); L. 521-7 CPI (droit des dessins et modèles); L. 615-7 CPI (droit des brevets); L. 623-28 CPI (droit des certificats d'obtentions végétales); L. 716-14 CPI (droit des marques); L. 722-6 CPI (droit des indications géographiques).

[894] X. Buffet Delmas d'Autane et 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* », ., n° 5, ét. 12, spéc. n° 10; Ch. Caron, « *Droit d'auteur et droits voisins* », 4e éd., LexisNexis, 2015, n° 556, p. 528; Ch. Caron, « *Droit d'auteur et droits voisins* », 4e éd., LexisNexis, 2015, n° 556, p. 528.

[895] A. Lebois, « *La fixation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon* », , n° 86, p. 63-66, spéc. n° 30. De manière plus catégorique, C. Maréchal, « *La loi n° 2914-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon* », Comm. com. électr., juin 2014, n° 6, ét. 11, spéc. n° 3: «*Afin de tenir compte du parasitisme économique dont profite le contrefacteur qui s'épargne des investissements, les "économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels" sont expressément mentionnées parmi les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits* ».

[896] R. Yung, Rapport n° 754 (2010-2011), 12 juill. 2011, fait au nom de la Commission de lois du Sénat sur la proposition de loi n° 525 tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon du 17 mai 2011, p. 38.

Il s'agit donc selon M. Yung, de sanctionner par le biais de la contrefaçon le parasitisme, lequel consiste à profiter indûment des investissements du titulaire du droit de propriété intellectuelle. Mais si l'on considère que le juge est, depuis la loi de 2014, tenu de prendre en considération le comportement parasitaire du contrefacteur pour évaluer le préjudice de contrefaçon, l'action en parasitisme peut-elle encore jouer un rôle aux côtés de l'action en contrefaçon[897]? Pour certains auteurs, la réponse est affirmative. Ce nouveau dispositif a pour effet de « *rendre inefficace une demande de réparation pécuniaire au titre du comportement parasitaire* »[898].

147. D'autres auteurs proposent une autre approche, tel M. Galloux qui considère qu'« *il s'agit d'une confusion regrettable: la loi nouvelle n'a pas pour but de mettre fin à la distinction entre les deux actions, en contrefaçon et en concurrence déloyale; il est simplement question d'aller au plus près de cette frontière* »[899]. Dans le même sens, M. Latil estime également qu'un rôle complémentaire peut toujours être attribué au parasitisme, car la remise des économies d'investissements, introduite par la loi de 2014, « *ne vise pas à réparer un préjudice causé aux investissements du titulaire de droits* »[900]. Il s'agit d'appréhender les dépenses que le contrefacteur a évitées, et qu'il aurait dû lui-même consentir, « *pour dégager des bénéfices grâce à la contrefaçon* »[901].

---

[897] J.-M. Bruguière, « *Loi 2014-315 du 11 mars 2014 de lutte contre la contrefaçon* », Pl, avril 2014, n° 51, p. 179-181, spéc. p. 180 : « *Cet ajout pose une question essentielle : que reste-t-il de l'action en concurrence déloyale ? Ces économies d'investissements intellectuels matériels et promotionnels étaient généralement défendues dans le cadre d'une telle action à titre accessoire d'une demande en contrefaçon. Si l'action privative englobe désormais également ce chef de préjudice, l'on ne voit plus très bien quel intérêt né l'action en concurrence déloyale présente* ».

[898] A. Lebois, « *La fixation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon* », ., n° 86, p. 63-66, spéc. n° 30. Comp. J. Lapousterle, « *Droit des dessins et modèles interne et communautaire* », D. 2014, p. 2207 et s., spéc. p. 2215, qui considère qu'« *il serait pour le moins paradoxal et anachronique d'avoir à solliciter l'article 1382 du Code civil afin d'obtenir réparation de préjudices s'inscrivant pourtant dans le prolongement direct de la contrefaçon intervenue*» dès lors que « *le législateur s'évertue à détailler toujours plus le préjudice réparable dans le cadre de l'action en contrefaçon* ».

[899] J.-Ch. Galloux, « *La loi 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon : vers la saturation ?*», PI, juill. 2014, n° 52, p. 242-251, spéc. p. 247.

[900] A. Latil, « *Les économies d'investissements du contrefacteur* », Comm. com. électr., mars 2015, n° 3, ét. 6, spéc. n° 18.

[901] Ibid., n° 9. « *Les liens avec les bénéfices apparaissent d'ailleurs très clairs dans la loi puisqu'il est indiqué que la juridiction prend en considération pour fixer les dommages-intérêts [...] les bénéfices réalisés par l'auteur de*

À la différence du parasitisme, la réalité ou l'importance des investissements des titulaires n'est donc pas prise en compte, car l'action en contrefaçon n'a pas pour but de protéger une «*activité en réparant le préjudice causé à l'investissement* », mais à sanctionner « *l'atteinte au bien corporel en imposant la restitution des bénéfices illicites* »[902].La remise d'investissements, visée par le Code de la propriété intellectuelle, est en effet indifférente à l'existence d'un préjudice, contrairement au parasitisme qui exige au minimum la démonstration d'un trouble commercial. Ainsi, dans l'hypothèse où la jurisprudence retiendrait une faute de parasitisme d'investissements, au motif que le contrefacteur aurait détourné les économies de conception et de réalisation publicitaire, le « *même fait (profiter des efforts d'autrui) produit deux conséquences distinctes : d'une part, engendrer un bénéfice illicite pour le contrefacteur, et d'autre part dévaloriser l'investissement* »[903].

Cette distinction entre la restitution des bénéfices engendrés par la contrefaçon et l'atteinte aux investissements du titulaire du droit de propriété intellectuelle pour développer et exploiter son droit de propriété intellectuelle, apparaît particulièrement pertinente tout en répondant aux finalités de l'action en contrefaçon et de l'action en parasitisme.

Il reste à s'interroger si ce cumul est admis par la jurisprudence ? les choses sont incertaines, même si deux arrêts de la Cour d'appel de Paris[904] ont admis le cumul de l'action en contrefaçon et de l'action en parasitisme d'investissements. Les juges du fond allouent la restitution des bénéfices au contrefacteur sur le fondement de l'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle et une indemnité complémentaire pour parasitisme en se fondant sur les conséquences préjudiciables qu'a pu entraîner ce comportement sur les activités ou l'image de

l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits ». Des auteurs ont alors remis en cause l'ajout introduit par la loi de 2014, « *dans la mesure où les économies d'investissements se traduisent nécessairement par des bénéfices* »: A. Lebois, art. cit., n° 30; J.-Ch. Galloux, art. cit., p. 247.

[902] A. Latil, art. cit., n°21.

[903] Ibid.

[904] CA Paris, 1re ch., 2 juin 2015, SA Louis Vuitton Malletier c/ SARL Emeraude City, RG n° 14-01233 ; Juris Data n° 2015-017835 ; CA Paris, 1re ch., 19 janv. 2016, SA Riechers Marescot c/ SARL H & M, Hennes & Mauritz, RG n°14-10676 ; JurisData n° 2016-001247.

la victime. Il faut approuver ce mouvement jurisprudentiel qui distingue clairement les actions tout en renforçant la protection des titulaires de droit de propriété intellectuelle. Il convient cependant de rester prudent la jurisprudence n'étant pas encore fixée. Notamment en droit des marques puisque l'atteinte à l'investissement promotionnel est directement prise en compte pour caractériser l'atteinte au droit privatif.

Il nous reste à formuler le voeu que la jurisprudence, mais aussi le législateur, achèvent le travail de distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en déloyauté par confusion ou par parasitisme, en tenant compte des finalités particulières de chacune de ces actions.

Conclusion Section 2

148. Au terme de cette section, nous retenons que la possibilité d'exercer cumulativement les actions en contrefaçon et en concurrence déloyale ou en parasitisme, se heurte également à des difficultés. Malgré des fondements et des finalités différentes, les sanctions de la contrefaçon et de la concurrence déloyale ou du parasitisme sont très proches, voire identiques. Les préjudices réparables étant souvent de même nature, entrainant la difficulté de les distinguer, ou à tout le moins, de délimiter précisément leur champ d'application respectif.

Il en résulte un risque de double indemnisation qui prive d'objet le cumul d'actions au regard du principe de réparation intégrale. Ces difficultés de délimitation tiennent principalement à une appréciation très large du préjudice de contrefaçon, portée en France par les lois de 2007 et de 2014. Il en résulte qu'appréhendée, dans sa fonction réparatrice, comme une simple action en responsabilité civile, l'action en contrefaçon peine parfois à se distinguer de l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme.

Conclusion du chapitre

149. Pour qu'il y ait cumul d'actions, il apparaît donc clairement que chacune des actions menées doit au préalable être juridiquement fondée, et donc en dernière analyse, recevable. Cette règle concernant plus spécifiquement l'action en concurrence déloyale qui doit remplir les conditions de recevabilité en amont, pour pouvoir être exercée au soutien de l'action en contrefaçon, le tout en vue de la protection des créations immatérielles.

Concernant précisément l'action en contrefaçon, ses conditions de recevabilité sont réputées acquises dès lors que son demandeur est en mesure de caractériser un risque réel de confusion entre ses créations originales et les produits contrefaits. En particulier en l'absence de protection conférée aux créations immatérielles. La notion de risque de confusion est centrale comme nous allons à présent l'étudier dans le chapitre II.

Chapitre II : Le critère subsidiaire du risque de confusion pour les créations non couvertes par un droit privatif

150. S'agissant ici de créations immatérielles non protégées, contrairement au chapitre précédent, l'action en contrefaçon ne pourra donc être mise en œuvre. Seule sera ouverte au demandeur victime d'une imitation frauduleuse, l'action en concurrence déloyale. Alors que dans le chapitre précédent, (créations immatérielles protégeables par l'action en contrefaçon), le principe du cumul entre les deux actions est juridiquement admis. C'est le lieu de rappeler les conditions de mise en œuvre de chacune des deux actions qui se distinguent par ailleurs, tant par leur cause que par leur objet.

151. L'action en contrefaçon vise à sanctionner les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Si la sanction se traduit toujours par une réparation pécuniaire, assortie au besoin, d'une ordonnance de cessation du comportement contrefaisant, sa fonction première est de rétablir le monopole d'exploitation de son titulaire.

152. Tandis que l'action en concurrence déloyale qui obéit aux règles de l'action en responsabilité civile, vise à sanctionner la transgression des règles d'une concurrence saine et loyale[905], par une injonction faite au défendeur à cesser son comportement déloyal. Et en cas de préjudice, à en réparer financièrement les conséquences.

153. Cependant, en dépit de leur autonomie respective, l'une vis-à-vis de l'autre[906], l'exercice de chacune des actions peut générer des intrusions dans l'autre domaine et y produire des effets juridiques de même nature. A l'exemple d'un acte de concurrence déloyale commis à l'occasion

[905] P. Roubier, « *Le droit de la propriété industrielle* » : Sirey, 1952, t. 1, p. 308. – Cass. com., 22 sept. 1983 : Bull. civ. 1983, IV, n° 236. – CA Paris, 18 avr. 1989 : Ann. propr. ind. 1990, p. 187. – CA Paris, 14 mai 2003, n° 2001/12885 : JurisData n° 2003-220086 ; Propr. intell. 2004, n° 11, p. 676, obs. J. Passa.
[906] V. J. Passa, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* » : Litec, coll. Le droit des affaires – Propriété intellectuelle, 1997 ; Chronique Responsabilité civile – Concurrence in Propr. intell. depuis 2001.

de l'exploitation d'une création immatérielle, ou d'un signe distinctif non couvert par un droit privatif. Et déclencher de ce fait, une action en concurrence déloyale.

C'est précisément le cadre de raisonnement qu'offre le présent chapitre, il s'ensuit que l'action en concurrence déloyale sera ici au cœur de notre réflexion.

154. Le critère principal en étant le risque de confusion entre l'œuvre originale et la copie frauduleuse. Toute la question sera de déterminer lequel des exploitants peut faire valoir une antériorité. En clair, le demandeur, exploitant d'une marque non déposée, dite marque d'usage devra établir l'antériorité[907] de son activité ou de son produit, afin de voir prospérer son action en concurrence déloyale.

155. L'action en concurrence déloyale sera d'autant plus indiquée en cas de préjudice né d'un comportement parasitaire. A l'exemple du vol de secrets d'affaires et de savoir-faire[908], ayant pour effet (voire pour objet) de détruire l'avantage concurrentiel d'autrui, par l'acquisition et la divulgation illicites de ses secrets d'affaires ou de son savoir-faire. C'est par exemple le cas lorsque des informations élaborées et structurées, sont reprises sans autorisation permettant à son auteur de profiter indûment des investissements d'autrui. Ce cas de concurrence déloyale par parasitisme, notamment dans des activités de recherche, est abondamment illustré en jurisprudence. Ainsi que le rappelle un auteur qui écrit que : *« l'action en concurrence déloyale peut intervenir dès lors que le mécanisme du droit privatif ne peut pas jouer (information non opposable), ne peut pas encore jouer (information en cours d'appropriation), ou ne peut plus jouer (invention dont le brevet est expiré). L'information non appropriable parce qu'elle ne répond pas aux conditions prévues par la loi, est protégée par l'action en concurrence déloyale, à la condition qu'elle ait un caractère secret* »[909].

---

[907] Par ex. Cass, com., 21 mars 2000, PIBD 2000, n° 708, III, 571.

[908] CA Paris, 29 novembre 1996, Sarl intégrale, RJDA 1997, n°296 ; CA Paris, 17 janvier 1997, Vf diffusion, PIBD, 1997, p.517.

[909] BURST, (J-J). « *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?* » In Mélanges dédiés à Paul Mathély. Paris : Litec, 1990, p.93.

156. La concurrence déloyale peut également être invoquée contre l'usurpation des documents techniques ou des études fondées sur un savoir-faire technique accumulé par l'entreprise[910]. Traditionnellement en France et au Koweït, l'atteinte à ce type de savoir-faire secret, est sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale.

L'action en contrefaçon n'étant ici pas recevable, c'est la concurrence déloyale qui sera exercée, à sa place, qui plus est, à titre subsidiaire. Encore faudrait-il que les critères en soient réunis.

Nous nous proposons dès lors d'en étudier la mise en œuvre, selon que l'imitation ait porté sur les signes distinctifs (Section 1) ou sur les techniques non brevetées ou secrètes (Section 2).

Section 1 : Les signes distinctifs non couverts par un droit privatif

157. Avant d'évoquer le régime juridique de la protection des signes distinctifs, il nous semble indispensable de rappeler d'abord ce que sont ces derniers.

Ce sont d'une part, les signes distinctifs classiques que sont la dénomination sociale, le nom commercial ou l'enseigne et les marques d'usage. Et d'autre part, les signes distinctifs sur Internet que constituent les noms de domaine.

Le régime juridique de leur protection repose sur l'action en concurrence déloyale qui permet de sanctionner en particulier, les imitations frauduleuses de l'enseigne, du nom commercial et de la dénomination sociale à condition que ces dernières induisent un risque de confusion[911].

---

[910] Com. 30 octobre 1978, Chantiers modernes, D.1980, p.55, note SCHMIDT, (J).

[911] CA Rennes, 13 oct. 2009 : JurisData n° 2009-019213 : « *le fait d'adopter une dénomination sociale identique ou similaire à celle d'une entreprise concurrente constitue un acte de concurrence déloyale si cette situation crée un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle* ». – CA Versailles, 29 oct. 200 : JurisData n° 2009-017368 : « *la dénomination sociale, le nom commercial et l'enseigne peuvent être protégés par l'action en concurrence déloyale s'il existe un risque de confusion pour la clientèle entre deux dénominations utilisées* ». –

158. Le risque de confusion suppose que les parties en litige soient en réelle situation de concurrence. Aussi bien en droit français que koweïtien ; c'est le « *principe de spécialité* » qui sous-tend l'action en concurrence déloyale[912], et bien connu du droit français et koweïtien[913]. Dit autrement, les signes distinctifs doivent avoir été utilisés dans des secteurs économiques identiques ou similaires, par des entreprises offrant des produits ou services analogues ou substituables. La jurisprudence française a ainsi jugé que : « *l'action en concurrence déloyale exercée par un commerçant contre un autre qui fait usage du même nom, exige que les entreprises soient en situation de concurrence, c'est à dire qu'elles exercent leur activité dans le même domaine de spécialité* »[914]. Peu importe que les signes distinctifs n'aient pas été au préalable, enregistrés au registre du commerce et des sociétés. Dès lors qu'il est établi un lien de concurrence entre les parties[915]. Les marques d'usage sont elles aussi soumises au principe de spécialité[916]. Ainsi d'ailleurs que les signes distinctifs sur Internet que constituent les noms de domaine[917].

CA Paris, 3 juill. *2009 :* JurisData n° 2009-010330 : *(risque de confusion découlant de l'usage d'un terme imitant la dénomination sociale et le nom commercial d'un concurrent*). – CA Toulouse, 25 juin 2008 : JurisData n° 2008-373250, (*imitation de la dénomination sociale d'un concurrent à l'origine de la création d'un risque de confusion*). – CA Paris, 27 avr. 2007, JurisData n° 2007-337338, (*imitation du nom commercial d'un concurrent générant un risque de confusion que ne suffit pas à dissiper l'usage de logos différents*).

[912] H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », p. 354.

[913] H. ALMASRI, *« Le Droit du commerce koweitien », p. 311. « Et parmi les actes de concurrence déloyale se trouve tout acte qui implique une attaque contre un élément du fonds du commerce, lorsque les clients s'appuient sur cet élément dans leurs relations avec le fonds du commerce, comme l'agresseur utilisant le nom commercial ou une dénomination innovante qui ne lui appartient pas, car cela entraîne une confusion parmi les fonds du commerce et entraîne une confusion parmi les clients* ».

[914] CA Paris, 28 mars 1989 : PIBD 1989, III, p. 534 ; CA Paris, 12 juin 1995 : PIBD 1995, III, p. 427 ; CA Colmar, 13 fév. 1996, Sté E. et P. Mittnacht Wistub Suzel c/ Suzel : D. 1998, somm., p. 222, obs. Yves SERRA.

[915] *CA Paris, 27 avr. 2007 :* JurisData n° 2007-337338*,* « *un nom commercial qui identifie l'entreprise dans ses rapports avec la clientèle s'acquiert par l'usage, même s'il n'est pas mentionné au registre du commerce, dans la mesure où le public en a connaissance* ». *– V.,* critiquant les décisions ayant, au contraire, subordonné la reconnaissance d'une protection à une inscription du signe au RCS*, J. Passa, « La protection de la dénomination sociale et du nom commercial par l'action en concurrence déloyale » :* Mélanges Serra, Dalloz 2006, p. 289 et s. – V*., réaffirmant la nécessité de caractériser le lien de concurrence entre les parties, y compris lorsque l'imitation porte sur une dénomination sociale,* Cass. com., 27 janv. 2009 : JurisData n° 2009-046794. – Cass. com. 30 nov. 2004 : JurisData n° 2004-025925.

[916] V. par ex. CA Paris, 17 févr. 1960 : JCP G 1960, II, 11504, note J. Voulet. – CA Paris, 19 déc. 1977 : Ann. propr. ind. 1979, 102. – CA Paris, 8 mars 1978 : Ann. propr. ind. 1980, 67. – CA Angers, 26 févr. 1990 : PIBD 1991, III, 31. – CA Paris, 19 juin 1990 : Ann. propr. ind. 1990, 169.

[917] Cass. Com. 7 juill. 2004 : JurisData n° 2004-024595 ; Propr. industr.2004, comm. 94, J-P. Viennois, « *crée un risque de confusion la société qui utilise comme nom de domaine un vocable imitant l'enseigne et le nom commercial d'une société concurrente* ». – CA Montpellier, 10 nov. 2009 : JurisData n° 2009-021948, « *création d'un risque de confusion par l'utilisation d'un nom de domaine constituant une imitation du nom de domaine d'un*

159. Ce bref rappel effectué, nous étudierons dans un premier temps, la nature juridique de ces signes distinctifs à la fois non protégés par l'action en contrefaçon, mais conférant tout de même des droits dits *secondaires* (§1 titre). Et dont on verra qu'elle explique en partie, le recours à l'action en concurrence déloyale pour leur protection. Il sera alors temps d'étudier la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale, en nous intéressant d'abord aux signes distinctifs classiques déjà évoqués (§2). Et ensuite aux signes distinctifs sur Internet, qui concernent pour l'essentiel les noms de domaine (§3).

§1 : le régime juridique des signes distinctifs non protégés

160. Il est utile de rappeler de prime abord, que du point de vue du régime juridique de leur protection, il existe deux types de signes distinctifs : ceux qui font l'objet de droits de propriété intellectuelle, et donc protégés par l'action en contrefaçon, doublée dans certains cas, d'actions pénales. D'autre part, les signes distinctifs non couverts par un droit privatif.

C'est ce que Roubier nomme les *situations juridiques secondaires*[918]. Il les analyse comme une troisième voie, qui viendrait s'ajouter à l'action en contrefaçon, et à l'action en concurrence déloyale. Au nombre de ces *situations juridiques secondaires*, il cite l'exemple du droit sur le nom commercial ou sur un secret de fabrication, qu'il qualifie de « *droits secondaires* »[919] du fait de leur non-éligibilité à l'action en contrefaçon.

---

concurrent ». – CA Paris, 23 sept. 2009 : JurisData n° 2009-016310, « *la reproduction quasi servile du nom de domaine exploité par un concurrent pour diriger le public vers des sites offrant des services d'informations économiques et financières comparables est de nature à brouiller les repères du public en créant un risque de confusion sur l'origine des services concernés* ». – V. également CA Aix-en-Provence, 8 févr. 2007 : JurisData n° 2007-335477, « *risque de confusion, caractérisé par l'imitation du nom de domaine d'un concurrent, le nom employé étant quasi identique et leurs auteurs exerçant dans le même secteur d'activité* ». – CA Paris, 15 févr. 2006 : JurisData n° 2006-293602, « *la reproduction et la réservation d'un nom de domaine destiné à l'hébergement d'un site offrant un produit similaire constitue manifestement un risque de confusion que ne suffit pas à dissiper la seule différence résidant dans l'absence de trait d'union entre les mots composant le nom de domaine* ». – « *En revanche, l'action en concurrence déloyale ne pourra prospérer si le nom de domaine imité présente un caractère directement descriptif en ce qu'il évoque l'objet même du site* », CA Douai, 9 sept. 2002 : JurisData n° 2002-187494.

[918] ROUBIER P., « *Le droit de la propriété industrielle* », T1, Sirey, 1952, spéc. n° 72, p. 314 et s.

[919] Ibid, n° 72, p. 316. *« Nous entendons par là des situations juridiques qui ne sont pas définies comme des droits exclusifs, et en tous cas ne sont pas sanctionnées par une action pénale en contrefaçon. Cependant il s'agit bien*

Cette distinction opérée par Roubier ne convainc cependant pas une partie de la doctrine koweïtienne, réticente à qualifier les signes distinctifs non couverts par un droit privatif, de « *droits secondaires* »[920].

C'est dans ce contexte que nous allons à présent tenter de cerner la nature juridique des droits dits secondaires (A) dont le caractère hybride explique sans doute, en grande partie qu'ils soient protégés par l'action en concurrence déloyale (B).

A. La nature juridique hybride des signes distinctifs non couverts par un droit privatif

161. Les droits dits secondaires, conservent quelques caractères qui rappellent les droits protégés par un titre de propriété. Il s'agit de l'obligation des formalités de publicité (1), du respect du principe de spécialité (2), du caractère distinctif du signe que l'on cherche à protéger (3), de la notoriété (4), et enfin de la valeur commerciale du signe distinctif (5).

1. Formalité de publicité

162. En France comme au Koweït, cette formalité est indispensable pour conférer une protection : elle consiste en une inscription au registre du commerce et des sociétés (pour le nom commercial, la dénomination sociale)[921], en un enregistrement (pour le nom de domaine[922]).

---

de droits véritables, dont l'action en concurrence déloyale sera seule en état d'assurer, au moins dans une certaine mesure, le respect. ». Ibid., n° 72, p. 314 et s.

[920] Kilani MAHMOUD, « *La protection de commerce du fonds par l'action en concurrence déloyale* », Dar Alnahda Alarabeya, Égypte, le Caire, 126. ; AL SHAMMERI, *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* , Revue juridique de l'université du Koweït, p.42.V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien,* » p. 164.

[921] Article 48 du code du commerce koweitien.

[922] Notamment MANARA C*., « Le décret relatif à l'attribution des noms de domaines français »,* D. 2007, P. 1740. Il s'agit du décret du 6 février 2007, n° 2007-162. S. Al-QALIOUBI, Propriété industrielle, 10e éd, Dar Alnadha, EGYPT, 2016, P. 827.

En pratique cependant, le défaut d'enregistrement n'empêche nullement d'exercer une action en concurrence déloyale en cas de risque de confusion consécutive à une imitation. La protection est acquise, dès lors que le nom commercial[923], l'enseigne[924], la dénomination sociale[925] ou le nom de domaine [926], bénéficient d'une notoriété établie (usage public et continu). A ce propos, Mme. Al. Qalioubi, juriste koweitienne, a écrit que : « *cette protection générale fondée sur la concurrence déloyale est plus large et plus générale. En effet, le titulaire d'un nom commercial peut intenter cette action sur la base de la responsabilité délictuelle si ses conditions sont remplies, peu importe que le nom commercial ait été enregistré et publié au Journal officiel des noms commerciaux conformément aux dispositions de la loi sur les noms commerciaux et de la loi sur le registre du commerce* »[927].

163. Plus généralement, la doctrine voit dans cette acquisition par le signe distinctif, d'une protection du fait de la notoriété, un point commun avec le droit de propriété intellectuelle protégé. Ainsi comme l'a écrit un auteur : « *ce mode d'acquisition [...] par l'usage, qui n'est rien d'autre qu'une prise de possession réalisant l'occupation, conforte s'il en était besoin sa qualification de propriété incorporelle. L'occupation constitue en effet le mode originaire d'acquisition de la propriété* »[928].

---

[923] L'article 8 de la Convention de Paris, du 20 mars 1883 précise que « *le nom commercial sera protégé dans tous les pays de l'Union sans obligation de dépôt ou d'enregistrement, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce* ». Rappelant que l'acquisition de fait par l'usage, nombreuses références sous LOISEAU G., Nom commercial, Rép. Commercial, Dalloz, 2002, spec. N° 15 et s.

[924] CA Versailles, 29 juin 2006, Prop. Indus. Février 2008, comm. 17, p. 35, note LARRIEU J.

[925] Contra *« le droit sur la dénomination sociale [...] n'est pas lié à l'activité ou à l'exploitation commerciale de son titulaire mais à la personne morale elle-même, si bien qu'une société en sommeil conserve un droit « exclusif » sur sa dénomination sociale, lequel ne se perd pas par le non-usage »,* BOESFLUG N., GREFFE P., BARTHELEMY D., JCP E. 2003, « Marques », Chron., p. 1618, n° 4 (arrêt cité, non référencé) : POLLAUD-DULLIAN F.*,* « *Droit de la propriété industrielle* », Montchrestien, 1999, spec. N°1109 ; FRANCOIS B., « *Dénomination sociale* »,Rép. Sociétés, Dalloz, 2005, spéc. n° 95 et s.

[926] L'enregistrement permettrait « *d'acquérir un droit sur le nom de domaine* », mais seul l'usage permettrait d'agir, comme c'était le cas pour les marques d'usage. CARON Ch., note sous, CA Paris, 18 octobre 2000, CCE juin 2001, comm 60, p. 29 ; TARDIEU-GUIGUES E., « *La protection des noms de domaines* », JCP Cahiers droit de l'entreprise 3/2003, p. 14, spéc. p.19.

[927] S. Al-QALIOUBI, Propriété industrielle, , P. 842.

[928] LOISEAU G., « *Nom commercial* », Rép. Commercial, Dalloz, 2002, spéc. n° 16.

2. Le principe de spécialité

164. Rappelons que le *principe de spécialité*, tant en droit français que koweitien, qui est une condition d'exercice de l'action en concurrence déloyale, signifie que les signes distinctifs doivent être utilisés dans des secteurs d'activités identiques ou similaires, par des entreprises offrant des produits ou services analogues ou substituables. Pour le nom commercial ou l'enseigne, cette condition est apparue évidente[929]. Quelques débats ont animé le cas la dénomination sociale[930] ; en ce qu'elle identifie une personne morale et non un produit ou un service. Elle doit en effet pouvoir être utilisée au même titre qu'un nom patronymique, et pour tout type d'activité. Au total cependant, la jurisprudence[931] comme la doctrine majoritaire[932] considèrent que le principe de spécialité doit s'appliquer ici également.

165. Concernant le nom de domaine, la question de sa soumission au principe a aussi fait l'objet de débats houleux[933] sur plusieurs points :

-Le premier avait trait à la protection de la marque, lorsque qu'un tiers déposait un nom de domaine identique. Pour se protéger de ce risque, les entreprises déposaient leur marque en classe 38 (relative aux services de télécommunication). Ce dépôt, permettait de rendre la marque indisponible pour un tiers sur la toile. A défaut d'un tel dépôt, le titulaire ne pouvait agir au titre de la contrefaçon contre un nom de domaine la reprenant pour le même type de produits ou de services. Le principe de spécialité semblait dès lors ne pas devoir s'appliquer[934],

---

[929] PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », T. 1, LGDJ, 2006, n° 496 et s., p. 488 et s. *;* D. SALAH, « *La concurrence déloyale étude comparative du droit français et droit égyptien* » p. 17, n°30.
[930] Sur cette question : PASSA J., n° 498, p. 491 ; S. Al-Qalioubi, « *Propriété industrielle* », 2e éd, 2010, n° 217.
[931] CA Paris, 21 octobre 2005, D. 2006, somm., p. 2319, note DURRANDE S. ; contra CA Paris, 3 mars 1995, D. Aff. 1999, p. 803, note B. P ; Cour d'appel égypt., n°2 /858 Q, le 4 /10/2012.
[932] PASSA J., n° 498, p. 491 ; POLLAUD-DULLIAN F., n° 1106, 1113.: LE BIHAN E JULIEN-RAES L., « *Étude sur un objet de propriété incorporelle mal-aimé : la dénomination sociale* » Prop intell. 2004/12, p. 749. ; S. Al-Qalioubi, « *Propriété industrielle* », p.827.
[933] Notamment PASSA J., n° 500 et s., p. 494 et s. ; VIVANT M., RAPP L., GUIBAL M. et alii autours, n° 2147.
[934] Nous préférons conserver une approche plus modérée sur cette question. Nous estimons que le principe de spécialité est, non pas battu en brèche, mais plutôt apprécié de façon « *abstraite* ». Puisque cette approche aboutit à la conclusion que tous les noms de domaine appartiennent à la même spécialité : l'Internet. L'on ne tient pas compte de l'objet du site. L'autre méthode, dite « *concrète* », considère qu'il faut s'intéresser à l'objet du site pour

jusqu'à ce qu'en 2005, la Cour de cassation décide d'exiger l'application du principe de spécialité[935]. Désormais, seul un nom de domaine évoquant des activités identiques ou similaires à celles du titulaire de la marque déposée pourra être rejetée[936].

Il subsiste cependant une exception à l'applicabilité par défaut du principe de spécialité : il s'agit de la marque dite « *notoire* », tellement célèbre qu'elle permet de dépasser toute notion de spécialité, de noms de domaine, ou de tel type de produits ou services commercialisés sous ce nom.

L'arrêt « *milka.fr* », vient illustrer les effets de la marque *notoire* : elle opposant la société Kraft Foods à une couturière prénommée « *Milka* », et ayant par ailleurs choisi ce prénom comme nom de domaine. La couturière est condamnée sur le fondement de l'article L. 713-5 du CPI, l'usage de son prénom comme marque ayant été jugée injustifié[937].

-La seconde question concerne la protection des noms de domaine en eux-mêmes, nom contre nom. Elle pose moins de difficultés, car la question se résout par la simple application du principe de spécialité : seront interdits les noms de domaine identiques ou similaires, qui

être à même de définir sa spécialité. Voir les nombreux arrêts illustrant cette question BOUVEL A. « *La clarification du régime juridique des noms de domaine* », Prop. Intell. 2006/19, spec. p. 129 (notes 7 et 8).

[935] Cass. Com., 13 décembre 2005, D. 2006, Act. jur., p. 63, obs. MANARA C., Prop. Indus. Février 2006, comm. 15, note TREFIGNY P. ; Prop. Indus. mars 2006, comm. 26, note VIENNOIS J.-P. (arrêt Locator): JCP E. 2006, 1234, note CARON Ch.: BOUVEL A., art. préc., « *Un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont so identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entrainer un risque de confusion dans l'esprit du public* »; précédé de, au second degré CA Paris, 29 octobre 2003, JCP G. 2004, L 113, note CARON Ch.; Propr. Ind. avril 2005, alerte 38, par I. MEUNIER-COEUR 1. ; Déjà en ce sens CA Versailles, 22 novembre 2001, CCE avril 2002, comm. 56, p. 20, note CARON Ch. « *L'enregistrement d'un nom de domaine est en lui-même neutre, de même que l'est le support que constitue un site Internet : en l'espèce il n'est pas établi que les enregistrements et les sites litigieux concernent les services pour lesquels la protection des marques est revendiqué voire des services similaires* » ; SINGH A., « *Le principe de spécialité et internet* », D. 2002. Chron., p. 1818 : TGI Strasbourg, 29 mai 2001, CCE juillet-août 2001, comm. 79, p. 26, note LE STANC Ch. : « *L'évolution juridique (doit) nécessairement faire appel au principe de spécialité pour préciser les limites de la protection sur le net, compte tenu de la profusion d'adresses et de leur valeur commerciale devenue évidente* ».

[936] Pour un historique plus abouti : TARDIEU-GUIGUES E., « *La protection des noms de domaines* », JCP Cahiers droit de l'entreprise 3/2003, p. 14.

[937] MARTIN N., « *L'arrêt « milka.fr » ou l'utilisation de la renommée d'une marque pour la récupération d'un nom de domaine* », RLDI 2006/18, p. 18 : condamnation sur le même fondement TGI Paris, 7 juin 2006, RLDI 2006/19, n° 568, p. 24, note COSTES L. et AUROUX J.-B. (nom de domaine hotel-meridiana opposé à la marque renommée Le Méridien).

identifient des activités identiques ou similaires, sous réserve qu'un risque de confusion puisse en résulter.

3. Le signe distinctif

166. Précisons d'emblée qu'un signe totalement dépourvu de caractère distinctif peut malgré tout être choisi et exploité dans le commerce à titre de dénomination sociale, de nom commercial, d'enseigne ou de nom de domaine ; aucune disposition légale ne l'interdisant[938]. Même s'il est préférable que le signe présente un caractère propre aux yeux du public, en raison du fait que la protection contre l'usage frauduleux d'un signe identique ou similaire par un concurrent, sur le fondement de la responsabilité civile, suppose qu'il soit distinctif. A peine de voir rejeté son recours pour défaut de risque de confusion[939]. A la condition naturellement que le demandeur puisse établir l'antériorité de son droit.

167. A cet égard, l'article L. 711-3 du CPI, rappelle que : « *Ne peut être valablement enregistrée et, si elle est enregistrée, est susceptible d'être déclarée nulle une marque portant atteinte à des droits antérieurs ayant effet en France, notamment 3° Une dénomination ou une raison sociale, 4° Un nom commercial, une enseigne ou un nom de domaine, dont la portée n'est pas seulement locale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public* ».

En d'autres termes, il s'agit d'une reconnaissance de la qualité d'antériorité aux dénomination, raison sociale, nom commercial et nom de domaine.

Le code de commerce koweitien prévoit en son article 48, que : « *Le nom commercial sera enregistré conformément aux dispositions de la loi et, après son enregistrement, un autre commerçant ne pourra pas utiliser ce nom dans le même type de commerce qu'il exerce* ».

---

[938] Mohamed ALAMIR YOUSSEF WAHBA, « *Interprétation du droit de commerce égyptien* », p. 405 et s. en même sens, Tribunal de Première Instance du Mont-Liban – Troisième chambre 3/9/1998. Cité par Samir Fernan Bali - Beyrouth, Liban, éd 2003, p.115.

[939] C'est donc au demandeur d'établir le caractère distinctif du signe dont l'imitation est reprochée, le tout sur le fondement de la concurrence déloyale. La Cour de cassation a toutefois jugé dans un sens contraire, de façon très discutable, à propos d'éléments du conditionnement d'un produit non protégé par un titre privatif (Cass. Com, 20 févr. 2007 (pourvoi n° 05-11437), Propr. intell. 2007, n° 24, p. 356, obs. J. PASSA. Nous estimons que la doctrine koweitienne gagnerait à se saisir de cette solution, nous regrettons que cela ne soit pas le cas.

Tandis que l'article 55 stipule que : « *si le nom commercial est utilisé par une personne autre que son titulaire d'une manière contraire à la loi, les parties concernées pourront empêcher son utilisation et demander son annulation s'il est enregistré dans les registres, Ces dispositions s'appliquent aux autres singes distinctive, dénomination sociale et marque* ».

168. En application de ces textes, la jurisprudence français a jugé du 14 janvier 2003 que si le nom de domaine « *pere-noel.com* » peut être classé parmi les signes distinctifs susceptibles d'être protégés, encore faudrait-il que son titulaire en démontre une exploitation effective et antérieure à la date du dépôt de la marque *Pere-noel.com* et *Pere-noel.fr*[940]. Ajoutons que dans un arrêt rendu le 4 juillet 2019, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence énonce que : « *Un nom de domaine constitue un signe distinctif* »[941]. Par ailleurs, dans un autre arrêt du 15 janvier 2019, la Cour d'appel de Paris, a jugé que : « *le nom de domaine et l'enseigne, au regard de leur valeur commerciale, constituent des signes distinctifs bénéficiant d'une protection juridique autonome contre l'usage postérieur d'un signe identique ou similaire par un tiers non autorisé en vertu du droit commun de la responsabilité civile* »[942]. Elle a aussi, dans un arrêt plus récent rendu le 28 février 2020, et sur la base d'une comparaison effectuée entre l'activité du titulaire du nom de domaine « *lovelyfamily.fr* » et les secteurs d'activités visés par le dépôt de la marque « *Lovely Family* », et en se fondant par ailleurs sur l'expérience du consommateur d'attention moyenne, avait considéré que le nom de domaine « *lovelyfamily.fr* » constituait une antériorité opposable à la marque « *Lovely Family* »[943].

169. En pratique, le caractère distinctif est diversement apprécié en matière de noms de domaines. Parfois, il n'est pas déterminant, comme ce fut le cas dans l'arrêt opposant les noms

[940] Tribunal de Grande Instance de Lons-le-Saunier, 14 janvier 2003, n° 01/00509.
[941] CA Aix-en-Provence, ch. 3-1, 4 juill. 2019, n° 17/01088.
[942] Cour d'appel de Paris,ch . 1, le 15 janvier 2019, n°17 :16677.
[943] CA Paris, pôle 5, ch. 2, 28 févr. 2020, n° 18/20359, Sté Lovely Family Photography et M. c/ Sté Lovely Family et A. : PIBD 2020, n° 1142, III, p. 8.

de domaines « *annoncesvacances.com* » et « *annoncevacances. Com* »[944]. Décision abondamment critiquée[945], car pouvant induire une perturbation du processus concurrentiel. En effet, des mots clefs descriptifs pourraient se retrouver confisqués par quelques-uns, au préjudice de la majorité. La jurisprudence semble toutefois avoir pris la mesure du problème, car dans un arrêt opposant les noms de domaines « *bois-Tropicaux.com* » et « *boistropicaux.com* », qui opposait deux sites évoluant dans le même secteur d'activités, la Cour d'appel de Douai ne retient aucune faute, déniant au demandeur « *un caractère d'originalité suffisant* »[946] de son nom commercial. Une autre décision est allée dans le même sens concernant les noms de domaine « *tarif-douanier.com* »[947] et « *tarifsdouanier.com* » ou « *services-funeraires.fr* » et « *servicesfuneraires.fr* »[948]. La Cour de cassation a elle-même repris cette approche concernant le terme « argus » en ayant jugé que : « *le mot argus étant un terme banal [...] (il n'est pas) un signe distinctif protégeable* »[949]. Cette appréciation découlant *in fine* du principe de liberté du commerce et de l'industrie, qui « *interdit en effet de qualifier de fautif celui qui utilise un terme nécessaire, générique ou usuel, dans un secteur d'activité* »[950].

[944] CA Paris, 8 octobre 2003, préc. ; dans le même sens TGI Strasbourg, 20 mai 2001, CCE avril 2001, comm. 79, note LE STANC C. (alsaceimmo.net et alsaceimmo.org contre alsaceimmo.com).
[945] Ce qui a fait dire caustiquement à Monsieur Manara C. « *Si vous voulez vous lancer dans le commerce électronique, surtout ne mentionnez pas ce que vous vendez !* », obs. sous, TGI Lille, Ord. Réf., 10 juillet 2001, D. 2001, Act. jur., p. 2410.
[946] CA Douai, 9 septembre 2002, D. 2003, Act. jur., p. 62, obs. MANARA C. ; contra pour le même litige TGI Lille, Ord. Réf., 10 juillet 2001, D. 2001, Act. jur., p. 2410, obs. MANARA C., retenant le risque de confusion entre les deux sites, sans s'interroger sur le caractère distinctif ou pas du nom de domaine.
[947] CA Paris, 5 mars 2003, D. 2004, somm., p. 1158, obs. DORANDEU N.
[948] CA Paris, 25 mai 2005, D. 2005, Act. jur., p. 1486, obs. MANARA C.
[949] Cass. Com., 23 janvier 2007, Prop. Indus. Avril 2007, comm. 37, p. 39, note LARRIEU J. ; RLDI 2007/26, n° 839, actualités, p. 11, note LACKER J. ; RLDI 2007/25, n° 815, note COSTES L. et AUROUX J.-B.
[950] BOUVEL A., « *Actualité du droit des noms de domaine* », Prop. Indus. Juin 2005, étude 15, spec. N° 5, p.7.

4. La notoriété

170. Comme pour les marques, la notoriété permet au nom commercial, à l'enseigne[951], à la dénomination sociale ainsi qu'au nom de domaine, de dépasser le principe de spécialité[952]. Dans certains cas, la notoriété est telle qu'elle constitue en elle-même un signe distinctif[953].

5. La valeur du signe distinctif

171. La valeur économique[954] de chaque signe distinctif détermine sa nature juridique et son caractère « *appropriable* »[955]. Il a ainsi été jugé que « *le nom de domaine, compte tenu notamment de sa valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire, peut justifier une protection contre les atteintes dont il fait l'objet* »[956]. On pourrait donc considérer que le nom commercial étant un élément du fonds de commerce, il en est indissociable lorsque celui-ci est nanti, concédé ou cédé[957].

172. C'est pour toutes ces raisons que tant la doctrine que la jurisprudence voient dans le nom commercial[958], l'enseigne[959], la dénomination sociale[960] ou le nom de domaine[961] une

---

[951] OLSZAK N., « *Enseigne* », Rép. Commercial, Dalloz, spéc. n° 68.
[952] Abdel-Fattah Bayoumi, « *La propriété industrielle en droit comparé* », Dar Al-Fikr - Alexandrie, 2008, p. 15. ;
[953] Cass. Com., 22 octobre 2002, D. 2002, Act. jur., p. 3142, obs. CHEVRIER E.; D. 2003, somm., obs. SERRA Y. Le pourvoi estimait que pour pouvoir agir, le demandeur à l'action doit pouvoir « *se prévaloir d'un droit privatif sur l'enseigne laquelle doit être suffisamment distinctive; que pour accueillir l'action en concurrence déloyale et parasitaire de la Sté Décathlon, la Cour d'appel s'est contentée d'affirmer le caractère notoire de l'enseigne de la Sté Décathlon, simplement composée de lettres majuscules blanches sur un fond bleu, laquelle serait constitutive d'un signe de ralliement pour la clientèle: qu'en se fondant ainsi sur des considérations inopérantes sans qualifier le caractère prétendument distinctif de l'enseigne, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte précité* ».
[954] Dénomination sociale : « *En 2003, elle aurait représenté 48% de la valeur des sociétés américaines ayant fait l'objet de fusions-acquisitions* », FRANCOIS B., « *Dénomination sociale* », Rép. Sociétés, Dalloz, 2005, spec. n° 100. « Le nom de domaine ». « *En 2005, le chiffre d'affaires du commerce électronique dépasse en France les 10 milliards d'euros, le nombre des sites marchands augmente de 50% passant de 7500 à 11000, Bilan 2005 du e-commerce* », Comm. Min. PME., 24 janvier 2006, JCP E. 2006, act. 70, p. 231 ; LOISEAU G., note sous, CA Paris, 18 octobre 2000, préc., spéc. N° 4. p. 1381.
[955] S. Al-Qalioubi, « *Propriété industrielle* », p.826.
[956] CA Paris, 18 octobre 2000, D. 2001, JP, p. 1379, note LOISEAU G. ; CCE juin 2001, comm, 60, p. 29, note CARON Ch.
[957] LOISEAU G., « *Nom commercial* », Rép. Commercial, préc., spéc. N° 45 et s.
[958] LOISEAU G., « *Nom commercial* », préc., spéc. N° 5.
[959] OLSZAK N., « *Enseigne* », Rép. Commercial, préc., spéc. n° 51 et s.
[960] Cass. Com., 12 mars 1985, JCP G. 1985, II, 20 400, note BONET G. et conclusions MONTANIER M. ; FRANCOIS B., préc., spéc. N° 100 ; POLLAUD-DULIAN F., « *Dénomination sociale* », J.-C. Société, fasc. 28-20, (actualisé par VAN DER ELST A.), 2006, spec. n° 8 et s.
[961] CA Paris, 18 octobre 2000, préc.

« *propriété* ». A l'origine de cette analyse « *se trouve dans le concept de valeur [...] En effet, si le nom de domaine a une valeur, ce qui est incontestable, il doit être approprié. La règle de droit a alors pour mission d'organiser la relation juridique entre la personne et le bien, objet de valeur. Or la propriété s'affirme comme le mécanisme juridique capable de répondre à cette exigence puisqu'il importe peu que le bien concerné soit corporel ou incorporel [...] C'est l'existence de la valeur qui permet de bénéficier du droit de propriété* »[962].

173. Pour autant que les droits dits *secondaires* confèrent un droit de propriété, ils n'ouvrent pas droit à une protection dans le cadre d'une action en contrefaçon, mais simplement à une action en concurrence déloyale, comme le défend le professeur Passa[963].

Les droits dits secondaires, peuvent donc être vus comme hybrides, car bien que possédant plusieurs caractéristiques propres aux droits de propriété intellectuel, tel que nous venons de l'exposer, ils ne bénéficient pas pour autant pas de la protection conférée par l'action en contrefaçon. Ils s'en trouvent par défaut protégés par l'action en concurrence déloyale. C'est ce que nous nous proposons à présent d'étudier.

B. Une protection par défaut, au moyen de l'action en concurrence déloyale

174. En droit koweitien comme en droit français, la protection des signes distinctifs de l'entreprise est principalement assurée par la voie de la concurrence déloyale. La majorité de la doctrine estime que l'imitation non autorisée d'une dénomination sociale, d'un nom commercial ou d'une enseigne concurrente, constitue une concurrence déloyale lorsqu'elle génère une confusion dans l'esprit du public[964].

[962] CARON Ch., note sous,CA Paris, 18 octobre 2000, préc., spéc. p. 29.
[963] PASSA J., *Traité de droit de la propriété industrielle*, préc., n° 502, p. 497.
[964] H. ALMASRI*, Le Droit du commerce koweitien,* p. 311. *« Et parmi les actes de concurrence déloyale se trouve tout acte qui implique une attaque contre un élément du fonds du commerce, lorsque les clients s'appuient sur cet*

En droit français, il existe une similitude intellectuelle entre ces signes distinctifs et la marque[965], leur objet commun étant précisément de faire ressortir le caractère distinctif du produit, du producteur, en vue d'attirer la clientèle. Rappelons que celle-ci permet de sanctionner la reprise des signes distinctifs non couverts par un droit privatif l'occurrence ici, de l'enseigne, du nom commercial, de la dénomination sociale lorsque leur imitation génère un risque de confusion[966] .

Des divergences subsistent malgré tout (1), qui justifient que la protection des signes distinctifs, autres que la marque, relève de l'action en concurrence déloyale (2).

1. Des différences notables entre le droit des marques et les autres signes distinctifs

175. Concernant tout d'abord la condition de la publicité pour déclencher l'ouverture de la protection, contrairement au droit des marques, l'enregistrement du droit ne suffit pas à e assurer une protection du fait de l'antériorité. La protection naît de l'usage, et non de la seule publicité[967].

élément dans leurs relations avec le fonds du commerce, comme l'agresseur utilisant le nom commercial ou une dénomination innovante qui ne lui appartient pas, car cela entraîne une confusion parmi les fonds du commerce et entraîne une confusion parmi les clients ».

[965] PASSA J., Traité de droit de la propriété industrielle, préc., n° 478, p. 469.

[966] CA Rennes, 13 oct. 2009 : JurisData n° 2009-019213, : « *le fait d'adopter une dénomination sociale identique ou similaire à celle d'une entreprise concurrente constitue un acte de concurrence déloyale si cette situation crée un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle* ». – CA Versailles, 29 oct. 200 : JurisData n° 2009-017368, : « *la dénomination sociale, le nom commercial et l'enseigne peuvent être protégés par l'action en concurrence déloyale s'il existe un risque de confusion pour la clientèle entre deux dénominations utilisées* ». – CA Paris, 3 juill. 2009 : JurisData n° 2009-010330, : « *risque de confusion découlant de l'usage d'un terme imitant la dénomination sociale et le nom commercial d'un concurrent* ». – CA Toulouse, 25 juin 2008 : JurisData n° 2008-373250, : « *imitation de la dénomination sociale d'un concurrent à l'origine de la création d'un risque de confusion* ». – CA Paris, 27 avr. 2007, JurisData n° 2007-337338, : « *imitation du nom commercial d'un concurrent générant un risque de confusion que ne suffit pas à dissiper l'usage de logos différents* ».

[967] H. ALMASRI, « *Le Droit du commerce koweitien* », p 287.

De plus, le choix d'un nom commercial d'une enseigne, d'une dénomination sociale ou d'un nom de domaine n'est pas non plus soumis à la condition de caractère distinctif qui est exigée en droit des marques[968]. N'importe quel signe peut être proposé.

C'est particulièrement vrai en matière de choix du nom commercial. Car il n'est pas vu comme porteur d'un caractère véritablement distinctif. Dès lors, le copier ou l'imiter ne saurait vu comme fautif, puisqu'aucune confusion n'est possible.

Ce n'est cependant pas le cas en matière de noms de domaine, où il est mieux indiqué de choisir un mot-clé simple afin de faciliter l'identification du site marchand.

176. Il en résulte que l'application du principe de spécialité n'est en principe pas nécessaire. En cas de confusion, la faute sera avérée même si les concurrents appartiennent à des spécialités différentes[969]. Il est cependant mieux indiqué que ce soit le cas en vue de caractériser plus facilement la confusion).

2. Une action en concurrence déloyale classique

177. En droit français, l'action en concurrence déloyale est prévue aux articles 1240 et 1241 du Code civil, et en droit koweitien à l'article 227 du même code. Elle présuppose qu'un nouveau produit est arrivé sur le marché mais qu'il est à ce point ressemblant à un produit préexistant que les consommateurs l'ont confondu avec le produit orignal. C'est la fameuse notion de « *risque de confusion* ». Son existence est une condition de fond de l'action en concurrence déloyale. Le risque de confusion suppose à son tour la distinctivité du produit, un

[968] Pour l'enseigne v. OLSZAK N., « *Enseigne* », préc., spéc. n°57.

[969] BOUVEL A. « *La clarification du régime juridique des noms de domaine », préc., spéc. p. 134. « La ressemblance des spécialités n'est pas nécessaire à l'établissement du risque de confusion. Des lors que les noms de domaine sont des signes distinctifs non couverts par un droit privatif, protégés sur le fondement de l'action en responsabilité délictuelle de droit commun. L'unique preuve à établir est celle de l'existence d'une faute préjudiciable. Or, la confusion ou le risque de confusion peuvent survenir dans l'hypothèse où un tiers adopte un signe semblable à un nom de domaine antérieur dans un domaine d'activité différent. C'est le cas dans l'hypothèse où le nom de domaine imité jouit d'une certaine renommée* ».

produit banal ne pouvant faire l'objet de confusion du fait de son caractère banal[970]. La banalité ne pouvant par définition faire l'objet d'un droit privatif[971]. En clair, on ne peut protéger par la loi, une dénomination usuelle[972].

Cela est aussi vrai en matière de noms de domaine ou comme le rappelle un auteur, le signe distinctif : « *ne fait l'objet d'aucun statut juridique propre et n'est pas protégé par une action en justice spécifique. Aucune disposition textuelle ne confère [...] un droit de propriété* »[973].

178. On peut donc constater que « *les droits secondaires* », ne sont protégeables que lorsque le comportement du tiers est fautif ; au moyen de l'action en concurrence déloyale[974]. C'est-à-dire, selon nous, s'il y'a risque de préjudice, au-delà du *risque de confusion*. Car il faut rappeler que l'action en concurrence déloyale n'est pas tributaire de la réalisation d'un préjudice, elle vise précisément, et à titre principal à prévenir tout préjudice.

Cette protection ne signifie pour autant pas que les droits dit secondaires sont l'objet d'un droit privatif, car comme l'écrit M. Passa : « *si la distinction entre le droit des biens et celui de la responsabilité civile, ou entre un droit réel et un droit personnel a encore un sens, on ne peut pas, en bonne rigueur juridique, considérer que le signe qui n'est protégé que par le jeu du droit de la responsabilité civile est l'objet d'un droit privatif. Si l'exploitant de la dénomination sociale, du nom commercial, de l'enseigne ou du nom de domaine dispose d'un*

[970] Cass. Com., 23 janvier 2007, Prop. Indus, avril 2007, comm. 37, p. 39, note LARRIEU J. ; RLDI 2007/26, n° 839, actualités, p. 11. Note LACKER J. (« *Le terme argus est un terme banal qui ne peut être protégé* »).
[971] PASSA J., nº 508, p. 502 ; BOUVEL A., « *La clarification du régime juridique des noms de domaine* », préc., spéc. p. 134.
[972] LOISEAU G., « *Nom commercial* », Rép. Commercial, Dalloz, 2002, spéc. N° 35. ; TREFIGNY P., note sous Cass. Com., 23 janvier 2007, Prop. Indus, avril 2007, comm. 27, p. 32.
[973] BOUVEL A. « *La clarification du régime juridique des noms de domaine* », préc., spéc. p. 132.
[974] AUGUET Y., obs. sous, CA Paris, 5 mars 2003, D. 2004, somm., p. 1158. Ali SAYED KASSEM, Droit des affaires, t. 1, Dar Alnahda Alarabeya, le Caire, 1997, p. 315. ; Abbas MOSTAPHA ALMASRI : « *Le droit commercial - théorie générale* », Dar Alnahda Alarabeya, droit s.; Caire, 1ère éd., 1999, p. 137 et s.; Sarwat HABIB, « *Interprétation du nouveau droit commercial* », Maktabette Algalaa Algadida, le Mansoura, 2000, p. 369 et s.; Nadia MOHAMED MOAWAD : « *Le droit commercial (selon les dispositions du nouveau droit égyptien de commerce n° 17/1999* », Dar Alnahda Alarabeya, Caire, 1ère éd., 1999/2000, p. 224.

droit, c'est seulement d'un droit personnel à réparation des conséquences dommageables de comportements illicites de concurrents, et non d'un droit réel sur le signe »[975].

Il convient de préciser que l'action en concurrence déloyale a progressivement vu son spectre être élargi à Internet, comme nous le verrons au sous-paragraphe 2[976], et comme en témoigne l'essor du contentieux concernant la reprise frauduleuse des noms de domaine déjà déposés par la concurrence[977] .

§2 : Le régime juridique de la protection des signes distinctifs non protégés par l'action en contrefaçon : l'action en concurrence déloyale

Etudier l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection des droits dit secondaires, requiert d'en examiner d'abord les conditions de fond (A), avant d'en observer la mise en œuvre (B).

A. Les conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale

Pour être protégeables au titre de l'action en concurrence déloyale, les signes distinctifs classiques, autant que les noms de domaine, non protégés par l'action en contrefaçon, doivent

[975] PASSA J. : « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., n° 483, p. 474.
[976] V. p. 33 du présent chapitre.
[977] Cass. com, 7 juill. 2004 : JurisData n° 2004-024595 ; Propr. industr.2004, comm. 94, J-P. Viennois, « *crée un risque de confusion la société qui utilise comme nom de domaine un vocable imitant l'enseigne et le nom commercial d'une société concurrente* ». – CA Montpellier, 10 nov. 2009 : JurisData n° 2009-021948 : « *création d'un risque de confusion par l'utilisation d'un nom de domaine constituant une imitation du nom de domaine d'un concurrent* ». – CA Paris, 23 sept. 2009 : JurisData n° 2009-016310 : « *la reproduction quasi servile du nom de domaine exploité par un concurrent pour diriger le public vers des sites offrant des services d'informations économiques et financières comparables est de nature à brouiller les repères du public en créant un risque de confusion sur l'origine des services concernés* ». – V. également CA Aix-en-Provence, 8 févr. 2007 : JurisData n° 2007-335477, « *risque de confusion caractérisé par l'imitation du nom de domaine d'un concurrent, le nom employé étant quasi identique et leurs auteurs exerçant dans le même secteur d'activité* ». – CA Paris, 15 févr. 2006 : JurisData n° 2006-293602, « *la reproduction et la réservation d'un nom de domaine destiné à l'hébergement d'un site offrant un produit similaire constitue manifestement un risque de confusion que ne suffit pas à dissiper la seule différence résidant dans l'absence de trait d'union entre les mots composant le nom de domaine* ». – « *En revanche, l'action en concurrence déloyale ne pourra prospérer si le nom de domaine imité présente un caractère directement descriptif en ce qu'il évoque l'objet même du site* », CA Douai, 9 sept. 2002 : JurisData n° 2002-187494.

être conformes au principe de spécialité (1). En particulier la dénomination sociale. Cette première condition de fond remplie, il restera alors à bien caractériser un risque de confusion (2).

1. le principe de spécialité

179. La faute découlant de l'acte de déloyauté réside dans la création d'un risque de confusion avec le produit ou service proposé par l'exploitant et en principe, antérieur. Cela suppose que les protagonistes opèrent dans la même sphère d'activité (mêmes produits ou services c'est ce qu'on nomme le « *principe de spécialité* », dont le respect est une condition de fond pour pouvoir bénéficier de la protection conférée par l'action en concurrence déloyale. Même s'il est vrai que celui-ci n'a pas toujours été appliqué, concernant en particulier la dénomination sociale.

180. En droit des marques, tant en France et qu'au Koweït, la liste des produits ou services visés dans le dépôt, puis dans l'enregistrement[978], est une obligation légale. Car la dénomination sociale, le nom commercial, l'enseigne, marque d'usage et un nom de domaine ont pour effet, de désigner indirectement les produits ou services qui constituent l'objet de l'activité de la personne morale, du fonds, du lieu d'exploitation ou du site. Ainsi, si une société n'utilise dans ses rapports avec sa clientèle que son nom commercial, par définition, distinct de sa dénomination sociale, cette dernière, du point de vue du public tout au moins, ne désignant pas formellement des produits ou des services, et ne constituera de ce fait, pas un signe distinctif éligible à la protection. Puisqu'aucun risque de confusion ne pourra exister dans l'esprit du public.

[978] PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* »,,, n° 36 s ; Abbas MOSTAPHA ALMASRI, Le droit commercial, p. 112.

Si la notoriété du produit a été acquise par son usage commercial normal, il ne sera alors pas nécessaire de prouver l'intensité ou la durée de cet usage[979]. A l'égard des tiers cependant, les juges seront plus exigeants, ainsi un simple « *document commercial, courrier ou facture adressé à des tiers* »[980], et portant le signe distinctif en cause, ne saurait en principe être suffisant. Car les tiers ne sont pas forcément des clients.

Le signe sera ici vu comme non exploité, ce qui annule son éligibilité à la protection. Le principe général étant que c'est du point de vue de la clientèle que doit être recherché le risque de confusion[981].

181. Il ressort de ce qui précède que l'usage doit être « *public* ». Il convient cependant de préciser la notion d'« *usage public* » : celle-ci ne renvoie pas nécessairement aux moyens de publicité visant à se faire connaître de la clientèle. Toutefois, la preuve de cet usage peut être rapportée par tout type de documents commerciaux, notamment des factures délivrées aux clients[982]. Car il est incontestable qu'un signe distinctif utilisé dans les rapports avec la clientèle a pour effet d'identifier des produits ou services, même si la doctrine estime que c'est davantage pour identifier l'entreprise[983]. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne a, en droit des marques, momentanément créé une certaine confusion sur ce point[984]. En tout état de cause, il demeure constant que si le nom commercial ou enseigne est considéré comme un élément du fonds de commerce, en ce qu'il constitue un facteur de ralliement de la clientèle,

---

[979] Mohsein CHAFIK, « *Alwassit du droit commercial égyptien* », t,1, Dar alnahda , 4ème éd, p.216.
[980] CA Versailles, 27 févr. 2003, PIBD 2003, n° 763, III, 245.
[981] Contra. V. Cass.com., 11 févr. 2003, *Gesimmo*, *PIBD 2003,* n°762, III,245 ; « *La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui, dans un conflit entre deux dénominations sociales, avait fait droit à la demande en concurrence déloyale pour le motif que, dans les lieux où la dénomination sociale du demandeur était connue, la société défenderesse avait publié sous son nom une annonce de recrutement d'un consultant ainsi qu'une annonce de locaux à louer, ce qui caractérisait son « intervention concrète » dans ces lieux. Le professeur Passa à critiquer cette approche telle qu'utilisée, « la dénomination du défendeur ne désignait pas de produits ou services, n'avait pour ainsi dire pas de spécialité et ne pouvait dès lors pas engendrer de confusion dans l'esprit de la clientèle - que les juges n'ont d'ailleurs nullement constatée en l'espèce* ». V. PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc. n° 495 et s.,p. 719.
[982] CA Paris, 5 juin 2002, PIBD 2002, n° 753, III, 543.
[983] Cf. F. Pollaud-Dulian : « *Droit de la propriété industrielle* », p. 465 et 513 et n° 1038 ; J.-C. Galloux : « *Droit de la propriété industrielle* », 2e éd., 2003, Dalloz., n° 1321.
[984] *Arrêt Robelco*. CJCE, 21 nov.2002, préc. n°240 .

c'est du fait de sa fonction de désignation des produits ou services aux yeux de ladite clientèle. D'autre part, si la dénomination sociale, le nom commercial et l'enseigne sont, aux termes de l'article L. 711-3, des antériorités opposables en cas de confusion, c'est parce qu'ils désignent des produits ou services

2. Le risque de confusion

182. Pour qu'un nom commercial, qu'une enseigne, qu'une dénomination sociale, ou qu'un nom de domaine protégé, son titulaire est tenu de démontrer un risque de confusion[985], précisément entre le signe distinctif frauduleusement reproduit, et l'imitation.

L'appréciation du risque de confusion, suppose de tenir compte à la fois des caractères du signe et du demandeur. II est intéressant de noter d'emblée les point de différentiation avec la recherche du risque de confusion, en matière de contrefaçon de marque. Où la Cour de justice a dégagé, comme l'on sait, la méthode globale d'appréciation de ce risque. Tel n'est pas le cas ici.

Ainsi, lorsque le demandeur forme deux demandes, l'une en contrefaçon de marque et l'autre, en concurrence déloyale, le tout pour risque de confusion créé avec ses propres signes distinctifs (sa dénomination sociale, son nom commercial, son enseigne), le juge ne peut, en cas de rejet de la demande en contrefaçon, et en application de la méthode globale, d'écarter sans autre forme de procès, le risque de confusion également allégué au titre cette fois de la concurrence déloyale[986].

[985] PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc. n° 503 et s.,p. 499 et s.; « *La constatation du risque de confusion paraît en soi suffisante, puisque l'existence de ce risque absorbe la faute et le préjudice* » POLLAUD-DULIAN F., « *Dénomination sociale* », préc., spéc. n° 64. V. Aussi, D. SALAH, : « *La concurrence déloyale étude comparative du droit français et droit égyptien* », p. 15.

[986] V. sur l'appréciation du risque de confusion en matière de concurrence déloyale : J. Passa, « *Propriétés intellectuelles* », juillet 2007, p. 354 et s. Contra Cass. com., 3 avr. 2007, pourvoi n° 05-13706.

183. Contrairement à l'action en contrefaçon où la preuve de son droit constitue le titre de propriété lui-même, en matière de concurrence déloyale, la seule preuve qui incombe au demandeur est d'établir un risque de confusion[987]. Car comme l'écrit un auteur : « *l'action en responsabilité pour concurrence déloyale ne vise pas à sanctionner la violation d'un droit privatif qui serait réservé aux signes présentant certaines caractéristiques (...) ; précisément parce qu'il s'agit d'un signe non protégé par un droit exclusif, on ne peut exiger que le demandeur en démontre la conformité à des conditions juridiques* »[988]. Les caractères du signe à protéger, relevant du droit de la propriété intellectuelle et reconnaissables au travers de mentions telles que : « *conditions de validité du nom commercial* »[989] , « *(le signe) doit présenter un certain nombre de caractéristiques pour être valable* »[990]. Elles doivent de ce fait, être réservées aux droits privatifs[991].

Etablir un risque de confusion exige de pouvoir à la fois faire état d'une disponibilité antérieure (b), ainsi qu'une distinctivité incontestable du fait d'un usage récurrent (a). Ce sont ces deux critères que nous proposons à présent d'étudier.

a) La distinctivité.

184. L'existence d'un risque de confusion présuppose que celui-ci présente un caractère distinctif au sein de la famille de produits, conformément au principe de spécialité, et du lieu d'exploitation ou du site habituel fréquenté par le même type de clientèle[992].

---

[987] V. PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc. n° 504 et s.,p. 731.
[988] J. SCHMIDT-SZALEWSKI, obs. Propr. ind. janv. 2005, comm. 10.
[989] A. CHAVANNE et J.-J. BURST : « *Droit de la propriété industrielle* », préc., p. 809.
[990] J.-C. GALLOUX : « *Droit de propriété industrielle* », préc., n°1333.
[991] T. AL SHAMMERI. *Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien,* , p.34.
[992] V. notamment sur la question de la distinctivité, J. Passa, « *Traité de droit de la propriété industrielle* », 1. 1, « *Marques et autres signes distinctifs. Dessins et modèles* », LGDJ, 2e éd., 2009, n° 87. p. 99 ; F. Pollaud-Dulian, « *Droit de la propriété industrielle* », Economica. Corpus droit privé, 2e éd., 2011, n° 1341, p. 746 ; J. Azéma & J.-C. Galloux. « *Droit de la propriété industrielle* ». Dalloz, Précis, Droit privé, 7' éd., 2012, n° 1482, p. 834 ; J. Schmidt-Szalewski & J.-L. Pierre, « *Droit de la propriété industrielle* », Litec, 4e éd., 2007, n° 491, p. 209 : N. Binctin, « *Droit de la propriété intellectuelle* », n° 762, p. 454: A. Bouvel, « *L'appréciation de la distinctivité des marques verbales évocatrices* », Legicom 2010, n° 44, p. 27; G. Bonet & A. Bouvel, « *Distinctivité du signe* », J.-Cl. « *Marques dessins et modèles* », Fasc. 7112, 2013 ; P. Tréfigny- Goy, « *Marques* ». - Droit français :

185. La distinctivité doit ici, être prise en compte par le juge en l'absence de protection légale spécifique comme en matière de contrefaçon, et en vue d'établir le risque de confusion[993]. La Cour de cassation a en effet jugé que : « *le caractère original ou distinctif d'une dénomination sociale, d'une enseigne, ou d'un nom commercial, n'(est) 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* ».

Il faut approuver cette jurisprudence qui rappelle aux demandeurs au titre de la concurrence déloyale[994], qu'établir le caractère distinctif ne suffit pas, en lui-même, à prouver le caractère frauduleux. Il est, au surplus nécessaire, de prouver son antériorité d'exploitation. Et cela quelque soient le degré de la similitude des signes ou des activités, y compris lorsque le site d'exploitation est le même.

b) L'antériorité.

186. En clair, le demandeur est tenu de démontrer de manière incontestable, l'antériorité de son exploitation, au regard de celle de son concurrent qu'il soupçonne d'avoir imité son signe distinctif[995], la faute ne pourra retenue par le juge qu'à cette condition[996]. A défaut, le

« *Conditions d'obtention du droit de marque* », J.-Cl. Commercial, Fasc. 600, 2011, n° 54. En droit arabe en général, V. Muhammad Abdel Rahman Al-Shammari « *Protection des marques dans le cadre de l'Accord* » Thèse de doctorat, Université du Caire 2004. ; Nadia Moawad, « *Droit commercial selon la nouvelle loi commerciale* », éd 2000, Dar alnahda, p. 306 et s.

[993] S. Al-QALIOUBI, « *Propriété industrielle* », p. 614.

[994] Cass. com., 10 mai 2006 (pourvoi n° 05-15832), PIBD 2006, n° 834, III, 514 ; Propr. intell. 2006, n° 21. p. 498, obs. J. PASSA.

[995] Cass. com., 10 mai 2006 : JurisData n° 2006-033574, rappel de l'exigence de l'antériorité d'usage de la dénomination sociale. – Cass. com., 7 juill. 2004 : JurisData n° 2004-024595, société victime bénéficiant d'une antériorité d'usage sur le nom litigieux. – CA Versailles, 29 oct. 2009 : JurisData n° 2009-017368, société victime bénéficiant d'une antériorité sur la dénomination et l'enseigne. – CA Paris, 30 avr. 1963 : JCP G 1963, II, 13243. – CA Grenoble, 8 janv. 1974 : PIBD 1974, III, 114. – CA Paris, 6 nov. 1989 : RD propr. ind. 1989, n° 26, p. 107.

[996] CA Paris, 30 avr. 1963, JCP 1963, II. 13243 : RTD com. 1963, p. 577, obs, DESBOIS.

demandeur court le risque de voie sa demande écartée et même être condamné pour recours abusif[997] .

B. La mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale

1. En matière de de signes distinctifs classiques

La question est alors de déterminer la portée de la protection du signe au regard des différents produits ou services pouvant être l'objet de l'activité de l'exploitant. Concernant d'abord le nom commercial et l'enseigne (a), la dénomination sociale (b) et la marque (c).

a) Nom commercial et enseigne.

187. En cette matière, la jurisprudence et la doctrine en France aussi bien qu'au Koweït admettent que ces signes sont soumis au principe de spécialité[998]. La solution tombe sous le sens puisqu'il ne saurait y avoir de risque de confusion, en clair, le risque que le public assimile les produits ou services à une même origine commerciale[999], que si les produits ou services en cause sont identiques, ou même seulement similaires.

C'est d'ailleurs ce que stipule l'article 47 de la Loi commerciale koweïtienne au terme duquel : « *le nom commercial doit être conforme à la vérité, ne pas induire de confusion, comporter des données spécifiques au type d'activité désigné et différer clairement des noms commerciaux précédemment enregistrés ou leurs activité commerciales* »

[997] V. PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc., n°470 et s.
[998] A. BOUVEL « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », Litee, IRPI, 2004 ; F. POLLAUD-DULIAN, « *Droit de la propriété industrielle* », préc, n° 1044, 1059 et 1068 s. En droit koweitien, V.H. ALMASRY, « *le droit commercial koweitien* », p.263.
[999] Cour d'appel D'AIX-EN-PROVENCE. Chambre 3-1., 25 mai 2023, n°2023 /75.

En France, à l'occasion de la célèbre affaire *Charles of the Ritz*[1000], dans une procédure opposant l'exploitant d'un nom commercial au titulaire de plusieurs marques postérieures, la Cour de cassation avait souligné que : « *les signes distinctifs ne sont pas protégés en eux-mêmes, mais dans leur application à la désignation d'objets ou de services déterminés », et jugé que la cour d'appel avait en l'espèce « méconnu la règle de la spécialité des marques et du nom commercial* ». Un décision de fond avait confirmé qu': « *il est constant que le nom commercial n'est protégé que dans le secteur économique dans lequel il est exploité* »[1001].

188. Si cette soumission au *principe de spécialité*, n'est pas automatique comme en matière de droit des marques, elle est dans les faits, d'application stricte, puisque l'existence du risque de confusion constitue la condition de la protection[1002] au titre de l'action en concurrence déloyale. Le droit des marques français rappelle au travers de l'article L. 7 11-3 du CPI qu'un nom commercial ou une enseigne constitue une antériorité opposable à une marque enregistrée « *s'il existe un risque de confusion* ».

Il résulte de ce qui précède, qu'en droit français, l'enregistrement de la marque ne peut être annulé que s'il vise des produits ou services en tout ou partie identiques ou similaires à ceux pour lesquels le nom commercial ou l'enseigne antérieur est exploité[1003]. Y compris lorsque l'exploitant du nom commercial ou de l'enseigne poursuit celui d'une marque postérieure, en concurrence déloyale[1004]. Le droit Koweitien connaît le même régime juridique au travers des articles 48 et 55 du code du commerce[1005].

[1000] Cass. com. 27 mai 1986, D. 1986, jurisp. p. 526, note S. DURRANDE.
[1001] TGI Paris, 10 févr. 2004, PIBD 2004, n° 786, III, 299.
[1002] Cf. également A. Bouval, « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », préc., n° 661, qui envisage la spécialité comme moyen de preuve de la faute. En ce sen en droit Koweitien aussi V. H. ALMASRY, « *le droit commercial koweitien* », p.346 et s. ; A. AL AKILI, p. 286. ; Ali SAYED KASSEM, « *Droit des affaires* », t. 1, Dar Alnahda Alarabeya, le Caire, 1997, p. 315 et s.
[1003] V. par ex. CA Paris, 9 mai 2001, PIBD 2001, n° 732, III. 631 : TGI Meaux, 1er avril 2004, PIBD 2004, n° 791, III, 450.
[1004] V. PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* » préc., spéc. n° 497 et s.,p. 722.
[1005] Article 48 : « *Le nom commercial sera enregistré conformément aux dispositions de la loi et, après son enregistrement, un autre commerçant ne pourra pas utiliser ce nom dans le même type de commerce qu'il exerce* ». Tandis que l'art. 55 dispose : « *Si le nom commercial est utilisé par une personne autre que son titulaire d'une manière contraire à la loi, les parties concernées pourront empêcher son utilisation et demander son annulation*

Rappel : il s'agit dans toute la colonne de voir comment sont appliqués les 2 critères que sont le principe de spécialité et le risque de confusion et supprimer sans autre forme de procès toute redondance….

b) Dénomination sociale.

189. Ici, la question de l'étendue de la protection de la dénomination sociale a été plus discutée. Ainsi, dans son ouvrage sur le droit de la propriété industrielle[1006], au cœur d'un chapitre pourtant consacré au nom commercial et à l'enseigne, intitulé « *définition et conditions de protection du nom commercial et de l'enseigne* », il y analyse la dénomination sociale et réaffirme la nécessité de la protéger de toute usurpation, en se demandant s'il était admissible que : « *la dénomination choisie par une société puisse être adoptée par une autre société même si elle a pour objet un commerce ou une industrie différente ? (...)* ». Et que le risque de confusion ainsi réalisé entre deux entités même évoluant dans des secteurs d'activités différents, n'entraîne la faillite de la plus ancienne.

190. Cette analyse de Roubier a été reprises par plusieurs auteurs français et arabe[1007], et mise en œuvre par une jurisprudence longtemps majoritaire, considérant que la protection de la dénomination doit être élargie y compris dans des secteurs d'activités totalement différents et non limitée à celles identiques, similaires ou connexes.

Pour notre part, nous approuvons cette solution puisque la dénomination sociale identifie d'abord la personne morale, quelque soient la nature des produits et services qu'elle propose. Tout comme le nom patronymique désigne une personne physique. D'autant plus que

s'il est enregistré dans les registres, Ces dispositions s'appliquent aux autres singes distinctifs, dénomination sociale et marque ».

[1006] P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle,* T. 2, p. 666.

[1007] J. Copper-Royer, « *Traité des sociétés anonymes* », Dalloz, 4e éd., T. II, p. 314 ; P. Mathely, « *Le droit français des signes distinctifs* », p. 806. Kilani MAHMOUD, « *La protection de commerce du fonds par l'action en concurrence déloyale* », p..132. S. Al-Qalioubi, « *Propriété industrielle* », p.817.

la personne morale doit pouvoir, en toute légitimité modifier son objet social et y adjoindre de nouvelles activités connexes ou différentes.

Dans ce cadre, la dénomination sociale ne saurait être soumise au principe de spécialité car cela lui interdirait *de facto*, d'élargir son objet social à des secteurs d'activités totalement étrangers à son activité principale. C'est cette approche qui a été retenue par la jurisprudence. La Cour de Paris a ainsi jugé en 2001 que : « *la personne morale acquiert un droit de propriété sur le nom qui la désigne en adoptant ce nom à titre de dénomination sociale dans l'acte qui la constitue; que la protection qui en résulte s'étend au-delà du secteur d'activité concerné* »[1008] et dans une autre espèce, que : « *la protection accordée à une dénomination sociale ne se limite pas au secteur d'activité de la personne morale, mais individualise celle-ci dans l'ensemble de la vie économique et sociale* » [1009].

191. Toutefois la cour assortit curieusement le bénéfice de la protection (dans les deux arrêts) à l'existence d'un risque de confusion. Or, un tel risque ne peut en principe, exister entre des activités ni identiques, ni même similaires. C'est pourquoi cette solution jurisprudentielle doit être critiquée. D'autant plus, -il est utile de le rappeler- le nom commercial n'a pas été soumis à la même exigence alors même qu'il présente à beaucoup d'égards, les mêmes caractéristiques que la dénomination sociale.

D'abord, le nom commercial du commerçant individuel joue, à l'égard des tiers, essentiellement le même rôle que la dénomination sociale. C'est-à-dire désigner l'objet de l'activité de la personne morale[1010], au travers des produits ou services proposés.

Ensuite, le titulaire d'un nom commercial tout comme celui d'une dénomination sociale, a un intérêt commercial à pouvoir diversifier ses activités sans se heurter à la règle de l'antériorité.

[1008] CA Paris, 9 mai 2001, préc.

[1009] CA Paris, 18 sept. 2002, *RDPI* 2003, n° 146, p. 17 ; RTD com. 2004, p. 92, obs. J. AZÉMA. V. aussi CA Paris, 16 janv. 1995, PIBD 1995, n° 585, III, 191 ; CA Paris, 25 nov, 1998, PIBD 1999, n° 676, III, 226 ; CA Paris, 3 mars 1999, D. *aff*. 1999, p. 803.

[1010] H. ALMASRY, *le droit commercial koweitien,* p.248.

Une telle disparité des régimes de protection entre la dénomination sociale et le nom commercial ne sauraient donc être justifiées en droit.

192. En clair la dénomination sociale ne peut être soumise au principe de spécialité et donc au risque de confusion et donc bénéficier de la protection conférée par l'action en concurrence déloyale, que dans le cas où le concurrent indélicat propose des produits ou services similaires[1011]. Si ledit concurrent propose des produits totalement différents, on ne peut invoquer de risque de confusion, pour défaut du principe de spécialité. Il s'ensuit que son action en concurrence déloyale sera écartée. La soumission au principe de spécialité est donc de rigueur et ne saurait être analysée comme une entrave à la liberté du commerce[1012]. La spécialité du signe s'apprécie par référence à l'activité effective de la société [1013], et non à l'objet statutaire, comme cela a pu parfois être jugé[1014]. La règle de la soumission de la dénomination sociale au principe de spécialité ne fait aujourd'hui plus débat au sein de la doctrine majoritaire tant en France qu'au Koweït [1015].

Ainsi d'ailleurs que dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui ne fait que se conformer aux termes de l'article 55 du code du commerce koweitien et son pendant en droit français qui est l'article L. 711-3 du CPI[1016]. Ils prévoient tous deux en effet qu'une dénomination ou une raison sociale constitue une antériorité justifiant l'annulation d'une marque enregistrée « *s'il existe un risque de confusion* ».

Ainsi, dans un arrêt du 30 novembre 2004, la Cour a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui, dans un conflit entre deux dénominations sociales, avait écarté une demande en

---

[1011] Par ex, Cass. com., 10 févr. 1998, La Mondiale, pourvoi n° 95-19716 : Cass. com., 10 mai 2006, (pourvoi n°05-15832), PIBD 2006, n° 834, III, 514 : Propr. intell. 2006, n°21, p. 498, obs. J. PASSA.

[1012] V. Cependant. LE BIHAN et L. JULIEN-RAES, « *Étude sur un objet de propriété incorporelle mal-aimé : la dénomination sociale* », Prop. intell. 2004, n°470.

[1013] V.A. BOUVEL, préc. n°153.

[1014] Par ex. CA Paris, 9 févr. 2000, PIRD 2000, n° 700, III, 326 : CA Paris, 18 nov. 2005, PIBD 2006, n° 823 III, 93.

[1015] J. AZÉMA, obs. RTD com. 1996, p. 270, 2001, p. 889 et 2004, p. 92 ; A. BOUVEL, préc., n° 133 s. ; E. LE BIHAN et L. JULIEN-RAES, préc.; F. POLLAUD-DULIAN, « *Droit de la propriété industrielle* », n° 1106 et 1113. ; H. ALMASRY, « *le droit commercial koweitien* », p.248.

[1016] Cass.com., 22 février. 2005, Eurodirect, préc.

concurrence déloyale, au motif : « *qu'après avoir décrit les objets sociaux et les activités respectives des deux sociétés, la cour d'appel (...) a, par une appréciation souveraine, retenu que les activités des deux sociétés se situaient dans des domaines différents ce qui excluait tout risque de confusion* »[1017] .

193. En sens contraire, dans une affaire, portant sur un litige entre une dénomination sociale et une enseigne postérieure, la Cour de cassation avait approuvé la cour d'appel qui, pour faire droit à la demande, avait constaté que les sociétés avaient des domaines d'activité concurrents, et en avait déduit l'existence d'un risque de confusion[1018]. Cette jurisprudence désormais stable n'est qu'une confirmation de la jurisprudence née de l'arrêt *Charles of the Ritz*, où il avait été décidé que : « *les signes distinctifs ne sont pas protégés en eux-mêmes, mais dans leur application à la désignation d'objets ou de services déterminés* »[1019]. Jurisprudence dont la cour d'appel de Dijon avait tiré un principe selon lequel : « *pour caractériser le risque de confusion, il ne suffit pas de constater une identité ou une similarité entre la dénomination sociale et le signe exploité par le concurrent de la société, il faut que la confusion s'opère dans le respect des principes de spécialité et de territorialité qui délimitent la protection de la dénomination* »[1020]. Plus généralement les juges du fond se conforment à cette règle dans leur quasi-unanimité[1021].

[1017] Cass. com., 30 nov. 2004, Sorelec, PIBD 2005, n° 802, III, 117 ; v. aussi Cass. com., 22 févr. 2005, Eurodirect, PIBD 2005, n° 808, III, 310 ; Propr. ind. 2005, comm. 69, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; Cass. com. 13 nov. 2003, Flex'cible, PIBD 2004, n° 783, III, 195, qui rejette le pourvoi contre un arrêt qui avait cette fois fait droit à la demande dans un conflit de même nature, jugeant « *qu'ayant constaté que la société Flex' cible (...) avait adopté une dénomination sociale proche de celle de la société SOS Flexibles et relevé que la similitude des deux appellations prêtait à confusion dès lors que les deux sociétés exerçaient des activités de même nature, la cour d'appel a pu statuer comme elle l'a fait* » Cass. com., 10 mai 2006, préc. ; Cass. com., 9 oct. 2007 (pourvoi n° 06-14300), PIBD 2007, n° 863, III, 701 ; et pour un cas de contrefaçon de marque par une dénomination sociale, Cass. com., 12 juill. 2005, PIBD 2005, nº 816, III, 585. V. également Cass. Com., 27 janv. 2009, pourvoi n° 07-15971 où dans un conflit opposant deux dénominations sociales, la Cour a approuvé la condamnation pour concurrence déloyale au motif que les deux sociétés exercent dans la même zone géographique la même activité, ce qui fait « ressortir *l'existence d'un risque de confusion entre les deux entreprises* ». v. aussi Com. 14 avr. 2021, n° 18-21.695, BRDA 12/21, inf. 17.

[1018] Cass. com., 4 déc. 2007 (pourvoi n° 06-15879), PIBD 2008, n° 867, III, 77.

[1019] Cass. com. 27 mai 1986, D. 1986, jur. p. 526, note S. DURRANDE.

[1020] Cour d'appel de Dijon – 2e chambre civile - 7 juillet 2022 - n° 21/00393.

[1021] CA Paris, 9 févr. 2000, PIBD 2000, n° 700, III, 326 ; CA Paris, 16 juin 2000, PIBD 2000, n° 708, III, 577 ; RTD com. 2001, p. 889, obs. J. AZÉMA : CA Paris, 12 janv. 2001, PIBD 2001, n° 720, III, 275 ; CA Paris, 21

c) Marque d'usage « Absence de dépôt »

194. Le signe exploité sans avoir fait l'objet d'une demande d'enregistrement conformément au droit des marques d'usage[1022], quel qu'en soient les formes[1023]. Avant 1991, le simple usage d'une marque ne procurait sur le signe aucun droit exclusif protégé par l'action en contrefaçon, En France, L'article 4, alinéa 3, de la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 énonçait : « *Le seul usage à titre de marque de l'un des signes prévus à l'article 1er ne confère aucun droit à l'usager* ». Cette règle a été abandonnée lors de la réforme de 1991.

L'actuel L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement, dès le dépôt de celle-ci, (d'où la notion de marque déposée). Dépôt qui lui fait acquérir la protection spécifique conférée par l'action en contrefaçon.

195. Au Koweït, c'est l'article 7 de la Loi sur les marques[1024] qui stipule que : « *Quiconque enregistre une marque de bonne foi est considéré comme son propriétaire, et la propriété de la marque ne peut être contestée tant que l'enregistrement de la marque est accompagné de son utilisation pendant une période de au moins cinq ans - sans l'existence d'un litige judiciaire à son sujet -La première personne à utiliser la marque peut demander au tribunal compétent l'annulation de cet enregistrement dans un délai de cinq ans à compter de la date de l'enregistrement, Sauf consentement explicite ou implicite à l'utilisation de la marque par la personne au nom de laquelle elle a été enregistrée* ».

Il ressort du texte que le législateur koweïtien a décidé que la propriété d'une marque appartient à ceux qui l'ont utilisée en 1er et qui l'ont, au surplus, enregistrée. L'enregistrement

---

oct. 2005, PIBD 2005, n° 820, III, 724, rej. Cass. com., 9 oct. 2007, préc. ; CA Paris, 17 mars 2006, PIBD 2006, n° 831, II, 406 ; TGI Meaux, 1er avr. 2004, PIBD 2004, n° 791, III, 450 ; TGI Paris, 15 sept. 2004, PIBD 2005, n° 799, III, 18.

[1022] V. A. Bouvel : « *Principe de spécialité et signes distinctifs* » : Litec, coll. IRPI, 2004. – J.-J. Burst : « *La protection de la marque d'usage en droit français des marques* ». Festschrift für M. Pedrazzini, Stämpfli, Bern, 1990, p. 559 s. ; « *La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?* », Mél. P. Mathély : Litec, 1990, p. 93 s., spéc. p. 94 à 96

[1023] Y. SARKHOU, « *La système juridique des marques* », Dar Al salasil , Koweït ,1993, P.131.

[1024] La Loi n°13 /2016 portant « *droit des marques unifié pour les états arabes du Golfe GCC* ».

en lui-même ne créant pas de propriété, sauf si la marque est utilisée de manière visible et continue pendant cinq ans à compter de la date d'enregistrement[1025]. L'enregistrement d'une marque est considéré comme une présomption simple de propriété. La preuve contraire peut donc être rapportée. Celle-ci pourrait par exemple consister à démontrer qu'il n'y a pas eu d'utilisation continue de la marque pendant de cinq ans depuis la date d'enregistrement. Mais en l'absence de toute contestation, il y'a présomption légale de propriété de la marque par celui qui l'a enregistrée, à condition cependant que cet usage soit public, apparent et continu[1026].

196. Ce mécanisme de détermination de la propriété d'une marque selon l'antériorité d'usage, est apparu comme plus équilibré. Car d'une part, les droits des personnes qui ont effectivement utilisé la marque pendant un certain temps, sans l'avoir enregistré étaient reconnus. Ainsi que ceux de ceux qui l'avaient enregistré mais sans en avoir fait un usage continu[1027].

Toutefois l'article 6 bis de la Convention d'Union de Paris – dont les dispositions peuvent être invoquées en vertu de l'article L. 614-31 du Code de la propriété intellectuelle – permet à l'exploitant d'une marque non déposée, notoirement connue en France, d'exercer l'action en contrefaçon à l'encontre du tiers non autorisé qui en fait un usage postérieur. Mais hormis cette disposition en France et Koweït, la marque d'usage est ignorée du droit des marques et ne peut être protégée qu'au moyen de l'action en concurrence déloyale. Il est intéressant de noter qu'une jurisprudence abondante sanctionne la reprise d'une marque d'usage[1028].

[1025] Y. SARKHOU, « *Le système juridique des marques* », p.137 et s.

[1026] Arrêt de la Cour de Cassation Koweitien, Chambre Commerciale, audience d'Appel n° 18/1997, Commercial, le 15/03/06, S 34, Partie 1, P. 215. ; Arrêt de la Cour de Cassation, 2001, Journal Judiciaire, chambre Commercial, audience d'Appel n° 2006/1042, Commercial, le 5/2008/ 27, Journal Judiciaire, S 36, Partie 2 , p.224. ; Arrêt de la Cour de Cassation , Chambre Commercial , audience d'Appel n° 1296/2007 Commercial, le 13/11/2008 , Revue judiciaire et juridique, Partie 36 , p. 168.

[1027] S. Al-QALIOUBI, « *Propriété industrielle* », p. 326.

[1028] V. par ex. CA Paris, 17 févr. 1960 : JCP G 1960, II, 11504, note J. Voulet. – CA Paris, 19 déc. 1977 : Ann. propr. ind. 1979, 102. – CA Paris, 8 mars 1978 : Ann. propr. ind. 1980, 67. – CA Angers, 26 févr. 1990 : PIBD 1991, III, 31. – CA Paris, 19 juin 1990 : Ann. propr. ind. 1990, 169.

197. Nous avons déjà évoqué la jurisprudence ancienne, constante et abondante en la matière, et selon laquelle le fait de créer, ne serait-ce par imprudence ou négligence, un risque de confusion est constitutif de concurrence déloyale. A titre illustratif, il a été décidé qu':

« *Un commerce honnête impose de dissiper la confusion qui peut naître dans l'esprit du public sur l'origine respective de deux produits similaires* »[1029].

Il faut y ajouter l'article 10 bis, alinéa 3, de la Convention d'Union de Paris qui définit les actes de concurrence déloyale comme : « *tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle d'un concurrent* ».

Il est enfin de jurisprudence constante que la sanction attachée à l'imitation de la dénomination sociale ou du nom commercial et la protection qui en découlent, ne sont pas tributaires de leur inscription au registre du commerce et des sociétés. Elle continue en revanche d'être soumis au principe de spécialité[1030] .

2. En matière de signes distinctifs sur Internet : les noms de domaine : le recours à l'action en concurrence déloyale à titre complémentaire

198. A la différence des marques, noms commerciaux, dénominations sociales, enseignes, l'usage des noms de domaine[1031] n'est pas réservé aux professionnels (entreprises,

[1029] CA Paris, 24 mai 1960 : Ann. propr. ind. 1961, p. 232.

[1030] CA Paris, 27 avr. 2007 : JurisData n° 2007-337338, « *un nom commercial qui identifie l'entreprise dans ses rapports avec la clientèle s'acquiert par l'usage, même s'il n'est pas mentionné au registre du commerce, dans la mesure où le public en a connaissance* ». – *V.,* critiquant les décisions ayant, au contraire, subordonné la reconnaissance d'une protection à une inscription du signe au RCS, J. Passa, « *La protection de la dénomination sociale et du nom commercial par l'action en concurrence déloyale » : Mélanges Serra, Dalloz 2006, p. 289 et s.* – *V.,* réaffirmant la nécessité de caractériser le lien de concurrence entre les parties, y compris lorsque l'imitation porte sur une dénomination sociale*,* Cass. com., 27 janv. 2009 : JurisData n° 2009-046794. – Cass. com. 30 nov. 2004 : JurisData n° 2004-025925.

[1031] V. G. Loiseau, « *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif* » : D. 1999, chron. p. 245.

commerçants, professions libérales, associations etc.), les particuliers pouvant également réserver des noms de domaine.

199. En France et Koweït, les noms de domaine, contrairement aux marques, ne peuvent donner lieu à l'action en contrefaçon[1032]. Ils ne peuvent être protégés que sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle, prévu par l'article 227 du code civil koweitien et 1240 du Code civil français[1033].

Au Koweït, la Commission des communications et des technologies de l'information a rendu une décision le 15 mai 2023, et portant « *Attribution et gestion des noms de domaine de l'internet dans l'État du Koweït* ». Il s'agit d'une décision de nature réglementaire portant priorité d'enregistrement des noms de domaine, et précisant les personnes et entités autorisées à enregistrer des noms de domaine. Tout en soulignant que cette procédure ne génère en elle-même aucun droit.

200. La situation est similaire en France, où les textes régissant les noms de domaine, ne donnent lieu à aucun droit de propriété. Au nombre de ces dispositions textuelles, on peut citer la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, créant un article L. 45 au Code des postes et des communications électroniques, et le décret n° 2007-162 du 6 février 2007[1034]. C'est donc la jurisprudence qui joue un rôle prépondérant dans l'élaboration des règles régissant les noms de domaine.

L'enregistrement des noms de domaine ne conférant en elle-même, aucun droit à protection, le titulaire du nom de domaine doit avoir recours à l'action en concurrence déloyale

[1032] Cela a été explicitement exprimé par l'article 7 de la décision rendue par la Commission koweïtien, ne des communications et des technologies de l'information concernant la réglementation des noms de domaine au Koweït le 21 mai 2023, car il stipulait que l'octroi d'une licence pour un nom de domaine n'entraîne aucun droit intellectuel ou autre droit sur le nom choisi.

[1033] Sur cette distinction, V. J. Passa, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* » : Litec 1997, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, publ. de l'IRPI, n° 68.

[1034] V. néanmoins la qualification surprenante retenue par la CEDH, 18 sept. 2007 : Site CEDH – Les Echos, 21 févr. 2008 ; Propr. industr. 2008, comm. 88, C. Caron ; RTD civ. 2008, p. 503, note T. Revet ; Comm. com. électr. 2008, chron. 11, L. Marino. – A. Bouvel et F. Sardain, « *Actualité des noms de domaine : le droit tenté par la diversité* » : Propr. intell. 2009, n° 32, p. 216.

(a). Action dont l'exercice donne par ailleurs lieu à des modalités particulières en cette matière (b).

201. Tout comme pour la protection des signes distinctifs classiques non protégés, que nous venons d'étudier, le recours à l'action en concurrence déloyale en vue de protéger les signes distinctifs sur Internet, vient en complément de la protection conférée par la procédure d'enregistrement des noms de domaine. Laquelle est jugée notoirement insuffisante par les titulaires de ce droit.

a) Fondement de la protection :

Comme nous l'avons évoqué, la protection du nom de domaine repose sur le droit commun de la responsabilité civile. Liée à l'usage du signe sur le marché, la protection ne saurait dès lors procéder de son seul enregistrement.

-Une protection non privative par droit commun de la responsabilité civile.

202. Au Koweït, la décision règlementaire rendue par la Commission des communications et des technologies de l'information le 8 mai 2023 indique en son article 7 que : « *7°1 l'octroi d'une licence sur le nom de domaine n'entraîne l'obtention d'aucun droit intellectuel ou d'autres droits sur le nom choisi. 7°2 Le demandeur est tenu de s'assurer qu'il a le droit d'utiliser le nom de domaine et que l'enregistrement ou l'utilisation du ce nom de domaine pour quelque raison que ce soit ne viole pas les droits de propriété intellectuelle ou tout autre droit d'autrui et ne nuit pas à la réputation de quiconque, ni ne il est contraire aux lois en vigueur dans l'État du Koweït* ».

En France, plusieurs textes règlementent la matière, notamment le règlement CE n° 874/2004 du 28 avril 2004 relatif à l'enregistrement des noms de domaine en «*.eu* »[1035] ou la section du Code des postes et communications électroniques, intitulée « *Attribution et gestion*

[1035] À ce propos, C. MANARA, « *Le nom de domaine s'est-il trouvé un régime ?* ». Com. com. électr, juill.-août 2004, p. 9.

des noms de domaine de l'internet » (art. R. 20-44-34 à R. 20-44-51), créée par le décret n° 2007-162 du 6 février 2007[1036].

203. Dans les deux systèmes juridiques, ces textes n'évoquent que les conditions d'enregistrement du nom de domaine[1037]. Or, comme nous l'avons déjà souligné, le seul enregistrement ne donne lieu à aucune protection comme c'est le cas en droit des marques. Il s'agit d'une simple formalité technique qui a pour objet d'autoriser l'exploitation du nom de domaine sur le réseau.

La protection du signe relève en France, du droit commun de la responsabilité civile[1038]. L'article L. 711-3 du CPI ne peut dès lors n'être invoqué par l'exploitant d'une dénomination sociale, d'un nom commercial ou d'une enseigne, ou d'un nom de domaine, que dans le cadre d'une demande en annulation d'une marque enregistrée formée. Elle ne peut fonder une demande en responsabilité civile tendant à obtenir des mesures d'interdiction d'exploitation et d'indemnisation[1039]. Comme le note M. Passa : « *on objectera peut-être qu'une demande en annulation peut permettre d'obtenir une mesure d'interdiction d'usage de la marque et, partant, constituer une voie de protection du signe antérieur. Tel n'est pas le cas cependant, car la demande en annulation ne tend, comme son nom l'indique, qu'à faire disparaître le droit privatif né de l'acte d'enregistrement. Si cette demande aboutit, rien ne s'oppose en théorie à ce que l'ancien titulaire continue à exploiter le signe à titre de marque sur le marché ; un jugement d'annulation d'une marque n'emporte pas, par lui-même, interdiction d'usage du signe. Pour l'exploitant de la dénomination sociale, du nom commercial, de l'enseigne ou du nom de*

[1036] Cf. C. MANARA, « *Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français* », D. 2007, chron, p. 1740 ; L. MARINO, « *Chronique de noms de domaine, Com. com. électr.* » déc. 2008, p. 18. Spec. n° 12; F. SARDAIN, « *Le nouveau régime d'attribution des noms de domaine français Com. com. électr.* » avr. 2007, p. 15 : A. BOUVEL et F. SARDAIN, « *Actualité des noms de domaine : le droit débordé par la technique* ». Propr. Intell, 2008, n° 26, p. 37. Spéc. p. 37 à 41.

[1037] L'art. R. 20-44-45 indique ainsi qu'un : « *nom identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de propriété intellectuelle par les règles nationales ou communautaires ou par le présent code ne peut être choisi pour nom de domaine, sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi* ».

[1038] PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc., n° 481, p. 696.

[1039] CA paris, 15 sept.2004, PIBD 2005, n°800, III, 54.

domaine antérieur, le plus sûr est par conséquent de demander, d'une part, l'annulation de la marque sur le fondement de l'article L. 711-3 du CPI, pour éviter tout risque que le droit privatif ne lui soit opposé et, le cas échéant, être en mesure de déposer lui-même le signe comme marque et, d'autre part, la cessation de l'usage du signe et des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »[1040] .

-une protection conférée par l'enregistrement vue comme insuffisante :

204. En matière de noms de domaine la formalité de l'inscription au RCS ne fait naître aucun droit à protection[1041]. Ce qui la différencie avec le droit des marques où l'enregistrement fait naître un droit privatif. La procédure d'enregistrement ne constitue effet qu'une réservation technique ou, selon la formule de la cour d'Appel de Versailles, « *une opération en elle-même totalement neutre* »[1042], d'autant moins qu'elle n'entraîne aucune désignation de catégories de produits ou services pour lesquelles le site internet est censé être exploité.

205. Une des conséquences juridiques est que l'enregistrement effectué par le premier déposant ne le met pas l'abri de poursuites exercées par des tiers. Dès lors que la protection du nom de domaine, implique qu'il soit exploité[1043]. Comme pour les trois autres types de signes, c'est en effet le début de son exploitation, sur le réseau internet, y compris la simple annonce d'une création prochaine du site, qui fait naître un droit à protection. La Cour de Paris a ainsi jugé que « *la protection sur un nom de domaine ne (peut) s'acquérir que par son exploitation* »[1044]. Elle nécessite au surplus, la preuve de « *l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté et du risque de confusion que la diffusion de celui-ci peut entraîner dans l'esprit du public* »[1045] ;

[1040] PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc., n° 482, p. 698.
[1041] Ibid., PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc., n° 494, p. 716.
[1042] CA Versailles, 22 nov 2001, RJDA 2002/10, n°1093, Com, com électr 2002, comm. 56, obs, C. CARON ; TGI Nanterre, 21 janv. 2002. legalis net: v aussi CA Versailles, 27 févr. 2003, PIBD 2003, n° 763, III , 245.
[1043] Comp, G. LOISEAU, note D. 2001, p. 1379, qui indique que le droit sur le nom de domaine -formellement de l'enregistrement mais s'acquiert, substantiellement », par son usage sur le réseau.
[1044] CA Paris, 27 juil. 2000, juriscom.net.
[1045] CA Paris, 18 oct. 2000, D. 2001, p. 1379, note G. LOISEAU.

la cour a ainsi rejeté des demandes, dans des cas où il n'était pas prouvé que le nom de domaine invoqué ait été effectivement utilisé[1046], tout au moins de manière antérieure[1047].

206. Il faut préciser que certaines décisions en sens contraire avaient pourtant été adoptées validé un droit à protection du simple fait de l'enregistrement, voire à propriété du nom de domaine enregistré[1048]. Mais la jurisprudence est désormais constante sur ce régime juridique qu'il faut approuver. Il est en effet logique qu'un nom de domaine enregistré mais non exploité ne puisse être protégé de ce seul fait, car son bénéficiaire en s'abstenant d'exploiter, ne peut faire valoir aucun risque de confusion. Il ne serait en outre pas équitable de réserver la protection au seul bénéficiaire de l'enregistrement alors que d'une part, la loi ne prévoit pas qu'une telle formalité, laquelle par ailleurs, n'impose pas de désignation de catégories de produits ou services au déposant, puisse conférer un droit à la protection, comme le serait l'enregistrement d'une marque. D'autre part, que l'action exercée est une action en responsabilité civile, ne peut être exercée que par la victime du dommage, qui se trouve être l'exploitant. Celui-ci peut cependant aussi être auteur d'un dommage, lorsque l'usage du nom de domaine est poursuivi en justice. Seul l'exploitant encourt le risque d'être condamné, précisément en raison de sa qualité d'exploitant, et jamais le bénéficiaire de l'enregistrement, surtout si celui-ci lui a consenti une autorisation d'exploitation. Un risque de confusion ne peut en effet être imputé qu'à l'utilisateur du signe distinctif et non à son bénéficiaire, dans l'hypothèse où ce sont deux opérateurs différents. En clair, comme l'a décidé la Cour d'appel de Paris : « *l'autorisation donnée pour l'usage du nom n'implique pas une responsabilité dans les actes d'usage qui auraient été commis* »[1049].

[1046] CA Paris, 26 nov. 2004, PIBD 2005, nº 804, III, 172. V. aussi TGI Paris, 5 oct 2007, PIRD 2007, n° 864, III, 743, qui souligne que « *le nom de domaine, pour bénéficier d'une protection en tant que signe distinctif, doit faire l'objet d'une utilisation effective* ».
[1047] CA Paris, 15 sept. 2004, PIBD 2005, n° 800, III, 54.
[1048] Par ex. TGI Paris, 30 juin 2000, legalis.net : Trib. com. Marseille, 26 oct. 2000, D. 2001, AJ p. 546.
[1049] CA Paris, 26. Nov.2004, PIBD 2005, n°804, III, 172.

En revanche, il ne pourra pas être dénié au bénéficiaire, le bénéfice de l'antériorité de l'enregistrement, ni d'être l'auteur d'un risque de confusion, puisqu'il n'a pas exploité le nom de domaine.

207. En cas de conflit entre deux noms de domaine[1050], le juge doit donc rechercher l'antériorité de l'exploitation, au-delà de l'antériorité de l'enregistrement[1051]. Il en résulte que la protection peut en toute légitimité, être accordée à l'opérateur qui a fait enregistrer son nom de domaine en second, mais qui a exploité en premier. C'est également pour cette raison que l'exploitant du nom de domaine, ici, du site identifié sous le signe, a qualité pour agir en concurrence déloyale, même s'il n'est pas personnellement le bénéficiaire de l'enregistrement[1052]. En cas de réalisation du risque de confusion, il aura qualité de victime.

b) La mise en œuvre de la protection, propre aux noms de domaine

Tout au long de la mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale, ses modalités rappellent celles qui s'appliquent à la protection des signes distinctifs classiques. En l'occurrence, dans la recherche par les juges, de l'élément principal que constitue le risque de confusion.

c) Modalités de la protection

208. La faute résidant dans le risque de confusion avec l'activité de l'exploitant antérieur du signe, il est logique que ce signe ne soit protégé que dans la sphère d'activité constituée par les produits ou services pour lesquels il est utilisé. Autrement dit, dans les limites du principe de

[1050] Qui, pour des raisons techniques, ne peuvent jamais être composés exactement du même radical et de la même extension.
[1051] TGI Lille, 10 juill. 2001. AJ p. 2410, obs. C. MANARA.
[1052] CA Paris, 18 oct.2000, prèc.

spécialité (1), même si cette solution n'a pas toujours été appliquée. L'appréciation du risque de confusion soulève également certaines difficultés (2).

1- La soumission au principe de spécialité :

209. S'il est utilisé pour distinguer un site en activité, le nom de domaine joue son rôle de signe distinctif et doit de ce fait, être soumis au principe de spécialité[1053]. La jurisprudence a pourtant ponctuellement considéré, soutenue en cela par une partie de la doctrine, que le nom de domaine, même non exploité, ne devait relever que des services de communication par réseaux informatiques, compris dans la classe 38 de la classification internationale des produits ou services[1054]. Ce raisonnement revenait à admettre que tous les noms de domaine appartiennent à la même spécialité, ce qui est contestable[1055]. D'autres spécialités pouvant être concernées[1056]. Par ailleurs le nom de domaine peut être assorti d'un autre signe non couvert par un droit privatif. Pour l'ensemble de ces raisons, la spécialité du nom de domaine devrait, dans tous les cas, être exclusivement fonction de l'objet de l'activité effective du site qu'il identifie.

210. C'est précisément l'approche qu'ont adoptée les juridictions de fond. Ainsi dès 2001, le tribunal de Nanterre soulignait clairement qu'« *il ne saurait être admis que tout titulaire d'une marque déposée en classe 38 pour des services de communication puisse, sur la seule base de cet enregistrement, abstraction faite des produits et services offerts sur les sites considérés, prétendre interdire à quiconque une présence sur internet; au contraire, il doit être tenu compte des contenus des sites qui constituent l'activité véritable de leurs éditeurs, sans avoir égard au*

[1053] V. PASSA J., « *Traité de droit de la propriété industrielle* », préc., spéc. n° 500 et s.,p. 725.
[1054] Exemples, TGI Paris, 25 mai 1999, PIBD 1999, n° 685, III, 451 ; TGI Paris, 24 mars 2000, Com. com. électr. 2000, comm. 63 (12° espèce), obs. C. CARON ; CA Versailles, 29 mars 2000, ibid. (13° espèce) : CA Paris, 30 oct. 2002, Propr. intell. 2003, n° 7, p. 216, obs. X. BUFFET-DELMAS.
[1055] V. aussi A. BOUVEL, « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », préc., n°172 et « *Marques et noms de domaine* », J.-CL. Marques, fasc. 7519, n° 21 ; V. Younis Arab, Mesures législatives arabes pour protéger l'information et les œuvres numériques, un document de travail présenté lors du symposium, Le cinquième article scientifique sur le rôle de la documentation et de l'information dans la construction de la société arabe, Damas, p. 1
[1056] Dans le même sens, CA Paris, 9 janv. 2002, Propr. intell. 2002, nº 5, p. 87, obs. X. BUFFET-DELMAS.

fait que cette activité est véhiculée par internet »[1057]. Décision confirmée en appel, où la Cour d'appel de Versailles a, sans surprise, repris la formule à son compte[1058], en ayant jugé que : « *ces services (en classe 38) s'entendent de ceux, généralement fournis par un prestataire technique, ayant un tel objet : ils ne sauraient se confondre avec les multiples services pour la fourniture desquels les communications par ordinateur, messagerie électronique ou tout autre support (tel Internet) ne constituent qu'un moyen; (que) l'enregistrement d'un nom de domaine est en lui-même neutre, de même que l'est le support que constitue un site Internet; en l'espèce, il n'est pas établi que les enregistrements et sites litigieux concernent les services pour lesquels la protection des marques est revendiquée, voire des services similaires* »[1059].

211. Dans un arrêt important[1060], la Cour de cassation a fermement tranché le débat en faveur de cette solution [1061]. Dans cette affaire, qui concernait un conflit entre une marque et un nom de domaine postérieur ainsi qu'un conflit entre deux noms de domaine, la Cour de Paris avait statué sur les deux points par référence à l'autre critère de détermination de la spécialité du nom de domaine. Son arrêt est censuré sur ces deux points.

-La Cour régulatrice indique d'abord « *qu'un nom de domaine ne peut contrefaire (...) une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public* »[1062]. Il résulte ainsi implicitement de

[1057] TGI Nanterre, 2 août 2001, PIBD 2001, n° 732, III, 635 ; aussi TGI Nanterre, 21 janv. 2002, legalis.net.
[1058] CA Versailles, 27 févr. 2003, PIBD 2003, n° 763, III, 245.
[1059] CA Versailles, 22 nov. 2001, RJDA 2002/10, n° 1093 ; Com. com. électr. 2002, comm. 56, obs. C. CARON ; en ce sens déjà, CA Versailles, 14 sept. 2000, PIBD 2000, n° 709, III, 579.
[1060] Arrêt *Locatour* du 13 décembre 2005.
[1061] Cass. com., 13 déc. 2005, Bull. civ. IV, n° 254; PIBD 2006, nº 824, III, 149; JCP éd. E 2006, p. 1234, note C. CARON ; Propr. intell. 2006, nº 19, chron. A. BOUVEL, p. 128.
[1062] Dans le même sens, par la suite, Cass. com., 20 févr. 2007, pourvoi n° 05-11089 (« *pour apprécier l'existence d'un risque de confusion, la cour d'appel s'est exactement référée au contenu du site incriminé* ») ; Cass, Chambre commerciale.,29 janvier 2013, n° 11-28.596.

l'arrêt qu'aucune autre solution ne saurait prévaloir, lorsque, comme c'était d'ailleurs le cas en l'espèce, le nom de domaine litigieux n'est pas exploité.

-Au sujet du conflit entre les noms de domaine, la cour d'appel est également censurée pour ne pas avoir recherché, conformément aux principes gouvernant la protection des signes non couverts par un droit privatif, « *si les sociétés en litige exerçaient des activités identiques ou concurrentes et s'il en résultait un risque de confusion* ».

212. En définitive, l'exploitation d'un nom de domaine ne peut constituer la contrefaçon d'une marque que si sa spécialité réelle correspond, en tout ou partie, à celle de la marque[1063]. De même, un nom de domaine exploité n'est protégé sur le terrain de la concurrence déloyale contre l'usage d'un signe postérieur identique ou similaire que si celui-ci désigne des produits ou services identiques ou similaires à ceux qui font l'objet de l'activité du site identifié sous le nom de domaine considéré. Enfin, Si la dénomination sociale, le nom commercial, l'enseigne et le nom de domaine ne sont protégés que dans la sphère de leur spécialité, il importe de souligner que, comme en matière de marques, protection s'étend aux spécialités similaires puisque son critère de mise en œuvre est l'existence d'un risque de confusion sur le marché.

2- L'appréciation du risque de confusion :

213. L'action en concurrence déloyale a trouvé un nouveau terrain d'élection sur internet, comme en témoigne l'essor du contentieux concernant la reprise du signe distinctif d'un concurrent au sein d'un nom de domaine[1064]. Par exemple, a été sanctionné le fait, pour une

[1063] Par ex. TGI Paris, 26 févr. 2002, Propr. intell. 2002, n° 5, p. 87, obs. X. BUFFET-DELMAS: CA Paris, 28 sept. 2005, PIBD 2005, n° 819, III, 702 ; Cass. com., 14 nov. 2006 (pourvoi n° 04-11344), Bull. civ. IV, n° 221. V. aussi Cass. com., 23 janv. 2007, pourvoi n° 05-13352, qui juge que l'exploitation d'un nom de domaine ne constitue pas un acte de concurrence déloyale pour le motif que l'activité du site qu'il désigne n'a rien à voir avec la spécialité du signe antérieur invoqué, non couvert par un droit privatif.

[1064] Cass. Com, 7 juill. 2004 : JurisData n° 2004-024595 ; Propr. industr.2004, comm. 94, J-P. Viennois, « *crée un risque de confusion la société qui utilise comme nom de domaine un vocable imitant l'enseigne et le nom commercial d'une société concurrente* ». – CA Montpellier, 10 nov. 2009 : JurisData n° 2009-021948, création d'un risque de confusion par l'utilisation d'un nom de domaine constituant une imitation du nom de domaine d'un concurrent. ; CA Paris, 23 sept. 2009 : JurisData n° 2009-016310, la reproduction quasi servile du nom de domaine exploité par un concurrent pour diriger le public vers des sites offrant des services d'informations économiques et financières comparables est de nature à brouiller les repères du public en créant un risque de confusion sur l'origine des services concernés. ; V. également CA Aix-en-Provence, 8 févr. 2007 : JurisData n° 2007-335477, risque de confusion caractérisé par l'imitation du nom de domaine d'un concurrent, le nom employé étant quasi identique et

société, de racheter le nom de domaine jusqu'alors exploité par une autre société, le lendemain du jour où ledit nom de domaine venait de tomber dans le domaine public. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré qu'un tel rachat, par une société concurrente implantée à proximité, ne présentait pas un caractère « *fortuit* » et était de nature à « *faire naître une confusion dans l'esprit du public entre les deux sociétés* »[1065].

214. De même, le fait pour une société d'utiliser, en guise de mots-clés pour son référencement, la dénomination sociale et le nom de domaine d'un concurrent peut générer un risque de confusion fautif[1066]. Toutefois, le risque de confusion ne découle pas *ipso facto* de l'emploi frauduleux des mots-clés du concurrent. Il faut prouver qu'ils ont été tirés du nom commercial ou de la dénomination sociale d'un concurrent. La Cour de cassation vient de le rappeler en censurant une décision qui avait retenu que le fait, pour un annonceur, de réutiliser sous la forme de mot-clé, la dénomination sociale et le nom de domaine du site internet d'une société concurrente avait nécessairement généré une confusion dans l'esprit de la clientèle potentielle. Elle a considéré que, en statuant ainsi « *sans relever de circonstances caractérisant un risque de confusion entre les sites internet des deux entreprises et alors que le démarchage de la clientèle d'autrui est licite s'il n'est pas accompagné d'un acte déloyal, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale* »[1067].

---

leurs auteurs exerçant dans le même secteur d'activité. ; CA Paris, 15 févr. 2006 : JurisData n° 2006-293602, la reproduction et la réservation d'un nom de domaine destiné à l'hébergement d'un site offrant un produit similaire constitue manifestement un risque de confusion que ne suffit pas à dissiper la seule différence résidant dans l'absence de trait d'union entre les mots composant le nom de domaine. ; En revanche, l'action en concurrence déloyale ne pourra prospérer si le nom de domaine imité présente un caractère directement descriptif en ce qu'il évoque l'objet même du site, CA Douai, 9 sept. 2002 : JurisData n° 2002-187494. En droit arabe, V. Safwan Hamza, « *protéger la marque contre les risques d'attaques de noms de domaine, l'Égypte contemporaine* », revue scientifique arbitrée quart annuel de la société égyptienne d'économie politique de statistique et de législation, octobre 2021, P.231.

[1065] Cass. com., 2 févr. 2016, n° 14-20.486 : Contrats, conc. consom. 2016, comm. 139, M. Malaurie-Vignal ; Propr. industr. 2016, comm. 49, J. Larrieu.

[1066] Cass. com., 13 juill. 2010, sanction de l'annonceur ayant eu recours à des services de référencement pour réserver à titre de mot-clé le nom commercial et le nom de domaine du site internet exploité par une société concurrente.

[1067] Cass. com., 29 janv. 2013 : JurisData n° 2013-001148. – V., dans le même sens, CA Paris, 2 févr. 2011, n° 08-02.354, l'utilisation par l'annonceur d'un mot-clé reprenant la dénomination sociale et le nom commercial de l'un de ses concurrents n'est pas de nature, en l'espèce, à générer un risque de confusion en portant l'internaute à croire que les produits et services visés par les liens publicitaires proviendraient dudit concurrent ou d'une entreprise qui

Ici également, le risque de confusion sera évalué à l'aide des deux critères que sont le caractère distinctif des noms de domaine d'une part (A), ainsi que leur disponibilité d'autre part (B). La notion de disponibilité qui est celle de l'antériorité.

A- La distinctivité du nom de domaine

215. Jusqu'à une période encore assez récente, de nombreux désaccords pouvaient être constatés en jurisprudence et en doctrine sur le point de savoir si le nom de domaine doit, pour bénéficier d'une protection, être doté d'un caractère distinctif du point de vue des produits ou services qui constituent l'objet de l'activité du site. Certains auteurs répondent fermement par la négative[1068], suivis en cela par quelques arrêts[1069]. Notamment une décision de la Cour de Douai qui a jugé qu': « *une action en concurrence déloyale (...) ne peut protéger contre le risque de confusion qu'en cas de signe présentant un caractère d'originalité suffisant* »[1070]. Cependant une décision de la Cour d'appel en date du 15 novembre 2006 a jugé dans u nsens contraire en ayant décidé qu'une entreprise : « *ne saurait s'opposer à l'utilisation par un tiers d'un terme banal et commun Gay au sein d'un nom de domaine dans le but d'identifier la clientèle à laquelle s'adresse le site correspondant* » et qu'il n'existait pas de risque de confusion en l'espèce[1071] . Décision censurée en toute logique par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 2008[1072] .

---

lui serait économiquement liée. – TGI Paris, 27 mars 2012 : JCP E 2012, 1374, note M. Bourgeois, « *la réutilisation sous la forme de mots-clés de la dénomination sociale d'une société concurrente ne peut constituer un acte de concurrence déloyale que dans la mesure où le contenu de l'annonce induirait dans l'esprit du consommateur une confusion et l'amènerait à croire qu'il s'adresse au même distributeur* ». *– V.,* sur cette séquence jurisprudentielle, J. Larrieu, « *Un an de droit de la concurrence déloyale* » : Propr. industr. 2011, chron. 8 ; C. Prault, « *le référencement sur internet, menace ou opportunité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle ?* » : Propr. industr. 2012, étude 17.

[1068] V. notamment. C. CARON, obs. Com. com. électr. 2001, comm. 60. V. Sherif Mohamed Ghannam, « *Protection des marques en ligne et ses relations avec les noms du domaines* », édition 2007, Egypte, P.87.

[1069] CA Paris, 8 oct. 2003, D. 2004, somm. 1157, obs. Y. AUGUET.

[1070] CA Douai, 9 sept. 2002, PIBD 2003, n° 766, III, 332 ; Propr. intell. 2003, n° 9, p. 451, obs. J. PASSA.

[1071] CA Paris, 4e ch. A, 15 nov. 2006, Propr. ind. févr. 2007, comm. 11, obs. P. TREFIGNY.

[1072] Cass. com., 8 avr. 2008 (pourvoi n° 07-11385) ; PIBD 2008, n° 876, III, 374 ; Propr. intell. 2008, n° 28. p. 359, obs. J. PASSA.

Si ce ne sont pas les noms de domaine qui constituent les signes distinctifs des sites qu'ils identifient, ce seront alors le cas échéant les éléments exploités sur le site, qui seront pris en compte pour mieux apprécier le risque de confusion[1073]. Le caractère original ou distinctif des éléments dont la reprise est frauduleuse, n'est pas une condition de son bien-fondé, mais seulement un facteur susceptible d'être pertinent pour l'examen d'un risque de confusion[1074].

B- La disponibilité du nom de domaine.

216. En Koweït et France La réservation des noms de domaine s'effectue en ligne et ne prend que quelques minutes[1075]. Elle obéit à la règle « *premier arrivé, premier servi* »[1076]. Pour autant, l'exigence de disponibilité demeure : un nom de domaine ne doit pas plus qu'un autre signe distinctif porter atteinte à un droit antérieur, comme le rappelle clairement le Code des postes et des communications électroniques[1077]. Elle signifie simplement que l'absence d'antériorité n'est pas contrôlée lors de l'enregistrement du nom de domaine ; la responsabilité du registre[1078]

[1073] [169] Par ex. CA Versailles, 12e ch., 13 sept. 2007, legalis.net, à propos des noms de domaine *issy.com* et *issy.net* dans un conflit entre la ville d'Issy-les-Moulineaux et une personne établie dans cette ville, la cour concluant à l'absence de tout risque de confusion en raison de la présence du logo de la ville sur le site de la première et de l'indication de l'identité et des coordonnées de la personne sur son site, « *dont on s'aperçoit immédiatement qu'il appartient à un particulier* ».

[1074] Com. 6 déc. 2016, no 15-18.470, NP, Propr. ind. 2017, no 28, obs. J. Larrieu: « *un nom de domaine peut donc être « protégé » par l'action en concurrence déloyale malgré son caractère descriptif* ». Aussi V. Philippe Le Tourneau., « *Contrats du numérique 2022/23* ». Informatiques et électroniques., 12e édition.

[1075] On excepte les noms de domaine soumis à un examen préalable. Certains registres subordonnent parfois l'attribution d'un nom de domaine à la fourniture de pièces justificatives tendant à démontrer que le déposant est titulaire de droits sur le signe qui le constitue. Pour ce qui est des noms de domaine en ".fr", c'est le cas par exemple de ceux contenant des termes sensibles ou encore de ceux assortis d'une extension «. *tm.fr* » ou «. *asso.fr* » : V. sur ce point, Charte Afnic.

[1076] V. C. P et CE, art. L. 45-1, al. 3 ; PE et Cons. CE, n° 733/2002, 22 avr. 2002, consid. 20 ; Comm. CE, règl. n° 874/2004, 28 avr. 2004, préc., consid. 11 et art. 2.

[1077] C. P et CE, art. L. 45-2. – V. également, Comm. CE, règl. n° 874/2004, 28 avr. 2004, préc., art. 3.

[1078] CA Versailles, 16 mars 2004, n° 03/00311, Patrimoine : JurisData n° 2004-245509. – TGI Paris, 26 août 2009 : Comm. com. électr. 2009, chron. 10, n° 41, note L. Marino ; D. 2009, p. 2219, note C. Manara ; RLDI oct. 2009, n° 1751, note E. Tardieu-Guigues ; RLDI oct. 2009, n° 1757, note L. Costes. ; JCP E 2010, chron. n° 13, Droit de l'Internet, obs. E. Tardieu-Guigues ; Propr. industr. 2010, chron. 5, n° 18 et 51, note M.-E. Haas ; RLDI sept.-oct. 2010, n° 63, note J. Huet.

pas plus que celle du registrar[1079] ne peut donc être engagée en cas d'enregistrement d'un nom de domaine portant atteinte à un droit antérieur[1080].

217. En revanche, l'office français peut, comme l'indique l'article L. 45-2 du Code des postes et des communications électroniques, refuser sous certaines conditions de renouveler ou supprimer un nom de domaine attentatoire à l'un des droits énumérés aux alinéas précédents ; toute personne y ayant intérêt peut aussi formuler une telle demande. L'article L. 45-6 du Code des postes et des communications électroniques oblige l'office à statuer sur cette demande dans un délai de deux mois, selon une procédure contradictoire.

218. Au Koweït , L'article 8 de la décision règlementaire rendue par la Commission des communications et des technologies de l'information koweitienne aussi stipule « *La Commission des communications et des technologies de l'information a le droit d'étudier les demandes dont les propriétaires sont en mesure de fournir des preuves suffisantes qu'ils sont autorisés à enregistrer un nom de domaine contenant un mot réservé, après s'être référé à la politique des noms réservés émise par la Commission. La Commission des communications et des technologies de l'information a le droit d'annuler tout nom de domaine qui viole l'une des dispositions de cette politique* »[1081].

Il faut en outre préciser qu'en matière de réservation de nom de domaine, il n'existe pas de procédure semblable à la procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque : le titulaire

[1079] CA Paris, 19 oct. 2012, n° 09/20514 : D. 2012, p. 2510, note C. Manara ; JCP E 2012, 1746 ; JCP E 2012, 1100, pt 13, note E. Tardieu-Guigues ; PIBD 2012, n° 973, III, p. 788 ; RLDI 2012, n° 87 ; Propr. industr. 2013, chron. 5, n° 42, obs. M.-E. Haas; www.legalis.net, actualités 22 oct. 2012

[1080] V. également le dernier alinéa de C. P et CE, art. L. 45-1 : « *l'enregistrement des noms de domaine s'effectue sur la base des déclarations faites par le demandeur et sous sa responsabilité* ». V. L'article 7 et 8 la décision règlementaire rendue par la Commission des communications et des technologies de l'information koweitienne.

[1081] V. la décision règlementaire rendue par la Commission des communications et des technologies de l'information koweitienne sur le sujet de nom du domaine rendu le 8 mai 2023.

d'une antériorité identique ou similaire au signe déposé comme nom de domaine ne peut donc empêcher la réservation de celui-ci ; il peut seulement, après avoir constaté l'enregistrement du nom litigieux, tenter d'obtenir l'interdiction de son utilisation, sa radiation ou son transfert à son profit.

Conclusion section 1 : Après avoir étudié le régime juridique de la protection des signes distinctifs non protégés par le droit de la propriété intellectuelle, il est temps pour nous de nous consacrer au régime juridique de protection des techniques non brevetées ou secrètes.

Section 2 : Les techniques non brevetées ou secrètes

219. Des connaissances techniques, par nature relevant du brevet, ne peuvent faire l'objet d'un droit privatif que par l'effet d'une demande de brevet. Ainsi, détenir une connaissance technique, ou l'exploiter dans le secret de la sphère interne de l'entreprise ne fait naître aucune prérogative d'ordre privatif sur l'invention en cause[1082]. Plus précisément, le fait juridique de réalisation de l'invention peut engendrer un droit au brevet, mais pas de droit privatif sur l'invention. Comme le souligne une décision ancienne relevant que : « *ce droit privatif (au profit de l'inventeur) ne peut être obtenu par un moyen autre que le dépôt d'une demande de brevet* »[1083].

Il en découle qu'en l'absence de demande de brevet, ces connaissances techniques confidentielles, constitutives d'un savoir-faire, ne bénéficient d'aucune protection juridique. Elles seront alors vues comme de « *libre accès industriel* »[1084]. Il sera donc libre pour toute personne d'acquérir cette connaissance, et de l'exploiter. Le détenteur de la technique, ne pourra

[1082] J.M. MOUSSERON, « *Le droit du brevet d'invention ; contribution à une analyse objective* ». LGDJ, 1961, n° 256 ; Rép. D. dr. com., V° Savoir-faire, 1977 (ancienne éd.), n° 24.
[1083] Trib. civ. Seine, 8 févr. 1962, JCP 1962, II, 12854, note J. M. MOUSSERON.
[1084] J. M. MOUSSERON, « *Aspects juridiques du know-how* ». Cah. dr. entr. 1972/1, p. 1, spéc. p. 4 : J. SCHMIDT. « *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968* », Litec, CEIPI, 1972, n° 11.

faute de droit privatif, faire sanctionner, l'exploitation de cette technique par un tiers, comme le pourrait le titulaire d'un brevet par l'exercice d'une action en contrefaçon.

Tout comme pour les signes distinctifs non couverts par un droit privatif, il s'agira ici également, d'étudier successivement la notion de techniques non brevetées ou secrètes et ce qu'elles recouvrent précisément (§1), les fondements juridiques de leur protection (§2), Et enfin le régime juridique de celle-ci (§3) dont nous verrons qu'elle est plus complexe, voire plus complète que celle qui caractérise les signes distinctifs classiques et le nom de domaine.

§1 : Les techniques non brevetées ou secrètes

Les technique non brevetées ou secrètes se subdivisent en deux grandes notions bien connues de la vie commerciale : le secret des affaires (A) et le savoir-faire (B).

A. Le secret des affaires

1. La protection du secret des affaires

220. En droit koweitien, le législateur n'a pas encore adopté de législation spéciale pour protéger les secrets des affaires et savoir-faire, en général, les informations non divulguées. Cependant le pays est membre signataire différents accord internationaux d'envergure qui font office de textes régissant la matière[1085].

221. En droit français, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 protège tout détenteur d'un secret des affaires répondant aux conditions posées par l'article L. 151-1 du Code de commerce :

[1085] OMC, Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, dit accord ADPIC, 15 avr. 1994. En 1995, le Koweït a adhéré à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en vertu de la Loi n° 81 de 1995. Il a également adhéré à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) la même année. En 1998, le Koweït a adhéré à la Convention de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) par la loi n° 2 de 1998.

l'information doit être secrète (a), avoir une valeur commerciale (b) et être raisonnablement protégée par son détenteur (c)[1086].

a) Une information secrète

222. Pour être éligible à la protection, l'information doit d'abord être secrète. Plus précisément, l'information ne doit pas être connue de personnes familières de ce type d'information à raison par exemple de leur secteur d'activité[1087]. Est donc exclue du champ de protection toute information, qui bien qu'inconnue par le grand public, appartiendrait à la connaissance générale d'une spécificité. Tel serait le cas de principes basiques de chimie appliqués ou de grands principes de management ou de marketing[1088].

b) Information ayant une valeur commerciale.

223. Selon l'article L. 151-1 du code de commerce l'information doit ensuite avoir une valeur commerciale du fait de son caractère secret. En pratique, cela signifie que l'information revendiquée possède un intérêt économique pour son détenteur[1089]. Devant le silence de la loi sur le montant minimal de la valeur, on peut conclure que toute une information est éligible à la protection si elle recèle une valeur commerciale minimale. L'article L. 151-1 du Code de commerce précise que l'information doit revêtir « *une valeur commerciale, effective ou*

[1086] Pour ces conditions en droit égyptien, voir l'article (55) de la loi n° 82 de 2002 sur la protection des droits de propriété intellectuelle, qui stipule que les conditions suivantes doivent être remplies pour protéger les informations confidentielles (non divulguées) : 1. Elle doit être caractérisée par la confidentialité, de sorte que l'information dans son ensemble ou dans la composition qui inclut ses composants ne soit pas connue ou généralement diffusée parmi les personnes travaillant dans le secteur industriel ou commercial dans lequel elle se trouve les informations entrant dans son champ d'application. 2. Sa valeur commerciale vient de son caractère confidentiel. 3. Sa confidentialité doit dépendre des mesures efficaces prises par son titulaire légal pour la préserver. ; V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 223.

[1087] V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 224.

[1088] V.Hossam El-Din Abdel-Ghani Al-Saghir : Protéger les informations non divulguées et les défis auxquels sont confrontées les industries pharmaceutiques dans les pays en développement, une étude de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, Dar Al-Fikr Al-Jami'i 2003, P. 27.

[1089] En le même sens les doctrines koweitiens, V. I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 227.

potentielle », du simple fait de son caractère secret. Il faut donc admettre qu'une information puisse receler une valeur commerciale potentielle, dès lors qu'on peut raisonnablement anticiper que cette potentialité se réalise dans le futur[1090].

224. Il nous reste à faire un point sur le choix des adjectifs « *commerciale* » ou « *économique* » pour caractériser la valeur des informations, choix qui n'est pas sans incidence[1091] . La valeur commerciale implique strictement que l'information peut faire l'objet d'un commerce, alors que le mot « économique » recouvre une acception plus complète. Ajoutant à l'aspect commercial, d'autres éléments stratégiques comme la nomination d'un mandataire ad hoc ou un business model.

A cet égard, il faut noter que les législateurs des pays du Conseil de coopération du Golfe (en anglais, G.C.C), qui ont promulgué des lois spéciales pour protéger les informations non divulguées, ont utilisé le terme de « *valeur commerciale* », suivant en cela le législateur français[1092].

Nous considérons pour notre part que la notion de « *valeur économique* » est plus conforme à la réalité du marché. Au demeurant nous notons que le considérant 14 de la directive donne une dimension bien plus large à la notion, en recouvrant également les informations dites économiques[1093].

[1090] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », *ibid*, P. 227.

[1091] A. Frassa, rapp. sur la proposition de loi portant transposition de la directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : Sénat, 11 avr. 2018, p. 28.

[1092] V. Loi du Royaume de Bahreïn sur les secrets des affaires n° (7) de 2003 ; Loi de L'État du Qatar n° (5) de 2005 concernant la protection des secrets des affaires ; Règlement du Royaume d'Arabie Saoudite sur la protection des informations commerciales confidentielles n° (50) de 2008.

[1093] P. Bonnecarrère, rapp. d'information n° 406 fait au nom de la commission des affaires européennes portant observations sur la proposition de loi transposant la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Sénat, p. 31.

c) Information protégée.

225. L'article L. 151-1 du Code de commerce précise enfin que l'information doit faire « *l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* ». L'information devra ainsi être protégée par son détenteur et comme l'indique à juste titre le professeur Nicolas Binctin, le « *secret ne doit pas être fortuit, il doit être voulu, maintenu et défendu* »[1094].Ainsi, contrairement à certains domaines du droit de la propriété intellectuelle, comme le droit des brevets ou le droit des marques, où la protection juridique procède du dépôt ou de l'enregistrement, le secret des affaires doit être protégé par son détenteur[1095].

226. Toutefois, dans la mesure où il n'est pas précisé la nature de cette protection, celle-ci peut revêtir différentes formes[1096]. Mais en tout état de cause, c'est aux juges qu'il reviendra de déterminer le niveau de protection devant être raisonnablement déployée, en ordonnant des mesures raisonnables[1097]. D'autant plus que le législateur ne cherche pas à sanctionner le détenteur négligent, même s'il ressort des termes de l'article L 151-1 que le niveau de protection attendu doit être également proportionné à la valeur de l'information, de sorte qu'un test de proportionnalité sera mis en œuvre par le juge en fonction de divers critères tels que : les circonstances de l'espèce, la taille de l'entreprise, la valeur de l'information et le secteur industriel concerné. La charge de la preuve incombant au demandeur, il sera essentiel pour lui d'établir avoir rempli son obligation de moyens, à titre préventif[1098]

[1094] N. Binctin, Savoir-faire : Dalloz, Répertoire IP/IT et Communication, janv. 2018, § 138.
[1095] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », , p. 229.
[1096] Voir sur ces mesures, V.Hossam El-Din Abdel-Ghani Al-Saghir : Protéger les informations non divulguées et les défis auxquels sont confrontées les industries pharmaceutiques dans les pays en développement, une étude de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, , P.32.
[1097] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », , p. 229
[1098] Comme des clauses de confidentialité avec tous ses collaborateurs ainsi qu'avec ceux avec qui il peut être amené à travailler, mais également des mesures de sécurité physiques, techniques et organisationnelles.

Au demeurant, la loi du secret des affaires, et ses obligations de protections du patrimoine informationnel de l'entreprise, font en effet écho avec d'autres mesures complémentaires comme le RGPD ou la loi dite « Sapin II » sont entrées en vigueur. Concernant le RGPD notamment, les mesures incombent à tout responsable de traitement et sous-traitant aux termes de l'article 32 du RGPD. Ces nouvelles régulations témoignent de la volonté d'instaurer « *une nouvelle culture au sein des entreprises, dans la manière dont elles gèrent leurs informations sensibles* »[1099] .

L'exigence de mesures de protection ne va toutefois pas jusqu'à imposer une mention expresse du caractère confidentiel du document. Cette exigence a été rejetée par la commission des lois lors de l'examen du texte[1100]. On notera enfin qu'aux termes de l'article 11 de la directive (UE) 2016/943, le juge doit prendre en considération les mesures prises par l'entreprise lors de la détermination des mesures les plus adéquates pour protéger ce secret.

227. On le voit, les critères fixés par le législateur sont suffisamment larges pour que le champ de protection couvre la plupart des situations rencontrées par les entreprises. Il en résulte paradoxalement un caractère imprécis des contours de cette définition[1101].

Au total, le champ de protection demeure vaste, puisqu'en plus du savoir-faire, des informations commerciales, des secrets de fabrication, devraient théoriquement être éligibles à la protection de tout « *plan d'action, projet de partenariat, projet de cession, étude marketing ou commerciale, projet publicitaire, liste de clientèle, toute statistique de vent* »[1102].

[1099] P. de Robert Hautequère, « *Le secret des affaires* » : Actes prat. ing. Sociétaire 2020, n° 169, dossier 1, p. 15.
[1100] A. Frassa, rapp. Sur la proposition de loi portant transposition de la directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, p. 29.
[1101] J.-C. Galloux, « *L'identification des secrets des affaires* » : Propr. industr. 2018, dossier 8.
[1102] S. Schiller, « *Le secret des affaires* » : Actes prat. ing. Sociétaire 2020, n° 169, dossier 1, p. 5.

2. Cas d'appropriations du secret des affaires

228. Le secret des affaires n'est cependant pas un droit absolu, car pouvant faire l'objet d'une exploitation autorisée. Dès lors son exploitation par un tiers, peut être parfaitement licite (a) sauf s'il s'avère à l'usage, que les conditions de cette exploitation ne sont pas remplies (b).

a) Appropriation licite

229. M. I. ABO-ALILE a souligné que « *contrairement aux droits de propriétés intellectuelles qui confèrent un droit exclusif et privatif, le secret des affaires n'accorde aucun droit de propriété ou monopole sur l'information détenue* »[1103]. Il en résulte que la protection du secret des affaires n'interdit pas l'accès, l'obtention ou l'utilisation d'une information secrète détenue par un tiers dès lors que les conditions d'obtention sont licites. À titre d'exemple, le reverse engineering est de ce fait autorisé, dès lors que le vendeur ne l'interdit pas expressément dans ses conditions contractuelles.

À cet égard, l'article L. 151-3 du Code de commerce français, autorise deux hypothèses d'appropriation licites : la découverte ou la création indépendante (1-a), ou l'observation, l'étude, le démontage, le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition, ou tombée en possession de façon licite entre les mains de la personne qui a obtenu l'information (1-b)).

230. Par ailleurs, avec la notion d'information obtenue de « *de façon licite* », le législateur consacre le droit des anciens salariés de pouvoir réutiliser les observations, études de produits issues de leur expérience passée, sans qu'aucune stipulation contractuelle ne puisse s'y opposer.

[1103] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 225.

b) Appropriation illicite

231. Les deux cas d'appropriation illicites sont clairement énoncés à l'article L. 151-4 du Code de commerce.

Le premier cas est constitué par un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments. Tel sera le cas, selon la directive, d'un vol, d'une copie non autorisée, d'un cas d'espionnage économique ou encore du non-respect d'une clause de confidentialité[1104].

Le second est une clause balai, ayant vocation à sanctionner tout comportement déloyal ou contraire aux usages en matière commerciale. À titre d'exemple, selon la Commission d'examen des pratiques commerciales, une telle appropriation est caractérisée lorsqu'une entreprise tente d'obtenir une information protégée sous la menace d'une rupture immédiate totale ou partielle des relations commerciales[1105]. Tel serait le cas d'une entreprise qui entame une négociation avec un partenaire dans le but d'obtenir des informations relavant du secret des affaires[1106]. L'auteur aurait alors vicié le consentement du détenteur légitime en ayant agi de façon déloyale.

232. Dans les deux cas, l'obtention illicite suppose qu'elle a été faite sans le consentement de son détenteur légitime. À cet égard, le fait pour celui-ci de partager une information protégée avec un tiers, sans encadrer ce partage, par exemple, au travers d'une clause de confidentialité ou un NDA, fera obstacle à toute demande ultérieure sur la base du secret des affaires, de l'utilisation commerciale de ces informations.

233. L'appropriation illicite peut également procéder d'obtentions indirectes, c'est-à-dire que l'information protégée n'a pu être obtenue qu'au prix de la violation de l'article L. 151-4. C'est

[1104] Cons. UE, dir. 2016/943, 8 juin 2016, cons. 4 : JOUE n° L 157, 15 juin 2016.
[1105] CEPC, avis n° 18-9, 25 oct. 2018 : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 26, obs. N. Mathey ; RLC janv. 2019, n° 13, note Vertut.
[1106] R. Laher et G. Cauvin, « *Le secret des affaires* » : Actes prat. ing. Sociétaire 2020, n° 169, dossier 1, p. 27.

ce que des auteurs ont nommé « *contamination par l'usage* » selon l'expression[1107]. Autrement dit, c'est comme l'écrit Jacques Raynard, la circonstance de : « *la source illicite vient polluer l'utilisation ultérieure de l'information* »[1108].

B. Le savoir-faire

234. Les critères de définition du savoir-faire, rappellent ceux du secret des affaires, sans devoir cependant y être assimilés, du fait du critère du secret, qui constitue le principal point de différentiation. Ainsi, là encore, il y'aura savoir-faire si trois critères sont réunis : une information technique et commerciale transmissible (1), le caractère secret de cette information (2) et enfin une information non brevetée (3).

235. Le savoir-faire est une « *notion juridique relativement récente bien que sa réalité soit aussi ancienne que le monde* »[1109]. Il constitue l'une des formes du secrets des affaires. En matière de franchise, la directive n° 4087/88 du 30 novembre 1988 le définit ainsi : « *ensemble d'informations pratiques, non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié* ». En droit de la concurrence, la directive n° 4087/88 du 30 novembre 1988 le définit comme un : « *ensemble d'informations pratiques, non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié* ».

236. Cette définition a été complétée par le règlement d'exemption 316/2014 du 21 mars 2014 : « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est : (i) secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; (ii)

[1107] Ibid. Rudy Laher et Grégory Cauvin, p. 26.
[1108] J. Raynard, « *Le contenu et la particularité de la protection* » : Propr. industr. 2018, dossier 10.
[1109] P. Le Tourneau, « *Les contrats de franchisage* » Litec 2003 n° 547 ; dans le même sens : Dessemontet, « *Le savoir-faire industriel* », p. 15.

substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels ; (iii) identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ». La jurisprudence française adopte parfois cette définition[1110].

Cette définition peut être rapprochée de celle donnée par l'article 1 (i) du règlement d'exemption n° 316/2014 du 21 mars 2014 concernant les accords de transfert de technologie[1111]. La jurisprudence française adopte généralement cette définition[1112].

Plus généralement, ces définitions du savoir-faire reprennent le cadre posé par la définition de la directive du 8 juin 2016 dont le champ d'application est plus large. Car relative « *à la protection des savoir-faire et des information commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* ».

Il existe aussi d'autres définitions du savoir-faire telle que celle donnée par un arrêté du 12 janvier 1973[1113] et qui le décrit comme une : « *habileté acquise par l'expérience ; connaissance pratique* ».

237. La doctrine a également proposé autres approches[1114], mais s'inspire pour l'essentiel de la définition qu'en donne Mousseron. Le savoir-faire est vu comme une : « *connaissance technique transmissible, mais non-immédiatement accessible au public et non brevetée* » [1115] ;

[1110] Paris, 5 mai 2004, *PIBD* 2004 n° 796, III p. 636.

[1111] « *Un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées qui est : (i) secret, c'est-à-dire qu'il nest pas généralement connu ou facilement accessible ; (ii) substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels ; (iii) identité, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qui remplit les conditions de secret et de substantialité* ».

[1112] Paris 5 mai 2004, PIBD 2004. III, n° 796, p. 636.

[1113] *JO* du 19 janv. 1973.

[1114] J.-M. Mousseron, « *Aspects juridiques du Know-How* », in Le Know-How Cahiers de droit de l'entreprise, 1/1972, p. 2 ; F. Magnin, « *Know-How et propriété industrielle* », Coll. CEIPI ; Lib. Tech., 1974, n° 34 s., p. 29 s. ; R. Fabre, « *Le Know-How, sa réservation en droit commun* », Lib. Tech., 1976, Coll. CEIPI ; « *Le Know-How, Actualités de droit de l'entreprise* », n° 7, Lib. Tech., 1976 ; A. Bertin, « *Le secret en matière d'invention* », Entr. Mod. d'édit., 1965 ; B. Greeon, « *Les entreprises de services* », Economica, 1978, n° 461 s., p. 193 s. ; J.-M. Deleuze, « *Le contrat de transfert de processus technologique* », Masson, 2 éd., 1979 ; J.-M. Mousseron, « *Traité des brevets* », collection CEIPI, Litec, 1984 ; Mousseron, Secret et contrat, Mélanges Foyer, PUF, 1997 ; Malaurie-Vignal, La protection des informations privilégiées et le savoir-faire, *D.* 1997. Chron. 207 ; J. Schmidt Szalewski, V° Savoir-faire, Répertoire commercial Dalloz, 2009.

[1115] Cahier du droit de l'entreprise n° 1, 1972, p. 6.

il *« consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à verser une certaine somme* ».

Au total, en synthétisant toutes ces approches notionnelles, on peut définir le savoir-faire comme des informations de nature technique, industrielle ou commerciale, non brevetées, identifiées et substantielles, secrètes et transmissibles[1116].

238. Au Koweït et dans le monde arabe en général, Il n'existe pas de définition unifiée du concept de savoir-faire.

Il est d'abord vu comme un ensemble d'informations relatives à la manière de mettre en œuvre une théorie ou une invention scientifique[1117]. Cette définition est cependant in complète car ne restitue pas le contenu des savoir-faire dans tous leurs aspects, en les limitant à l'information liée à l'application des théories et des inventions scientifiques. Or les savoir-faire s'étendent aux techniques, aux compétences et aux plans de mise en œuvre[1118].

Une autre définition présente le savoir-faire comme une connaissance technique en le distinguant du savoir-pratique qui serait une connaissance pratique ou technique, englobant les méthodes industrielles, les compétences, les expériences, les connaissances organisationnelles et administratives et les méthodes de commercialisation[1119].

D'autres auteurs excluent du domaine des secrets des affaires, les savoir-faire en considérant que ces derniers concernent les méthodes et méthodes industrielles et ne s'étendent

[1116] Sur la notion de savoir-faire en matière fiscale : A. Loran et H. Christophe, « *Le savoir-faire : le parent pauvre des droit incorporels ?* », Droit Fiscal n° 40, 6 octobre 2016 p. 524.
[1117] Mohsen Shafiq, « *Transfert de technologie d'un point de vue juridique* », Le Caire : Centre de recherche, d'études et de formation juridiques - Presse universitaire du Caire, 1984.
[1118] Saleh Bakr Al-Tayyar, Contrats internationaux pour le transfert de technologie, Le Caire, 1992.
[1119] Houssam Issa, « *Transfert de technologie (étude) dans les mécanismes juridiques de la dépendance internationale* », Dar Al-Mustaqbal Alarabi, Cairo, 19987, p.132.

pas aux connaissances organisationnelles, commerciales et administratives[1120]. Approche contestée par une autre partie de la doctrine si bien que le débat n'est pas tranché entre les spécialistes, concernant la frontière entre secrets d'affaires et connaissances techniques, la jurisprudence étant elle-même divisée sur cette question[1121].

239. Trois approches peuvent être dégagées de ces débats : la première considère que les secrets des affaires sont plus larges que le savoir-faire, la deuxième opinion défend la position inverse, à savoir que les savoir-faire englobent les secrets des affaires, et une troisième opinion assimile les deux notions, et ses défenseurs considèrent que les mêmes règles doivent être appliquées aux deux[1122].

Nous sommes en phase avec cette dernière approche plus conforme selon nous à la réalité économique. Le savoir-faire n'étant rien d'autre qu'un secret d'affaires, car elle en présente les mêmes caractéristiques.

240. Il en résulte que les deux doivent être protégées dans les mêmes conditions, car étant soumis au même système juridique qui réglemente les secrets des affaires. C'est ce qu'ont adopté certaines législations arabes comme le législateur égyptien. Ainsi l'article 55 de la loi égyptienne, sur la protection de la propriété intellectuelle susmentionnée prévoit que la protection juridique s'étend à toutes les informations confidentielles appartenant aux personnes physiques et morales sans discrimination si les éléments en sont réunis. L'Accord sur les ADPIC ne distingue pas non plus les types d'informations confidentielles, en matière de réglementation, comme cela ressort clairement de l'article 39 susmentionné de cet accord.

[1120] Hossam El-Din Abdel-Ghani Al-Saghir : « *Protéger les informations non divulguées et les défis auxquels sont confrontées les industries pharmaceutiques dans les pays en développement, une étude de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce* », p.3.

[1121] Houssam Issa, « *Transfert de technologie (étude) dans les mécanismes juridiques de la dépendance internationale* », p.130.

[1122] Ziyad Al-QURASHI, « *La protection juridique des secrets des affaires : une analyse comparative des réglementations saoudiennes et américaines sur les secrets des affaires à la lumière de l'accord sur les ADPIC* », Université King Abdulaziz, Faculté de droit,Journal Sharia et droit, Octobre 2014, P.411.

1. Information technique (ou commerciale) transmissible

241. Ces connaissances, éléments incorporels ne doivent pas être confondues aux différents supports matériels sur ou dans lesquels elles peuvent être intégrées. Elles sont d'ordre technique au sens où elles sont susceptibles d'être mises en œuvre. C'est là sans doute le caractère « *substantiel* », ou des informations auquel fait allusion le règlement d'exemption n° 772/2004[1123].

242. Il n'est cependant pas exigé un caractère technique ou industriel au sens du droit des brevets, Celles-ci peuvent aussi être de nature commerciale. J. M. Mousseron analysait d'ailleurs que : « *la notion de savoir-faire peut finalement couvrir toute connaissance précise utile au monde économique* »[1124].

243. Ces connaissances doivent également être transmissibles, c'est-à-dire par contrat à une autre entreprise[1125]. Elles doivent être distinguées des compétences acquises en entreprise, par un salarié, qui une fois ayant quitté l'entreprise, est libre d'exploiter lesdites compétences. Soit directement à son profit, en créant une activité indépendante. Soit à celui d'un tiers[1126], sauf empêchement légal du fait d'une obligation de non-concurrence.

[1123] RÈGLEMENT (CE) No 772/2004 DE LA COMMISSION du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.

[1124] J. M. MOUSSERON, « *Aspects juridiques du know-how* » préc. spéc. p. 4 : Traité préc., n° 12. V. égal. J. AZEMA, Lamy droit commercial, 2010, n° 1650, pour qui la notion de savoir-faire recouvre les connaissances dont l'objet concerne la fabrication des produits, la commercialisation des produits et des services ainsi que la gestion et le financement des entreprises qui s'y consacrent ; J. FOYER et M. VIVANT, « *Le droit des brevets* », PUF, Thémis, 1991, p. 401 pour qui « *le savoir-faire pourrait parfaitement être d'un autre ordre (que technique) sans que ceci emporte la moindre conséquence* ».

[1125] [221]Houssam Issa, « *Transfert de technologie (étude) dans les mécanismes juridiques de la dépendance internationale* », p.122.

[1126] PASSA J.*, Traité de droit de la propriété industrielle, T. 2, LGDJ, 2006, n° 906 et s., p. 991 et s.*

2. Information non accessible au public

244. La notion de savoir-faire suppose encore que les connaissances techniques en cause ne soient pas immédiatement accessibles au public. Cette condition se distingue assez nettement de l'exigence de nouveauté du droit des brevets[1127]. En effet, alors que la divulgation de l'invention à une seule personne, susceptible de la comprendre et non tenue par un engagement de confidentialité, annule la nouveauté et exclut l'octroi ou la validité d'un brevet, une technique peut encore présenter un intérêt, et constituer un savoir-faire, lorsque plusieurs entreprises en partagent la connaissance, qu'elles l'aient chacune mise au point ou que l'une l'ait déjà communiquée aux autres sous le sceau du secret.

245. C'est ainsi que, par un arrêt du 13 juillet 1966, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé valable, le contrat de communication d'un savoir-faire qui était connu de plusieurs autres professionnels de la branche considérée. Elle a considéré que la cour d'appel a énoncé à bon droit « *qu'en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main, encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son cocontractant un avantage appréciable, dont il est ainsi autorisé à subordonner l'octroi au versement de redevances* »[1128] .

Quarante ans plus tard, la chambre criminelle a adopté une position analogue à propos, cette fois, de la mise en œuvre de l'incrimination, par l'article L. 621-1 CPI, de la révélation par un salarié d'un secret de fabrique, qui ne constitue qu'une forme de savoir-faire: elle a en effet approuvé une cour d'appel qui, ayant observé que les informations en cause étaient utilisées pour la fabrication du même produit par trois autres entreprises que celle de la victime, avait

[1127] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », , p. 226.
[1128] Cass. com., 13 juill. 1966, Bull. civ., n° 358; JCP 1967, II, 15131, note P. DURAND; Ann. Propr. ind. 1967, note préc. P. MATHÉLY.

néanmoins relevé l'existence d'un secret de fabrique pour le motif qu'il est indifférent que le procédé de fabrication ne soit pas connu d'un seul et unique industriel dès lors que le texte peut s'appliquer à la divulgation d'un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents et qu'en l'espèce tous ceux qui étaient censés le connaître le cachaient[1129].

246. Dans le même ordre d'idées, l'article 39 de l'Accord ADPIC prévoit que des renseignements non divulgués ne puissent pas bénéficier d'une protection par l'action en concurrence déloyale que s'ils sont « *secrets en ce sens que (...) 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* » et sont dotés d'une valeur commerciale en raison de ce caractère secret.

247. La qualification de savoir-faire disparaît ainsi, excluant toute possibilité de protection par la sanction d'une faute ou de communication par un contrat valable, lorsque les connaissances en cause sont déjà largement répandues ou que leur détenteur initial les divulgue publiquement, notamment par la commercialisation de produits dont l'analyse permet d'y accéder ou, tout au moins, lorsqu'il pas pris toutes dispositions pour en conserver le caractère secret; ainsi, naturellement, « *nul ne peut se plaindre d'un accès qu'il n'aurait point cherché entraver*»[1130] et l'article 39 de l'Accord ADPIC subordonne la protection, par la sanction de la concurrence déloyale, à la condition que les renseignements en cause 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.

248. La notion de savoir-faire ne suppose pas non plus, naturellement, que la technique secrète révèle une activité inventive au sens du droit des brevets. Il suffit qu'une entreprise l'ignorant ait un intérêt à en obtenir communication sans délai, peu important que du temps et des

[1129] Cass. crim., 19 sept. 2006, pourvoi n° 05-85360, RTD com. 2007, p. 529, obs. J.-C. GALLOUX.
[1130] J. M. MOUSSERON, « *Traité des brevets* », préc., nº 28.

investissements permettent de la déduire de l'état de la technique par de simples opérations d'exécution[1131].

3. Information non brevetée

249. Enfin, les connaissances techniques ne doivent pas être brevetées, d'une part parce que l'obtention d'un brevet suppose la publication de la demande et donc une divulgation de l'invention en constituant l'objet qui en détruit le caractère secret, et d'autre part, parce que les connaissances brevetées bénéficient d'un régime propre de protection qui prive de tout intérêt celui du savoir-faire. Peu importe, en revanche, que ces connaissances soient brevetables ou non. Ce n'est pas, en effet, parce qu'elles ne satisfont pas les conditions de fond de brevetabilité, assez rigoureuses, que ces connaissances ne présentent pas une utilité pratique susceptible de susciter l'intérêt de tiers et ne constituent pas un savoir-faire.

À l'inverse, ce n'est pas parce qu'elles remplissent ces conditions que leur détenteur doit nécessairement choisir la voie d'une protection par brevet et se trouve privé de toute protection s'il ne dépose pas de demande de brevet. La protection par brevet demeure en effet facultative ; en tant qu'elle suppose une divulgation de l'invention et est limitée à une période de vingt ans à compter de la demande de brevet, à l'expiration de laquelle tout intéressé peut librement exploiter cette invention, cette protection peut s'avérer moins intéressante que le maintien de l'invention dans le secret. Cette dernière solution, susceptible d'offrir une protection de fait non limitée dans le temps, tout au moins aussi longtemps que la technique n'est pas rendue publique

[1131] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », , p. 226.

par son détenteur ou par des tiers parvenus licitement à sa connaissance, suppose toutefois que la technique en cause soit par nature susceptible d'être exploitée sans être divulguée[1132].

250. En aucun cas, les textes en France ou du Koweït [1133] n'exigent pour la qualification du savoir-faire, que celui-ci soit brevetable [1134]. La jurisprudence française est également unanime et constante : elle déclare que pour être protégeable comme savoir-faire ou, encore plus précisément (et a fortiori), comme secret de fabrique, il n'est pas nécessaire que l'information technique soit brevetable [1135]. Un siècle et demi plus tard, la Cour de cassation sanctionne toujours les Cours d'appel qui exigeraient que l'objet du savoir-faire fût une invention brevetable [1136].

251. Si le savoir-faire est brevetable, le non-dépôt d'une demande de brevet résulte d'un choix de l'inventeur. Cette caractéristique n'influe pas sur sa protection : la 1re chambre civile de la Cour de cassation a alloué une somme de 11 millions d'Euros à une société dont les données techniques constituant un savoir-faire avaient été détournées par un concurrent : celui-ci alléguait pourtant, en vain, que ces données n'avaient pas un caractère protégeable par brevet pour bénéficier de la protection par savoir-faire[1137] .

§2 : fondements juridiques de la protection des techniques non brevetées

252. ABO-ALILE a souligné à ce stade que, Les connaissances techniques non brevetées et secrètes ne sont pas pour autant laissées sans aucune protection juridique. Leur caractère secret

---

[1132] Salam Moneim Mishal, « *La protection juridique de savoir-faire (étude comparative)* », thèse de doctorat, Faculté de droit – Université Al-Nahrain, Bagdad, 2003, p. 20.
[1133] Pour la définition de la Chambre de commerce internationale : CCI doc. 450/198 du 9 janv. 1961 ; définition de l'AIPPI, congrès de Mexico 1972, question n° 53 a).
[1134] F. Magnin, « *Know-How et propriété industrielle »*, Litec 1974, préc. ; Mousseron, « *Traité des brevets »,* Litec 1984, n° 12. ; I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », , p. 217.
[1135] Paris, 15 févr. 1856, Ann. propr. ind. 1856. 90 et 16 mai 1862, Ann. propr. ind. 1862. 221 ; Crim. 10 janv. 1862, Ann. propr. ind. p. 221 ; Paris, 11 janv. 2006, *PIBD* 2006 n° 825, III p. 155.
[1136] Com. 6 avr. 1993, pourvoi n° 91-12450, inédit.
[1137] Civ. 1re, 25 janv. 2000, *Bull. civ.* I, pourvoi n° 97-12.620.

justifie précisément, dans certains cas, la mise en œuvre de règles de droit plus ou moins générales. La protection de l'objet du secret peut en effet être assurée par la qualification en termes de faute, civile le plus souvent, pénale parfois, d'actes consistant dans la violation de la sphère de confidentialité organisée par un opérateur autour de ses connaissances techniques.

253. Ce sont alors les circonstances de l'acquisition ou de l'exploitation par un tiers de ces connaissances qui justifient une protection[1138]. Ainsi, la protection du secret n'est assurée que de manière indirecte, et relative, par la sanction d'une faute dûment identifiée[1139]. La fragilité de cette protection, et son infériorité par rapport à celle conférée par un brevet, tiennent dans ce que le détenteur des connaissances secrètes ne peut en interdire l'exploitation à ceux qui les ont obtenues. L'expression « *savoir-faire* » est empruntée au vocabulaire américain de la propriété industrielle : « *le know how* » (abrégé de « *know how to do it »*) désigne les informations techniques non brevetées[1140]. C'est la notion de « *secret de fabrique* » qui fut d'abord employée par la jurisprudence française. La notion de « *savoir-faire* » apparaît pour la première fois dans un arrêt de la cour d'appel de Douai du 16 mars 1967.

254. Traditionnellement en France et Koweït, l'atteinte au savoir-faire secret était sanctionnée sur le terrain de la concurrence déloyale, c'est-à-dire par le droit ordinaire de la responsabilité civile[1141].

255. En droit positif français, la protection par le secret emprunte deux figures juridiques : celle du *savoir-faire* ou *know-how* et celle du secret de fabrique ; ces deux figures relèvent désormais d'une catégorie plus vaste dégagée au plan mondial par l'article 39 de l'annexe ADPIC des Accords de Marrakech : la catégorie des renseignements non divulgués, autrement

---

[1138] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 214.
[1139] Jalal Ahmed Khalil, « *Le système juridique pour la protection des inventions et le transfert de technologie vers les pays en développement* », université du Koweït, 1983, p. 1, p. 452 et s.
[1140] L. J. ECKSTROM, "*Licensing in Domestic and Foreign Operations*",New York, 1974, Foreign Operations Service.; J. M. MOUSSERON, "Aspects juridiques du *know how",* Cah. dr. entr. n° 1, 1972, p. 1, spéc. p.
[1141] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », , p. 220.

dénommés « *secrets des affaires* » dont la directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 vient d'unifier le régime[1142].

256. L'article 39 de l'Accord sur les ADPIC impose aux États qui y sont soumis de prévoir une protection contre « *la divulgation, l'acquisition et l'utilisation d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes* » des renseignements qui sont licitement sous le contrôle d'une personne déterminée, à condition que ces renseignements soient secrets, aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets et 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. Le secret désigne « *tout ce qui contribue d'une manière générale à isoler ou cacher une chose, un fait ou une information qu'il convient de ne pas révéler* »[1143].

La loi nouvelle prévoit l'engagement de la responsabilité civile (délictuelle ou contractuelle) de toute personne qui obtiendrait, utiliserait ou divulguerait un secret protégé, sans le consentement de son détenteur légitime et en méconnaissance des mesures de protection raisonnables adoptées par ce dernier.

257. Au Koweït, La protection des secrets des affaires et le savoir-faire est essentiellement soumise aux règles générales de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, responsabilité qui repose essentiellement sur la faute représentée dans la violation du secret d'affaires ou le savoir-faire, en le révélant ou en l'utilisant. Cette violation entraîne un préjudice pour le titulaire du secret ou savoir-faire, la responsabilité du contrevenant est engagée et il est tenu d'indemniser cette personne.

258. L'importance croissante des secrets des affaires, notamment dans le domaine des inventions et autres droits de propriété intellectuelle, a incité de nombreux pays arabes à

[1142] Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués, adoptée le 8 juin 2016 et transposée en droit interne par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 *(L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des* affaires : JO 31 juill. 2018).

[1143] V. Mariage, « *Le secret et le droit : contribution à l'étude de la notion d'information* », thèse Versailles, 1999, p. 2.

intervenir et à promulguer des lois spéciales réglementant la violation des secrets des affaires, notamment : La loi jordanienne promulguée en 2000 portant sur la concurrence déloyale et les secrets des affaires, Loi Bahreïnite n° 7 de 2003 sur les secrets des affaires , Loi qatarie n° 5 de 2005 concernant la protection des secrets des affaires, le Règlement saoudien sur la protection des informations commerciales confidentielles n° 50 de 2008. Le législateur égyptien a réglementé les secrets des affaires dans la troisième partie de la loi n° 82 de 2002 sur la protection des droits de propriété intellectuelle sous le titre d'informations non divulguées. Concernant le Koweït, aucune législation spéciale n'a encore été promulguée pour réglementer la protection des secrets des affaires et le savoir-faire. Il s'ensuit que les règles générales de responsabilité civile s'appliquent. Ainsi que les règles de répression de la concurrence déloyale si leurs conditions de mise en œuvre sont remplies.

§3 : Le régime juridique de protection des techniques non brevetées ou secrètes

259. Les connaissances techniques non brevetées est susceptible de bénéficier d'une protection par le jeu des règles de responsabilité civile ou pénale. Parfois, c'est la loi elle-même qui confie à la responsabilité civile le soin de réguler la vie économique[1144]. Comme en France, lorsque le législateur a entendu protéger le secret des affaires au moyen des règles de la responsabilité civile. En l'occurrence par l'action en concurrence déloyale et parasitaire, à laquelle certains aspects de l'action en contrefaçon ont été ajoutés.

260. En pratique, voit engagée sa responsabilité civile (délictuelle ou contractuelle), toute personne qui obtiendrait, utiliserait ou divulguerait un secret protégé, sans le consentement de

[1144] BALLOT-LÉNA, Aurélie. « *La responsabilité civile du droit des affaires : des régimes spéciaux vers un droit commun* ». 2006. Thèse de doctorat. Paris 10.

son détenteur légitime, et en violation consciente des mesures de protection raisonnables adoptées par ce dernier.

261. Au Koweït, Nous avons souligné que le législateur koweïtien n'a pas encore adopté de législation spéciale pour protéger les secrets des affaires et, en général, les informations non divulguées, mais à la lumière des dispositions incluses dans la législation spéciale comparative qui réglemente la protection des secrets des affaires, ainsi que de l'Accord sur les ADPIC pour protéger les informations non divulguées, nous pouvons déduire des règles générales. Grâce à laquelle un cadre juridique général peut être établi pour protéger les secrets commerciaux et industriels. On peut dire que lorsque les trois conditions susmentionnées sont remplies, que ce soit dans l'Accord sur les ADPIC ou dans ce qui a été stipulé par le législateur français, l'information a une valeur financière intrinsèque pour son propriétaire, et alors s'en prendre à elle constitue un acte illicite qui engage la responsabilité civile sur la base d'une action en concurrence déloyale ou d'une action en responsabilité civile selon les règles générales.

262. Sur un autre plan, la responsabilité contractuelle pourra être engagée dans toutes les hypothèses où une clause de confidentialité, de secret ou de non-concurrence, contractuellement stipulée, aux fins de préserver un savoir-faire ou secrets des affaires, n'aura pas été respectée par son débiteur. S'agissant d'une obligation de ne pas faire (et donc de résultat), le simple constat que l'obligation n'a pas été remplie suffira, sans qu'une mise en demeure ne soit nécessaire. Pour la même raison, il est impossible de concevoir une exécution forcée en nature de l'obligation de confidentialité ou de secret. Le secret divulgué ne peut plus être rétabli. En revanche, en cas d'exploitation indue du savoir-faire, il est concevable d'obtenir une condamnation sous astreinte à cesser ce comportement.

263. En l'absence d'obligation contractuelle, l'atteinte au savoir-faire peut aussi engager la responsabilité délictuelle de son auteur, particulièrement au titre de la concurrence déloyale. Conformément au droit commun, la réparation doit couvrir la perte subie et le manque à gagner. La juridiction peut ordonner la cessation des actes déloyaux et la destruction des objets matérialisant de tels actes[1145].

Après cette brève introduction, il nous reste à présent à évoquer le régime juridique de protection qui se caractérise par son double aspect : d'une part, la possibilité de mettre en cause la responsabilité civile et pénale de l'auteur du délit (A), et d'autre part, celle de faire valoir, à titre cumulatif ou non, une responsabilité contractuelle de l'auteur des faits frauduleux (B)

A. La responsabilité civile et pénale de l'auteur du délit

Il s'agira ici d'étudier successivement les conditions de fond de la mise en œuvre de la responsabilité civile et pénale de l'auteur du délit (1), la mise en œuvre proprement dite du régime de protection (2). Avant de s'interroger en dernière analyse, sur la possibilité de cumuler les actions en concurrence déloyale et en responsabilité civile et pénale (3).

1. Les conditions de fond de la mise en œuvre de la responsabilité civile et pénale de l'auteur du délit

L'étude des conditions de fond de la mise en œuvre de la responsabilité civile et pénale, renvoie à quatre rubriques : le contenu de la protection , sa durée , sa prévention , et les sanctions applicables .

[1145] I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 255.

A. Le contenu de la protection accordée[1146].

264. Sur la base de l'article 4 de la Directive, le nouvel article L. 151-4 du code de commerce incrimine tout accès ou copie non autorisés à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret. Tout comme son utilisation et sa divulgation non autorisées.

Plus généralement l'accès au secret des affaires est considéré comme illicite, donc fautif, lorsqu'il résulte de « *tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ».

Un lien particulièrement étroit s'établit ici avec les actes traditionnellement qualifiés de concurrence déloyale ou parasitaire. Cette dernière offrant traditionnellement une protection à « *celui qui ne peut se prévaloir en l'état d'un droit privatif* »[1147]. L'application du régime de responsabilité civile s'appliquera également au détournement fautif commis à l'occasion d'une négociation avortée en vertu de l'article 1112-2 du code civil, consacré par l'ordonnance du 10 février 2016.

265. Les comportements illicites constituent une faute civile et engagent de ce fait, la responsabilité civile de leur auteur (C. com., art. L. 152-1). Cet article interdit par ailleurs aux tiers de chercher à capter un renseignement non divulgué quel qu'en soit le support et par quelque moyen que ce soit. Il impose également à ceux qui le tiennent licitement d'autrui à en faire un usage déterminé par le détenteur initial.

266. De même, la production, l'offre ou la mise sur le marché, ou l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de biens en infraction sont aussi considérés comme une utilisation

[1146] V.J. Raynard, « *Le contenu et la particularité de la protection* », et Y. Buzolion, « *Le régime de la protection instaurée par la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016* », Prop Ind, sept. 2018.
[1147] Com. 3 oct. 1978, n° 77-10.915, Rousset / Chantiers modernes, Juris Data n° 1978-700208.

illicite d'un secret d'affaires lorsque la personne qui exerce ces activités savait ou, eu égard aux circonstances, aurait dû savoir que le secret d'affaires était utilisé de façon illicite[1148].

Toujours dans le même cadre, l'obtention illicite du secret des affaires contamine toute utilisation ultérieure de celui-ci. Ainsi « *l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est-elle illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation* » ; l'incrimination s'étend à « *la production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires* » réalisé en connaissance de cause (C. com.,) art. L. 151-5).

267. L'illicéité s'étend également aux actes d'obtention et d'utilisation du secret des affaires, par celui qui « *savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite* » (C. com., art. L. 151-6). La source illicite affecte dès lors, toute la chaîne des utilisations ultérieures de l'information. Ce mécanisme rappelle celui de la contrefaçon par l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou l'importation de produits contrefaisants un droit de propriété industrielle[1149].

Parallèlement, la violation des accords et clauses de confidentialité justifieront la mise en jeu de la responsabilité civile contractuelle.

[1148] J.-C. Galloux, « *La transposition de la directive relative à la protection du secret des affaires* » [Loi n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires, JO n° 0174 du 31 juill. 2018] : RTD com. 2018, p. 643.
[1149] Ibid, J.-C. Galloux.

B. La durée de la protection.

268. La protection accordée par les dispositions prévues par la directive sera disponible aussi longtemps que le secret demeure.

En revanche, le délai de prescription applicable aux demandes sur le fond, et aux actions ayant pour objet l'application des mesures, prévues par la présente directive, l'article L. 152-2 du Code de commerce le fixe à cinq ans à compter des faits qui en sont la cause. Cette durée est similaire à celle en vigueur pour la contrefaçon de la plupart des droits de propriété intellectuelle[1150], les modalités d'interruption ou de suspension sont celles du droit commun de la prescription.

C. La prévention des atteintes au secret des affaires

La loi prévoit des mécanismes de prévention des litiges, par le biais de mesures probatoires (a) ou conservatoires (b) à titre provisoire,

a) Les mesures probatoires

269. Quel que soit le type d'action envisagé, les preuves de la consistance du secret des affaires, ainsi que des mesures raisonnables prises pour sa préservation, et enfin les preuves de son atteinte, doivent être rapportées par le demandeur[1151]. La question probatoire n'étant pas envisagée dans la loi, c'est le droit commun qui régit la matière : en l'occurrence les constats et l'article 145 du code de procédure civile, malgré leur inadaptation aux secrets d'affaires. Ces mesures sont soumises au principe de proportionnalité, conformément au droit commun[1152].

[1150] V. J.-C. Galloux, « *L'identification des secrets des affaires* », Prop. Ind., sept.2018.

[1151] Selon l'art. 11 de la Directive : « *[…] Les autorités judiciaires compétentes […] habilitées à exiger du demandeur qu'il fournisse tout élément de preuve […] afin d'acquérir […] la conviction que: a) un secret d'affaires existe; b) le demandeur est le détenteur du secret d'affaires; et c) le secret d'affaires a été obtenu est utilisé ou est divulgué de façon illicite[…] ».*

[1152] Civ. 1er, 22 juin 2017, n° 15-27.845, D. 2017, 1370 : ibid. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Dalloz IP :IT 2017,543, obs. O de Maison Rouge ; RTD civ. 2017, 661. obs. H. Barbier.

b) Les mesures provisoires et conservatoires

270. L'article L. 152-4 du code de commerce prévoit que « *pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut, sur requête ou en référé, ordonner des mesures provisoires et conservatoires dont les modalités sont déterminées par décret en Conseil d'État* ».

Ce décret devrait reprendre les termes de l'article 10 de la directive qui met à la disposition du plaideur une variété de mesures provisoires et conservatoires, visant à répondre à des situations distinctes[1153]. Il faut noter que cette action est similaire à celle des articles L. 521-6, L. 615-3, L. 623-7 et L. 716-6, du code de la propriété intellectuelle pour les actes argués de contrefaçon et devrait bénéficier des mêmes interprétations jurisprudentielles.

D. Les sanctions applicables le cas échéant

271. Lorsque les mécanismes de prévention ont échoué ou non pas pu être mise en œuvre. Et que des sanctions ont été prononcées suite à une action en responsabilité civile et pénale, elles seront alors de deux ordres : civiles (a) et pénales (b).

a) Les sanctions civiles

272. Elles sont souvent de trois types : la prononciation de mesures d'interdiction, en vue de faire cesser le trouble commercial, la fixation, les dommages et intérêts en cas de préjudices avérés, des mesures de publication dans un journal d'annonces légales.

Énoncées aux articles L. 152-3 à L. 152-7 du code de commerce, elles comprennent des mesures d'interdiction (1), d'indemnisation(2) et de publication (3).

[1153] J.-C. Galloux, « *L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires* » [Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection du savoir-faire et secrets d'affaires : JOUE n° L 157, 15 juin 2016] : RTD com. 2017, p. 59.

1-les mesures d'interdiction.

273. Énumérées à l'article L. 152-3-1, on y retrouve, comme en matière de contrefaçon[1154] : la possibilité d'interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation du secret ; d'interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires, y inclus l'importation, l'exportation ou le stockage desdits produits; la possibilité d'ordonner la destruction de tout matériel contenant le secret d'affaires concerné ou sa confiscation au profit de la partie lésée; le retrait des circuits de distribution.

274. Deux mécanismes sont toutefois spécifiques à la protection du secret des affaires et donc non prévus en matière de contrefaçon. Le premier consiste dans une prise en compte de la durée des sanctions, qui seront alignées soit sur la durée du secret (art. L. 152-IV) ou sur la durée pendant laquelle l'auteur de la violation peut profiter de l'avantage commercial ou concurrentiel de son forfait (art. L. 152-3 III).

Le second consiste dans la possibilité d'ordonner le versement d'une indemnité à partie lésée en lieu et place de l'octroi d'une mesure d'interdiction.

275. Il s'ensuit que le prononcé des mesures d'interdiction en cas d'atteinte à un secret d'affaires ne sera pas automatique. Cette possibilité se trouve toutefois limitée aux circonstances cumulatives suivantes: « *1° Au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite ; 2° l'exécution des mesures mentionnées aux I à III de l'article L. 152-3 causerait à cet auteur un dommage disproportionné 3° Le versement d'une indemnité à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant* ».

[1154] J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, « *Droit de la propriété industrielle* », 8e éd., 2017, Dalloz, nos 1074 s.

276. Par ailleurs, lorsque le versement de cette indemnité est ordonné, celle-ci ne peut être fixée à un niveau supérieur au montant des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret des affaires, pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret des affaires aurait pu être interdite.

Toutefois, l'ensemble de ces mesures essentielles requièrent que le juge prenne en compte une liste des circonstances particulières de manière à respecter le principe de proportionnalité des mesures prononcées. Cependant cette prise en compte desdites circonstances ne paraît pas obligatoire[1155].

2-la fixation des dommages et intérêts.

277. L'article L 152-6 du code de commerce transposant l'article 14 de la directive est consacré aux dommage et intérêts.

Le contenu de cet article est très semblable à celui de l'article 13 de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Le juge devra apprécier de manière séparée : les conséquences économiques négative de l'atteinte au secret des affaires, dont la manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ; le préjudice moral causé à la partie lésée ; les bénéfices réélisent par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuelle, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte.

278. Comme en matière de contrefaçon, la juridiction peut, à titre alternatif et sur demande de la partie lésée, allouer des dommages et intérêts sous forme d'un montant forfaitaire qui tiennent notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'étant pas exclusive de

[1155] V.A. Pezard, « *Les limites à la protection – vers une nouvelle proportionnalité judicaire ?* » Prop. Ind., sept. 2018.

l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée[1156]. Il convient de souligner la différence fondamentale entre l'atteinte au secret des affaires et sa divulgation. En cas de divulgation, le secret des affaires risque d'être irrémédiablement perdu : ce n'est plus une simple atteinte, c'est une perte dont il s'agit, qui peut, dans certaines circonstances, conduire à la disparition du fonds de commerce de la partie lésée[1157].

3-les mesures de publication.

279. Le nouvel article L. 152-7 du code de commerce offre au juge de larges mesures de publication des décisions judiciaires (par voie d'affichage, par voie de presse, de façon intégrale ou par extraits, ou encore sur des services de communication en ligne). Le prononcé d'une telle sanction est soumis également au principe de proportionnalité comme le rappelle l'article 15 de la directive même si ce terme n'est pas expressément repris dans la loi de transposition. Ces dispositions légitiment l'action en concurrence déloyale[1158].

b) Les sanctions pénales des atteintes au secret des affaires

280. Plusieurs dispositions pénales ont pour objet de réprimer certains comportements fautifs caractéristiques d'un accès illégitime à certains secrets d'affaires[1159] . La jurisprudence privilégie les incriminations de divulgation du secret de fabrique (C. trav., art. L. 1227-1 et CPI, art. L. 621-1) ou d'atteinte au système informatisé de données (C. pen., art. 323-1). Mieux

[1156]G. Jacquot, « *La réparation de l'atteinte au secret des affaires* » : Propr. industr. 2020, dossier 4. ; J. Larrieu, « *La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires* » : essai d'explication : Propr. industr. 2020, comm. 48.
[1157] J.-C. Galloux, « *La transposition de la directive relative à la protection du secret des affaires* » [Loi n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires, JO n° 0174 du 31 juill. 2018] .
[1158] J.-C. Galloux, « *La transposition de la directive relative à la protection du secret des affaires* » [Loi n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires, JO n° 0174 du 31 juill. 2018] .
[1159] E. Treppoz, « *De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ?* » : Propr. industr. 2018, dossier 7. ; J. Lapousterle, La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition : Dalloz IP/IT 2016, p. 493.

adaptées au contexte des secrets des affaires[1160] que les incriminations de vol (C. pén., art. 311-1) d'abus de confiance (C. pén., art. 314-1), largement inappropriée selon l'analyse du professeur Jean-Christophe Galloux. Il estime par ailleurs que le législateur pourrait s'inspirer de certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle (l'art. L. 716-1 par exemple) pour établir un lien entre la responsabilité civile prévue à l'article L. 152-1 du code de commerce, et les dispositions pénales précitées, dans une formulation qui pourrait être : « *L'atteinte portée aux secrets d'affaires engage la responsabilité civile de leur auteur sans préjudice des sanctions pénales prévues notamment aux articles [...] du code pénal* »[1161].

2. Le régime procédural lui-même

281. La loi du 30 juillet 2018 prévoit des mesures générales de protection des secrets des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales, transposant l'article 9 de la directive (art. L. 153-1 et L. 153-2). La question étant de savoir comment concilier le principe du contradictoire avec la nécessité de préserver le secret des affaires contre tout risque de divulgation.

C'est pour répondre à cette question que le législateur a décidé d'ouvrir ces mesures à l'ensemble des procédures civiles et commerciales à l'occasion desquelles les secrets des affaires pourraient se trouver menacés, au-delà du champ d'application limité par le texte européen aux seules instances « *relatives à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires* ».

[1160] J.-C. Galloux, « *La transposition de la directive relative à la protection du secret des affaires* » [Loi n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires, JO n° 0174 du 31 juill. 2018] .
[1161] Ibid, J.-C. Galloux.

282. Étant entendu que la très grande majorité des instances où siègent ces menaces, sont des instances autres que celles qui visent ces secrets[1162]. Il en est fréquemment ainsi des instances relatives à des droits intellectuels, comme les instances en contrefaçon. Ces mêmes raisons ont poussé à l'adoption de l'article R.615-4 du code de la propriété intellectuelle en matière de saisie-contrefaçon de brevet[1163].

283. La loi ne vise que les procédures « *civiles et commerciales* » alors que la Directive évoque les procédures « *judiciaires* ». Or, il n'est pas acquis que le terme « *judiciaire* » recouvre le même sens en droit français et en droit de l'Union européenne.

Les mesures visées par l'article L. 153-1 du code de commerce concernent toutes les instances civiles ou commerciales ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires. Le juge peut, d'office, à la demande des parties ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être autrement assurée et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, prendre seul connaissance de cette pièce, à fin de décider s'il l'estime nécessaire, de limiter sa communication ou sa production à certains éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou d'en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ; décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil. Cette disposition importante est de nature à renforcer l'attractivité des procédures judiciaires par rapport à l'arbitrage, ce dernier étant souvent choisi en matière de violation des secrets, pour ce motif de confidentialité. A cet égard, l'article L. 153-2 du code de

[1162] J.-C. Galloux, « *La transposition de la directive relative à la protection du secret des affaires* » [Loi n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires.
[1163] V. J. Passa, « *Traité de la propriété industrielle* » , t.2, LGDJ, 2013 n0261,P.187.

commerce prescrit que « *toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient* ».

284. Dans le cas d'une personne morale, l'obligation prévue au premier alinéa du présent article s'applique à ses représentants légaux ou statutaires et aux personnes qui la représentent devant la juridiction. Les paragraphes suivants précisent la portée de l'obligation de confidentialité qui pèse sur les intervenants à la procédure : « *Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure* ». Par ailleurs « *les personnes habilitées à assister ou représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci, sauf en cas de mesures prises par le juge au titre du 1° de l'article L. 152-1 pour restreindre l'accès d'une ou plusieurs pièces à certaines personnes* ». Enfin, quant à sa durée, l'obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure mais elle prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre- temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles.

Ces mesures devront être appliquées de manière proportionnée de façon à ne pas nuire au droit des parties à un procès équitable[1164].

[1164] J.-C. Galloux, « *La transposition de la directive relative à la protection du secret des affaires* » [Loi n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires.

3. La question du cumul les actions en concurrence déloyale et en responsabilité civile et pénale

285. Cette question suppose que le demandeur dispose à la fois de signes distinctifs à protéger (classiques autant que sur internet), et de techniques brevetées secrètes (savoir-faire cachés au public mais protégées du fait de leur enregistrement.

286. La sanction de l'atteinte au secret des affaires, ne repose pas seulement sur un principe compensatoire puisque l'indemnisation du détenteur du secret peut être, outre la compensation des pertes subies, fonction des bénéfices ou économies réalisés par celui qui a eu un accès illicite au secret. Comme s'il s'agissait de restituer à son détenteur légitime les fruits détournés d'un droit exclusif sur l'information. L'action en violation du secret des affaires exercée sur le terrain de la concurrence déloyale, peut être doublée d'une action en parasitisme pour détournement déloyal d'un savoir-faire. Les deux pouvant valablement être menées de concert[1165].

287. En effet, comme nous le mentionnions plus tôt, l'atteinte au savoir-faire secret était traditionnellement sanctionnée sur le terrain de la concurrence déloyale, c'est-à-dire par le droit ordinaire de la responsabilité civile.

La nouvelle loi permet à un titulaire de secret des affaires, soit de renoncer à la voie du droit commun, au profit de l'action en parasitisme. Soit au contraire de cumuler les deux actions. Et donc d'agir sur le double fondement, d'une part des articles 1112-2 et 1240 du Code civil et, d'autre part, de l'article L. 152-6 du Code de commerce[1166]. La définition du comportement fautif est aussi contenue dans l'article L. 152-1 qui stigmatise un « *comportement*

[1165] Sur cet aspect particulier, v. J. Larrieu, « *La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires : essai d'explication* », Propr.industr. n° 7-8, Juillet 2020, com. 48.
[1166] V. C. Nourrissat, « *Propos conclusifs : Propr. Industr* ». 2018, dossier 14. ; J. Raynard, « *Secret des affaires, effet relatif du contrat..., art. préc., n° 5* » ; J.-Ch. Roda, « *Secret des affaires : et si on avait manqué l'essentiel ?* » : D. 2018, p. 1318, n° 2.

considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale ».

Si l'action en responsabilité civile de droit commun était traditionnellement limitée par sa finalité indemnitaire et différait en cela de la nouvelle disposition du Code de commerce. L'évolution jurisprudentielle actuelle tend vers une convergence des solutions.

288. A cet égard, la chambre commerciale a récemment précisé à propos de situations où étaient constatés des faits de concurrence parasitaire ou de concurrence illicite, que : *« Lorsque tel est le cas, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents...* »[1167]. Il en résulte que le titulaire du secret d'affaires pourra revendiquer des dommages-intérêts fixés en considération des bénéfices et économies réalisés par l'auteur du détournement. Cela qu'il agisse sur le terrain du droit commun du Code civil, ou sur celui du droit spécifique conféré par le secret des affaires,

289. Nous voyons ainsi que la responsabilité civile lui permet d'obtenir réparation, dans les mêmes proportions, que seule une réservation exclusive permettait naguère. Ainsi s'estompe la différence traditionnelle entre celui qui a protégé son savoir-faire par brevet et celui qui l'a fait par le secret des affaires. S'agissant des informations secrètes, n'ayant pas fait l'objet de mesures de protection suffisantes, l'application des règles de la concurrence déloyale devrait suffire à continuer d'en assurer la protection. A la condition toutefois, que le détenteur du secret d'affaires établisse le caractère déloyal du comportement du défendeur, ce qui sera pour le moins difficile si des mesures de protection raisonnables n'ont pas été prises.

[1167] Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, Sté Cristal de Paris c/ Sté Cristallerie de Montbronno : JurisData n° 2020-001762 ; Propr. industr. 2020, comm. 33, J. Larrieu. – CA Toulouse, 2e ch., 4 mars 2020, n° 17/01448, M. S., SAS FB Procédés : JurisData n° 2020-003113.

B. La responsabilité contractuelle de l'auteur du délit

290. En matière économique, la confidentialité est souvent synonyme de succès : qu'il s'agisse de procédés techniques, de recettes, de stratégies de développement, de fichiers de clientèle, de plans d'action commerciale ou encore de l'existence de difficultés économiques, les secrets d'affaires sont innombrables. Les entreprises cultivent la discrétion, indispensable à développer leurs innovations et leur avance concurrentielle le cas échéant[1168]. La responsabilité civile délictuelle et pénale est le premier moyen de préserver cette confidentialité. Mais également de plus en plus la responsabilité contractuelle des concurrents dans le cadre de contrats.

291. En France depuis la réforme du droit des contrats, l'article 1112-2 du code civil dispose que « *celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». Cette réforme ainsi que d'autres témoignent de la volonté du législateur de protéger les actifs immatériels des entreprises.

292. Pour pouvoir engager la responsabilité contractuelle des concurrents indélicats, il faut à l'évidence, la conclusion préalable d'un contrat ainsi que ses clauses contractuelles. Et ensuite l'adhésion éclairée des concurrents à ceux-ci, puisque leur objet sera précisément d'engager leur responsabilité contractuelle en cas de survenance de litiges. La validité de telles clauses est admise par la jurisprudence et la doctrine, à la condition que l'information ait un caractère réellement confidentiel, et que le contrat soit assorti d'un terme, comme la date à laquelle l'information tombe dans le domaine public[1169]. Ces clauses secrètes le sont, soit en raison de l'objet du contrat lui-même, qui est de transférer la connaissance d'informations secrètes d'une

[1168] Jean-Marie GARINOT. « *Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat* ». AJ Contrat, 2018,55, p. 412. ; I. ABO-ALILE, « *La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, , à la lumière du droit comparé* », p. 230.
[1169] C. Caseau-Roche, « *La clause de confidentialité* », AJCA 2014. 119.

partie à l'autre par exemple à l'occasion d'un contrat de franchise ou de concession[1170]. Soit parce que l'existence même de la relation d'affaires, et donc du contrat lui-même, doit être tenue secrète ; comme dans le cas de portage d'actions ou encore de société en participation.

293. La lecture de la loi du 30 juillet 2018 ne prend pas en compte les renseignements confidentiels, ce qui est une des raisons du recours au contrat[1171].

Alors qu'ils bénéficient, comme nous venons de le voir, du recours à l'action en responsabilité civile et pénale[1172], les commerçants victimes d'atteintes à leurs droits secondaires, utilisent au surplus, la possibilité de mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'auteur du délit. Pour l'essentiel, à titre préventif.

294. Cela compte tenu précisément du fait que la portée à la fois réparatrice (responsabilité civile) et dissuasive (responsabilité pénale) de l'action en responsabilité, est forcément limitée par ce qu'ils considèrent comme des lacunes de la loi.

Le recours à la responsabilité contractuelle à titre préventif. Le contrat est « *un acte de volonté accompli en vue de produire des effets de droit* »[1173]. La grande souplesse du droit des contrats confère au secret sa valeur commerciale (1) tout en lui garantissant une protection (2).

[1170] V. par ex. Com. 30 juin 2015, n° 13-28.692, AJCA 2015. 470, obs. J.-M. Garinot ; RDI 2016. 277, obs. H. Périnet-Marquet.
[1171] Pour une présentation générale de cette loi, V. T. F. Rakotoarison « *Loi sur la protection du secret des affaires : la fin de la liberté d'informer n'aura pas lieu* », AJ Contrat 2018. 408.
[1172] L'action en concurrence déloyale étant réservée à la protection des signes distinctifs non protégés, au moyen de l'action en contrefaçon)
[1173] B. FAGES. « *Droit des obligations* », 2e éd. L.G.D.J. Lextenso éditions, 2009, § 21.

1. La valorisation contractuelle du secret

295. La protection du secret des affaires repose sur le postulat selon lequel l'objet du secret soit générateur de plus-value. Notamment dans le contexte de la part grandissante des connaissances et de l'information dans l'économie, telle que mise en lumière au milieu du XXème siècle, par l'économiste Fritz Machlup. Et qui a conduit à une « *économie du savoir* »[1174] dominante de nos jours. Ces connaissances sont en effet susceptibles de générer un bénéfice économique colossal qui dépassent les régimes de protection actuels tels que les brevets ou les dessins et modèles.

296. Dans ce contexte, la transmission d'un savoir-faire peut également être l'objet d'un contrat autonome en lieu et place d'être caché des autres concurrents. Les opérateurs économiques pouvant en effet trouver un intérêt économique à exploiter commercialement une information secrète détenue par l'un d'entre eux. Ainsi dans une espèce, où les juges étaient saisis de la validité d'un contrat de concession, du point de vue de sa cause[1175], ils ont considéré que sa transmission pouvait valablement être subordonnée au versement de redevances[1176]. Le secret doit cependant subsister aux yeux des autres concurrents. En effet, le savoir-faire valorisable doit conserver un caractère secret, « *ce qui implique que l'ensemble de ses éléments ne soit pas généralement connu* » et se distingue ainsi d'un « *tour de main* »[1177].

[1174] J.-P. BOUCHEZ, « *Autour de l'économie du savoir : ses composantes, ses dynamiques et ses enjeux* », Savoirs, vol. 34, n° 1, 2014, p. 9-45.
[1175] Une telle problématique pouvait être libellée telle quelle avant la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 en application de l'art. 1108 du code civil.
[1176] Cass. com., 13 juill. 1966, Bull. IV n° 358.
[1177] Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-14.291.

2. La protection contractuelle du secret

297. Le contrat est précisément, un « *instrument de prévision* »[1178], ou pour reprendre la formule de Maurice Hauriou, « *la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »[1179]. Il s'est donc de manière assez logique, imposé comme instrument de contrôle de la circulation de l'information[1180].

298. En droit français, l'obligation de confidentialité découle parfois de la nature même du contrat. Comme en droit du travail, le salarié étant tenu à une obligation de loyauté ainsi que de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi[1181]. La violation de l'obligation de loyauté, par la révélation d'une information confidentielle pouvant valablement justifier son licenciement[1182]. Il peut exister une clause spécifique imposant une obligation de confidentialité, du fait de la nature du poste[1183], laquelle peut toutefois être l'objet d'un aménagement contractuel de la confidentialité. Celle-ci prenant la forme de clauses annexes au contrat ou un avenant autonome du contrat principal, dont le seul objet sera la protection de l'information[1184]. Ce qui aura des effets dits « *postcontractuels* » : qui vont subsister au-delà du terme normal du contrat principal, ou s'il est rompu par anticipation. La doctrine le relevait déjà[1185] et l'art. 1230 du code civil le prévoit expressément en cas de résolution depuis la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Il peut aussi ne s'agir que d'un accord de confidentialité[1186], dont le contenu est laissé à l'appréciation des parties qui

[1178] J.-L. AUBERT et F. DUTILLEUL. « *Le contrat. Droit des obligations* », 5 e éd., Dalloz, 2017, p. 43.
[1179] M. HAURIOU, « *Principe de droit public* », Sirey, 1910 ; rééd. Dalloz, 2010, p. 206.
[1180] A. LATREILLE, « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat* », LPA, 7 août 2006, n° 156, p. 4.
[1181] G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS. « *Droit du travail* », 33e éd., Dalloz, 2019, § 663.
[1182] Cass. Soc., 28 juin 1972, n° 71-40.435, Bull. V n° 471.
[1183] O. LECLERC, « *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail* », Droit social, 2005 n° 2, p. 173.
[1184] F.-X. TESTU, « *Secret et relations d'affaires* », Droit et patrimoine, 1 er mars 2002, n° 102.
[1185] A. LATREILLE, « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat* », LPA, 7 août 2006, n° 156, p. 4.
[1186] Ou « NDA » par emprunt à l'anglais Non-disclosure agreement.

devront veiller à son efficacité en précisant bien la nature des obligations et lses modalités d'exécution[1187].

299. Cependant, dans la pratique, l'efficacité réelle des clauses et accords de confidentialité reste relative[1188] . Du fait que leur mise en œuvre suppose une identification claire du périmètre des informations confidentielles, et de ce que le bénéficiaire était autorisé à en faire.

Mais la difficulté tient pour l'essentiel au fait que le contrat n'entraîne des obligations qu'à l'égard des parties, d'où les difficultés d'identification de l'auteur de la divulgation, de celui sur qui pèse la charge de la preuve et in fine, sur l'efficacité de la réparation, autant de limites à la mise en œuvre de l'obligation de confidentialité[1189].

300. Au Koweït, en l'absence de texte, la question de la responsabilité contractuelle n'est pas abordée par la doctrine. Pourtant, il est incontestable que dans la pratique, elle demeure le principal moyen de protéger les secrets des affaires et le savoir-faire.

La protection par le biais d'un contrat fait obligation au dépositaire de la connaissance technique, de s'abstenir de toute divulgation.

Conclusion du Chapitre

301. Au terme de notre étude, nous retenons qu'en l'absence de protection au titre de la contrefaçon, les titulaires de droits sur les signes distinctifs non protégés, doivent caractériser un risque de confusion du produit contrefait vis-à-vis de leurs propres produits. Ce risque ne pouvant être caractérisé que si les produits sont ressemblants au point de ne pouvoir être discriminés par le consommateur. Dès lors, c'est le critère d'antériorité qui départagera les parties.

[1187] C. GEIGER et J. BOYER, « *L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires* », Contrats Concurrence Consommation, mars 2016, p. 3.
[1188] A.-S. LUCAS-PUGET, « *L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ?* », LPA, 14 nov. 2016, n° 119, p. 50.
[1189] A. LATREILLE, « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin)* », LPA, 8 août 2006, n° 157, p. 4.

302. Ce critère du risque de confusion constitue l'élément principal d'appréciation concernant tant les signes distinctifs classiques, que les signes distinctifs sur internet. Dès lors et dans les deux cas, c'est l'action en concurrence déloyale qui permettra de protéger les droits du titulaire lésé.

Ce qui n'est pas le cas des techniques non brevetées ou secrètes. En effet il s'agira ici davantage d'une atteinte au secret, en l'occurrence à celui des affaires. Le secret étant par définition caché, il ne saurait y avoir ici matière à concurrence déloyale, mais plutôt à la mise en cause de la responsabilité civile et pénale de l'auteur de l'atteinte au secret des affaires. Celui-ci n'étant par nature, pas destiné à être rendu public, et encore moins à être imité.

303. Il est enfin remarquable que les titulaires des droits non protégés, aient de plus en plus recours à la conclusion préventive de contrats, en vue de protéger en amont leur secret et leur savoir-faire.

Conclusion du titre I

304. Ainsi en principe, pour exercer une action en concurrence déloyale concernant des créations immatérielles protégées, il faut un préjudice distinct de celui fondant une action en contrefaçon. Alors qu'il suffit de prouver un risque de confusion avec ses propres produits, lorsque l'action en concurrence déloyale porte sur des créations immatérielles non protégées. Mais au-delà de ces critères de recevabilité propres à chaque type d'action, la vraie question est de savoir s'il existe la possibilité d'exercer da manière cumulative, et non simplement alternative, l'action en concurrence déloyale avec l'action en contrefaçon et même une action en responsabilité civile et pénale, doublée le cas échéant d'une action en responsabilité contractuelle. Si toutefois les conditions de cette dernière étaient réunies. Il est raisonnable de le penser selon nous, dès lors que les faits ont donné lieu à des préjudices distincts, s'agissant

des créations protégées. Et dès lors qu'il y'a risque confusion avec des créations non protégées. en France notamment si le risque de confusion est assorti d'un comportement parasitaire.

Titre II : La concurrence déloyale remède aux limites des droits de propriété intellectuelle

La protection conférée par les droits de propriété intellectuelle fait l'objet de limitations légales, en vue de préserver la liberté du commerce et de l'industrie **(chapitre I)**. Les autres limites à cette protection sont cependant externes et liées au développement des moyens de communication, symbolisé par internet et le commerce électronique auquel il a donné naissance **(chapitre II)**

Chapitre I : les limites intrinsèques classiques des droits de propriété intellectuelle

305. La protection conférée par la propriété intellectuelle n'est pas exhaustive : en clair, elle ne vise pas à protéger contre toute forme d'atteinte, d'autant moins qu'elle n'a pas été conçue dans cet esprit. Elle n'a en effet été envisagée par le législateur qu'en vertu « *de la finalité qu'il a assignée au droit considéré* »[1190].

Cette délimitation de la portée de la protection est prévue par le code de propriété intellectuelle lui-même, ainsi que le relève M. Vivant qui écrit qu'au : « *seuil où s'arrêtent les propriétés intellectuelles, ne s'arrête pas le droit ! Le droit commun prend tout naturellement le relais et qu'il n'y ait pas atteinte à une propriété ne signifie pas qu'il ne puisse pas y avoir manquement à un devoir général de comportement modéré dont le manquement serait sanctionné à travers l'article 1382 du Code civil* »[1191].

Ainsi l'absence de protection n'entraine pour autant pas la liberté de reproduire l'objet même non-protégé, la loyauté continue de prévaloir et impose aux concurrents de s'abstenir de toute copie non autorisée. C'est la notion de « *loyauté-abstention* ». Celle-ci apparaît de ce fait comme une sécurité subsidiaire permettant de suppléer l'absence de protection au titre de la propriété intellectuelle. Et *in fine*, de sauvegarder les intérêts légitimes de leur titulaire[1192]. Cela d'autant plus que les présumés contrefacteurs font preuve d'une grande ingéniosité à l'heure de la digitalisation et en raison des interprétations restrictives de l'acte de contrefaçon.

[1190] M. Vivant : « *Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle* », JCP E, 1993, n° 22, act. 251, n° 7.
[1191] *Ibid*., n°8.
[1192] J. WATHELET. *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*. 2016. Thèse de doctorat. Aix-Marseille, p.136.

La sanction issue du droit de la responsabilité civile, permet ainsi de suppléer aux droits privatifs permettant une exploitation exclusive. Le droit de la concurrence déloyale joue donc un rôle complémentaire de protection. Et même subsidiaire comme nous le verrons.

Il apparaît donc que la portée de la protection conférée par les droits de propriété intellectuelle est volontairement circonscrite par la loi[1193]. Un usage ne peut ainsi être considéré comme contrefaisant que s'il outrepasse les limites fixées par les droits de propriété intellectuelle[1194].

306. Il en résulte que lorsque cesse la protection conférée par les droits de propriété intellectuelle il subsiste un droit d'usage mais celui-ci est laissé à l'appréciation des concurrentes qui doivent respecter le principe de la *loyauté-abstention*.

Celle-ci peut se définir comme une liberté d'utilisation des créations d'autrui mais dans le respect du principe de loyauté, tant concernant le droit des marques que dans les autres créations protégées[1195].

307. La loyauté-abstention peut être vue comme l'abstention volontaire de l'usage déloyal des créations d'autrui. En cas d'usage déloyal, la victime peut avoir recours à l'action en concurrence déloyale, voire à l'action en responsabilité civile si cette déloyauté a en outre généré un préjudice. Le droit des marques en particulier, est souvent visé, car la protection qui lui est conférée par le droit de propriété intellectuelle n'est que relative.

La *loyauté-abstention* est de ce fait l'outil privilégié pour protéger les intérêts des titulaires de marques et par là-même, préserver la fonction concurrentielle du droit des

---

[1193] M. Vivant : « *De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle* », in M. Vivant (dir.), Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 2e éd., Dalloz, 2015, p. 3-15. V. aussi CUERPI, « *Fonction(s) des droits de propriété intellectuelle* », Propr. ind., oct. 2010, dossier spécial ; Ch. Le Stanc, « *Droits de propriété intellectuelle : droits relatifs* », Propr. ind., févr. 2008, n° 2, repère 2.

[1194] J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », t. I, 2e éd., LGDJ, 2009, n° 204.

[1195] V. pour le droit des dessins ou modèles, par exemple : J. Passa, « *La fonction du droit de dessin ou modèle* », RLDA, sept. 2011, p. 82-86 ; J.-P. Gasnier, « *La fonction du droit des dessins ou modèles* », à paraître. M. Gasnier se demande s'il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que d'affirmer que la fonction essentielle du dessin ou modèle consiste à protéger l'apparence de celui-ci contre toute utilisation non autorisée.

marques[1196], en veillant à la loyauté des comportements concurrentiels. Certaines autres créations immatérielles non protégées, peuvent également nécessiter le recours à l'action en concurrence déloyale en vue de faire cesser un usage déloyal.

La *loyauté-abstention* introduit donc une dimension de souplesse dans la protection conférée par la propriété intellectuelle, au bénéfice des concurrents. De ce point de vue, il convient cependant de distinguer deux types de créations immatérielles : d'une part les marques où la souplesse est de mise, et de l'autre, les autres types de créations immatérielles où la protection est dite absolue. Cela est vrai pour les dessins et modèles ou le droit d'auteur, et en particulier pour les brevets[1197], dont les droits octroient à son titulaire une protection contre l'exploitation non-autorisée, notamment dans un contexte de développement exponentiel de la liberté de circulation des marchandises[1198].

308. En matière de droit d'auteur, des auteurs proposent d'apporter de simples « *limites* » du droit d'usage de la création, s'agissant d'un usage non public[1199] ou accessoire d'une œuvre[1200]. Etant entendu que le droit d'auteur ne prend tout son intérêt que lorsqu'il sort de l'espace

[1196] En ce sens, F. Pollaud-Dulian, La propriété industrielle, Economica, 2011, n° 79 ; J.-P. Clavier, « *L'usage en ligne illicite d'un signe distinctif : aspects de propriété intellectuelle* », in S. Chatry (dir.), « *La régulation d'Internet. Regards croisés de droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle* », Mare et Martin, 2015, p. 43-57, spéc. p. 57 : « *Il est bien difficile, en effet, de séparer les logiques, celle du droit des marques et celle de la concurrence déloyale, tant elles sont imbriquées* ».

[1197] La Cour de justice énonce que l'objet spécifique de ce droit est « *notamment d'assurer au titulaire afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers* » : CJCE, 21 oct. 1974, aff. C-15/74, Centrafarm / Winthrop.

[1198] D'une manière générale, l'« *objet spécifique* » entretient des liens étroits avec la notion de fonction. L'objet spécifique et les prérogatives qu'il renferme ont un but précis, « *celui de protéger le droit de propriété intellectuelle considéré, de façon qu'il réalise pleinement sa ou ses fonctions essentielles* » : G. Bonet. « *Marque nationale et règles du droit communautaire* », Revue des affaires européennes, juill. 2005, n°3, p. 419-430. V. aussi Ch. Caron, « *Abus de droit et droit d'auteur* », Litec, 1998, n" 341 ; C. Maréchal, « *Concurrence et propriété intellectuelle* », Litec, 2009, n° 367 ; L. Marino, « *Droit de la propriété intellectuelle* », PUF, coll. « Thémis », 2013, n° 51, p. 118.

[1199] V. Vamerot, « *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique* », Ellipses, 2012, p. 229 : « [...] *Si le fondement du monopole d'auteur réside dans l'usage public de l'œuvre, alors s'ensuit un principe général de licéité de l'usage privé, exempt de communication au public. Or, il n'existe communication au public de l'œuvre ni en cas de copie privée, ni en cas de représentation privée et gratuite dans le cercle de famille* ». V. égal. Ph. Gaudrat et A. Zollinger, « *Droit des auteurs-Règles générales. Droit de représentation* », J.-Cl. PLA, fasc. 1242, oct. 2014, n° 6 ; S. Dussolier, « *L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur* », in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, LexisNexis, 2014, p. 263-275, spec. p. 270 et s.

[1200] M. Vivant et J.-M. Bruguière n° 596 et s. V. aussi M. Vivant, « *Droit d'auteur et théorie de l'accessoire: et si l'accessoire révélait l'essentiel?*», JCP E, 2011, 1560.

privé[1201]. C'est ce qui a conduit M. Gautier à affirmer que c'est « *l'usage public de l'œuvre dans le cadre et dans une perspective économique* »[1202] qui constitue le fondement du droit d'auteur.

309. Compte tenu de ce niveau de protection élevé, il en résulte qu'une protection complémentaire, voire subsidiaire au moyen de l'action en responsabilité civile des droits conférés par les créations immatérielles, apparaît comme peu pertinente. Car en pratique, tant le droit d'auteur, le droit des dessins ou modèles ou encore le droit des brevets permettent d'appréhender de nombreux usages de la création « *même à des fins ou dans un secteur d'activité différents* »[1203] . Au point que parfois concernant ces matières, il est parfois fait référence à un « *droit absolu* » qui confèrerait une protection complète.

Contrairement au droit des marques qui, en comparaison, n'offre qu'une protection dite « *relative* »[1204].

310. Il convient à présent d'aborder les conditions et les modalités du recours à l'action en responsabilité civile, respectivement en matière de droit des marques (section I) et dans le domaine de certaines autres créations non protégées par la propriété intellectuelle (section II).

[1201] J.-M. Bruguière, note sous CA Paris, 12 sept. 2008, PI, janv. 2009, p. 56-59, spec. p. 56.
[1202] P.-Y. Gautier, « *Propriété littéraire et artistique* », 6e éd., PUF, 2007, n° 338, cité par J.-M. Bruguière, note préc.
[1203] J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle* », t. I, 2e éd., LGDJ, 2009, n° 36, p. 47.
[1204] Ibid. M. Passa relève que « *la caractéristique essentielle du droit de marque tient dans sa relativité* ». A contrario, le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit de brevet « *bénéficie d'une protection absolue qui lui permet, en principe, de s'opposer à toute exploitation de l'objet de son droit* ». V. aussi déjà P. Roubier, « *Le droit de la propriété industrielle* », L. 1, Sirey, 1952, p. 21 : « *Le droit qui résulte des créations nouvelles est beaucoup plus complet que celui qui résulte des signes distinctifs. Car le monopole qui résulte des brevets d'invention, ou des dessins et modèles, est un droit absolu, qui fait obstacle à toute production de même nature que celle qui est protégée. Au contraire, le droit qui résulte des signes distinctifs est un droit relatif qui n'existe que vis-à-vis des concurrents directs, pour éviter toute confusion et toute fraude dans des industries similaire* ».

Section 1 : Les conditions de l'action en responsabilité civile concernant le droit des marques

311. La limitation de la portée de la protection conférée par le droit des marques au bénéfice du titulaire de la marque, trouve sa source dans la loi elle-même[1205]. L'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle stipule en effet que : « *La marque de produits ou de services est un signe servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale de ceux d'autres personnes physiques ou morales* ».

312. Le caractère limité de la protection a fait dire à la doctrine que celle-ci est dite « *relative* »[1206] ou « *spéciale* »[1207]. En clair, la protection conférée par le droit des marques n'est ni absolue, ni générale, elle obéit à des critères spécifiques en dérogation des éléments classiques de la contrefaçon. Ici, une action en contrefaçon ne pourra être mise en œuvre que s'il est fait une entorse à la règle dite de *spécialité*. C'est-à-dire s'il n'est plus possible de distinguer la marque originale de celle usurpée. C'est ce que rappelle la Cour de justice de l'UE qui a jugé que l'atteinte au droit exclusif n'existe que si l'usage du signe distinctif par le tiers, porte atteinte ou est susceptible de le faire, de manière à affecter les fonctions de la marque. Ce qui est le cas lorsque l'imitation entraîne de la confusion aux yeux du client. La Cour de justice a développé la notion de « *fonction essentielle de garantie d'origine* »[1208] qui vise sans équivoque l'authenticité du produit), et celle des « *fonctions accessoires* », relevant en particulier de la communication, de la publicité, de l'investissement et de garantie de qualité.

[1205] CJCE 27 avr. 2006, Levi Strauss, aff. C-145/05, points 29 et 30.
[1206] P. Roubier, « *Le droit de la propriété industrielle* », t. I, Sirey, 1952, p. 21 : « [...] *Le droit qui résulte des signes distinctifs est un droit relatif qui n'existe que vis-à-vis des concurrents directs, pour éviter toute confusion et toute fraude dans des industries similaires* » ; J. Passa, n° 36, p. 47.
[1207] J. Passa, loc. cit.
[1208] Cette fonction consiste à « *garantir au consommateur 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 ce service de ceux qui ont une autre provenance* » : CJCE, 12 nov. 2002, *Arsenal Football club*, aff. C-206/01, Rec. 2002, p. 1-10273, pt. 48. Affirmée la première fois par CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin/ Terranova*, aff. 119-75, Rec. 1976, p. 1039.

La présence simultanée de tous ces critères, témoignant d'une reproduction à l'identique (et donc illicite) de la marque qu'elle ait été apposée sur des produits ou des services.

313. On peut affirmer que la protection de la marque a été volontairement limitée par la loi elle-même afin de ne pas porter atteinte à la libre-concurrence. Cette limitation ne constitue, pour autant en aucun cas, un blanc-seing pour les concurrents, de sortir des limites de l'usage qu'ils sont autorisés à faire de la marque d'autrui. Celui-ci doit respecter -rappelons-le à toutes fins utiles le principe de la loyauté-abstention. En effet la marque a donc pour fonction de permettre à tout concurrent potentiel, d'identifier des produits ou des services sur un marché. D'où la notion de *fonction d'identification*[1209], qui a pour objet de délimiter le périmètre de protection du droit de propriété portant sur la marque[1210].

314. Il existe cependant un risque que le caractère relatif de cette protection n'entraîne des abus de la part de concurrents indélicats par un usage abusif de cette tolérance propre au droit français des marques. Car l'usage en lui-même n'est pas *es qualité* assimilable à de la contrefaçon, c'est son résultat qui détermine ou non, son caractère contrefacteur[1211]. En principe, il n'y aura contrefaçon que si cette imitation a pour effet de faire bénéficier (indûment) à son auteur des efforts du titulaire de la marque. Il convient à cet égard de distinguer deux sous-types de marque, du moins en droit français : la marque renommée et la marque notoirement connue. En droit koweitien in n'est pas fait de distinction entre ces deux sous-types comme cela sera étudié *infra*.

Il résulte de tout ce qui précède, que l'exercice de toute action en responsabilité civile (outre l'existence d'un préjudice avéré) repose sur une double-condition : que l'usage ait porté

[1209] V. not. Y. Basire, « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* ». LexisNexis, coll. « *CEIPI* », 2014, n° 88 et s. ; Ch. de Haas, « *La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction qui éclipse toutes les autres* », PI, janv. 2013, n° 46, p. 4-23.
[1210] P. Tréfigny-Goy, « *L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque* », Propr. ind. 610 oct. 2010, n° 10, dossier 5.
[1211] En ce sens, P. Tréfigny-Goy, « *L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque* », art. cit., spéc. N° 11.

atteinte à la *règle de spécialité* (sous-section1), et qu'il ait été commis dans le cadre de la vie des affaires (sous-section 2)

Sous-section 1 : un usage déloyal en ce qu'il porte atteinte à la règle de spécialité de la marque

315. La règle dite de *spécialité* est tirée du principe de spécialité[1212], sorte de principe directeur qui influe sur l'existence et l'exercice du droit de marque. La règle de spécialité a pour objet de délimiter l'étendue de la protection du droit de marque, tout en garantissant le respect de la liberté du commerce et de l'industrie[1213]. En vertu de quoi, « *l'exploitant d'un signe distinctif peut être protégé contre l'emploi par un tiers d'un signe identique ou similaire au sien pour désigner des produits, services ou activités identiques ou similaires* »[1214]. Le concurrent ou tout tiers doit donc faire preuve de loyauté dans son usage de la marque d'autrui. Cette règle recherche un certain équilibre car vise à garantir tout à la fois, une préservation de la liberté et du commerce et de l'industrie, et un respect de la propriété intellectuelle appelée à travers la fonction d'identification de la marque. Il s'ensuit qu'il ne peut être porté atteinte au droit privatif que si l'usage du signe constituant la marque « *a un caractère spécial, c'est-à-dire s'il est affecté, sans l'autorisation du titulaire, à la désignation de certains produits ou services* »[1215].

[1212] A. Bouvel, « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », Litec, coll. « IRPI », 2004, n° 534. V. aussi J. Canlorbe, « *L'usage de la marque d'autrui* », Litec, coll. « IRPI », 2007, n° 59, p. 80.
[1213] Le droit de marque, tout en participant indéniablement à une concurrence saine et loyale, apparait comme une exception à la libre concurrence. En réservant un signe à titre de marque, le titulaire du droit privatif prive ses concurrents d'utiliser ce signe dans l'exercice de leur activité. Un point d'équilibre a donc dû être trouvé afin d'assurer que le signe réservé soit adapté aux besoins du titulaire du droit privatif tout en ne restreignant pas de manière excessive la liberté du commerce et de l'industrie. La règle de spécialité, qui permet à un tiers d'exploiter un signe identique à la marque dans un secteur d'activité différent, apparait alors comme « *le garant [...] du respect de la liberté du commerce et de l'industrie* » : ibid., n° 6, p. 3.
[1214] A. Bouvel, n° 533.
[1215] J. Canlorbe, n° 14.

Autrement dit, la règle de spécialité tient à la « *nature même de la marque dans sa fonction d'identification* »[1216].

316. Méconnaître cette règle de spécialité entraîne la contrefaçon, comme lorsqu'un opérateur concurrent fait un usage excédant son devoir de loyauté, pour profiter de la renommée d'une marque[1217]. Ce comportement déloyal qui nuit au bon fonctionnement du marché peut alors être sanctionné par l'action en concurrence déloyale, voire en responsabilité civile en cas de préjudice. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que les marques renommées, c'est-à-dire connues par une partie significative du public concerné par les produits ou services couverts par la marque[1218], peuvent bénéficier d'une protection à partir du moment où le public établit, non pas uniquement un risque de confusion, mais aussi un lien entre le signe contrefacteur et la marque contrefaite[1219], et qu'au surplus une atteinte à celle-ci soit matériellement établie. La nature de l'atteinte à la marque renommée peut, consister en un préjudice porté au caractère distinctif de la marque, autrement dit dans une « *dilution* » de la capacité de la marque à singulariser certains produits ou services[1220]. Ou, à sa renommée, c'est-

[1216] Y. Basire, « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* ». LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, n° 307.
[1217] V. en particulier Y. Saint-Gal, « *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires* », RIPIA, 1956, n° 25-26, p. 19-103.
[1218] CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-357/97, General Motors, pt. 26; *RTDE*, 2000, p. 134-137, note G. Bonet: D. 2001, p. 449, obs. S. Durrande. V. aussi, sur l'appréciation de l'étendue géographique de la renommée d'une marque communautaire : CJUE, 3 sept. 2015, aff. C-125/14, Unilever ; *RTDE*, 2015, p. 880 et s., note E. Treppoz; Comm. com. électr., 2015, comm. 177, obs. Ch. Caron; Propr. ind., 2015, comm. 66, obs. A. Folliard-Monguiral; D. 2016, p. 396, spéc. n° 33, chron. C. Zolynski.
[1219] V. sur ce point CJCE, 10 juill. 2003, aff. C-408/01, *Adidas*, pt. 28 et 31 ; *RTD* com., 2003, p. 502, obs. J.-Ch. Galloux et J. Azéma ; *RTD* com., 2004, p. 706, obs. G. Bonet ; Propr. ind., 2004, comm. 5, note A. Folliard-Monguiral; PI, 2004, n° 11, p. 593 et s., note G. Bonet; CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-252/07, *Intel* ; Propr. ind., 2008, comm. 3, note A. Folliard-Monguiral; Comm. com électr., 2009, comm. 14, note Ch. Caron; RTD E, 2008, p. 938, note J. Schmidt-Szalewski; PI, 2010, n° 1, p. 651 et s., note G. Bonet, qui donne une sorte de «guide» pour apprécier l'existence du lien.
[1220] Sur la notion de « *dilution* », v. CJUE, 14 nov. 2013, aff. C-383/12, *Environmental Manufacturing LLP c/ OHMI*; Propr. ind, 2014, comm. 5, note A. Folliard-Monguiral; *LEPI*, janv. 2014, p. 1, obs. J.-P. Clavier; D. 2014, p. 326, chron. C. Zolynski; *Europe*, 2014, p. 42, obs. L. Idot; *JCP E*, 2014, n° 4, p. 43, obs. Ch. Caron; *Légipresse*, févr. 2014, n° 313, p. 100-103, note Y. Basire. La Cour adopte une position rigoureuse en affirmant que « *la preuve que l'usage de la marque postérieure porte ou porterait préjudice au caractère distinctif de la marque antérieure suppose que soient démontrés une modification du comportement économique du consommateur moyen des produits ou des services pour lesquels la marque antérieure est enregistrée consécutive à l'usage de la marque postérieure ou un risque sérieux qu'une telle modification se produise dans le futur* » (pt. 34). Cette modification du comportement économique du consommateur « *ne saurait être déduite uniquement des éléments subjectifs tels que la seule perception des consommateurs* » (pt. 37).

à-dire que l'atteinte ait eu pour effet un « *ternissement* » ou « *une dégradation* » de l'image de marque, du prestige du signe distinctif[1221].

A ce stade de notre étude, il nous reste à préciser que contrairement au droit koweitien, le droit français des marques distingue deux sous-types de marques : la marque renommée et la marque notoirement connue. Il conviendra dès lors d'étudier successivement le régime de protection du droit des marques en droit français, tant pour la marque dite « *renommée* » que pour la marque dite « *notoirement connue* » (§1) et en droit koweitien (§2)

§1-En droit français

A . La marque renommée

Le droit français distingue aujourd'hui la marque dite « renommée » et la marque notoire. Mais cette distinction n'a pas toujours été de mise (1). Il conviendra ensuite d'étudier le régime juridique de la contrefaçon d'une marque dite renommée (2).

1- Notions

317. Il n'existe pas de définition légale à la notion de « *marque renommée* », malgré de très riches débats portant sur la question de la protection spéciale que l'on devait réserver aux marques renommées. Elaborer une définition a été vue comme : « *la chose la plus urgente à formuler, la plus difficile à faire admettre et la plus malaisée à trouver* »[1222]. La doctrine soulignait la nécessité de bâtir une notion uniforme au plan international, « *plutôt que de laisser à la jurisprudence de chaque État le soin d'en donner une définition* »[1223]. Tâche insurmontable

[1221] V. CI. -A. Maetz, n°105.
[1222] Fernand-Jacq, « *Réflexions sur les marques notoires* », PI 1952, p. 191.
[1223] A. Troller, « *La marque de haute renommée* », PI 1953, p. 76.

selon la délégation française au congrès de Vienne de 1952 en ayant constaté que : « *Subjectivement la notoriété d'une marque se conçoit : mais où commence-t- elle ? Nul ne saurait le préciser* »[1224].

318. Quelques propositions de définition avaient cependant été avancées tels que : « *marque de haute renommée* », « *marque célèbre* », « *marque slogan* », « *marque plus largement connue* », « *marque mondiale* », « *marque de haute réputation* », « *marque connue au loin* », « *marque symbolisant l'entreprise* », « *marque supra notoire* », « *marque fameuse* », ou encore « *marque de réputation exceptionnelle* »[1225].

D'autres textes n'ont pas davantage réussi à élaborer une définition. Ainsi, ni la directive n° 2015/2436[1226] du 16 décembre 2015, ni le règlement n° 2017/1001[1227] du 14 juin 2017, ni encore le Code de la propriété intellectuelle ne définissent la marque renommée. La définition commune minimale est qu'une marque renommée doit être connue du public[1228].

On peut déduire de tout ce qui précède que la renommée d'une marque repose sur des critères quantitatifs (b). L'on peut alors de demander si la notion de renommée se réduit à la seule notoriété attachée à cette marque. C'est pourquoi certains auteurs ont préconisé la prise en compte de critères qualitatifs comme l'identification sentimentale à une marque ou la valeur de prestige que la clientèle lui affecte (a).

[1224] Cité par R. Perent : « *Marques notoirement connues et marques dites de haute renommée* », thèse Paris 1960, p. 80-81.
[1225] Cité par M. BOHACZEWSKI, « *L'attente à la marque renommée* », collection du CEIPI, 2022, P.70.
[1226] Directive n° 2015/2436/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOUE n° L. 336 du 23 déc. 2015.
[1227] Règlement n° 2017/1001/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, JOUE n° L. 154 du 16 juin 2017.
[1228] M. BOHACZEWSKI, p.72.

a) Définition qualitative de la marque renommée

Quelques décisions sont allées dans cette direction (a-1) sous l'influence de plusieurs auteurs. Tendance stoppée par la Cour de justice qui trancha en faveur d'une définition faisant abstraction de tout critère qualitatif (a-2). La solution doit être approuvée, car l'approche qualitative ne saurait être appliquée à toutes les formes d'atteinte à la marque renommée reconnues par le législateur.

a-1)proposée par certains auteurs.

319. Dans la doctrine française, Roubier avait défendu la pertinence de l'approche qualitative[1229]. De son côté Mme Pérot-Morel avançait les critères tels que la réputation, le prestige ou de qualité des produits. Selon elle, il convient de distinguer la renommée et la notoriété à laquelle est était supérieure. En effet, la notoriété est le caractère de ce qui est connu, alors que la renommée était synonyme de célébrité voire de réputation[1230]. Mme Portet abonde dans le même sens en ayant souligné qu'une marque était renommée lorsqu'en plus d'être connue du public, elle était également appréciée, estimée, reconnue comme « *une bonne marque* ». Cette célébrité reposant sur une qualité jugée excellente par la clientèle. A l'exemple des marques aussi réputées que « *Rolls Royce* », « *Rolex* », « *Piaget* », « *Tiffany* », « *Christian Dior* »[1231]. Toutefois, dans la doctrine postérieure à l'adoption de la première directive sur les marques n° 89/104[1232], Mme Laporte-Legeais observa que le critère qualitatif est en pratique indissociable du critère quantitatif, que la très forte pénétration du signe auprès du large public fait présumer de sa bonne réputation[1233].

[1229] P. Roubier, « *Le droit de la propriété industrielle* », t. II, préc., p. 566.
[1230] M.-A. Pérot-Morel, « *Notoriété et renommée : unité ou dualité de concept en droit des marques* ? », in : Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, LexisNexis, Paris 1997, p. 475.
[1231] H. Portet, « *Les marques notoirement connues ou de haute renommée selon la Convention de Paris et la loi française du 31 décembre 1964* », thèse Paris 1975, p. 36, 40-42.
[1232] Directive n° 89/104/CEE du Conseil du 21 déc. 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, JOCE n° L. 40 du 11 févr. 1989 ; remplacée par la directive n° 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2008 rapprochant les législations des 04 États membres sur les marques, JOCE n° L. 299 du 8 nov. 2008.
[1233] M.-E. Laporte-Legeais, « *Clair-obscur sur la marque renommée : dix ans d'application de la loi du 4 janvier 1991* », JCP E 2001, n° 10.

a-2)condamnée par la Cour de justice de l'Union européenne

320. Cependant, par un arrêt du 14 septembre 1999 rendu dans l'affaire « *Chevy* »[1234], la Cour de justice releva que la marque renommée « *est une marque enregistrée connue d'une partie significative du public concerné par les produits ou services couverts par elle* ». La Cour de justice rejette l'idée que la marque renommée doive jouir d'un prestige particulier[1235]. Elle s'en tenait uniquement à la loi, soulignant qu'aucun texte, ni aucune décision jurisprudentielle n'exige, au stade de l'examen de l'existence de la renommée, que celle-ci soit inspirée par une image positive ; « *la marque jouissant d'une renommée c'est la célébrité au sens neutre du terme* »[1236]. La Cour de justice consacra donc la méthode quantitative d'appréciation de la renommée de la marque à l'étape de sa qualification[1237].

b) Définition quantitative de la marque renommée. L'exigence de connaissance du signe par le public.

321. Avec l'arrêt « *Chevy* », la Cour de justice consacra une définition extensive de la marque renommée basée sur des critères quantitatifs, à savoir la connaissance de la marque par le public visé par celle-ci. Comme le rappelle un auteur, cette définition n'a pas à ce jour été remise en question ni par la Cour de justice ni par le Tribunal de l'Union Européenne[1238]. « *La renommée*

[1234] CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-375/97: D. 2001, p. 473, obs. S. Durrande; Ann. propr. ind. 1999, p. 183, note P. Mathély; RTD com. 2000, p. 87, obs. J. Azéma et J.-Ch. Galloux; RTD eur. 2000, p. 134, obs. G. Bonet, «*Chevy*».
[1235] I. Simon Fhima, « *Exploring the Roots of European Dilution* », IPQ 2012, n°1p. 30.
[1236] C.-A. Maetz « *Notoriété : essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », préc., p.93.
[1237] L. Bently, B. Sherman, Intellectual Property Law, Oxford University Press, Oxford 2009 p. 879. Pour l'application des critères quantitatifs avant l'arrêt « *Chevy* », v. H. Carty, *« Les marques jouissant d'une renommée méritent-elles une protection particulière ?* », PIBD 1998. n° 653, II, p. 79. La législation européenne correspond ainsi à l'approche américaine protégea les « *famous marks* » et s'inscrit dans les cadres juridiques adoptés à l'échelle internationale qui ne protègent que les marques notoirement connues. M. Senftleben, « *The Trademark Tower of Babel-Dilution Concepts in International, US et EC Trademark Law* », IIC 2009, vo1. 40, p. 54.
[1238] M. BOHACZEWSKI, p.81.

de la marque est une condition préliminaire que le titulaire est tenu de démontrer en vue de bénéficier de la protection élargie »[1239].

2- Régime de protection

322. Il est organisé par la directive (UE) 2015/2435 du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres et transposée en droit français. Ce texte a totalement réorganisé plusieurs dispositions du Code de la propriété intellectuelle[1240], relatives à la contrefaçon. S'agissant en particulier, des atteintes portées aux marques de renommée, celles-ci étant désormais sanctionnées au titre d'une action en contrefaçon.

Alors que l'ancienne législation[1241] ne permettait d'engager l'atteinte à la marque que sur le terrain de la responsabilité civile de son auteur, si elle était de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque. Ou même en l'absence de tout préjudice, si la reproduction ou imitation était injustifiée.

Ainsi le nouvel article L. 716-4 du CPI, vient inclure explicitement dans le champ de la contrefaçon, la violation des dispositions de l'article L. 713-3 du CPI, en stipulant qu' « *est interdit, sauf autorisation du titulaire de la marque, l'usage dans la vie des affaires, pour des produits ou des services, d'un signe identique ou similaire à la marque jouissant d'une renommée et utilisé pour des produits ou des services identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, si cet usage du signe, sans juste motif, tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque, ou leur porte préjudice* ».

[1240] Ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019, entrée en vigueur le 11 décembre 2020.
[1241] Au terme de l'article L. 713- 5 du CPI, dans sa rédaction telle qu'issue de l'ordonnance n°2008-1301 du 11 décembre 2008, les marques renommées étaient auparavant protégées par une action en responsabilité civile, ou une action spécifique non fondée sur le droit exclusif conféré par la marque.

La renommée permettait ainsi d'étendre au-delà de la protection attachée à la règle de spécialité, celle conférée par le dépôt de la marque.

Par ailleurs, au titre des nouvelles dispositions, les articles L. 713-3-1 et suivants du CPI caractérisent désormais l'ensemble des actes ou usages relevant des atteintes aussi bien du droit commun des marques, qu'au droit spécialement consacré à la marque de renommée.

323. En faisant basculer la protection des marques renommées dans le champ de la contrefaçon en rattachant celle-ci au droit exclusif inhérent à la marque, de nombreuses conséquences en découlent, tant d'un point de vue procédural, qu'au niveau des sanctions applicables. Sur le plan procédural, l'action en contrefaçon d'une marque renommée peut être engagée dans les conditions du droit commun des marques. À titre d'exemple, les fins de non-recevoir applicables aux actions en contrefaçon, tout comme les mesures accessoires telles que notamment les saisies-contrefaçon, les retenues douanières ou les mesures provisoires peuvent maintenant être diligentées. Par ailleurs, la marque renommée peut également bénéficier d'une protection pénale.

Au terme de ce bref examen, l'on peut constater que ces nouvelles dispositions viennent uniformiser le régime de sanction par la contrefaçon en cas d'atteinte à la marque de renommée, soulignant tout l'intérêt économique d'un enregistrement préalable, condition majeure pour bénéficier des avantages de la contrefaçon.

B. La marque notoirement connue

1- Notion

324. La notion de *marque notoirement connue* existait déjà dans le texte de la Convention de Paris, bien avant l'introduction en droit français de la notion européenne de marque renommée.

Précisément, à l'article 6 bis CUP, adopté au lors de la conférence de La Haye en 1925. Texte par la suite modifié lors des conférences de Londres en 1934 et de Lisbonne en 1958[1242].

Aux termes de l'article 6 bis CUP, les pays de l'Union s'engagent : « *à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires* ». Ainsi, la marque notoire permet de déroger à l'exigence de l'enregistrement. Au regard de la Convention de Paris, sa protection est néanmoins limitée par la règle de la spécialité.

325. Il convient de souligner la proximité entre la marque renommée et la marque notoirement connue, dans cette mesure où toutes deux se rapportent à la célébrité[1243]. Cependant, les deux concepts furent élaborés pour des raisons différentes et leurs finalités en droit des marques demeurent distinctes. La question de la distinction de la marque renommée et de la marque notoirement connue a dès le départ, suscité un vif débat au sein de la doctrine. En effet, leur proximité crée des confusions. Celle-ci est née du CPI français, en particulier de l'ancien article L.713-5 CPI qui citait la marque notoirement connue, relatif à la protection élargie, à côté de la marque renommée. Ce qui a conduit certains auteurs français à employer indistinctement les deux notions vues dès lors comme synonymes[1244].

[1242] G. Dassas, « *L'élargissement de la protection des marques en droit français, allemand et international* », Librairies techniques, Paris 1976, p. 36-39 : H. Portet, « *Les marques notoirement connues ou de haute renommée selon la Convention de Paris et la loi française du 31 décembre 1964* », préc., p. 73 et s. ; D. Brandt, « *La protection élargie de la marque de haute renommée au-delà des produits identiques et similaires* ». Étude de droit comparé, préc., p. 14-15.

[1243] M. BOHACZEWSKI, p.114.

[1244] V. G. Bonet, « *La protection des marques notoires dans le Code de la propriété intellectuelle* » *in : jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit : écrits en hommages à Jean Foyer*, PUF, Paris 1997, p. 189 ; Ph. Bessis, « *Signes distinctifs et distribution. De la création du produit commercial à la notoriété de la marque de l'entreprise* », LGDJ, Paris 1998, p. 181-182 ; A. Chavanne, in : J. -J. Burst, « *Droit de la propriété industrielle* », 5e éd., Dalloz, Paris 1998, n° 1026, p. 585 ; Ch. de Haas, « *La 'contrefaçon de la marque notoire en droit comparé américain, européen et français : une leçon américaine encore mal comprise* », Propr. intell. 2003, n° 7, p. 145 ; J. Schmidt-Szalewski, in : J. Schmidt-Szalewski, J.- L. Pierre, « *Droit de la propriété industrielle* », 7e éd., LexisNexis, Paris 2007, p. 227 ; N. Binctin, « *Droit de la propriété intellectuelle* », LGDJ, Paris 2010, p. 465-466.

326. Cependant, c'est précisément parce que l'ancien article L.713-5 distinguait les deux notions que cette interprétation devait être vue comme erronée. En effet, le renvoi à la marque notoire signifiait au contraire que les marques renommées n'étaient pas en même temps des marques notoirement connues[1245]. Il en résulte qu'au regard du nouvel article L.713-5, consacré exclusivement à la marque notoire, la distinction de la notion de marque renommée, visée à l'article L.713-3, ne fait aucun doute. La marque notoire apparaissant dès lors clairement comme une catégorie normative de marque bien distincte ayant des origines et une finalité différente[1246].

327. Dans la doctrine française, ce débat avait généré l'émergence de deux concepts que désignés par M. Bouvel sous les termes de « *théories hiérarchiques* » et « *théories égalitaires* »[1247]. Les premières présupposent la supériorité, en du point de vue de la notoriété auprès du public. D'après plusieurs auteurs, c'est la marque renommée qui devrait jouir d'une célébrité plus élevée en raison du caractère exceptionnel de sa protection[1248]. Selon d'autres, c'est la marque notoire qui devrait bénéficier d'une connaissance plus importante[1249], ainsi que l'a retenu le Tribunal UE[1250]. Or, selon les théories égalitaires, il n'y a pas de différence de degré de connaissance entre la marque notoire et la marque renommée. La différence tient à

[1245] M.-A. Pérot-Morel, « *Notoriété et renommée : unité ou dualité de concept en droit des marques ?* », préc., p. 473.

[1246] M. BOHACZEWSKI, p.115.

[1247] A. Bouvel, « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », préc., p. 336 et s. « *Sur la distinction des deux notions* », v. également J. Anfossi-Divol, « *L'usage et l'enregistrement, éléments essentiels de l'harmonisation du droit des marques* », Presses Universitaires, Strasbourg 2003, p. 260 et s.

[1248] G. Dassas, « *Conditions et effets de la notoriété* », in : « *Le nouveau droit des marques en France* », Litec, Paris 1991., p. 35 ; A. R. Bertrand, « *De la marque notoire à la marque renommée* », RDPI 1992, n° 44, p. 11 ; M.-A. Pérot-Morel, « *Notoriété et renommée unité ou dualité de concept en droit des marques ?*», préc., p. 474-475. V. aussi D. Brandt, *« La protection élargie de la marque de haute renommée au-delà des produits identiques et similaires* ». Étude de droit comparé, Librairie Droz, Genève 1985., p. 72 ; M.-E. Laporte-Legeais, « *Clair-obscur sur la marque renommée : dix ans d'application de la loi di 4 janvier 1991* », JCP E 2001, n° 35.

[1249] J. Azéma, « *Droit de la propriété industrielle* », préc., n° 1447, p. 797.

[1250] TPICE, 17 juin 2008, aff. T-420/03, « *Boomerang* », pt 110 ; TUE, 3 mai 2018, aff. T-217 « *Masi* », pt 75. Aux termes des arrêts, le degré de connaissance du public à établir est moins élevé s'agissant des marques renommées au sens du règlement que s'agissant des marques notoirement connues au sens de l'article 6 bis CUP.

l'existence de l'enregistrement pour les marques renommées ou à son absence pour les marques notoires[1251].

328. Selon les partisans des théories égalitaires, le critère de l'enregistrement est le seul qui sert à distinguer la marque notoirement connue de la marque renommée. Se fondant en cela sur le Code de la propriété intellectuelle, la directive n° 2015/2436 et le règlement n° 2017/1001. Selon ces trois textes en effet, l'enregistrement constitue une composante de la définition de la marque renommée. L'arrêt « *Chevy* » et la jurisprudence du Tribunal UE ayant jugé dans ce sens[1252].

329. D'un autre côté, en application de l'article 6 *bis* CUP, la marque notoirement connue est un signe par définition non enregistré. Il en résulte qu'une marque ne saurait donc être simultanément renommée et notoire ; les deux s'excluant mutuellement. Le Tribunal de grande instance de Paris a mis en évidence cette nuance dans un jugement du 8 octobre 2010[1253].

Tous ces débats ont influencé le régime de protection de la marque notoirement connue.

2- Régime de protection

330. En droit français, c'est l'article L.713-5 du Code de la Propriété Intellectuelle, introduit par l'ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019, et entièrement consacré aux marques notoirement, qui pose les principes de protection de la marque notoire. Trois hypothèses d'atteinte à la marque notoire sont retenues[1254].

[1251] F. Pollaud-Dulian, « *Marque de renommée. Histoire de la dénaturation d'un concept* », Propr. intell. 2001. P. 46. Pour la théorie égalitaire v. J. Canlorbe, « *L'usage de la marque d'autrui* », LexisNexis, Paris 2008., p. 114 ; Y. Basire, « *Les fonctions de la marque : essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* », préc., p. 283.

[1252] V. TPICE, 11 Juill. 2007, aff. T-150/04, « *Tosca Blu* », pt 55.

[1253] TGL Paris, 8 oct 2010, n° 07/01247, « *Paris Match* ».

[1254] Notons que celles-ci correspondent à celles prévues par les articles L.713-2 et L.713-3 CPI concernant les marques enregistrées.

-la protection contre un usage non autorisé d'un signe identique pour des produits ou services identiques à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue.

-la protection contre l'usage d'un signe identique ou similaire utilisé pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est notoirement connue, s'il existe, dans l'esprit du public un risque de confusion incluant le risque d'association.

-la protection élargie au-delà de la spécialité, inspiré de celui de la marque renommée[1255].

331. Les conditions d'appréciation de l'atteinte à la marque notoire doivent être similaires à celles applicables en matière de marques déposées[1256]. En clair, le signe litigieux doit être utilisé à titre de marque et dans la vie des affaires. Le risque de confusion doit être apprécié de manière abstraite, et non concrète comme c'est le cas en matière de concurrence déloyale[1257]. S'agissant de la protection renforcée, rappelons que l'article L.713- 5,3° prévoit comme formes d'atteinte, le préjudice porté à la « *notoriété* » et le profit que l'on en retire indûment. Dans ces deux cas, la notoriété de la marque doit être démontrée dans toutes les hypothèses visées à l'article L.713-5[1258].

332. Au terme de cette brève étude de la marque notoirement connue, il apparaît donc clairement qu'en droit français, la marque notoirement connue est protégée par l'action en responsabilité civile (que ce soit dans ou au- delà de la spécialité) et non par une action en contrefaçon. Le nouvel article L.713-5 ne laisse à cet égard, pas de place au doute : la marque

[1255] Sous l'empire de l'ancien article L.713-5 CPI, la marque notoirement connue bénéficiait du régime spécial instauré pour la marque renommée. En effet, l'ancien article L.713-5 al. 2 CPI prévoyait que : « *les dispositions relatives à la protection de la marque jouissant d'une renommée 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* ». V. CA Paris, 11 mai 2007 : PIBD 2007, n° 858, III, p. 539, « Ricard ».
[1256] *Contra* J. Passa, « *Marque renommée et marque notoirement connue dans le nouveau droit des marques* », RTD com. 2020, n° 2, p. 329-330.
[1257] M. BOHACZEWSKI, p.124.
[1258] *Ibid*.

notoirement connue n'est pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, même si son régime juridique est organisé par un article du Code de la propriété intellectuelle.

§2-En droit koweitien

333. Rappelons d'emblée que l'État du Koweït a adhéré à l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce (GATT) par la loi n° 81 de 1995, et à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (OMPI) en vertu de la loi n° 36 de 2014[1259]. Comme d'ailleurs tous les pays du Conseil de coopération des États arabes du Golfe. L'ensemble des pays-membres de cette organisation ont ensuite promulgué la loi unifiée du Golfe concernant les accords de Paris et les ADPIC. Pour sa part, l'État du Koweït a promulgué la loi n° 13 de 2015 approuvant la loi sur les marques du Conseil de coopération du Golfe[1260].

334. L'article 3 de ladite loi est le pendant koweitien de l'article L.713-5 du code français de la propriété intellectuelle. L'article 3 de la loi n°13, réglemente la marque renommée enregistrée dans l'un des pays arabes du Golfe dispose : « *les éléments suivants ne doivent pas être enregistrés en tant que marque ou élément de celle-ci : (13) Les marques considérées comme une simple reproduction, imitation ou traduction d'une marque notoirement ou d'une partie de celle-ci déjà enregistrée par des tiers pour l'utiliser pour distinguer des produits ou des services similaires à celui distingué par la marque notoire.(14) Les marques considérées comme une simple reproduction, imitation ou traduction d'une marque notoirement ou d'une partie de celle-ci déjà enregistrée par des tiers pour l'utiliser pour distinguer des produits ou des services qui ne sont pas similaires à celui distingué par la marque notoirement, si cette utilisation indique qu'il existe un lien entre ces biens ou services et entre la marque notoirement, ou porte atteinte aux intérêts du propriétaire de la marque notoirement* ».

[1259] L'État du Koweït a ratifié l'Accord de Paris, loi n° 36 de 2014, et le Qatar l'a ratifié par le décret n° (31) de 2001, tandis que les Émirats arabes unis l'ont ratifié par le décret n° (20) de 1996, et Bahreïn l'a ratifié par en vertu du décret n° (11) de 1996, et l'a ratifié Oman en vertu du décret royal n° (63) de 1998.
[1260] Journal officiel de l'État du Koweït (Le Koweït aujourd'hui), n°1228 -11-5, Le 22 novembre 2015.

L'article 4 de cette loi qui est le pendant de l'article L.713-3 de la loi française réglemente la marque notoirement connue non enregistrée dans l'un des pays arabes du Golfe et dispose : « *1. La marque, ayant une notoriété au-delà des frontières de la mère patrie dans laquelle elle est enregistrée, ne peut être enregistrée que si elle est demandée ou expressément approuvée par le titulaire.2. C'est la notoriété de la marque par le public qui détermine sa notoriété, en raison de la promotion ou de la longue période d'enregistrement ou d'utilisation ou du nombre de pays dans lesquels la marque est enregistrée ou devient renommée ou en raison de la valeur de la marque et de l'effet celle-ci sur la promotion des produits ou services distingués par la marque.3. Une marque, ne peut être enregistrée pour distinguer des produits ou des services qui ne sont pas similaires ou identiques à marque notoirement à condition que l'usage de cette marque pour ces produits ou services indique un lien entre ces produits ou services et le titulaire de la marque enregistrée et à condition que cet usage risque de nuire aux intérêts du titulaire de la marque enregistrée* ».

1. La fusion entre les notions de *marque renommée* et de *marque notoirement connue*

335. Les législateurs koweïtiens et des pays du Golfe en général, ont utilisé la notion de « *marque notoirement connue* », qui est similaire à celui figurant dans l'article 6 (2) de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de l'OMPI[1261].

336. Contrairement au législateur français, le législateur koweitien assimile les notions de « *marque notoirement* connue » et de « *marque renommée* ». Il est utile de rappeler que le législateur koweïtien n'a pas défini la marque notoire. En l'absence de définition légale, Certains auteurs ont proposé des définitions de la marque notoirement connue comme : « *est une marque*

[1261] Issa Al-Enezi : « *La protection internationale des marques et leur impact sur les systèmes juridiques nationaux des pays du Conseil de coopération du Golfe* », Journal de la faculté internationale de droit, année 7, n°16, Juin 2019, P 14.

connue d'une très large fraction du public jouissent d'une réputation importante »[1262]. Malgré l'absence de définition légale, le législateur a créé un moyen de preuve de la marque notoire grâce à l'article 4 alinéa 2 qui dresse une liste non exhaustive d'éléments d'appréciation de la renommée de la marque, comme : la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de son usage, ainsi que l'importance des investissements réalisés par le titulaire pour la promouvoir.

337. La Cour de cassation égyptienne a jugé que la marque notoire est celle dont la notoriété dépasse le cadre régional notamment sa présence sur le marché mondial grâce aux campagnes publicitaires qui lui sont consacrées, la qualité de la production ou la régularité du service. Cette marque méritait une protection exceptionnelle du fait que sa notoriété chèrement acquise, dépassait donc les frontières de la région. Cette protection ne devait plus être liée à son enregistrement mais à sa notoriété[1263]. En l'absence de toute définition légale, la Cour de cassation en a déduit une définition de la marque notoire qui s'appuie sur des critères à la fois quantitatifs et qualitatifs tels : la connaissance de la marque par le public visé par celle-ci, ainsi que leur qualité. Donc la marque notoire ne peut pas être connue pour ses produits sans valeur économique ou de mauvaise qualité. La doctrine est en phase avec cette construction jurisprudentielle[1264].

2. Régime de protection

338. Deux périodes doivent être distinguées : la situation qui prévalait avant l'adoption de la loi n°13 de 2015, et celle qui lui a succédé.

[1262] Issa Al-Enezi, p.18.
[1263] Abdul Rahman Al-Sayed Qaraman, *« Nouvelles tendances en matière de protection des marques célèbres, étude comparative* », Dar Al-Nahda, P, 78.
[1264] *Ibid.*

a- Situation avant la loi n° 13 de 2015 GCC.

339. L'ancienne loi koweïtienne sur le commerce n° 68 de 1998 sur les marques ne comportait pas de dispositions spéciales pour les marques notoirement connues, car ces dernières étaient soumises, aux mêmes dispositions que celles prescrites pour la marque ordinaire. En conséquence, tout usage non autorisé (en dehors de la règle de spécialité) de la marque, que celle-ci soit notoire ou ordinaire, est soumis aux dispositions de la responsabilité civile.

b- Situation après la loi n° 13 de 2015 GCC.

340. L'usage non autorisé des marques notoires enregistrées ou non, d'origine nationale et étrangère, de tout produit ou services similaire et identique, serait désormais protégé au moyen d'une action en contrefaçon. En droit koweitien la protection contre la contrefaçon inclue la marque notoirement enregistrée hors du Koweït, contrairement la situation française.

341. Le législateur koweïtien a élargi cette protection après l'adoption de nouvelles conventions internationales GATT et OMPI, démontrant ainsi la volonté réelle du Koweït et des États du Golfe de protéger les célèbres labels afin d'attirer les marques notoirement connues dans le marché koweïtien[1265]. Cette protection s'étend également aux marques de renommée locale malgré leur rareté. Cela a été critiqué par certains auteurs pour qui : « *en fait, l'élargissement par le législateur koweïtien du champ d'application de la protection juridique des marques notoirement connues, comme mentionné précédemment, en cas d'utilisation par des tiers sur différents produits ou services, est illogique, car la protection représente dans ce cas une exception flagrante aux règles et principes de la protection juridique des marques, qui se rapportent uniquement à l'utilisation de la marque protégée légale sur des produits ou*

[1265] Une marque notoire non enregistrée en Égypte ne bénéficie pas d'une protection juridique en Égypte lorsqu'elle est utilisée sur des produits différents ou similaires, même si elle a été enregistrée dans l'un des États membres de l'Organisation mondiale du commerce (V.S. Al-Qaloubi, p.602)

services identiques ou similaires afin d'éviter toute confusion chez les consommateurs sur la source de ces produits ou services à la suite d'une utilisation illégale de tiers des marques »[1266].

« En outre, l'élargissement de la portée de la protection de la marque notoire en vue d'inclure des produits non identiques ou similaires, entraînerait une distinction inhabituelle pour les marques notoires qui sont toujours détenues par un secteur spécifique d'institutions mondiales qui opèrent un contrôle total sur le marché mondial en raison de leurs capacités financières et technologiques supérieures, notamment en matière de publicité, ce qui empêcherait les pays en développement d'utiliser ces marques sur des produits ou des services qui ne sont pas identiques ou similaires »[1267].

342. Au terme de cette étude portant sur l'usage déloyal de la marque, qui réside pour l'essentiel dans la violation de la règle de spécialité, nous sommes en phase avec la position du législateur français qui consiste à distinguer la nature et les régimes de protection des marques notoires enregistrées et non enregistrées. Cela, pour plusieurs raisons : l'enregistrement constitue le seul vecteur de droits sur la marque et la seule notoriété ne devrait pas pouvoir y suppléer. Un droit sur une « *marque* » ne saurait donc naître que d'un acte juridique de dépôt suivi d'un enregistrement, et non d'un fait juridique d'usage, ayant conféré une notoriété.

343. De plus, la circonstance que la protection des marques notoires non enregistrées relève de l'action en responsabilité civile, ne signifie pas qu'elle soit moins protectrice que la protection prescrite dans le cadre de la contrefaçon. Comme le rappelle un auteur, « *il ne s'agit pas ici d'un combat entre deux thèses absolues. Personne ne prétend que les lois de propriété intellectuelle seraient toujours exhaustives ni, inversement, que l'action en responsabilité civile offrirait dans tous les cas un supplément de protection. Les nuances sont de mise Si des actes qui entravent la libre jouissance du droit exclusif, sans être interdits par la loi spéciale, peuvent*

[1266] V. I. ABO-ALILE, p. 231.
[1267] Issa Al-Enezi, p.23.

être sanctionnés par le droit de la concurrence déloyale ou parasitisme, celui-ci joue un rôle complémentaire de protection »[1268].

Sous-section 2 : Un usage déloyal commis dans le cadre de la « *vie des affaires* »

344. Le droit de marque ne peut être protégé que contre des actes commis « *dans la vie des affaires* », ou, selon l'expression de la Cour de justice de l'Union européenne, ceux qui se situent « *dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé* »[1269].

345. En droit français, cette condition est prévue dans plusieurs articles : l'article L. 713-2 qui stipule qu'il : « *est interdit, sauf autorisation du titulaire de la marque, l'usage dans la vie des affaires pour des produits ou des services :1° D'un signe identique à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée ;2° D'un signe identique ou similaire à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion incluant le risque d'association du signe avec la marque* ». Ainsi que l'article L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle qui précise qu'il : « *est interdit, sauf autorisation du titulaire de la marque, l'usage dans la vie des affaires, pour des produits ou des services, d'un signe identique ou similaire à la marque jouissant d'une renommée et utilisé pour des produits ou des services identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, si cet usage du signe, sans juste motif, tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque, ou leur porte préjudice* ».

[1268] A. PUTTEMANS, p. 242.
[1269] CJCE, 12 nov. 2002, C-206/01, Arsenal Football club, Rec. 2002, p. 1-10273, pt. 40.

Cette expression est tirée de l'ordonnance 2019-1169 du 13 novembre 2019 exprime une limite de nouveau justifiée par la fonction de la marque[1270].

346. Instrument de concurrence, la marque permet en effet à un opérateur de distinguer ses produits ou services *sur le marché*, en évitant toute confusion avec ceux de la concurrence. Sa fonction est donc avant tout économique[1271]. Comme le souligne du reste M. Passa qui écrit qu'un : « *un signe qui n'est pas utilisé dans la vie des affaires ne joue pas le rôle d'une marque, se trouve comme tel inapte à compromettre les fonctions de la marque [...], et ne peut dès lors justifier l'exercice d'un droit tendant précisément à la préservation de ces fonctions* »[1272].

347. Il en résulte qu'un usage de la marque, dans le cadre d'une parodie, à des fins d'informations ou artistiques, reste en principe en dehors du périmètre de protection du droit de marque. De même que le détournement d'un signe pour des raisons militantes ou parodiques peut être admis comme un usage du signe en dehors de la vie des affaires et échapper à l'exercice du droit de propriété[1273].

[1270] J. Passa, « *Les conditions générales d'une atteinte sur le droit de marque* », Propr. ind., févr. 2005, n° 2, éL 2; J. Caniorbe, « *L'usage dans la vie des affaires, condition nécessaire de la contrefaçon de marque* ». *LEGICOM, 2010/1*, n° 44, p. 107-115, spéc. p. 109 : la jurisprudence de la Cour de justice « *peut se résumer par la proposition suivant laquelle l'exercice du droit du titulaire est réservé aux situations dans lesquelles une atteinte est susceptible d'être portée aux fonctions de la marque. Or, l'exigence d'un usage "dans la vie des affaires" se rattache sans peine à une telle proposition tant il apparaît évident que le rôle attribué à la marque est exclusivement de nature économique* ».

[1271] M. Vivant, « *Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle* », JCP E, juin 1993, n° 22, act. 251, spec. n° 5.3: « *Le droit de marque a ce trait non discuté d'être tout entier tourné vers l'économique [...]. La marque ne réserve le signe qui la constitue que dans une fin strictement économique* ».

[1272] J. Passa, art. cit., spec. n°6.

[1273] J. WATHELET. p. 142.

348. Le critère de la vie des affaires permet d'accorder une place particulière en droit des marques à la parodie[1274] à la différence du droit d'auteur, où même l'exception de parodie n'est pas admise par le code de la propriété intellectuelle[1275].

§1-Situation en France

349. La question se pose alors de savoir comment indemniser le préjudice économique né de cet usage non réprimé. De fait, les titulaires disposent de certains recours face à ces usages.

Au premier rang desquels l'action en concurrence déloyale[1276]. Une condamnation pour concurrence déloyale peut en effet être prononcée, si l'usage parodique ou à des fins d'information s'avère objectivement attentatoire à la réputation[1277]. Il est à ce propos, intéressant de noter que la concurrence déloyale peut être invoquée y compris à l'égard d'un non-concurrent : « *un tiers indépendant* »[1278], tel qu'une association d'utilité publique. En vertu du principe selon lequel, tout organisme, même sans but lucratif, est tenu de se soumettre aux règles d'une concurrence loyale[1279].

[1274] « *Qu'aucune disposition du CPI régissant les marques ne prévoit cette exception ; que la transposition de l'article (L. 122-5) du même code au droit des marques se heurte à la différence de nature des droits d'auteur et du droit des marques, ces dernières ayant par essence pour objet d'accompagner un produit ou un service destiné à être vendu et possédant de ce fait une valeur commerciale intrinsèque susceptible d'être atteinte par toute utilisation illicite* ». TGI Paris, 21-03-2000, Communication Commerce électronique, Septembre 2000, p. 15, Obs. Ch. CARON.

[1275] M. MALAURIE-VIGNAL et S. LEGRAND, Propriété intellectuelle et parodie à des fins commerciales dans le secteur de la mode, Prop. ind. 2017. Études 32.

[1276] Comp. J. Canlorbe, « *L'usage de la marque d'autrui* », Litec, coll. « *IRPI* », 2007, n° 213, p. 287 : « *Grâce au jeu de l'action en responsabilité civile, le titulaire de la marque dispose d'une protection appréciable pour obtenir la réparation de certains usages qui, bien qu'étant étrangers à la vie des affaires, lui causent indiscutablement un préjudice* ».

[1277] V. par ex. CA Paris, 4e ch., 14 janv. 2005, n° 03-10900, *Propr*. ind., juill. 2005, comm. 61, note J. Schmidt-Szalewski, cassé par Cass. civ. 2e, 19 oct. 2006, n° 05-13.489 ; *Contrats, conc., consomm .,* janv. 2007, p. 38, obs. M. Malaurie-Vignal; Propr. ind., janv. 2007, p. 31-32, note P. Tréfigny; *JCP* G. 2007, n° 48, p. 2229-2233, note F. Pollaud-Dulian; *JCP* E, 2007, n° 25, p. 23-26, note J. Raynaud; *RLDI*, févr. 2007, n° 35, p. 16-22, note M. Mekki; D. 2008, p. 247 et s., chron. Y. Picod.

[1278] M. Malaurie-Vignal, « *Les rapports entre l'information du public et le dénigrement* », Comm.com. 637 électr., janv. 2007, comm. 22.

[1279] Y. Picod, « *Concurrence interdite Concurrence déloyale et parasitisme* », septembre 2006 novembre 2007 », D. 2008, p. 247 et s. V. égal. Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, Concurrence déloyale, Rép. dr. com., Dalloz, 2010, n° 98 et s.

350. Le titulaire de la marque peut également invoquer le parasitisme si, derrière la prétendue parodie ou l'usage artistique, se cache en réalité une volonté de profiter de la notoriété d'une marque ou des investissements de son titulaire. La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur ce type d'usage, mais les juridictions internes ont souvent été confrontés à de telles hypothèses depuis 2001, à l'occasion des affaires *Jeboycottedanone*[1280] .

Dans un premier temps, présentée comme un arbitrage entre la liberté d'expression et le droit de propriété, cette jurisprudence ne constitue qu'une stricte application du droit des marques, au regard du critère de la vie des affaires, ce qui n'exclut pas que les auteurs des parodies ou détournements engagent leur responsabilité civile si leurs actes sont fautifs, à l'image d'un abus de liberté d'expression ou d'un dénigrement[1281]. En l'espèce, les juges ont retenu que les signes utilisés ne visent pas à promouvoir la commercialisation de produits ou services, mais relèvent de l'usage purement polémique qui est étranger à la vie des affaires. Ils ajoutent que l'incidence qu'aurait l'usage des signes dans la vie des affaires est inopérante pour apprécier dans ces espèces une contrefaçon au sens du droit des marques, car toute critique est de nature à avoir une incidence sur la commercialisation des produits ou services et engendrer des conséquences économiques. Dans une autre affaire, le Tribunal de grande instance de Paris[1282] a considéré que l'utilisation d'une marque de fromage dans un but parodique par un groupe de musique devait être vue comme parasitaire. Les juges ayant relevé qu': « *au-delà de la fantaisie et du burlesque recherchés, l'on ne peut s'empêcher de relever que Les Bidochons, pour forcer les traits de leur personnalité, n'étaient nullement obligés de recourir à une marque précise de camembert, et que finalement, la caricature de la présente marque notoire, n'est justifiée que*

[1280] TGI Paris, 23 avr. 2001 et 4 juill. 2001, Propr. intell. 2001, no 1, p. 89, note J. Passa. : CA Paris , 30 avr. 2003: « *dans le cadre d'un strict exercice de leur liberté d'expression et dans le respect des droits des sociétés intimées dont les produits n'étaient pas dénigrés» : CA Paris, 26 fév. 2003 : «destiné à illustrer les informations fournies et les propos critique développé dans la campagne menée par l'association (...), et ne vise pas à promouvoir la commercialisation de produits ou de services en faveur de Greenpeace mais relève au contraire d'un usage polémique étranger à la vie des affaires* ».

[1281] J. CANLORBE, *L'usage de la marque d'autrui*, 2007, coll. IRPI, t. 31, Litec, n° 297 s.

[1282] TGI Paris, 3e ch., 4 oct. 1996, *Jurinpi* M19960465, *Besnier et Président c/ FGL* Productions et Wotre Music ; *PIBD*, 1997, n° 627, III, p. 123.

par l'impact dont elle jouit dans le public. C'est la marque [...], en tant que telle et pour sa valeur évocatrice auprès des consommateurs, qui a été détournée et exploitée, à fin publicitaire pour toucher un public plus large ».

351. Dans le domaine du parasitisme, un usage d'une marque ne peut être vue comme illicite en dehors de la vie des affaires. Comme cela a été jugé par la Cour de cassation[1283]. En l'espèce, un litige avait opposé le Comité national contre les maladies respiratoires et la tuberculose (CNMRT) à une société de tabac titulaire de la marque Camel. Pour mettre en évidence les dangers des produits commercialisés par cette société, le CNMRT avait lancé une campagne publicitaire dans laquelle l'image du dromadaire, un des signes distinctifs de la marque, était détournée de manière humoristique. La société de tabac reproche alors au CNMRT d'avoir commis des agissements parasitaires et des dénigrements. La Cour d'appel de Paris[1284] accueille cet argument, car au motif que : « *la référence à une marque spécifique de cigarette même sur un mode parodique, dans le cadre de cette campagne, a pour conséquence de porter un discrédit sur un fabricant au détriment des autres, dont l'image n'a pas été utilisée* ». L'arrêt est cependant censuré par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation[1285]. Agissant conformément à son objet, dans un but de santé publique, la CNMRT n'a pas, selon la Cour, abusé de droit de libre expression[1286]. Cet arrêt met en avant des conditions cumulatives pour que l'usage de la marque d'autrui pour soutenir un discours polémique ne soit pas un usage fautif. Il doit s'agir d'un but légitime d'intérêt général sans volonté de nuire spécifiquement au titulaire de la marque, d'un but conforme à l'objet social du groupement auteur de l'usage et les moyens employés doivent être proportionnés au but poursuivi.

[1283] DALLOZ Répertoire IP/IT et communication, Marque – Contenu du droit de propriété, Nicolas Binctin, octobre 2020, n°284.
[1284] CA Paris, 4e ch., 14 janv. 2005, n° 03-10900, préc.
[1285] Cass. civ. 2e, 19 oct. 2006, n° 05-13.489, préc.
[1286] V. Marlboro C/Collège de Saint-Brieuc « *En utilisant une forme humoristique, voire insolente ou caricaturale, cette affiche n'a revêtu aucun caractère outrancier, ni constitue un dénigrement excessif, la formule-choc retenue, ou le désastre suggéré par une marée noire, destinée à attirer l'attention publique et à frapper le consommateur étant de l'essence de la publicité* ». Cité par B. Edelman, D. 1995, juris., n° 9 et s., p. 431.

Au-delà du fait que cette décision révèle l'existence d'un véritable régime de faveur à l'égard de la liberté d'expression au détriment parfois des titulaires de marque, certains auteurs contestent le recours au parasitisme pour trancher ce litige. En effet, le CNMRT ne se place pas dans le sillage du fabricant de tabac pour bénéficier personnellement de la notoriété de la marque ou des investissements de son titulaire. S'il existe un acte de parasitisme, celui-ci est simplement indirect. Ce n'est pas le CNMRT qui profite de ce dénigrement, mais les concurrents du titulaire de la marque. M. Mekki propose « *une forme de parasitisme négatif lorsque la marque est discréditée par un tiers, ce qui profite directement aux concurrents de cette marque* »[1287]. A l'appui de son argumentation, l'auteur précise que « *ce n'est pas parce que le parasite est un corps étranger à la vie des affaires et qu'il ne profite pas personnellement du détournement, que l'infection n'existe pas* »[1288]. Une rupture d'égalité dans les moyens de la concurrence serait ainsi causée par l'intervention d'un tiers[1289], bien qu'il n'en tire aucun avantage concurrentiel indu lui-même.

352. Hors de ces deux hypothèses, le titulaire de la marque peut invoquer la contrefaçon, ainsi que cela a été jugé dans une espèce ou des individus commercialisaient des produits floqués de sigles parodiant des marques. La cour d'appel de Paris l'a rappelé en relevant que la substitution sur un « *T-shirt litigieux, au centre de l'ovale reproduit dans les couleurs revendiquées par les marques – rouge, blanc, bleu – du signe ESCRO à celui de ESSO, présente un caractère de dénigrement manifeste à l'encontre des marques, qu'il s'ensuit, sans qu'il soit utile de rechercher s'il y a imitation de ces marques susceptible d'engendrer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne, que les intimées se sont rendues coupables*

[1287] M. Mekki, « *La parodie d'une marque de cigarettes au nom de la lutte contre le tabac : quand la concurrence des idées l'emporte sur celle des produits* », *RLDI*, févr. 2007, n° 3, p. 16-22.
[1288] *Ibid.*
[1289] M. Mekki indique que cette forme de parasitisme apparaît conforme à « *la définition élargie du parasitisme économique proposée par certains auteurs* » : « *ensemble des agissements contraires aux usages du commerce qui vide de leur substance le travail d'autrui, fausse le libre jeu du marché et rompt l'égalité entre les divers intervenants* ». Cette définition est proposée par MM. Michel Germain et Louis Vogel, *Traité de droit commercial,* t. I, 17e éd., LGDJ, 1998, n° 712, p. 535.

d'actes de contrefaçon »[1290]. Dans une autre affaire plus récente, la Chambre commerciale de la Cour de cassation[1291] a appliqué l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle (ancien article 713- 5) pour sanctionner l'usage d'une célèbre marque de maroquinerie sur la jaquette de disques. Cette utilisation de la marque à titre de décor n'est pas : « *suffisante pour exclure l'application de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, dès lors que le public ne perçoit pas le signe exclusivement comme un décor, de sorte que le lien avec la marque de renommée subsiste* » et que cet usage constitue « *une exploitation injustifiée tirant indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de cette marque* ». En réalité, l'application de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle se justifie par le fait que la marque est utilisée au-delà d'une fin parodique ou artistique et pour désigner des produits ou des services, conditions essentielles pour mettre en œuvre la protection de la marque renommée[1292].

§2-Situation au Koweït

353. En droit koweitien, la protection de la marque contre l'utilisation non-autorisée ne peut se concevoir que dans le cadre d'activités commerciales. Il en résulte que l'usage d'une marque en dehors du cadre commercial ne constitue pas une atteinte à celle-ci et que, par conséquent, le titulaire de la marque n'a pas le droit de l'empêcher, de même que la protection prévue pour une marque n'est pas limitée à son utilisation dans la vie commerciale, mais comprend plutôt la restriction de son utilisation par la règle de spécialité[1293].

[1290] Paris, 20 sept. 2006, Esso-Exxon c/ Undergroove, RG no 05/18616.
[1291] Cass. com., 11 mars 2008, n° 06-15.594, *Louis Vuitton Malletier* c/ X ; D. 2008, p. 917, obs. J. Daleau ; Propr. ind., 2008, n° 6, comm. 39, obs. P. Tréfigny-Goy ; Pl, juill. 2008, n° 28, p. 360-362, note J. Passa.
[1292] J. WATHELET. p. 144.
[1293] Nazal Al-Kiswani et Yassin Al-Shazly, « *Le droit de parodie des marques entre licéité et restriction* », Une étude en pratiques judiciaires comparées, Journal de la faculté internationale de droit, année 22, n°2, Juin 2020, P 552.

354. Comme le dispose l'article 17 paragraphe (2), de la loi de marque GCC : « l*e titulaire de la marque enregistrée a un droit exclusif d'usage de la marque et d'empêcher les tiers qui n'ont pas obtenu son approbation de l'utiliser, et d'utiliser tout signe similaire ou identité à celle-ci, y compris toute indication géographique dans le cadre du commerce, pour distinguer produits ou services apparentés à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée, si cet usage est susceptible de prêter à confusion dans l'esprit du public, confusion présumée en cas d'usage de la même marque ou d'une marque similaire pour distinguer des produits ou services similaires à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée* ».

355. Lorsque l'utilisation de la marque n'est pas liée à la recherche de profit et n'est pas utilisée dans un cadre concurrentiel, il n'y aura pas lieu d'invoquer la liberté d'expression comme exception aux droits du titulaire de la marque, puisque l'utilisation a été faite en dehors des protections établies pour le titulaire de la marque[1294].

Si l'usage d'une marque par un tiers à des fins de parodique n'est pas couverte par la protection conférée par la marque, cela soit totalement libre au nom de la liberté d'expression. Si le parodique de la marque est un droit qui en découle, il incombe à tout usager de ce droit d'exercer ce droit dans le cadre de la responsabilité[1295].

356. Face aux éventuels abus du droit d'usage des marques, au Koweït comme en France, les titulaires des marques ne sont pas totalement désarmés. Ils peuvent notamment se fonder sur l'action en concurrence déloyale qui est un moyen de protéger leurs intérêts et l'action en responsabilité civile. Sur le fondement de dispositions législatives. Ainsi, l'article 227 du code civil koweïtien sur la matière de l'action en responsabilité civile, prévoit que : « *toute personne qui, par son acte dommageable, même involontaire, cause un préjudice à autrui, est tenue de*

[1294] Adnan Ghassan Pranbo, « *Protection juridique de la marque : une étude comparative* », Al-Halabi Publications, Beyrouth, 2012, page 716.
[1295] Sherif Mohamed Ghannam, « *Protection de marque et les sites en ligne, Section* 2 », Al-Huquq Journal (Koweït), V° 28, n° 4, 2004, p. 370.

l'indemniser en conséquence ». Par ailleurs, l'article 60 bis a) du code de commerce, régissant la concurrence déloyale précise qu'il : « *est interdit d'entreprendre tout acte de concurrence déloyale. Est considéré comme un acte de concurrence déloyale, tout acte qui est délibérément commis par un commerçant en violation des coutumes ou des principes observés dans les transactions commerciales au Koweït et susceptible de détourner les clients d'un commerçant concurrent, de porter atteinte à ses intérêts ou d'entraver la liberté du commerce en restreignant ou en évitant la concurrence déloyale dans le domaine de la production ou de la distribution de marchandises ou Services au Koweït* ».

357. Au terme de cette section, il apparaît qu'en matière de droit des marques, la nature du recours à la responsabilité est ici subsidiaire du fait des limites légales de la protection. En l'absence de préjudice, le recours consistera vraisemblablement en une action en concurrence déloyale.

Dans la section suivante, nous verrons que le recours au droit de la responsabilité civile aura un caractère complémentaire (réparation civile), dès lors qu'ici la protection conférée par la contrefaçon est de principe. S'agissant des brevets, des dessins et modèles, et du droit d'auteur (ainsi que des droits voisins).

Section 2 : Les conditions de l'action en responsabilité civile concernant les autres créations

358. Comme le souligne le Professeur Le Tourneau : « *Le XXI^e^ siècle sera marqué, plus que tout autre dans l'histoire jusqu'à présent, par la communication, donc par la circulation des informations comme des connaissances. Et, dans une économie où les services ont pris le haut du pavé, les biens immatériels prédomineront. La source principale des richesses réside désormais dans les informations et les connaissances de tous ordres. Ce sont elles qui procurent*

aux entreprises des avantages compétitifs »[1296]. Il semble qu'il faille désormais y ajouter, les idées de valeur concurrentielle ou économique[1297]. C'est pourquoi il est pertinent de recourir à la protection au titre de la concurrence. Au-delà, certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité de mettre en place un droit sui generis protecteur de l'idée en tant que telle[1298]. Même si, au regard des objectifs de la propriété intellectuelle, cette idée peut paraître discutable. En effet, à compter de quel moment une simple idée pourrait-elle être protégée ? comment en identifier l'auteur ? Pour tenter de répondre à cette question, il sera nécessaire d'examiner les conséquences juridiques du principe de non-protection des idées abstraites (Sous-section 1), avant d'en étudier la mise en œuvre pratique qui tend malgré tout à une protection, en vertu de la valeur économique qu'acquièrent les idées de nos jours (Sous-section 2)

Sous-section 1 : la problématique de la protection des idées en principe non protégeables

359. C'est la raison pour laquelle, l'exclusion des idées du champ de l'appropriation est un des grands principes du droit de la propriété intellectuelle ainsi que le résume la fameuse maxime « *les idées sont de libre parcours* » selon le mot de Desbois qui écrivait que : « *les idées qu'émettent les historiens, les philosophes, les juristes, sont de libres parcours ; ils offrent à la médiation et à la critique de leurs pairs* »[1299].

[1296] Ph. Le Tourneau, « *L'Éthique des affaires et du management au XXIe siècle* ». Essai, Dalloz Dunod, 2000, p. 257 et s.

[1297] V. « *Sur la notion juridique de la valeur économique* », Paris, 3 mai 2000, S^té^ LG Conseil Utopies, préc., note que le concept en cause présente « *une valeur économique indéniable* » – Com. 31 mars 2015, n° 14-12.391, NP, D. 2015. 2535, obs. Y. Picod ; Propr. industr. 2015, n° 49, note J. Larrieu ; RLDI 2016, n° 3893, note R. Kiminou : « la « *valeur économique de l'emprunt* » des éléments pillés par une banque est établie – Com. 10 févr. 2016, n° 13-28.448, NP, CCC 2016, no 114, note M. Malaurie-Vignal : le « *caractère distinctif* » de l'objet imité ou copié appelle sa protection.

[1298] Ph. Le Tourneau, « *Folles idées sur les idées* », CCE 2001, chron. p. 9. Et plus récemment, du même auteur, « *L'illustre Gaudissart était visionnaire. De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel soit indirectement par le parasitisme économique, soit de préférence par un droit sui generis à créer* », CCE 2017, étude 16.

[1299] H. Desbois, *Le Droit d'auteur en France*, 3^e^ éd., *Dalloz,* 1978, p. 22.

360. Avant Desbois, Pouillet écrivait que : « *la pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre* »[1300].

Ainsi, loin d'être un principe purement doctrinal, ce principe permet de trancher les litiges. Notamment en matière de droit d'auteur[1301] et de brevets[1302], domaines dans lesquels la jurisprudence est d'une remarquable constance depuis le XIXe siècle. Ce trouve son fondement dans la liberté d'expression, du commerce et de l'industrie, toute appropriation d'idées par essence libres aurait pour effet de scléroser la créativité.

Nous examinerons successivement d'une part le principe (§1), et de l'autre et ses limites manifestes dès lors qu'il est mis en œuvre (§2), cela tant en droit français que koweitien.

§1-Le principe de la non-protection des idées

1. En France

L'adage selon lequel « *les idées sont de libre parcours* » n'est pas d'origine légale mais issu d'une construction prétorienne, tandis que la doctrine s'est peu prononcée sur cette question.

361. En France, la genèse du principe de la liberté des idées n'est pas d'origine légale. Il est tiré de l'adage selon lequel : *« les idées par essence et par destination sont de libre parcours »*, qui remonte à la fin du XVIII[e] siècle et qui a été repris par Henri Desbois. Adage sans doute lui-même inspiré des textes qui ont fondé la liberté du commerce, notamment la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 ainsi que le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, en son article 7 lequel

[1300] E. Pouillet, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3[e] éd., Marchal et Billiard, 1908, p. 45.
[1301] Civ. 1[re], 13 nov. 2008.
[1302]Com. 31 mars 1954.

stipule qu': « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ». Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'opposant logiquement à ce que l'appropriation d'une idée soit admise.

362. Toutefois, ce principe connaît une exception théorique en droit d'auteur, il semble en effet qu'une simple idée puisse être protégée puisqu'au terme de l'article L.112-1 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 ».* Le texte faisant appel à la notion « *d'œuvre de l'esprit* » rien n'exclurait a priori les idées du champ du droit d'auteur. C'est le raisonnement qui fut adopté par la jurisprudence après une longue maturation ayant abouti à l'arrêt emblématique de 1928 qui a jugé qu': *« attendu que dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une protection privative »* [1303].

363. Hormis cette exception, le principe général demeure celui de l'exclusion des idées du champ de la protection intellectuelle. Cela est également vrai s'agissant d'œuvres complexes telle une œuvre de collaboration car ayant une pluralité d'auteurs. Dans une telle hypothèse, le juge se fondera sur la présomption de titularité de l'article L.113-7 alinéa 2 CPI. Ainsi, si l'auteur du scénario ou de l'adaptation sont présumés être co-auteurs de l'œuvre, il ne sera nulle part évoqué l'inspirateur de l'idée, qui ne pourra faire valoir le statut d'auteur[1304].

364. On peut donc constater que c'est la jurisprudence qui fait vivre ce principe au travers des décisions rendues. D'autant plus que la doctrine s'est peu avancée sur cette question. Il serait en effet vain de rechercher sous la plume de la plupart des grands auteurs du droit de la propriété intellectuelle une justification juridique de la libre circulation des idées. Car s'ils reconnaissent la pertinence du principe, ils sont confrontés à l'absence d'arguments juridique qui fonderait le principe. Comme le remarque M. Lucas, *« tout au plus certains se contentent-ils d'affirmer*

[1303] Trib. Civ Seine 19 décembre 1928, Ann. Propr Ind. 1929, 181.
[1304] Cour d'Appel de Versailles, 16 septembre 1999, *Transparence Productions*, D.2000, jur. , p.208.

que, par nature, par essence, l'idée appartient au domaine public » [1305]. A titre d'exemple ; les créations artistiques restent fondamentalement des idées mais sont pourtant protégées par un droit de propriété. C'est plus généralement la question de la séparation de l'idée non-protégeable de l'œuvre d'art qui elle, bénéficie d'une protection.

365. Malgré l'absence de fondement purement juridique, d'autres auteurs soutiennent la validité intrinsèque du principe au motif que la protection des idées pourrait nuire gravement à la création. Un auteur indique ainsi qu'il : « *faut avoir la modestie de reconnaître que tout est dit, au moins en ce sens que les thèmes, les situations, les mythes, sont éternels. Celui qui reprend un thème ne fait que s'essayer, là où d'autres s'étaient essayés avant lui, de faire le lecteur juge de l'originalité de son tempérament* »[1306] .

366. M. Sirinelli abonde dans ce sens en expliquant qu'un monopôle sur les idées ne serait pas « *raisonnable* », pour des raisons selon lui qui relèvent du bon sens tenant à leur impraticabilité[1307]. La propriété d'une idée serait la cause querelles juridiques sans fin quant à la paternité de telle idée, quant à sa reprise ou l'existence d'une idée originale différente de la première.

L'approche de Desbois paraît plus équilibrée, justifiant le principe tout en relativisant sa portée, la maxime selon laquelle les idées sont de libre parcours, n'implique pas que toutes les idées appartiennent au domaine public. Comme l'écrit M. Vivant : *« dire que les idées sont de libre parcours signifie simplement que le statut premier des créations de l'esprit est de ne pas être objets de droit et plus précisément de droits privatifs »*[1308] . Certaines idées peuvent donc être l'objet d'un droit de propriété, même si leur vocation première est de rester de libre

[1305] A. LUCAS, « *La protection des créations industrielles abstraites, Centre d'études internationales de la propriété industrielle* », 1975, P.36.
[1306] G. LYON-CAEN, « *Une querelle juridique des anciens et des modernes (à propos des liaisons dangereuses)* ». In Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Tome II, Dalloz, 1961, p32.
[1307] P. SIRINELLI, « Brèves observations sur le « *Raisonnable* » en droit d'auteur ». In Mélanges offerts à André Françon, Paris : Dalloz, 1995, p.397.
[1308] M. VIVANT, (sous la dir.). « *Les créations immatérielles et le droit* ». Ed. Ellipses, coll. Le droit en question, 1997, p.12.

utilisation. Tout ceci renvoie finalement au principe juridique de liberté du commerce et de l'industrie et vide de son contenu le principe de non-appropriation des idées.

Mais une telle conception reste marginale, la grande majorité de la doctrine accordant une valeur intrinsèque à la maxime, même si son fondement juridique est, comme on l'a vu, incertain.

2. Au Koweït

367. En droit koweitien, les idées sont par principe non protégeables. La loi protège la d'en identifier l'auteur, ou son vulgarisateur. La forme sous laquelle l'idée apparaît est en elle-même protégeable, car elle seule permet de distinguer la personnalité de chaque auteur de l'autre[1309]. En droit koweitien, c'est la loi qui énonce le principe de non-protection des idées abstraites. Tandis que la jurisprudence s'est peu prononcée, tant en droit d'auteur qu'en droit du brevet.

368. En droit d'auteur koweitien en effet, la protection des idées est nommément exclue. En effet, comme la plupart des autres pays du CCG[1310], le Koweït n'a adopté que récemment un code du droit d'auteur. Auparavant, le système juridique du Koweït était fondé sur la loi islamique (Charia), or celui-ci n'accordait pas aux auteurs d'œuvres intellectuelles de protection pour leurs œuvres littéraires, musicales, dramatiques ou artistiques ainsi que des idées. La Charia ne reconnaissant pas de droits de propriété intellectuelle, d'où il s'ensuit qu'il n'a pas été élaboré de règles à cette fin[1311].

[1309] Hassan El Badrawi, « *Rôle des autorités judiciaires dans L'application des droits de propriété intellectuelle* ». 4 juin 2004, P2.

[1310] « CCG » est le sigle du Conseil de coopération du Golfe. Le CCG a été créé en 1980 par six Etats arabes l'Arabie saoudite, le Bahreïn, les Emirats Arabes Unis, le Koweït, Oman et le Qatar. Tous les pays ont adopté leur code du droit d'auteur avant le Koweït. Le premier a été l'Arabie saoudite, qui a adopté sa législation en 1989 en vertu du Décret royal N°M/11 de Jammadi 1.19, 1410 H (mai 1989). Le second a été les Emirats Arabes Unis qui ont adopté leur code du droit d'auteur en vertu de la Loi N°40/1992 du 28 septembre 1992. Bahreïn a adopté sa loi en 1993 et le Qatar a adopté la Loi N°25/1995 du 22 juillet 1995 contenant la loi sur le droit d'auteur.

[1311] En fait, des efforts ont été faits pour élaborer un code type du droit d'auteur conforme aux croyances et aux enseignements de l'Islam. L'Organisation islamique pour l'éducation, la science et la culture a mis au point un projet de loi sur le droit d'auteur en mai 1993. Ce texte est conforme à la plupart des règles et principes modernes du droit d'auteur, si ce n'est que l'on s'y réfère à des questions qui paraissent contradictoires avec les idées islamiques. Voir Loutfi M. Hossam, « *La source pratique sur la propriété littéraire et artistique* », Le Caire, 1993, p.4 et appendice 7 (en arabe).

369. Au début des années soixante, le Koweït a adopté le système de droit civil tout en modernisant son système judiciaire. Les droits d'auteur, les brevets et les marques de commerce, ont été introduits en droit koweitien soit en vertu d'un code spécifique, soit par leur intégration dans des codes généraux, soit en leur appliquant les principes généraux du système juridique moderne. Par exemple, les droits d'auteur étaient protégés par les principes généraux du droit.

Jusqu'en 1986, les violations de droit d'auteur étaient punies sur le fondement de la responsabilité civile, dès lors qu'il existait un dommage causé à une œuvre protégée au titre du droit d'auteur. Ce qui, en application du droit de la responsabilité civile, appelait de la part de son auteur une indemnisation au bénéfice du titulaire du droit d'auteur[1312]. A partir de 1986 le pays a connu une série de réformes législatives : il a ainsi adhéré à la Convention arabe sur le droit d'auteur, répondant ainsi aux les tribunaux qui étaient demandeurs d'une législation applicable aux innovations dans ce domaine. Le Koweït a également entendu s'inscrire dans un mouvement international d'adhésion aux conventions internationales sur le droit d'auteur, qui a abouti à la promulgation d'un code local.

Lorsque qu'en 1986, le Koweït a adopté la Convention arabe sur le droit d'auteur[1313], sans attendre que l'Assemblée nationale adopte la loi sur le droit d'auteur comme le recommandait la Convention pour rendre ses dispositions applicables, les tribunaux, ont commencé à rendre des décisions sur le fondement de la Convention sur le droit d'auteur[1314].

[1312] Arrêt n°54, 56/1972 de la Cour d'appel en date du 31 décembre 1972 ; revue ALMUHAMI, n°3/déc. 1973. L'affaire concernait la publication non autorisée des poèmes d'un poète koweïtien, décédé. Les héritiers avaient poursuivi le responsable de la publication et l'éditeur pour avoir publié ces poèmes sans leur accord. Le tribunal de première instance et la cour d'appel ont tranché en faveur des héritiers sur la base de la responsabilité quasi délictuelle en déclarant que l'auteur n'était pas le responsable de la publication et que si le responsable de la publication publiait les œuvres de l'auteur sans son accord, il serait responsable d'un acte dommageable qu'il faudrait réparer par une indemnisation. Sur la même base, voir l'arrêt N°564,565/1982 de la Cour d'appel du 15 juin 1982 (non publié) et les arrêts n°35/81 et 118/81, respectivement datés des 1er juillet 1981 et 27 janvier 1982, de la Cour de cassation, publiés dans la revue ALQADA'A WALQANOON (périodique trimestriel publié par le Conseil judiciaire), n°2, dixième année, oct. 1983.

[1313] Loi n°16 de 1986, publiée dans le Journal officiel, N°1657 du 30 mars 1986.

[1314] Les tribunaux koweïtien, s ont été confrontés à une lacune législative dans deux affaires importantes : l'affaire de la société Alalamia et celle de la Kuwait Cinema Company (KCC). Jugement n°1693/1987 du tribunal d'appel

La Convention a été transposée dans le droit interne koweitien par la loi n° 64/1999 publiée au Journal officiel de l'État du Koweït le 9 janvier 2000, et qui devenait la toute première loi koweïtienne en matière de droit d'auteur[1315].

L'article 2 du Code en donne une liste d'exemples particuliers d'œuvres protégées[1316]. La protection accordée par le Code est aussi étendue par l'article 3 à la personne qui, avec l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originale, traduit celle-ci dans une autre langue, la résume, l'adapte, la commente ou lui fait subir toute autre transformation de nature à lui donner une forme nouvelle. Cette protection ne doit pas porter préjudice à celle dont bénéficie l'œuvre originale. Toutefois, les droits de l'auteur d'une photographie n'empêchent pas d'autres personnes de prendre de nouvelles photographies du même objet, même si elles sont prises du même endroit et, plus généralement, dans les mêmes circonstances que la première photographie. Il est à noter que cette loi, modifiée par la suite, ne comportait dans ses articles aucune disposition stipulant ce qui est hors des limites de la protection, qu'il s'agisse d'idées ou d'autres.

---

des délits en date du 14 novembre 1987 (non publié). Jugement n°282/1992 du tribunal de première instance en date du 10 juin 1987 (non publié).

[1315] Publié dans le Journal officiel, n°445, en date du 9 janvier 2000.

[1316] Il convient de noter que le Code du Koweït n°6 /1999 est l'un des rares codes des pays arabes qui prévoient expressément la protection des logiciels, et il est le second à avoir protégé expressément les bases de données. Le Koweït est, de tous les pays membres du CCG qui ont édicté leurs codes à la fin des années 80 ou pendant les années 90, le seul à faire figurer les logiciels parmi les œuvres protégées. Seule l'Egypte, parmi les autres pays arabes, a apporté en 1992 un amendement à son code pour y inclure les logiciels comme catégorie expressément protégée en tant que faisant l'objet d'un droit d'auteur. Loutfi, ibid., appendice 1, p. 91. L'Egypte a été le premier pays arabe à accorder aux bases de données la protection du droit d'auteur dans l'amendement de 1992 mentionné dans la note précédente. Au Koweït, il y a eu un débat à ce sujet entre les membres du deuxième comité de rédaction. Selon certains, il fallait mentionner expressément les bases de données comme catégorie séparée d'œuvres protégées. Selon les autres, il fallait laisser aux tribunaux le soin de décider en fonction des circonstances de chaque affaire. Ces derniers estimaient que les bases de données en tant que telles n'étaient qu'un ensemble d'informations stockées dans un ordinateur et pouvaient donc être protégées par les règles de confidentialité figurant dans d'autres codes. En revanche, si nous considérons les bases de données comme le média qui analyse et systémise l'information, alors ils font partie de la catégorie des logiciels. De plus, comme l'estimaient les tenants de la deuxième opinion, toutes les catégories d'œuvres mentionnées ne l'étaient que comme des exemples méritant une attention particulière mais ce qui importait était l'idée à la base de la protection, à savoir la « créativité ». Lorsqu'une œuvre, quelle qu'en soit la forme ou le support, répond au critère de la « créativité », elle doit être considérée comme une œuvre protégée par le droit d'auteur, qu'elle soit mentionnée ou non en tant que telle dans le Code. Cette opinion a trouvé un appui dans l'arrêt de la Cour de cassation n°118 mentionné dans la note 3 plus haut. La Cour a statué : « L'œuvre a pour seul critère la « créativité », c'est-à-dire l'idée et non le support matériel auquel elle est incorporée ». Toutefois, la majorité des membres du comité ont préféré la clarté, consistant à inclure expressément les bases de données comme une catégorie distincte nommément désignée.

La loi sur le droit d'auteur a été modifiée par la loi n° 22 de 2016 en matière de droit d'auteur et de droits voisins[1317], qui n'a pas modifié l'exception de l'article (4), laquelle stipule que : « *La protection prescrite conformément aux dispositions de la présente loi ne s'applique pas : Idées, procédures, méthodes de travail, modes opératoires, concepts de mathématiques, principes, faits abstraits, découvertes et données, même exprimés, ou décrits , Les textes officiels à caractère législatif, administratif ou judiciaire ainsi que leur traduction, Des nouvelles quotidiennes ou des événements qui ne sont que des informations de presse* ».

Ce mouvement législatif a par la suite été amplifié par la loi n° 75/2019[1318] récemment promulguée par l'État du Koweït concernant le droit d'auteur et les droits connexes concernant l'exclusion des idées, et d'autres questions connexes. L'article 4 de la loi n° 75 /2019 précise que : « *La protection prescrite conformément aux dispositions de la présente loi ne s'applique pas Idées, procédures, méthodes de travail, modes opératoires, concepts de mathématiques, principes, faits abstraits, découvertes et données, même exprimés, décrits ou décrits dans un cahier d'exercices, Les textes officiels à caractère législatif, administratif ou judiciaire ainsi que leur traduction, Des nouvelles quotidiennes ou des événements qui ne sont que des informations de presse, Livres et lignes célestes utilisés dans l'écriture (dessin) et la récitation et l'enregistrement de la récitation, Discours ainsi que plaidoiries lors de procédures judiciaires,*

Mots simples, phrases courtes, listes de composants, symboles et dessins familiers. La protection s'applique à la somme de ce qui précède si sa collection se caractérise par une innovation dans le classement, l'affichage ou la classification sans la protection du contenu fourni ».

[1317] Publié dans le Journal officiel, n°1293, en date du 19 Juin 2016.
[1318] Publié dans le Journal officiel, n°1455, en date du 28 juillet 2019.

370. En matière de brevet, l'article (2) de la loi sur les brevets du Conseil de coopération des États arabes du Golfe promulguée par la loi n° 71 de 2013[1319] stipule qu' : « *une invention est brevetable conformément aux dispositions de ce système et de sa réglementation s'il est nouveau et implique une démarche innovante et est applicable industriellement et n'est pas contraire aux dispositions de la loi islamique, de l'ordre public ou de la morale publique des pays du CCG, que cela soit lié à produits, procédés de fabrication ou méthodes de fabrication* ».

L'article 3 du même texte précise que : « *Ne sont pas considérées comme des inventions dans le domaine de l'application des dispositions du présent régime : Les découvertes et théories scientifiques, les méthodes mathématiques et les programmes d'ordinateurs. Schémas, règles et méthodes pour faire des affaires, pratiquer des activités mentales spécialisées et jouer à un jeu. Végétaux, animaux et procédés biologiques utilisés pour produire des végétaux ou des animaux, à l'exception des procédés microbiologiques et des produits de ces procédés. Procédés de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal, et procédés de diagnostic de maladies affectant le corps humain ou animal, à l'exception des produits qui sont utilisés dans l'un quelconque de ces procédés. Ce système ne protège pas les variétés végétales et les espèces animales* ».

Le droit koweitien des brevets exclue explicitement toute protection des idées, dans l'article 3 de la Convention sur le droit des brevets adopté par le conseil de coopération. Ce sont par exemple de simples découvertes, des théories scientifiques, des méthodes mathématiques, ou des plans et principes. En l'absence de la triple condition d'éligibilité à la protection de la propriété industrielle : la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle.

[1319] Publié dans le Journal officiel, n°1137, en date du 25 Juin 2013.

§2-la pratique

Le principe de non-protection des idées est susceptible de générer des injustices, d'où certaines critiques (2). D'autant plus que la jurisprudence elle-même respecte pour l'essentiel le principe de non-protection des idées (1). La valeur économique de certaines idées commence malgré tout à être prises en compte grâce à des solutions tirées du droit civil (3).

1. La mise en œuvre jurisprudentielle : le principe quasi-intangible de non-protection des idées

A. En France le principe de non-protection des idées : une construction prétorienne en France

La règle de non appropriation des idées non matérialisées s'étend à tous les domaines de la propriété intellectuelle, mais particulièrement en droit d'auteur (a) et en droit des brevets (b).

a) <u>En droit d'auteur</u>

371. Les idées semblent être prises en compte par le législateur en droit d'auteur[1320]. Il faut alors pouvoir élaborer des critères objectifs pour justifier le principe d'exclusion des idées. A moins que la condition d'originalité suffise comme motif d'exclusion. Dans ce cas le risque inverse serait que certaines idées sont trop facilement reconnues comme originales. C'est d'ailleurs ce que reconnaît explicitement le juge, lorsqu'il déclare qu' « *une simple idée publicitaire, fût-elle originale, ne saurait être susceptible d'appropriation en elle-même* »[1321].

[1320] CPI, art. L. 112-1. Comp. article 2 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur : « *La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels* ».
[1321] Cass. Com. 16 juin 1964, J.C.P. 1965, II, 14059.

Le fondement de l'exclusion ne se réduit donc nécessairement pas à l'originalité, comme en atteste la jurisprudence.

372. La difficulté est que les règles prétoriennes varient apparemment d'un tribunal à l'autre. Si la majorité des juges est hostile à une protection des idées[1322], il arrive parfois qu'une décision isolée prenne le contrepied de tendance générale. C'est par exemple le cas de l'arrêt Paradis[1323] dans laquelle il a été jugé qu'à :« *l'occasion d'une exposition organisée en 1990 par l'hôpital psychiatrique de Ville-Evrard, Jakob Y... réalisa une création intitulée Paradis, consistant en l'inscription du mot « Paradis » en lettres d'or au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques de l'établissement. Par la suite, Mme X... composa un triptyque intitulé La nouvelle Ève à partir de la photographie de la porte où apparaissait l'inscription et sous laquelle se tient un modèle évoquant une vierge, dans son jeune âge sur le panneau de gauche et à un âge mûr sur le panneau de droite. La composition fut exposée, offerte à la vente et reproduite dans un ouvrage. Jakob Y... assigna la photographe, l'éditeur et le galeriste en contrefaçon pour reproduction de son œuvre sans autorisation et sa dénaturation (l'inscription ayant fait l'objet de retouche). Il obtint gain de cause en première instance (TGI Paris, 3e ch., 23 nov. 2005), le tribunal ayant jugé que l'œuvre de Jakob Y... matérialisée par l'inscription « Paradis », en vue de donner un nouveau sens au lieu, relève du style artistique de l'auteur et participe de l'originalité de son œuvre. La cour d'appel de Paris par un arrêt du 28 juin 2006*

[1322] La jurisprudence distinguant l'idée et la mise en forme est très riche. Ainsi Com. 29 nov. 1960, *GAPI*, 1re éd., 2004, no 6, comm. C.Fruteau . Plus récemment : Civ. 1re, 17 juin 2003, *CCE* 2003, comm. 80, obs. Caron ; ou 29 nov. 2005, *Propr. intell.* 2006, no 19, p. 174, obs. Lucas ; non protection de l'idée de *présenter* une donne de bridge dans un journal (Paris, pôle 5, 2e ch., 21 mai 2010, *Propr. intell.* 2010, no 37, p. 966, obs. Lucas : « *La seule idée de montrer la donne en situation à la table quels qu'en furent l'à-propos et le caractère attrayant, n'est pas appropriable et n'est pas susceptible d'être protégée par le droit d'auteur* ») ; non protection d'une simple règle de jeu (Paris, 17 oct. 2012, *Propr. intell.* 2013, no 46, p. 43, obs. J.-M. Bruguière) ; non protection de la simple idée de faire porter à des spectateurs dans un stade un vêtement coloré pour réaliser un tableau (Paris, 16 oct. 2013, *Propr. intell.* 2014, no 50, p. 53, obs. J.-M. Bruguière). Pour un « *concept* » pédagogique consistant à présenter un ouvrage de conjugaison à travers un jeu et une articulation de couleurs : Paris, 4e ch., 21 janv. 1998, *JurisData* no 1998- 021859. Sur l'idée de faire évoluer un héros dans un environnement qui n'est pas normalement le sien : TGI Nanterre, 1er mars 1995, *RIDA* 1996, no 167, p. 181, obs. Kéréver.

[1323] 12. Civ. 1re, 13 nov. 2008, no 06-19.02. « Bull. civ. I, no 258; D. 2009. 263, note Edelman et p. 266, note Treppoz ; JCP 2008, II 10 204, note Loiseau ; Propr. intell. 2009, no 31, p. 157, obs. Bruguière; CCE 2009, no 1, note Caron; RIDA 1/2009, p. 193, Sirinelli ».

aboutit à la même conclusion en substituant ses motifs propres à ceux du tribunal sur le fondement de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle. Mme X... a alors formé un pourvoi en cassation contre cette décision aux moyens que l'œuvre Paradis se réduit à une idée ». La Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'Apple et rejette le pourvoi le 13 novembre 2008. Dans une autre affaire dite « *Christo* »[1324] l'idée « d'habiller » le pont-neuf à Paris illustre bien la frontière entre l'idée, non protégeable, et son expression particulière qui l'est : alors que plusieurs décisions ont reconnu que le Pont-Neuf emballé par Christo constituait une œuvre protégeable par le droit d'auteur, le tribunal de grande instance de Paris a jugé que les droits de cet artiste ne pouvaient lui permettre de détenir un monopole sur les « *emballages artistiques* », et interdire à une agence de publicité d'éditer des affiches représentant des objets divers emballés « *à sa façon* » « *Le droit d'auteur ne protège que des créations d'objets déterminés, individualisés et parfaitement identifiables, et non pas un genre ou une famille de formes qui ne présentent entre elles des caractères communs que parce qu'elles correspondent toutes à un style ou un procédé découlant d'une idée, comme celle d'envelopper des objets qui n'ont pas besoin de tels soins. Ainsi, un artiste, qui ne saurait prétendre détenir un monopole d'exploitation de ce genre d'emballage, ne peut, au motif qu'il a conçu un projet d'emballage des arbres d'une avenue célèbre, prétendre à l'accaparement de l'enveloppement de tous les arbres, spécialement de tous ceux qui ont une frondaison en boule et sont alignés dans un jardin public ou un square, non plus de l'enveloppement de tous les ponts-voûtes qui présentent quelque ressemblance avec le Pont-Neuf à Paris et non plus de l'emballage de toutes les tours autres que celle de son Cibic Meter Package* » [1325].

[1324] CA Paris, 13 mars 1986, Christo, D. 1987, somm. 150, obs. C. COLOMBET.

Selon un auteur ces légères dissonances peuvent s'expliquer par le fait que *« si les juges sont tentés parfois de protéger les idées par le droit d'auteur, c'est qu'il est des situations où le refus de toute protection laisse une profonde insatisfaction »* [1326].

b) <u>En droit des brevets</u>

373. En cette matière également, les mêmes considérations fondent l'exclusion des idées. L'idée ne peut être brevetée, car d'un pur point de vue économique, cela le progrès et la concurrence. En pratique, cela se traduit par une exclusion explicite par l'article L.611-10 CPI des simples découvertes, théories scientifiques, méthodes mathématiques, plans et principes. Cette exclusion se justifie ici d'autant plus qu'il est difficile pour une idée de réunir les trois conditions de protection de la propriété industrielles : nouveauté, activité inventive, application industrielle[1327].

374. Comme cela a été jugé dans l'arrêt de la SA Française du Ferodo c/ Marc. Il a ainsi été jugé que : « *la Société française du Ferodo a fait breveter une invention portant sur l'emploi de tissu d'amiante destiné à absorber de la résonance dans les salles de spectacle permettant ainsi d'en améliorer considérablement l'acoustique. Par suite, elle reproche à la société Marc de faire une exploitation illicite de son brevet et décide de l'assigner en contrefaçon. La demande est accueillie favorablement en première instance, mais le jugement est infirmé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (arrêt rendu le 17 mai 1950) au motif que le brevet n'est pas valable, l'invention consistant en une découverte dont aucun procédé d'application n'est précisé. La Société française du Ferodo décide de se pourvoir en cassation* ». La cour de cassation a rejeté le pourvoi *« en présence d'indications aussi générales, ne faisant connaître*

[1326] X.DESJEUX, *La protection des idées en droit positif, de la contrefaçon artistique à l'activité parasitaire*, Gaz. Pal., 17 déc. 1992, p.971.
[1327] P. JOUGLEUX, *La protection de l'information dans les nouvelles technologies*. ANRT. Atelier national de reproduction des thèses de Lille, 2004, P.159.

ni la nature du ou des procédés permettant d'utiliser les propriétés de la toile d'amiante pour améliorer l'acoustique dans les salles de spectacle, ni les caractéristiques techniques des dispositifs à employer pour obtenir le résultat recherché, la cour d'appel a décidé à bon droit que l'invention dont s'agit n'était pas brevetable, le brevet portant sur un principe purement théorique dont les applications pratiques ne sont pas précisées »[1328].

375. Au total, au-delà des similarités entre le droit des brevets et le droit d'auteur, le principe d'exclusion des idées de la protection s'étend à tous les modes de protection des biens immatériels, comme l'écrit M. Raynard : *« l'interprète se doit de rechercher et de dissocier le générique, qui fait l'identité de la propriété intellectuelle, du spécifique, qui différencie au sein de la même famille. Du premier relèvent, sans doute, les caractéristiques de l'objet du droit : son caractère immatériel, son inextensibilité aux idées par nature de libre parcours, sa possible exploitation, personnelle ou par voie contractuelle et, donc, sa perception en tant que valeur économique, paraissent autant de constantes des droits d'auteur, de marque ou de brevet »*[1329].

B. Au Koweït : peu d'arrêts malgré un principe de non protection d'origine légale

376. En ce qui concerne droit d'auteur, la Cour d'appel du Koweït a précisé les conditions de protection applicables à toute œuvre. Il s'agit de la condition d'innovation et la formalisation de l'idée abstraite. Un guide de l'ingénieur a été ainsi vu comme une œuvre protégée, au terme du dispositif selon lequel « *le législateur n'a pas donné de définition précise de la création, il est donc possible de se référer à la doctrine et à la jurisprudence pour définir l'innovation, comme nous constatons que l'œuvre couverte par la protection est celle formalisée dans une production*

[1328] 13. Com., 31 mars 1954, SA Française du Ferodo c/ Marc.
[1329] J. RAYNARD, « *Propriétés incorporelles, un pluriel bien singulier* ». In Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst. Paris : Litec, 1997, p.527.

littéraire, artistique ou scientifique, dans sa composition et la manière dont elle est présentée. Une idée abstraite n'est pas éligible à la protection. La forme exprimée qui lui permet d'atteindre le public. C'est ce que le tribunal a conclu en considérant que guide de l'ingénieur, objet de l'affaire, fait partie des œuvres protégées par le droit d'auteur »[1330].

377. La cour de cassation koweïtienne a également jugé que : « *ce que prétend l'appelante, c'est qu'il y a violation du droit d'auteur, car la défenderesse a délibérément imité l'idée de sa peinture artistique, qu'elle présente sous la forme d 'inscriptions arabes inspirées de l'héritages koweïtien est une nécrologie invalide. Il s'agit d'une œuvre courante dans les milieux artistiques, Elle n'est pas considérée comme une innovation et une œuvre artistique au sens voulu par le législateur dans la loi* »[1331] .

378. La Cour d'appel koweïtienne a également décidé que les idées appartiennent à tout le monde, et ne sont de ce fait, pas protégées, mais seulement leur expression. En l'espèce, les faits de l'affaire concernent un film cinématique dont le demandeur a soutenu qu'il est l'auteur d'une histoire intitulée Prisonniers koweïtiens dans les prisons irakiennes. Evénements contemporains de l'invasion irakienne du Koweït et des tragédies subséquentes des prisonniers koweïtiens. L'histoire du film a également été publiée dans un magazine affilié au ministère koweïtien de l'information, et l'accusé, qui a écrit un roman intitulé *Tourmentés Koweïtiens Heroes*, a insisté sur le fait qu'il s'agissait de sa création, et en conséquence le tribunal a conclu que les idées appartiennent à tout le monde et ce qui était protégé est la manière d'exprimer des idées. La décision a déclaré que la protection de la propriété littéraire et la préservation de son droit pour expliquer le sens de la paternité, et il a été dit en cela qu'il s'agit d'une innovation spécifique qui n'existait pas auparavant dans un style spécial et distinct mais en ce qui concerne l'amélioration de l'idée, la citation de principes et le partage d'idées, tous ne sont pas considérés la création ou l'innovation. Le tribunal est également allé dans sa décision que la paternité et la

[1330] Arrêt de la Cour d'appel du Koweït, n° 40706 /2009.
[1331]Arrêt de la Cour de cassation du Koweït n° 27426, 22 février 2009.

protection du droit d'auteur sont basées uniquement sur la composition et la forme. La simple idée, opinion, ou un sujet qui peut venir à l'esprit de tout le monde, ne sera pas protégée par la loi[1332].

En définitive, les lois koweitiennes sur le droit d'auteur ne protègent pas les idées abstraites, mais uniquement plutôt l'expression formalisées et novatrice de ces idées.

379. En ce qui concerne le droit du brevet, la cour de cassation koweitienne a jugé que : « *le brevet protège une innovation technique, c'est-à-dire un produit ou un procédé qui apporte une solution technique nouvelle à un problème technique donné, hors exclusion à la brevetabilité et inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Les conditions de brevetabilité sont : la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle. Dès lors, tout ce qui est considéré comme autre que cela ne peut faire l'objet d'un brevet, Toutes ces conditions doivent être remplies, et il ne suffit pas que certaines d'entre elles soient présentes* »[1333]. D'où il résulte toujours selon la Cour, que : « *des brevets d'invention seront, conformément aux dispositions de la loi, accordés pour chaque innovation susceptible de faire l'objet d'une exploitation industrielle, en liaison, soit avec de nouveaux produits industriels ou de nouveaux procédés ou moyens industriels, soit avec une application nouvelle de moyens et procédés industriels connus donc l'utilisation des panneaux publicitaires sur facettes des immeubles à des fins de publicité et de publicité n'est rien d'autre qu'une idée abstraite qui nie la description de l'innovation ou création , par conséquent, éloigne de celle-ci la protection décidée par le législateur par la loi précitée. Et si l'arrêt attaqué contredit cette considération, et dans son arrêt il a été considéré que l'idée du défendeur avait un caractère novateur, et qu'elle impliquait d'obliger l'appelante à verser une indemnité, alors elle est viciée et doit être annulée* »[1334].

[1332] Arrêt de la Cour d'appel du Koweït, Le 15 mars 2005. Publié dans le Journal of Lawyers, n° 138/2006, Le 4 mai 2006.
[1333] Arrêt de la Cour de cassation du Koweït n° 25321, 16 Mars 2014.
[1334] Arrêt de la Cour de cassation du Koweït n°11357, 16 novembre 2013.

2. La critique du caractère intangible du principe

380. La tendance jurisprudentielle qui fait corps avec le principe, a fini de susciter des critiques face au principe de libre circulation des idées, ou plutôt à leur caractère intangible. M. Le Tourneau, a dans une étude consacrée au principe de libre parcours des idées, dénoncé cet adage ; selon lui, le principe de libre parcours des idées devrait être écarté dans la société contemporaine, notamment en raison de son artificialité et de son caractère inique[1335]. Il écrit ainsi que : « *l'opposition idée-forme est totalement artificielle, Si la forme est le vêtement du fond, que serait, dans le domaine des œuvres littéraires, une forme sans idée ? Un son, tout au plus, mais les œuvres orales sont protégées en elles-mêmes. Et une idée sans forme ne vaut guère plus, même si elle peut être présente dans l'esprit d'une façon en quelque sorte désincarnée. Certes « le style c'est l'homme », mais plus encore les idées, fruits autrement féconds de son imagination, de son intelligence et de ses recherches, qui surgissent au tréfonds de son être. La forme n'est que l'apparence de l'œuvre, qui est substantielle. Comment admettre que soit interdite, en règle générale, la reproduction de l'image ou de la voix de quelqu'un et qu'au contraire l'utilisation de ses idées soit libre ?* »[1336].

381. M. Le Tourneau propose cependant d'élargir la protection attribuée par l'action en agissements parasitaires aux idées. Même si cela ne saurait concerner toutes les idées mais *« certaines idées extériorisées, des informations, des connaissances appliquées, ont une valeur économique. Elles méritent d'être protégées contre les usurpations intervenant dans une activité commerciale, dès lors qu'elles témoignent d'un effort créatif* ». L'auteur dresse une liste de conditions à la protection spécifique contre la reprise à titre lucratif des idées : elles

[1335] P. Jougleux. « *La protection de l'information dans les nouvelles technologies* ». ANRT. Atelier national de reproduction des thèses de Lille, 2004, P.162.
[1336] P. LE TOURNEAU. *Folles idées sur les idées*. Communication-Commerce Electronique, février 2001, p.10

doivent être extériorisées, fruits d'une imagination, originales, posséder une valeur économique, ne pas être nécessaire dans le domaine en cause[1337].

382. Une telle conception (les idées sont de libre parcours), conserve tout son intérêt philosophique et économique, mais devrait être adaptée. Elle était et reste pertinente tant qu'il s'agit de débats éthérés et d'échanges intellectuels, d'idées pures. C'est-à-dire en clair, sans valeur marchande immédiate, restent utilisables par quiconque, à condition toutefois d'indiquer sa source. Mais de nos jours, certaines idées ont acquis une valeur économique. Elles procurent un avantage concurrentiel à ceux qui les ont imaginées. Aujourd'hui, dans bien des domaines, les idées et connaissances valent cher car rapportent gros, et ont souvent nécessité de lourds investissements pour leur mise au point[1338].

383. Cette tendance nouvelle a été soutenue par un auteur arabe selon qui : « *si les idées ne sont pas soumises à la propriété et ne bénéficient pas de la protection par le droit d'auteur, cependant, il y a des idées qui vont au-delà de la concept de simple idée à des idées de valeur économique, donc il est inacceptable à la lumière de cette révolution des connaissances et de cette ouverture ils restent sans de protection , que ces idées puissent être protégées d'une manière ou d'une autre par l'action en concurrence déloyale* »[1339] .

3. Protection de certaines idées par le droit civil

384. Dans une époque de plus en plus mercantiliste où, l'extension du droit d'auteur à de nouveaux domaines, comme celui du logiciel, se justifie par la protection d'investissements économiques, l'idée industrielle ou commerciale – souvent confondue avec une création

[1337] *Ibid*., P12.
[1338] Philippe Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998, n° 238. Pierre-Yves Gautier, Propriété littéraire et artistique, PUF, 6e édition, 2007, n° 37.
[1339] B.Ahmed, *Le droit d'auteur dans les lois arabes*, Centre arabe de recherche juridique et judiciaire, Ligue des États arabes, 1er éd, Liban, P.37.

littéraire dans la mesure où elle est exprimée par le verbe ou l'écriture – ne peut être protégée que par des techniques juridiques différentes du droit d'auteur. Comme l'a fait remarquer Henri Desbois : « *si les idées sont de libres parcours et ne donnent pas prise aux droits d'auteur, réservés à la forme sous laquelle elles sont exprimées, l'exploitation d'une idée d'autrui n'échappe pas pour autant en toutes circonstances à la critique : une action en responsabilité (fondée sur l'enrichissement sans cause ou la concurrence déloyale) peut, le cas échéant, être exercée malgré le fait que l'action en contrefaçon soit irrecevable* »[1340]. Ainsi, commet un acte de concurrence déloyale le façonnier qui reproduit pour son compte un modèle (de robinetterie) dont la fabrication lui a été commandée, et ce, même en l'absence d'une faute de nature contractuelle[1341]. *« Il y a un droit au secret de l'idée, qu'elle soit ou seulement artistique, mais encore industrielle ou commerciale : elle apparaît à ce titre comme un élargissement de l'étendue de la protection du know-how ou un complément de celle-ci »*[1342].

385. Aussi, dans certaines espèces, même en l'absence d'un contrat secret ou de confidentialité, par exemple lors de la communication d'un scénario à un producteur ou d'un manuscrit à un éditeur, les tribunaux relèvent souvent, compte tenu des usages professionnels, à l'existence d'une obligation précontractuelle entre les parties, au terme de laquelle le producteur ou l'éditeur qui fait une utilisation parasitaire de l'idée qui lui a été communiquée engage sa responsabilité. Il a ainsi été jugé que : « *Si les idées sont de libre parcours, des circonstances particulières peuvent obliger certains tiers à ne pas révéler une idée qui leur a été confiée. La société d'édition qui a eu connaissance d'une chanson lors de pourparlers en vue d'un éventuel contrat d'édition, puis qui en communique dans les semaines suivantes l'idée génératrice à des auteurs-compositeurs (qui l'utilisent pour composer une œuvre du même genre), et édite la seconde*

[1340] H. Desbois, op., cit, p. 27.
[1341] Com. 3 juin 1986, n° 84-16.971, Sté Nussbaum c/ Sté Sanitar de Paris, *Bull. civ.* IV, n° 110 ; *RDPI* 1986, n° 7, p. 13.
[1342] X. Desjeux, *Le droit d'auteur dans la vie industrielle*, *RIDA* juill. 1975, p. 125.

chanson sous le titre de la première, commet une faute et cause à l'auteur de la première un préjudice consistant dans l'impossibilité d'exploiter utilement son œuvre »[1343] .

386. Sous ce rapport, les idées peuvent être protégées mais sur le terrain de la responsabilité civile[1344] . Ainsi, sur ce fondement, le demandeur qui peut se prévaloir de faits distincts de ceux qui auraient pu constituer l'atteinte au droit privatif se voit ouvrir une action en concurrence déloyale ou parasitaire.

La concurrence déloyale consiste en tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes et notamment tout fait de nature à créer une confusion avec les produits ou l'activité commerciale d'un concurrent. Il est rappelé de manière constante que l'action en concurrence déloyale ne permet ni de reconstituer un droit privatif, ni de se substituer à l'action en contrefaçon. Elle suppose de démontrer une faute et un préjudice. Ce faisant, elle ouvre la possibilité à celui dont l'idée a été reprise par un concurrent par des actes qualifiables de concurrence déloyale d'obtenir la réparation de son préjudice et la cessation des actes délictueux. Il a été jugé que le fait pour une société d'avoir repris l'idée d'un concurrent de diffuser des produits de l'art de la table au décor et à une taille qui ne s'imposaient pas constituait une concurrence déloyale compte tenu de l'impression globale de commercialisation d'une série similaire[1345]. Le parasitisme peut également être invoqué pour protéger une idée telle une méthode de commercialisation[1346].

[1343] CA Paris, 8 juill. 1972, Vogue c/ Alpha, JCP 1973, II, 17509, note J.-M. Leloup ; RIDA 1973, n° 75, p. 138, affaire de la chanson « *La publicité* » de J. Dutronc – Dans le même sens, TGI Paris, 1re ch., 19 avr. 1989, A. de Kervasdoué c/ Mercure de France, RIDA 1989, n° 142, p. 360, qui tout en admettant « *que si les idées sont de libre parcours, des circonstances particulières peuvent obliger certains tiers à ne pas révéler une idée qui leur a été confiée* », rejette cependant l'action du demandeur « *faute d'avoir rapporté la preuve de ces circonstances particulières* ». Cette jurisprudence mérite d'autant plus d'être approuvée que les œuvres communiquées aux éditeurs ou aux producteurs n'ont pas encore été publiquement divulguées – Dans le même sens à propos d'un synopsis d'émission de télévision : TGI Paris, 3e ch., 6 oct. 1994, Laval c/ France 3, RDPI 1995, n° 59, p. 55 – Contra cep., TGI Paris, 3e ch., 5 avr. 1978, Fidler c/ Y. Robert, RIDA 1978, no 98, p. 105, et, dans une certaine mesure, TC Paris, 10 mai 1994, TP c/ TF1, RDPI 1994, n° 2, p. 68 qui a jugé que « *la stipulation contenue dans une convention de développement interdisant d'entreprendre avec un tiers un projet basé sur le même concept ne peut signifier l'interdiction de toute émission sur le même thème, cette stipulation ne peut qu'interdire de traiter ce thème suivant la même conception de réalisation* ».

[1344] C. FRUTEAU, *De l'exclusion des idées*,1re édition, n°6.

[1345] Paris, pôle 5, 1re ch., 25 janv. 2012, no 10-01.660.

[1346] Com. 26 janv. 1999, no 96-22.457.

387. Nous le voyons, l'action en responsabilité civile permet de sanctionner tout tiers qui a indûment tiré profit d'une idée à valeur économique avérée. Sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une protection au titre de la propriété intellectuelle[1347]. À la différence de l'action en contrefaçon, les actions en concurrence déloyale et parasitaire ne reposent pas sur un droit opposable *erga omnes*.

L'alternative à la propriété intellectuelle est le secret des affaires, dont la protection a été renforcée. Le régime applicable au secret des affaires issu de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 et transposée en France par la loi no 22018-670 du 30 juillet 2018, permet la réservation d'une information telle que définie à présent à l'article 151-1 du Code de commerce. Le détenteur d'un secret d'affaires ne détient pas de droits exclusifs sur les informations couvertes par ce secret. Cependant, il peut s'opposer à leur utilisation et leur divulgation et obtenir l'octroi de dommages et intérêts évalués de façon similaire à ceux de la propriété intellectuelle[1348]. En revanche, les procédures de saisie-contrefaçon et du droit d'information sont exclues[1349].

Sous-section 2 : les limites du principe de non-protection des idées, le cas du plagiat et du parasitisme artistique

Dans la sous-section précédente, nous avons pu apprécier la logique et le bon sens qui découlent du principe de non-protection des idées abstraites. Toutefois, l'on ne peut occulter la réalité qui est que certaines idées peuvent receler une valeur économique et enrichir des tiers qui les exploiteraient. C'est pourquoi il est apparu nécessaire de leur conférer une protection

[1347] G. Loiseau, préc. ; B. Edelman, préc. nº 16.
[1348] C. com., Article. L. 156.
[1349] Civ. 1re, 22 juin 2017, nº 15-27.845, D. 2017. 1370; ibid. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence, Serra; Dalloz IP/IT 2017. 543, obs. de Maison Rouge ; RTD civ. 2017. 661, obs. Barbier.

intellectuelle au moins sur le fondement de l'action en concurrence déloyale ou de l'action en responsabilité civile en cas de préjudice.

C'est le lieu pour nous de nous intéresser aux idées artistiques qui ont de longue date intégré le monde des affaires.

388. Nombre d'industries du monde de la création s'approprient de plus en plus le travail des artistes, sans autorisation. Quasi-systématiquement au prétexte fallacieux d'un hommage à leur travail, alors qu'il s'agit dans les faits d'un détournement pur et simple de leurs œuvres sans préavis ni *a fortiori* rémunération[1350]. A l'évidence tout ceci est opéré de manière suffisamment subtile pour éviter de tomber sous le coup de la loi sur la contrefaçon. Au moyen notamment de ruse, puisque la copie ou la reproduction ne ressemble jamais fidèlement à l'original contrefait. Ce faisant ces industries réalisent un gain de temps et d'économie en termes d'investissements en aspirant les bénéfices tirés du travail d'autrui. Il s'agit concrètement d'une reprise de tout ou partie des caractéristiques essentielles et récurrentes du travail de manière à créer une confusion dans l'esprit du public déjà client de l'artiste dont le travail a été contrefait.

De leur côté, lorsqu'ils cherchent à faire valoir leurs droits, les artistes doivent faire face à une double difficulté : les coûts dissuasifs de toute action en justice et ce qu'ils vivent comme un véritable déni de justice car les tribunaux leur opposent le plus souvent le principe de non-protection des concepts et idées.

389. Dans les droits des pays arabes, la plupart des accusations de plagiat portées contre les écrivains arabes sont systématiquement rejetées pour défaut de fondement juridique. Une simple idée n'est pas protégeable, même exprimée, décrite, précisée ou incluse dans une œuvre. Ainsi, si l'auteur reprend une idée à son compte et y apporte une valeur ajoutée, il ne pourra être accusé de plagiat.

[1350] Deblanc, Marc-Olivier. *De la notion de parasitisme et d'agissements parasitaires en matière artistique.* RIDA., P.80.

390. Au Koweït, l'œuvre littéraire est protégée par les dispositions de la loi sur le droit d'auteur car vue comme un produit de l'esprit, or la protection du droit d'auteur s'applique au produit, aux procédures ou aux méthodes de travail. Ainsi, la protection suppose un support matériel tangible et non un simple effort mental[1351].

Par ailleurs, il ne suffit pas que l'œuvre soit matérialisée, il faut aussi qu'elle soit innovante. La loi koweïtienne définit l'innovation comme « *l'empreinte personnelle de l'auteur sur l'œuvre, comme un produit mental propre à l'auteur, le distinguant des autres* ». La Cour de cassation du Koweït a précisé le sens qu'il fallait apporter à la notion d'innovation qui devait être vue comme créative :« *la créativité comme critère stipulé par la loi pour conférer une protection juridique à l'œuvre s'entend du caractère créatif personnel que l'auteur confère à son œuvre, qui lui confère son originalité et permet sa distinction* »[1352].

Cependant, malgré la loi, en particulier sa condition supplémentaire propre à la créativité, force est de constater que la protection conférée par la contrefaçon ne bénéficie pas encore aux artistes. Alors que rien sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle français et de droit d'auteur koweitien, n'interdirait à un auteur d'agir en plagiat sur le terrain du Code civil. Il pourrait donc agir soit en responsabilité civile soit en concurrence déloyale tant au Koweït qu'en France. il pourrait aussi agir en parasitisme, mais uniquement en France, puisque le droit koweïtien ne connaît pas cette infraction[1353].

391. La notion de parasitisme artistique[1354] (ou plagiat) est différente de la contrefaçon et a donné un courant jurisprudentiel. Il y'a parasitisme (ou plagiat) lorsqu'un s'inspire trop

[1351] Article 4, Loi n° 75 de 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins koweitien.
[1352] Cour de cassation du Koweït, Appel commercial n° 1223/ 2010, Le 5-10-2011.
[1353] Le législateur n'a pas utilisé expressément le terme *parasitisme*. La notion pourrait être intégrée au droit koweitien. Et faire l'objet d'une sanction sur le fondement d'une interprétation large de l'article 55 C. com. Rappelons que celui-ci permet de sanctionner au titre de la concurrence déloyale, tout acte contraire aux usages honnêtes établis en matière commerciale et industrielle.
[1354] D. Lefranc, « *Qu'est-ce que le parasitisme artistique* ?», *LEPI*, juin 2013, n° 6, p. 7. V. déjà, utilisant cette expression, A. Lucas, note sous CA Paris, 5 mars 2004, *PI*, oct. 2004, n° 13, p. 914-915.

grossièrement d'une œuvre pour réaliser sa propre création, en reprenant notamment le style, les expressions ou les idées de l'auteur. Le plagiat n'est pas, à proprement parler, une notion juridique, même s'il fait de plus en plus l'objet de recherches pour les juristes et le monde universitaire en général[1355].

Pour notre part nous tenterons d'abord de le qualifier juridiquement (1) avant d'en étudier la mise en œuvre jurisprudentielle (2).

1. La qualification juridique du plagiat

392. Le « *plagiat* » est-il une contrefaçon, un type particulier de contrefaçon ou une « contrefaçon déguisée »[1356] ? Le terme de « *plagiat* » est utilisé autant par la doctrine que par la jurisprudence pour qualifier le fait de s'inspirer dans une large mesure du travail d'autrui. La notion est « *en vogue* »[1357], mais est-elle pour autant adaptée ? *Le Vocabulaire juridique* H. Capitant définit le plagiat comme l': *« appropriation illicite de tout ou partie de l'œuvre d'autrui, [un] acte constitutif du délit de contrefaçon* »[1358]. Pour M^me^ Marino, le plagiat renvoie à une « *forme particulière de contrefaçon* »[1359]. Il s'agit d'une contrefaçon réalisée, dans un secteur particulier, entre pairs, et qui entraîne une confusion de paternité.

[1355] V. notamment sur le sujet G.-J Guglielmi et G. Koubi (sous la direction de), « *Le plagiat de la recherche scientifique »*, LGDJ, 2012 ; H. Maurel-Indart, « *Du plagiat »,* Gallimard, 2011 ; H. Maurel-Indart (sous la direction de), « *Le plagiat littéraire »*, Publications de l'Université François Rabelais, Tours, 2002.

[1356] A.-Ch. Renouard, « *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts »*, t. II, 688 Paris, 1839, p. 30.

[1357] L. Marino, « *Le plagiat, un mot en vogue* », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*,* LexisNexis, 2014, p. 587-593. V. égal. M.-Ch. Piatti (dir.), « *Le plagiat »*, Colloque de l'Université Lumière, Lyon II, RLDI, mai 2012, n° 82, p. 74-105.

[1358] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e^ éd., Association Henri Capitant / PUF, coll. « Quadrige », 2014, *V°* « *Plagiat* ».

[1359] L. Marino, art. cit., p. 590. V. aussi, du même auteur, « *Repenser le plagiat de la recherche* », in G. J. Guglielmi et G. Koubi (dir.), « *Le plagiat de la recherche scientifique »*, LGDJ, 2012, p. 195-206 ; JCP G, déc. 2011, n° 50, p. 2483-2489.

393. En comparaison avec la contrefaçon, le plagiat « *est toujours commis par une personne physique qui revendique la paternité de l'œuvre* »[1360], ce qui n'est pas toujours le cas de la contrefaçon *lato sensu*. Si le plagiat renvoie à la contrefaçon ou, du moins, à un aspect particulier de celle-ci, le terme est alors inadapté quand il s'agit d'appréhender un comportement qui ne tombe pas sous le coup du droit d'auteur. Néanmoins, une autre définition du plagiat est parfois proposée. Selon M. Lucas, le plagiat ne « s*erait pas une contrefaçon comme une autre* »[1361]. Il se situerait « *à un niveau intermédiaire entre la forme et l'idée* »[1362]. Doté d'une connotation morale, il serait, pour M. Zollinger, le « *fait, pour l'auteur d'une œuvre de l'esprit, de reprendre sans citation ni autorisation des éléments d'expression ou idées provenant directement d'une création préexistante* »[1363].

394. Il en résulte que le plagiat ne serait donc pas nécessairement contrefaisant. D'autres auteurs semblent aller encore plus loin en distinguant le plagiat de la contrefaçon. Le terme de plagiat devrait être exclusivement « *réservé à l'exploitation suffisamment habile d'une œuvre pour ne pas être juridiquement répréhensible* »[1364] sur le fondement du droit d'auteur.

395. Certaines doctrines arabes ont défini le plagiat comme le fait de : « *voler les idées ou les écrits des autres, c'est-à-dire réclamer quelque chose pour soi, Bien que ce soit pour quelqu'un*

[1360] Id., « *Le plagiat, un mot en vogue* », art. cit., p. 590. V. aussi déjà A.-Ch. Renouard, p. 22, qui considérait que « *l'essence du plagiat* » est « *de donner pour sien le travail d'autrui* ».

[1361] A. Lucas, « *Plagiat et droit d'auteur* », in Ch. Vandendorpe (dir.), « *Le plagiat* », Presses de l'Université d'Ottawa / Actempress, Canada, 1992, p. 199 et s., spec. p. 201.

[1362] *Ibid*.

[1363] A. Zollinger, « *Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme* », *Légipresse*, juin 2015, n° 328, p. 356-362, spec. p. 359. Comp. J. Passa, « *La contrefaçon ou le "plagiat" dans les thèses de doctorat* », in *L'intérêt général*. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015, p. 461-474, spéc. p. 463 : « *Principalement destinée à stigmatiser la démarche de celui qui tente de faire passer pour sienne l'idée ou création d'un tiers évoluant dans le même milieu, la notion de plagiat ne correspond pas nécessairement à celle de contrefaçon. Le mot est certes employé parfois pour des cas particuliers de contrefaçon - la plus servile ou, au contraire, celle qui cherche à se dissimuler habilement. Mais il l'est aussi dans l'hypothèse dans laquelle seules une ou des idées sont détournées, sans atteinte au droit d'auteur puisque les idées ne bénéficient pas de la protection de celui-ci, ou en cas d'emprunt, nécessairement non contrefaisant, aux éléments originaux d'une œuvre dont la protection est expirée* ».

[1364] E. Pierrat, « *Plagiaires et plagiés devant les tribunaux* », in H. Maurel-Indart (dir.), « *Le plagiat littéraire* », Tours, Publications de l'Université François-Rabelais, 2002, spéc. p. 234, cité par A. Zollinger, art. cit., p. 359 ; H. Maurel-Indart, « *Petite enquête sur le plagiat sans scrupule* », Éditions Léo Scheer, 2013, spec. p. 9 : « *Le plagiat s'arrête là où commence la contrefaçon : zone d'ombre aux contours mal identifiés, il frôle la fraude, il la nargue, jouant sur les limites* ».

d'autre. » Il a également été défini comme *« le transfert de expressions ou d'idées sans faire référence à leur auteur orignal, de sorte qu'elles apparaissent comme si elles étaient les idées de l'auteur voleur » C'est aussi « le vol littéraire et la fausse revendication de la paternité, en utilisant la production intellectuelle d'une personne en tant que production personnelle* »[1365]. Nous noterons que la majorité des auteurs arabes rattache le plagiat au concept de vol. pour notre part, nous retiendrons, la définition proposée par M. Zollinger qui promeut une conception extensive de la notion de plagiat.

2. La mise en œuvre jurisprudentielle du plagiat : le « *parasitisme artistique* »[1366].

A. L'action en parasitisme artistique : un recours efficace pour les auteurs

396. Le droit d'auteur apparaît parfois « *impuissant* »[1367] face à certaines formes de plagiat très élaborées. L'hypothèse est fréquente lorsque le plagiaire fait preuve d'ingéniosité pour « *maquiller son délit* »[1368]. En pratique il reprend de nombreux éléments non protégés, tout en prenant soin de ne pas reproduire les éléments protégés tels la forme et la composition de l'œuvre. Le tout en reformuler les idées originales[1369]. Le domaine de l'art contemporain est particulièrement concerné par ce type de plagiat[1370].

[1365] Sur le terme de plagiat au Koweït V. H. ALOBIADAN, « *Marché de l'édition scientifique commerciale : entre protection de la propriété intellectuelle et plagiat Le cas du droit koweïtien, »,* Journal de recherche juridique approfondie, n°45., P.99.
[1366] Godefroy de Moncuit, « *Les relations entre contrefaçon et parasitisme »*, Le Concurrentialiste, mai 2014.
[1367] Ch. Caron, « *Du plagiat considéré comme un des Beaux-Arts* », *Comm. com. électr*., mai 2013, repère 5.
[1368] Ibid. V., pour des exemples, H. Maurel-Indart, *Du plagiat*, Folio Essais, 2011, p. 266 et s. ; Petite enquête sur le plagiat sans scrupule, p. 13 et s.
[1369] J. WATHELET, p. 154.
[1370] V. E. Treppoz, « *Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain* ? », RIDA, 2006/2, p. 51-125, spéc. p. 93 : « *Où tracer la distinction entre l'idée et la forme ? La question est capitale et appelle une solution claire, que le juriste peine à offrir. Face à cette frontière insaisissable entre forme et idée, l'art contemporain met en doute la justification même de l'exclusion de la protection des idées. L'idée peut être la création* » V. aussi M. Clément-Fontaine, « *L'exclusion des idées* », in M. Vivant (dir.), « *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle* », 2e éd., Dalloz, 2015, p. 43-54, spéc. p. 48. V. aussi A. Bensamoun, « *Portrait d'un droit d'auteur*

397. Néanmoins, « *si le plagiat, distinct de la contrefaçon, peut se situer en dehors du droit d'auteur, il n'est pas, pour autant, en dehors du droit et donc de toute sanction judiciaire* »[1371]. C'est pourquoi le recours au parasitisme est ici tout indiqué pour sanctionner ce type d'agissements parasitaires[1372]. Il s'agit parallèlement pour la victime de démontrer qu'il ne revendique pas des droits qui relèveraient des *« idées de libre parcours* », ou qui relèvent plus généralement de la liberté de création, de celle du commerce de l'industrie[1373].

398. La protection des idées et son corollaire qui est le plagiat sont des questions qui, de notre point de vue, restent largement absentes des thèmes de recherche universitaires et doctrinales en droit arabe. Les études qui y sont consacrées existent mais sont à la fois fragmentaires et dispersées dans d'autres matières juridiques. Contrairement à la France.

Malgré (ou à cause de) cela, le plagiat dans le monde arabe continue de croître inexorablement, en particulier concernant les œuvres créatives telles que les œuvres artistiques, les recueils de poésie, les films cinématographiques, les séries télévisées et autres.

Nous citerons quelques cas à titre d'illustration : en 1949, le poète (Nizar Qabbani) a publié son troisième recueil de poésie (Samba), et trois ans plus tard, ses idées ont été volées

en crise », RIDA, 2010, n° 224, p. 3-127, spéc. p. 69-71, qui considère que, dans certaines situations, il n'est pas toujours aisé de tracer une frontière entre l'idée et la forme. Pour l'auteur, il existerait des « *zones grises dans lesquelles il est bien difficile de trancher* ».

[1371] E. Treppoz, « *Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur* ?», *RLDI*, mai 2012, n° 82, dossier spécial « *Le plagiat* », p. 99-101, spéc. p. 99.

[1372] En matière d'art contemporain, le parasitisme de notoriété pourrait être utilisé pour s'opposer à la reprise de certaines idées (telles que le procédé d'empaquetage de Christo) pour mettre au point une campagne publicitaire, dès lors que cette pratique tend à se placer indûment dans le sillage de la notoriété d'un artiste. V. S. Durrande et C. Zolynski, « *Objet du droit d'auteur - Droit d'auteur et concurrence déloyale* », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1116, 2010, mise à jour mars 2016, n° 52 ; E. Treppoz, « *Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain* ?», art. cit., spec. p. 69-71. M. Treppoz souligne, néanmoins, que si elle est « *riche de potentialité, l'imitation par le parasitisme demeure néanmoins grossière. Point de droit moral ou même de droit patrimonial, l'artiste peut simplement s'opposer à l'utilisation de son œuvre. Le parasitisme n'est alors qu'un pis-aller, offrant, dans les lacunes du droit d'auteur, un semblant d'appropriation* » (p. 71).

[1373] Pour une justification de l'exclusion des idées en droit d'auteur au regard de la liberté du commerce et de l'industrie : Ch. Caron, « *Droit d'auteur et droits voisins* », 6e éd., 2020, LexisNexis, no 249 : M. Vivant et J.-M. Bruguière, « *Droit d'auteur et droits voisins* », 4 éd., Dalloz, coll. « *Précis* », 2019, n° 124.

par le poète Alhalabi (Ali al-Zaybak) qui a purement et simplement repris le titre[1374]. Autre exemple, le litige qui a opposé l'écrivaine syrienne Samar Yazbek au réalisateur saoudien Ali Hassan Al-Amir, lorsque celui-ci a repris le roman de l'écrivaine intitulé « *L'Enfant du Paradis* » pour en faire un film. Film qui portait le même nom que le roman après avoir simplement apporté quelques modifications, tout en affirmant péremptoirement que les événements avaient eu lieu en Arabie saoudite[1375].

La rareté des décisions judiciaires arabes publiées relatives à la protection des idées à valeur économique, combinée à la diversité des systèmes de protection intellectuelle n'ont sans doute pas contribué à réfréner ce phénomène les choses[1376].

399. Au Koweït, bien que le législateur koweïtien n'ait pas légiféré spécifiquement sur le parasitisme en général, rien, de notre point de vue, n'empêcherait les tribunaux de recourir aux règles de la responsabilité civile, aux principes généraux du droit civil et aux règles de la justice pour protéger les propriétaires d'œuvres littéraires et artistiques du parasitisme artistique. Le juge a son rôle a jouer pour protéger les droits des auteurs lésés même en l'absence de texte spécifique, en se fondant sur les autres lois et principes juridiques évoquées plus haut. A l'exemple de ce qui se pratique en France, où le juge est tenu de statuer y compris en l'absence de texte.

400. Comme du reste cela s'est produit dans certains pays arabes où l'existence de lois sur le droit d'auteur a pourtant été retardée[1377]. Par exemple, à une époque où l'Égypte ne possédait pas de loi sur le droit d'auteur[1378], un arrêt rendu par la justice égyptienne en 1934 a jugé que même en l'absence d'une loi spécifique aux droits de l'auteur sur la propriété de ses œuvres, cela

---

[1374] H.Al-Khair, *Le phénomène de la similitude littéraires .,* Journal Al Thawra, Syrie, 11 décembre 2005.
[1375] *Ibid.*
[1376] B.Melhem et N.Al-Kiswani,*Le problème de la multiplicité des systèmes juridiques dans la protection du titre de l'œuvre littéraire et artistique*, étude comparative, Revue de la Faculté de droit, septembre 2017.
[1377] K. ALAHMAR, Séminaire national de l'OMPI sur l'application des droits de propriété intellectuelle pour les juges en collaboration avec le Conseil judiciaire suprême jordanien etle Département de la Bibliothèque Nationale / Ministère de l'Industrie et du Commerce Centre Roi Abdallah pour la propriété intellectuelle., Amman, 4-5 avril 2004.
[1378] Puisque la première loi spéciale sur le droit d'auteur n'a été promulguée qu'en 1954

ne devait empêcher pas la justice de statuer sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle. Celles-ci impliquent que tout acte qui cause un préjudice à autrui impose l'obligation de son auteur pour réparer le préjudice, y compris en cas d'imitation[1379].

Au Koweït, par exemple, la promulgation de la loi sur le droit d'auteur a été retardée jusqu'en 1999. Néanmoins, le juge koweïtien a décidé de protéger le droit d'auteur sur la base des règles générales et des décisions de la jurisprudence et de la jurisprudence d'autres pays.

401. Il est intéressant de noter que le tribunal a pris soin de définir le droit d'auteur dans sa de manière détaillée : « *puisqu'elle est le résultat des progrès civilisationnels et scientifiques amorcés il y a plus d'un siècle, notamment le développement de l'imprimerie et l'émergence des appareils électroniques tels que la radio, la télévision, des appareils d'enregistrement et d'affichage et leur développement rapide, dangereux et propagées, la jurisprudence et le pouvoir judiciaire s'accordent unanimement pour protéger la propriété littéraire et artistique de s'en prendre à elle. Les inventions et les innovations scientifiques, même s'il n'y a pas de législation les protégeant, car les règles de la justice exigent cette protection, et celles-ci comprennent, en général, les auteurs d'œuvres* »[1380].

402. En France, une décision récente s'inscrit également dans cette tendance. Il s'agit d'une décision, rendue par le Tribunal de grande instance de Lille[1381], à propos d'un plagiat littéraire[1382]. L'auteur d'un roman reprochait à un autre écrivain de s'être largement inspiré de son œuvre en en multipliant les reprises.

403. Il est intéressant de noter, que l'auteur n'invoque pas un acte de contrefaçon, mais seulement l'existence d'une faute de parasitisme. Les juges du fond opèrent d'abord un rappel

[1379] A. ALSANHOURI, p. 234 et s.
[1380] Arrêt n°4200 /1978.Cité par T. ALSHAMMARI, op.cit., P.49.
[1381] TGI Lille, 1er ch., 12 févr. 2015, n°14-00062, *M.-F. Péteuil c/ N. d'Estienne d'Orves ; LEPI,* avril 2015, n° 4, p. 2, obs. A. Lebois; *Légipresse*, mars 2015, n° 325, p. 140-141 et juin 2015, n° 328, p. 356-362, note A. Zollinger.
[1382] Sur cette forme de plagiat, H. Maurel-Indart (dir.), « *Le plagiat littéraire* », Tours, Publications de l'Université François-Rabelais, 2002.

de la définition du plagiat et du parasitisme. Le plagiat est défini comme : « *l'existence entre deux romans de similitudes considérables qui ne peuvent être le fruit du hasard ni induites par la reprise de références communes, étant rappelé le principe fondamental par lequel les idées sont libres et de libres parcours* », tandis que le parasitisme, est vu comme :« *la circonstance par laquelle une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée s'inspire ou copie la valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissement* ». Ils analysent ensuite, les arguments invoqués par le demandeur, en rappelant qu'à la différence de la contrefaçon, l'existence de ressemblances ne peut suffire à caractériser un acte de déloyauté que « *si elles sont elles-mêmes constitutives d'une faute en ce qu'elles constitueraient un réel pillage de l'œuvre et de ses caractéristiques* ». En d'autres termes, il s'agit de réaffirmer l'existence d'une « *faute distincte* ». Pour rejeter la faute de parasitisme, les juges du fond estiment que la référence aux mêmes lieux ne saurait constituer une faute sauf à privatiser une partie du domaine public et que le thème des deux romans, à savoir des manipulations génétiques entre humains et singes « *n'est pas nouveau et a déjà été employé soit dans la littérature soit à la télévision* ». Ils ajoutent, qu'au regard de la diffusion très limitée du roman prétendument pillé, le demandeur ne démontre nullement que le défendeur « *aurait pu y avoir accès et s'en inspirer, ni le préjudice qu'elle aurait subi* ». En conséquence, les juges ont jugé que « *les idées ou les éléments invoqués [...] constituent pour l'essentiel des éléments connus et banals et au surplus, dépourvus de toute valeur économique, de sorte qu'aucun acte qualifié de plagiat, de "pillage", de concurrence déloyale ou de parasitisme n'est constitué* ».

Il convient à présent d'étudier les critères du parasitisme artistique à la lumière de cette jurisprudence,

B. Les critères jurisprudentiels du parasitisme artistique

404. Le parasitisme ne peut être valablement invoqué que lorsque l'œuvre recèle une « *valeur économique* », dans une conception élargie. Cette exigence en matière artistique relève du bon sens[1383]. Car les créateurs « *vivent de leurs œuvres et de leur travail [...] et ont un intérêt économique à leur promotion, et ceci dans des circuits qui sont souvent identiques comme des foires ou galeries d'art, des salons professionnels »*[1384]. Les éléments caractéristiques d'une œuvre ou les idées qu'elle recèlent une *« valeur économique* » ou de manière plus fonctionnelle, une « *valeur marchande* »[1385], dès lors qu'ils sont le fruit d'investissements et qu'ils procurent un avantage concurrentiel à leur auteur[1386]. La dimension économique du plagiat ne de ce fait, être niée puisqu'il est le moyen illicite pour le parasite « de "produire" davantage d'œuvres, recueillant par ce biais davantage de rémunérations[1387].

405. Il faut ensuite l'existence d'un « *point de contact* »[1388] entre le parasite et l'auteur. Ce critère est décisif l'élément moral du parasitisme traduisant la volonté de se placer dans le sillage d'autrui. Or, cette volonté n'existe que si le parasite a pu entrer en contact avec l'œuvre

---

[1383] Comp. A. Zollinger, « *Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme* », *Légipresse*, juin 2015, n° 328, p. 356-362, spéc. p. 362, qui s'interroge sur la portée de cette précision et y voit une « *acceptation stricte du parasitisme* ».
[1384] F. Herpe, « *La notion de « parasitisme artistique » : une arme contre les contrefacteurs astucieux* », 21 juin 2013, eurojuris.fr.
[1385] M. Vivant et J.-M. Bruguière, « *Droit d'auteur et droits voisins* », 4 éd., Dalloz, coll. « *Précis* », 2019, n° 13, qui considèrent que la formule « *valeur économique* » n'a « *en elle-même pas véritablement de sens. Une valeur se construit et, eu égard au marché dans lequel va s'insérer l'œuvre, il serait plus pertinent de parler de valeur marchande* ».
[1386] V. plus largement, sur la valeur économique des idées, Ph. Le Tourneau, « *Le parasitisme »* , Litec, 1998, n° 324 s. (épuisé), 2e éd. en livre numérique (e.book) mise à jour régulièrement sur le site http://www.juriscampus.fr. « *Aujourd'hui, dans bien des domaines, les idées et connaissances valent cher et, souvent, ont nécessité des investissements pour leur mise au point (son- gez au savoir-faire technique ou commercial, qui est une connaissance, c'est-à-dire un ensemble d'idées). Nombre de sociétés de services font commerce des connaissances ou de fichiers qu'elles possèdent. Des agences commercialisent des informations. D'autres délivrent leur savoir-faire dans le domaine industriel, technique ou commercial, moyennant des redevances. Des réseaux commerciaux sont même fondés sur un savoir-faire ou un bouquet d'idées et de savoir-faire, comme le franchisage. En un mot comme en mille, certaines idées extériorisées, des informations, des connaissances appliquées, ont une valeur économique* ».
[1387] A. Zollinger, art. cit., spec. p. 362.
[1388] S. Durrandet et C. Zolynski, « *Objet du droit d'auteur - Droit d'auteur et concurrence déloyale* », *J.-Cl. Civil Annexes*, fasc. 1620, 2010, mise à jour juin 2013, n° 33.

d'autrui. Le « *point de contact* » fait l'objet d'une appréciation large. Il peut ainsi être déduit, de l'existence de relations d'affaires ou de la notoriété d'une œuvre[1389].

406. Un autre critère jurisprudentiel souligné par la Cour d'appel de Paris est le « *risque d'assimilation* ». Critère là encore important s'agissant de « *parasitisme artistique* ». Puisqu'un autre élément moral est la volonté consciente du parasite de voir son œuvre assimilée à l'œuvre originale. Ce qui caractérise un choix délibéré de « *piller* » une œuvre notoire car ayant fait l'objet de nombreux investissements pour en tirer profit[1390]. Cette exigence n'est pas nouvelle. Nous pouvons la retrouver à propos d'une publicité reprenant des éléments du film de Luc Besson « *Le Cinquième Élément* » sortie en 1997, la Cour d'appel avait jugé que : « *la société Publicis et la société SFR se sont, outre leur comportement contrefaisant reprise du personnage principal de Leeloo jouée par l'actrice Milla Jovovich, délibérément placées dans le sillage du film le Cinquième Élément en s'efforçant constamment d'établir une filiation entre le produit objet de la campagne publicitaire et cette œuvre cinématographique [...] qu'ainsi force est de constater que, en renvoyant plus ou moins implicitement ou encore de manière subliminale mais constant au film Le Cinquième Élément, le spot et les encarts publicitaires parasitent incontestablement cette œuvre* »[1391].

407. Dans une autre affaire opposant encore deux créations artistiques[1392] , les juges ont affirmé que « *l'inspiration de l'œuvre ne pouvait provenir d'une inspiration commune, engendrant un risque d'assimilation entre les œuvres de C. et de T. Que l'avantage procuré par cette assimilation caractérise la volonté de se servir de l'œuvre d'autrui dans un but qui ne*

[1389] Pour une critique de l'appréciation du « *point de contact* » au regard de la notoriété de l'œuvre ou de son auteur, A. Zollinger, art. cit., spec. p. 361.
[1390] J. WATHELET, p. 157.
[1391] CA Paris, 4e ch., 8 sept. 2004, SA *Sté Publicis Conseil et SA SFR c/ L Besson et SA Sté Gaumont*, *Juris Data* n° 2004-249105 ; *RTD com.*, 2004, p. 732-734, note F. Pollaud-Dulian; *Comm, com électr.*, nov. 2004, comm. 136, note Ch. Caron; *Légipresse*, mars 2005, p. 25-33, note V. Varet; *PI*, janv. 2005, p. 70-74, note P. Sirinelli; *LPA*, sept. 2005, n° 181, p. 6 et s., note M. Poumarède.
[1391] CA Paris 27 février 2013 Corinne Dalle Ore et de Troy Henriksen.

peut être que lucratif. T. étant alors incontestablement connu ». En première instance le tribunal avait retenu : « *qu'en reprenant les caractéristiques essentielles de la série des Fruits de T., de la série des Boxes, de la série Portraits, de la série Cœur, ainsi que les titres, couleurs, polices de caractères et techniques utilisés par ce dernier, les défendeurs ont commis des actes de parasitisme* ». L'œuvre en cause traduisait une « *proximité de réalisation telle qu'elle évoquait nécessairement l'œuvre du premier auteur (choix d'un fond similaire, de la mise en valeur d'un cœur rouge souligné de noir, apposition d'inscriptions dans un graphisme essentiellement noir, reprise d'un début de slogan Love Is)* ».

408. Dans une autre affaire, Le réalisateur Claude Lelouch et sa société avaient assigné en justice le constructeur automobile Peugeot-Citroën ainsi que la société de production d'un film publicitaire destiné à la promotion de la Citroën DS5 en Chine. Il considérait que ces derniers avaient commis des actes de parasitisme et de concurrence déloyale en reprenant les éléments caractéristiques d'un de ses courts-métrages et de l'avoir fait savoir en diffusant sur internet le making-off du film publicitaire litigieux. Le court-métrage en question, intitulé *C'était un rendez-vous*, tourné en 1976, montrait une traversée de Paris par un homme conduisant une voiture à vive allure, et se terminait par une rencontre avec une femme sur les marches du Sacré-Coeur. Le film publicitaire met quant à lui en scène un homme élégant traversant Paris au volant de son véhicule et retrouvant une jeune femme à Montmartre. Les défendeurs contestaient les agissements reprochés, arguant que les demandeurs ne faisaient pas la preuve de la notoriété du court-métrage invoqué, ni de la réalité des investissements consacrés à sa création et à sa promotion alors que la société poursuivie a elle-même réalisé des investissements substantiels pour son film publicitaire. La société défenderesse ajoute que les éléments communs des deux films (intitulé et thématique) ne sont pas appropriables tandis qu'il subsiste des différences significatives entre les deux films. Enfin, qu'il ne peut lui être reproché d'avoir seulement puisé son inspiration dans le court-métrage de Claude Lelouch. Le tribunal de commerce avait

débouté les demandeurs qui interjetèrent appel. La cour d'appel rappelle que le principe selon lequel ne sont sanctionnés au titre de la concurrence déloyale que des comportements fautifs tels que ceux visant à créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit, ou ceux, parasitaires, qui consistent à s'immiscer dans le sillage d'autrui afin de profiter, sans bourse délier, de ses efforts, de ses investissements et de son savoir-faire. En l'espèce, même si le « *bonus* » du film publicitaire diffusé sur internet comprend une interview de la présidente de la société de production dudit film déclarant « *être reparti du fameux scénario de Claude Lelouch quand il avait fait son court-métrage, C'était un rendez-vous, ça se termine à Montmartre* », la cour relève un grand nombre de différences entre les deux films : structure ; bande sonore ; unique plan séquence dans le court-métrage alors que le film publicitaire est filmé par coupes ; le film publicitaire met en avant le véhicule, objet dudit film alors que le court-métrage ne montre la voiture qu'au moment de la scène finale ; les personnages de la publicité apparaissent à plusieurs reprises au cours du film alors qu'ils ne sont montrés qu'à la toute fin du court-métrage. En outre, les investissements nécessaires pour le court-métrage ont été modestes, comme en atteste le réalisateur lui-même. La cour relève également que la notoriété du court-métrage, qui est distincte de celle de Claude Lelouch, n'est que relative, et n'est pas grand public, contrairement à ce qu'affirmait le demandeur. Enfin, la cour rappelle, comme il avait été jugé à juste raison en première instance, que le fait que le film litigieux trouve son inspiration dans le court-métrage ne peut être reconnu comme fautif. En effet, le fait de s'inspirer d'une œuvre préexistante n'est pas condamnable en soi. En l'occurrence, l'inspiration se limite à une thématique ou à une idée non appropriable - en l'espèce, un homme conduisant un véhicule luxueux à vive allure à travers Paris en retrouvant une femme sur la butte Montmartre - et à la reprise, dans le titre, du mot « *Rendez-vous* » sur lesquels les demandeurs ne sauraient revendiquer un monopole alors que les deux films présentent d'importantes différences. Compte tenu de ces différences, le risque de confusion ou

d'assimilation pour le public concerné, principalement la clientèle chinoise à laquelle s'adresse le film publicitaire, n'est pas démontré. Les actes de concurrence déloyale et de parasitisme ne sont pas démontrés et le jugement est confirmé[1393].

409. Un auteur souligne l'importance que revêt ce critère à ses yeux en écrivant : « *Ce critère nous semble particulièrement opportun lorsqu'un auteur reproche au titre du parasitisme une reprise d'une idée, d'un genre, d'un univers ou plus largement des caractéristiques de son œuvre qu'il juge dotées d'une « valeur économique ». II permet d'éviter une réservation de facto d'une idée, d'un genre ou de l'atmosphère d'une œuvre, et ainsi de préserver la liberté de création* »[1394].

410. Il convient également de prendre en compte les efforts du parasite. La jurisprudence[1395] a pu, en effet, reconnaître en matière de parasitisme, que le grief d'un avantage concurrentiel indu et donc d'un comportement déloyal ne peut être rapportée s'il est établi que le défendeur a lui- même fait preuve d'investissements dans la réalisation de la création. Il ne saurait dès lors y avoir sanction si le défendeur a certes repris certaines caractéristiques du produit mais : « *pour y adjoindre ou y substituer des caractéristiques nouvelles qui confèrent au nouveau produit une valeur économique différente et parfois supérieure* »[1396]. Ces réflexions font clairement écho à

[1393] CA Paris, 12 septembre 2017, n° 17-56.220.
[1394] J. WATHELET, p. 158.
[1395] Cass, com., 3 mai 2012, n° 11-18.077, Société Légo e Société Lunatic Construction ; Concurrences, juill. 2012, n° 3, p. 148-150. Sur cet arrêt, v. aussi P. Tréfigny, « *Action en contrefaçon et action en concurrence déloyale* ». L'évolution de la jurisprudence la plus récente face au parasitisme », in Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, LexisNexis, coll. « *CEIPI* », 2014, p. 343-361, spéc. p. 360-361. Récemment, v. CA Paris, 1er ch., 13 janv. 2015, RG 2012/22214 ; PIBD, 2015, n° 1024, III, p. 219, qui refuse de voir un acte de parasitisme d'investissements car les intimées ont fait ajouter à leur création un ajout significatif, un « *élément attractif pour le public concemé* ». Comp. CA Paris, 5er ch., 23 sept. 2014, RG 2013/04388, *PIBD*, 2015, n° 1018, III, p. 903, qui admet l'existence d'un acte de parasitisme mais qui considère que le préjudice reste limité car le parasite a engagé lui-même des efforts et des investissements propres non négligeables.
[1396] C. Hueber et S. Binn, « *Comment sauver la théorie du parasitisme* ?», Contrats, conc. consomm.. Août 2000, n° 8-9, chron. 13.

la proposition de M. Frion[1397], qui a suggéré de rejeter toute infraction de parasitisme en présence d'une valeur ajoutée.

Au terme de cette sous-section, nous retiendrons que si le parasitisme artistique s'avère un moyen particulièrement pertinent pour protéger les intérêts de l'auteur[1398] et, d'une certaine manière, pour promouvoir la création, il ne saurait être dépourvu de toute limite[1399].

Son caractère équilibré lui permet, tout à la fois de préserver la liberté de création, et de sanctionner les comportements qui portent atteinte à la loyauté dans la concurrence. Au prix certes d'une approche minutieuse au cas par cas des éléments pouvant caractériser la faute de parasitisme ainsi que des conditions du droit de la responsabilité civile (préjudice et de lien de causalité.

Plus généralement, le rôle complémentaire de l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile se vérifie également lorsque le droit de la propriété intellectuelle est confronté à de nouveaux modes de communications, de nouveaux usages que l'action en contrefaçon peine à appréhender. Comme nous le verrons dans le chapitre 2 (les limites extrinsèques et nouvelles des droits de propriété intellectuelle : la contrefaçon sur Internet).

Conclusion du Chapitre

411. En effet, très tôt, les lacunes de la protection conférée par le droit de la propriété intellectuelle ont été pointées, notamment par Desbois qui soulignait déjà que « *les droits*

[1397] J.-J. Frion, « *L'agissement parasitaire* », thèse, Nantes, 2001, n° 205 et s. ; « *Présentation d'une approche renouvelée de l'agissement parasitaire : le critère de valeur ajoutée substitué à celui de l'investissement* », Contrats, conc, consomm, 2002, 7, chron. 15.

[1398] H. Maurel-Indart, « *Du plagiat* », Folio Essais, 2011, spec. p. 200-201 : « *La notion d'agissement parasitaire peut ainsi compléter celle de contrefaçon, trop restrictive. Elle permet éventuellement de contourner les limites de la contrefaçon, sans pour autant laisser le plagiaire impuni* ».

[1399] M. Poumarede, « *La théorie du parasitisme existe... mais elle n'est pas sans limites* », *LPA*, août 2005, n°164, p. 9 et s.

privatifs de propriété intellectuelle ne permettent pas, à eux seuls, de répondre à tous les besoins dont il apparaît équitable de tenir »[1400].

412. C'est pourquoi la pratique a eu recours à l'exigence de loyauté, qui impose dans le cadre de la concurrence, un certain nombre d'abstentions (d'où l'expression « *loyauté-abstention* ») nécessaires pour moraliser des usages commerciaux et la concurrence.

La *loyauté-abstention* En régulant la liberté de copie, qui est le principe lorsque le droit de propriété intellectuelle ne peut être mis en œuvre, permet d'assurer « *une défense périphérique, un filet protecteur qui s'étend autour du domaine de la propriété intellectuelle, autrement dit une protection complémentaire* »[1401].

[1400] H. Desbois, « *Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté* », in A. Popovici (dir.), Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin, Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 79-98, spéc. p. 79.
[1401] J. Passa, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », Litec, coll. « IRPI », 1997, n° 127, p. 78.

Chapitre II : Les limites extrinsèques nouvelles des droits de propriété intellectuelle : un risque d'affaiblissement

413. L'avènement d'internet et notamment l'explosion du commerce électronique a totalement changé la donne en matière de protection des droits de propriété intellectuelle, en particulier, sur la question stratégique du sort des recours visant à rendre cette protection effective. De fait, l'action en contrefaçon a rapidement montré ses limites face à cette nouvelle donne. Ainsi comme l'écrit un auteur : « *Que la dématérialisation des échanges commerciaux ait fortement influencé les principes juridiques de la propriété intellectuelle relève aujourd'hui du truisme. Nul ne conteste véritablement plus désormais, au sein de la communauté des juristes spécialisés de la chose immatérielle du moins, que le commerce électronique oblige à une relecture des règles classiques qui ont jusque-là gouverné les propriétés intellectuelles* »[1402]. Cette relecture, préconisée par Madame Piatti, est en effet de notre point de vue nécessaire[1403] pour répondre à de nouveaux modèles économiques et de nouvelles pratiques sociales[1404].

414. L'explosion du commerce électronique amplifie les atteintes aux droits de propriété intellectuelle. L'enjeu ici est double ; ces atteintes témoignant d'une vitalité économique mais qui repose largement sur les atteintes au droit de la propriété intellectuelle. Il faut donc d'un côté protéger les droits des titulaires des marques, et de l'autre préserver la liberté du commerce

---

[1402] Ch. Piatti, « *Commerce électronique et propriétés intellectuelles. L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques* », *RTD com*., 2006, p. 1 et s., spéc. p. 1. V. aussi, sur l'adaptation du « *droit à la dématérialisation de l'Internet* », J. Schmidt-Szalewski, « *L'Internet ou l'illusion libertaire* », in Études offertes au Doyen Ph. Simler, Dalloz/ Litec, 2006, p. 803-821, spéc. p. 804-811.

[1403] M. Vivant, « *Les nouvelles technologies comme révélateur », RLDI*, 2005/2, p. 3 : « *L'intérêt de ces "nouvelles technologies* » est qu'elles créent des perspectives nouvelles, obligent à voir différemment ce qu'on avait pris l'habitude de voir d'une certaine manière et donc à quitter le domaine, confortable, et ronronnant, des idées reçues pour accéder à l'approche critique [...] : penser la règle, penser la notion... et non point la recevoir passivement ».

[1404] Rappr. E. Treppoz, « *L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement* », *Comm. com. électr*., juill. 2010, n° 7-8, ét. 14, spéc. n° 1 et n° 11: « *Face à l'Internet, le droit d'auteur doit s'adapter pour mieux s'imposer [...]. C'est en montrant un visage "modeste et légitime" que le droit d'auteur sera compris et donc respecté* ».

et de l'industrie, revitalisée par ses nouveaux usages[1405], seule garante d'une prospérité économique, profitable à la collectivité.

415. Or, il ressort de plusieurs décisions de la Cour de justice de I 'Union européenne, plus qu'une remise en cause de l'exclusivité des droits de propriété intellectuelle, objectivement bousculée[1406]. Les juges européens semblent en effet privilégier la liberté du commerce et de l'industrie, au détriment de la propriété intellectuelle qui expérimente une forme de « *déclin* »[1407]. Ce qui explique dans une large mesure l'entrée en désuétude[1408] du recours de la contrefaçon de plus en plus délaissé par les titulaires des droits de propriété intellectuelle, devant les tribunaux, au profit des recours alternatifs tirés du droit commun classique, que sont les actions en concurrence déloyale[1409] ou en parasitisme. De fait il est apparu pour les juges nationaux que sanctionner les abus concurrentiels (déloyauté, parasitisme) plutôt que les atteintes au droit de propriété intellectuelle étaient mieux à même de garantir un équilibre nécessaire entre le respect des droits des titulaires de propriété intellectuelle, et la liberté d'entreprendre.

Nous axerons donc notre réflexion autour de deux illustrations de l'entrée en désuétude de l'action en contrefaçon, au profit de l'action en concurrence déloyale. D'abord en examinant le droit d'insertion dans un site internet tiers, de liens hypertextes renvoyant à des sites propriétaires (section 1). Avant d'ensuite nous intéresser à l'usage de la marque d'autrui dans les systèmes de référencement et de liens sponsorisés[1410] (Section 2).

[1405] C. Zolynski, *Concurrence déloyale et Internet*, art. cit.

[1406] E. Treppoz, *Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international*, *RTDE*, 2014, p. 965-972, spéc. p. 966.

[1407] P.-Y. Gautier, *Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle*, art. cit.

[1408] P.-Y. Gautier, *Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle*, *PI*, janv. 2015, n° 54, p. 10-15. M. Gautier identifie deux facteurs à la source de ce « déclin », à savoir « *Internet et l'Union européenne [... avec un dénominateur commun auquel il est désormais impossible de résister : le consommateur* ».

[1409] V. en ce sens L. Marino, « *Internet et concurrence déloyale* », Comm. com. électr., nov. 2007, ét. 27, spéc. n° 1: « *Il est dans sa nature de la concurrence déloyale] d'avancer au cas par cas. C'est tout un trésor de casuistique ! Il est aussi dans son caractère d'accueillir les nouvelles pratiques. Elle rejoint alors l'Internet et ses techniques inédites* ».

[1410] Ces choix s'expliquent par leur actualité, mais aussi par le fait que le droit des marques et le droit d'auteur apparaissent comme particulièrement exposés aux nouveaux usages de l'économie numérique.

Section 1 : Atteintes au droit d'auteur sur internet « L'exemple des liens hypertexte »[1411] (ou hyperliens)

416. Le Conseil Constitutionnel français[1412], comme le législateur koweitien considèrent l'accès au réseau Internet comme un droit fondamental de l'Homme, reposant sur la liberté d'expression. L'ONU défend également le droit d'accéder gratuitement au réseau Internet[1413].

417. Concernant plus spécifiquement le droit d'auteur, le droit européen au travers de la Charte de Nice, l'a également classé au rang des libertés fondamentales. Tandis que le Conseil constitutionnel lui a donné une valeur constitutionnelle en en faisant un droit de propriété. Enfin il ressort de la jurisprudence de la CEDH que le droit d'auteur devait être vu comme un droit fondamental, comme l'ont consacré les arrêts Balan c. Moldavie de la CEDH[1414], et l'arrêt Luksan de la CJUE[1415].

418. Au Koweït, c'est l'article 36 de la Constitution concernant la liberté d'opinion et d'expression qui proclame que : « *La liberté d'opinion et de recherche scientifique est garantie. Toute personne a le droit d'exprimer et de propager son opinion verbalement, par écrit ou de toute autre manière, dans les conditions et selon les modalités prévues par la loi* ».

Le Koweït, a par la suite, adhéré à plusieurs accords régionaux et internationaux. Ainsi la loi n° 16 de 1986 portant adhésion de l'État du Koweït à la Convention arabe pour la protection du droit d'auteur. La loi n° 2 de 1998 approuvant l'adhésion de l'État du Koweït à l'accord instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ; la loi n° 35 de 2014 approuvant l'adhésion de l'État du Koweït à la Convention de Berne pour la protection des

---

[1411] Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne. Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

[1412] Protéger l'accès à internet comme un droit fondamental ? Le Conseil constitutionnel a tranché : c'est oui (Déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, AJDA 2009. 1132, obs. S. Brondel).

[1413] CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, « *The Promotion, Protection And Enjoyment Of Human Rights On The Internet* », 27 juin 2016, accessible à : https://digitallibrary.un.org/record/845728?ln=fr

[1414] Cour européenne des droits de l'homme, 4e sect., 29 janvier 2008, Balan c/Moldova.

[1415] CJUE, 9 février 2012, aff. C-277/1.

œuvres littéraires et artistiques. Précédée de la loi n° 64 de 1999 concernant les droits de propriété intellectuelle, qui a été abrogée et de la loi n° 22 de 2016 concernant le droit d'auteur et les droits voisins. Et pour satisfaire à ses obligations internationales en vue de protéger la propriété intellectuelle, en particulier à l'ère numérique, et également aux recommandations de l'Organisation mondiale du commerce et de l'Accord sur les ADPIC. Le législateur koweïtien a enfin adopté la loi n° 75 de 2019 concernant le droit d'auteur et droits voisins, en tenant compte de la création numérique, des bases de données et des programmes informatiques.

§1-L'admission du principe de l'applicabilité du droit d'auteur à l'internet[1416]

419. L'internet a dès sa création été conçue comme un espace libre des régulations des États[1417]. Une telle approche ne pouvait cependant prospérer face à l'explosion de l'internet, en particulier du commerce électronique ce qui appelait tôt ou tard une protection des auteurs, face notamment aux géants de l'internet. S'en trouvait ainsi justifiée l'application du droit d'auteur à internet, afin précisément d'assurer une certaine égalité entre la masse des auteurs, dont beaucoup peu connus, et les géants de l'internet. On retrouve ici, comme le rappelait Lacordaire[1418], dans un cadre précis[1419], l'idée selon laquelle : « *entre le fort et le faible […], c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ».

[1416] Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne. Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

[1417] J.P. BARLOW, *« Déclaration d'indépendance du Cyberespace »*, février 1996.

[1418] H. LACORDAIRE, *« Conférences de Notre-Dame de Paris »,* tome III, cinquante-deuxième conférence, 16 avril 1848.

[1419] Dans sa conférence Lacordaire se référait aux gouvernements qu'il juge par principe liberticides, dans la mesure où ils ne représentent qu'une partie de la population et ne prennent donc pas de décisions pour l'ensemble de la société. L'auteur affirme donc qu'il faut une autorité tierce dont le rôle serait de contrôler les actes des gouvernements. Or, sur l'internet, l'absence de réglementation émise par un tiers permet aux plus forts d'imposer leurs règles aux autres.

Le droit d'auteur est donc par principe applicable à internet (A), mais dans un cadre nécessairement contraint (B)

A. L 'applicabilité de principe du droit d'auteur à l'internet…

Le droit d'auteur tant français que koweitien a toujours su faire preuve d'adaptabilité face aux changements technologiques (1). Son application à l'internet s'est donc effectuée tout naturellement (2).

1. L'applicabilité du droit d'auteur à Internet

420. Les juges sont habilités et même tenus d'interpréter les dispositions de la loi en vue d'étendre leur champ d'application à des œuvres qui n'auraient pas été spécialement visées. A l'exemple des photographies, œuvres non protégeables au moment de l'adoption de la loi portant droit d'auteur.

421. Cette appréhension par le droit des nouvelles technologies a relancé le débat sur la nécessité d'assurer une circulation des idées sans entrave, dans les sociétés dites démocratiques. Une certaine doctrine s'est en effet opposée à l'applicabilité du droit d'auteur à Internet dans les deux pays. Au motif que son application à Internet avait porté atteinte au développement du commerce, allant jusqu'à préconiser l'abolition de la propriété intellectuelle sur Internet, suggérant que cela libèrerait encore davantage le dynamisme de l'économie[1420]. Contestations cependant très marginales, car l'application du droit d'auteur aux nouvelles technologies rencontre une adhésion massive. Tant et si bien que l'application du droit d'auteur à Internet, s'est effectuée sans difficulté majeure en France. Tandis que le Koweït rattrape son retard de manière satisfaisante.

[1420] L. PAILLARD, « *La gratuité intellectuelle - Pour une véritable révolution numérique* », Parangon, 2013.

2. L'application du droit d'auteur à l'internet

L'applicabilité du droit d'auteur à l'internet a d'abord été reconnue par la jurisprudence française (a) puis par les législateurs koweitien, européen et français (b).

a) Par la jurisprudence

422. Le droit d'auteur koweitien, tout comme le droit d'auteur français, a été conçu à une époque où le numérique ni de l'internet n'existaient pas encore. La question juridique de l'application du droit d'auteur à un bien immatériel sans support physique, s'est ainsi d'emblée imposée aux juges français, s'agissant en particulier du commerce électronique. Ils ont considéré que l'absence de support matériel n'interdisait en rien l'applicabilité du droit d'auteur. Une première décision française a ainsi été rendue en référé[1421], par le TGI de Paris[1422] le 14 août 1996.

Dans cette affaire concernant la numérisation d'une œuvre sur internet[1423], la réponse n'allait cependant pas de soi compte tenu de considérations techniques. En effet, une fois numérisée, l'œuvre n'est composée que d'une série de 1 et de 0, la rendant ainsi illisible pour la majorité des utilisateurs de terminaux numériques. Cependant, les juges ont considéré cette distinction entre le code source - *lisible par des êtres humains* - et le code objet - *composé de 1 et de 0* – était inopérante, et que l'œuvre devait être vue comme reproduite dès lors qu'elle est retranscrite. La différence de format ne saurait porter atteinte au droit d'auteur ni en droit national[1424], ni en droit international. Cela, même si l'article 10 du traité ADPIC[1425] ne reconnaît explicitement ce principe que concernant les programmes d'ordinateurs.

[1421] CA Paris, 10 octobre 2001, AJDI 2002. 41, n°2001/08036 ; J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON, M.A. FRISON-ROCHE, *« Le juge des référés au regard des principes procéduraux »,* D. 1995. 67, 12.
[1422] Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 14 août 1996, Éditions Musicales Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle / École centrale de Paris ECP) et autres, accessible à https://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=117
[1423] Mikaël Le Borloch, *ibid.*
[1424] Article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle.
[1425] Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1994.

Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence constante, des décisions précédentes ayant accordé une protection aux cartons perforés des orgues de barbarie[1426]. Le droit d'auteur s'applique dès qu'il y'a reproduction, or celle-ci est acquise indépendamment du format.

423. Au Koweït, les juges ont dû attendre la promulgation de la loi n° 75 de 2019 portant droit d'auteur sur Internet, pour appliquer le droit d'auteur à l'internet commercial.

Cette application du droit d'auteur et du copyright par la jurisprudence a précédé et préfiguré sa reconnaissance législative.

b) Par le législateur

424. Le législateur se saisit en effet souvent tardivement des évolutions technologiques. Ce qui fut le cas ici, avant que des lois en matière de copyright et de droit d'auteur à l'internet soient finalement adoptées.

Ainsi En France, les lois HADOPI[1427] ainsi que la loi DADVSI[1428] sont venues renforcer l'arsenal juridique français en matière de lutte contre la contrefaçon sur internet.

Tandis qu'au Koweït, le législateur a promulgué la loi n° 75 de 2019 concernant le droit d'auteur et les droits voisins, incluant dans ses textes, la garantie de l'application du droit d'auteur et des droits voisins sur Internet, ainsi que les développements technologiques modernes.

Il y a donc eu une prise de conscience de la nécessité d'appliquer le droit d'auteur à l'internet, tant par les juges, que par les législateurs.

[1426] CA Paris, 4e ch., 11 avril 2008, n°06/15843.
[1427] Loi n°2009-669 du 12 juin 2009.
[1428] Loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

B. …Cependant nécessairement circonscrite afin de préserver la liberté de créer et d'entreprendre

425. Si le droit d'auteur est nécessaire car permet aux auteurs de vivre de leurs créations tout en nourrissant leur créativité, il est cependant tout aussi crucial qu'il soit limité par le droit des tiers à donner libre cours à leur propre créativité, y compris lorsqu'elle est inspirée par les créations intellectuelles protégées par le droit d'auteur. En effet, en l'absence de toute limite, il briderait la circulation optimale des idées et des œuvres. D'où l'application à l'Internet d'exceptions traditionnelles au monopole des auteurs, en droit tant français que koweitien.

Ces limites sont toit à la fois d'origine externe (1), et internes (2) permettant d'écarter souverainement l'application du droit d'auteur où il aurait eu vocation à s'appliquer.

1. Les limites externes au droit d'auteur

426. On peut les illustrer par l'affaire de la société British Telecom, qui a ainsi tenté de s'approprier, -en vain cependant- les hyperliens[1429]. Cette décision a fait jurisprudence et interdit toute appropriation des liens par le droit des brevets[1430].

Les juges français et koweitien n'ont pas eu l'occasion de statuer sur cette question.

Les droits voisins au droit d'auteur peuvent en revanche avoir vocation à s'appliquer[1431], même si leur application sera limitée puisque ne sont ici protégées que les formes d'expression[1432] et non les idées elles-mêmes.

[1429] *British Telecommunications v. Prodigy Communications Corp., 189 F. Supp. 2d 101 S.D.N.Y.2002, 13 mars 2002 :* Propr. industr. 2002, act. 63*, P. Kamina.* V. également Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne.

[1430] Mikaël Le Borloch, *ibid.*

[1431] Les droits voisins pourraient également avoir vocation à s'appliquer, tout comme le droit des marques.

[1432] M. Vivant, J.M. Bruguière, « *Droit d'auteur et droits voisins* », Dalloz, 2e édition, 2013, p. 129-130, 114.

2. Les limites internes au droit d'auteur

Il existe également des exceptions internes, c'est-à-dire introduites dans les législations régissant le droit d'auteur, dans les deux systèmes (a). Exceptions cependant tempérées par le « *test des trois étapes* » (b).

a- prévues par les législations

427. Les limites introduites dans la législation elle-même[1433], traduisent le souci d'un équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts du public. Aussi bien en droit européen que koweitien.

Ainsi l'article 5 de la directive 2001/29/CE et du Conseil du 22 mai 2021 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, fait écho à l'article L. 122-5, du Code français de la propriété intellectuelle. Celui-ci prévoit en particulier, que les exceptions qu'il énumère ne peuvent cependant porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur[1434].

428. La jurisprudence française[1435] a ainsi pu écarter l'application du droit d'auteur lorsque la liberté d'expression se trouvait indûment limitée. Les ingérences du droit d'auteur dans le champ de la liberté d'expression doivent désormais respecter l'article 10§2 de la CEDH et être légitimes. C'est-à-dire nécessaires dans une société démocratique [pour assurer la protection…] des droits d'autrui[1436]. Elles doivent également respecter le principe de proportionnalité. Malgré la clarté des textes, les droits français et de l'Union Européenne[1437] ont adopté une lecture

[1433] M. Vivant, J.M. Bruguière, « *Droit d'auteur* », Dalloz, 1e édition, 2009, p. 368 s.
[1434] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* » p. 5 à 8.
[1435] Cass. civ. 1e, 15 mai 2015, n°13-27391. V. également Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne.
[1436] CEDH, 4e section, 29 janvier 2008, n°19247/03, *Balan c. Moldavie*, *RTD com*., 2008. 732, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RTD eur*. 2008. 405, chron. J. SCHMIDT-SZALEWSKI.
[1437] Article 5 de la directive 2001/29/CE.

réductrice et analytique des exceptions en les limitant d'autorité à des hypothèses précises. Alors que l'interprétation de ces exceptions doit être stricte conformément à l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*. (« *l'exception est d'interprétation très stricte* »).

Au Koweït, l'article 31 de la loi d'auteur et droit voisins, prévoit les exceptions qui permettent de ne pas être contraint par le droit d'auteur, sans être tenu de recueillir l'autorisation de l'auteur ou du titulaire du droit de l'œuvre. Et sans paiement d'indemnité à la double condition que la source et le nom de l'auteur soient mentionnés, et que ces actions ne portent pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, ou n'entraînent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. Les cas d'utilisation légitime couvrent 20 situations différentes[1438].

En droit européen, à l'occasion de l'arrêt GS Media[1439], la Cour de Justice de l'Union Européenne, a considéré que la publication d'un lien hypertexte vers une œuvre protégée, librement disponible sur un autre site internet sans le consentement de son auteur, ne constitue pas une communication au public si la personne qui place ce lien agit sans but lucratif et au surplus, agit en méconnaissance du caractère illégal de la publication de ces œuvres.

Ces exceptions prévues tant en droit français que koweitien, sont également désignées par l'expression « *test en trois étapes* » et sont conformes à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Celle-ci : « *établit les normes minimales internationales de protection au titre du droit d'auteur, l'auteur "conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* »[1440].

[1438] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* » p. 8 à 12.
[1439] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS Media. V. aussi numéro de paragraphe 488 sur la notion de « communication au public » qui a révélé cet arrêt de la CJUE. Arrêt disponible à l'adresse : https://justice.pappers.fr/decision/bfd18324899d42bc09763561e142dd55 [consulté le 30 mai 2024]
[1440] V. site internet : https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2017/01/article_0006.html [consulté le 30 mai 2024]

Ce test en trois étapes doit être interprété sur une base équilibrée, ainsi les limitations et exceptions ne doivent pas être interprétées de manière restrictive, mais conformément à leurs objectifs et finalités.

Ainsi en droit koweitien, les actes mentionnés à l'article 31 ont été énumérés à titre d'exemple mais ne sont pas limitatifs, car de nouvelles utilisations pourraient en être tirées. En outre, il sera autorisé aux tribunaux d'appliquer les restrictions, exceptions et exclusions éventuelles à des conditions similaires. D'une manière générale, celles-ci ne devraient pas empêcher l'exploitation habituelle de l'œuvre ni gêner la concurrence, si le respect de la libre-concurrence est respecté.

429. Concernant leur nature juridique, il s'est posé la question de s'avoir s'il s'agissait d'un droit ou d'une tolérance. Les législations européenne[1441] et française[1442] étant silencieuses sur ce point, la doctrine et la jurisprudence se sont divisées sur la question. Pour certains il s'agit de règles de droit public imposées par la loi [1443], alors que pour d'autres, l'on est en présence de simples tolérances[1444] consenties par l'auteur.

430. Il semble que sur ce point précis, l'approche du législateur koweïtien soit plus extensive que celle de son homologue français. En effet, les exceptions qu'elles prévoient proposent un spectre bien plus large afin de couvrir la plupart des cas, y compris ceux objectivement injustifiés. Au point d'être potentiellement attentatoire aux droits d'auteur.

Ainsi concernant la deuxième exception (possibilité de citer des paragraphes d'un tel ouvrage dans un autre ouvrage, à condition que la citation soit conforme à la coutume actuelle et non essentielle, dans la mesure justifiée par le but recherché), l'on remarque que

---

[1441] Mikaël Le Borloch, *ibid.*

[1442] En France la loi du 1er août 2006 dite DADVSI n'a pas tranché la question et se contente de se référer au terme « *Exception* ».

[1443] CA Paris, 4e ch., 22 avril 2005, Mulholland Drive, D. 2005, Jur. 1573, note CASTETSRENAZRD ; C. COLIN, « *Devoir d'auteur* », *RIDA*, avril 2010, p. 161-165.

[1444] Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, Mulholland Drive II, Bull. civ. I, n°177, RIDA juillet 2008, p. 215, obs.P. SIRINELLI; Paris, 20 juin 2007, « Warner Music », D., 2007. 2041, note J. DALEAU ; F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit d'auteur », 1101 ; M.B. NIMMER, « Nimmer on Copyright », Lexisnexis, §13.05.

l'utilisation de mots incontrôlés, non conforme à la coutume actuelle, et non essentielle est porteuse de nombreuses violations du droit d'auteur. De même, la dix-septième exception (affichage au public d'une partie de l'œuvre originale ou autoriser sa copie dans le but d'en faire la promotion), le tiers intéressé peut en multipliant les copies, avoir pour cible une catégorie précise de lecteurs. Mais par le procédé choisi élargit le public atteint au-delà de la cible visée. Il y'aura alors une extension injustifiée de l'exception.

Il apparaît donc qu'en matière d'exceptions aux droits d'auteur, en droit français et koweitien, la loi recherche l'équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux du public.

b- La limitation du champ d'application des exceptions par le triple test

431. En effet, afin d'harmoniser les systèmes juridiques autour de principes universels, le test des trois étapes a été introduit par la convention de Berne[1445] en son article 9 (2)[1446]. Une exception est ainsi autorisée lorsqu'elle est limitée à des cas spéciaux[1447], qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre – *c'est-à-dire qu'elle n'empêche pas l'auteur de retirer des bénéfices de son œuvre*[1448] – et qu'elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Ce troisième critère est source de difficultés, en raison des différences sémantiques et syntaxiques entre les langues latines, anglaise et arabe. A titre d'illustration, le triple test ayant été proposé en langue anglaise par le Royaume-Uni sous l'expression « *unreasonable prejudice* »[1449], les versions officielles française et koweitienne l'ont traduite par l'expression « *ne cause*

[1445] Le test des trois étapes a été introduit lors de la Conférence de révision de Stockholm en 1967. Voir M. FICSOR, « *How much of what? The 'Three-Step Test' and its application in two Recent WTO Dispute Settlement Cases* », *RIDA*, avril 2002, 192, p. 111-113.
[1446] « *Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ».
[1447] C'est à dire limité à un but précis. S. RICKETSON, « *The Berne Convention: 1886-1986* », 1987, Sweet & Maxwell, §9.6.
[1448] Report of the Panel, United States - Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, 15 juin 2000, para. 6.180.
[1449] Mikaël Le Borloch, *ibid.*

pas un préjudice injustifié ». L'harmonisation internationale qui passait par une traduction qui fait foi, n'a pu avoir lieu. Ainsi, là où la version anglaise autorise un préjudice minimal – *sorte d'exception de minimis* – les versions française et koweitienne imposent une *justification du dommage*[1450].

432. Par ailleurs, ledit test qui doit être mené dans l'ordre des critères énoncés[1451], se trouve traditionnellement limité au droit de reproduction[1452]. Il a par la suite été repris à l'article 13[1453] de l'Accord ADPIC de 1994, ainsi qu'à l'article 10 du traité de l'OMPI. Ces deux textes l'ont étendu, dans les mêmes termes, au droit de représentation. Les différentes normes postérieures à la dernière réforme de la convention de Berne ont toutes adopté la même définition du test des trois étapes. Celui-ci s'est donc imposé comme une réglementation constante en droit d'auteur international. Son interprétation devant se conformer aux normes d'interprétation de la convention de Vienne[1454] sur le droit des traités. Les États membres de la convention de Berne et du traité de l'OMPI, dont la France et Koweït, sont en conséquence tenus de limiter le champ d'application de leurs exceptions. Rappelons que ces deux pays n'ont cependant pas correctement intégré le test en droit interne.

Pour cette raison, le Koweït s'est engagé à introduire le test dans l'article 31 de la loi d'auteur, ajoutant dans une note que le nom de l'auteur doit être mentionné autant que possible,

---

[1450] C. GEIGER, D.J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, « *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law* », 2014, American University International Law Review, vol. 29, Issue 3, p. 584-585. V. aussi Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne. Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

[1451] M. FICSOR, « *Le test des trois étapes : pourquoi on ne signe pas la Déclaration de Munich* », in les exceptions au droit d'auteur, Dalloz, 2012, p. 56.

[1452] F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », ., 2228.

[1453] « *Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* ».

[1454] Convention de Vienne sur le Droit des Traités, 23 mai 1969, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf

en vertu du fait qu'il détient les droits exclusifs. Ce qui constitue par ailleurs une preuve de bonne foi.

433. De son côté le législateur français avait dans un premier temps, adapté le *test en trois étapes*, en élaborant un *test en deux étapes*, inséré à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle[1455], excluant ainsi le critère des cas spéciaux propre au triple test. Celui-ci s'en trouvait ainsi écarté[1456], au profit des deux autres critères[1457]. Le motif avancé était que dans tous les cas, une exploitation anormale d'une œuvre[1458], portera nécessairement préjudice à l'auteur. Une décision du Conseil Constitutionnel[1459] a cependant rappelé que le test des trois étapes devait s'appliquer à toutes les exceptions prévues par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Obligeant le droit français à intégrer *in fine*, le critère des cas spéciaux, et par là même, à finalement adopter le test en trois étapes.

Une autre distinction a été opérée par les droits français[1460] et koweitien[1461], en imposant ce test aussi bien au législateur – *conformément à l'obligation pesant sur le législateur de respecter les conventions internationales* – qu'aux juges.

434. La solution française et koweitienne, ne prévoyait l'opposabilité du test des trois étapes qu'au législateur, en application de la Convention de Berne, et de l'accord ADPIC. Le traité OMPI sur le droit d'auteur a cependant modifié cette approche en prévoyant son opposabilité non seulement au législateur mais aussi au juge national. L'article 10 du traité prévoit en effet l'intégration du test dans les législations nationales, ainsi que son application par les Parties

---

[1455] Loi n°2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
[1456] Le législateur français a en effet considéré que cette obligation lui était destinée. Voir F. POLLAUD-DULIAN, « *Le droit d'auteur* », ., 1131.
[1457] C. CARON, « *Droit d'auteur et droits voisins* », Litec, 2e édition, 2009, p. 298, 355.
[1458] Décision du Groupe spécial, para. 6.179, citant Document S/1 : Convention de Berne, propositions de révision des dispositions relatives au droit d'auteur (article 1 à 20), préparées par le Gouvernement de la Suède avec le concours des BIRPI, p. 42.
[1459] Décision n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006, 32.
[1460] Article 55 de la Constitution de 1958.
[1461] Exposé des motifs n° (75) de 2019 relatif au droit d'auteur et aux droits voisins. Les exceptions mentionnées à l'article 31 sont des exemples mais ne s'y limitent pas, et les juges peuvent appliquer les trois étapes à toute autres cas présentés à cet égard.

contractantes. Étant entendu que seul le juge peut appliquer une norme, l'article 10.2 s'adresse directement aux juges[1462].

Le *test des trois étapes* pose néanmoins le problème du manque de prévisibilité qui induit une forme d'insécurité juridique[1463]. Particulièrement en droit français où, en raison de ce manque de visibilité, le test n'est pas applicable en matière pénale.

En conclusion, l'on peut noter que les juges et les législateurs ont su faire application du droit d'auteur, tout en limitant sa portée pour respecter l'équilibre entre les intérêts antagonistes, par le jeu des exceptions.

§2- le régime juridique des liens hypertextes[1464]

435. Avant d'examiner les implications juridiques du lien hypertexte[1465], il convient tout d'abord de le définir succinctement : un lien hypertexte ou hyperlien, est : « *une connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication composée notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable, adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée* »[1466].

Le journal officiel français du 16 mars 1999[1467] a défini l'hypertexte comme « *un système de renvois permettant de passer directement d'une partie d'un document à une autre, ou d'un document à d'autres documents choisis comme pertinents par l'auteur* ».

[1462] P.-Y. Gautier, « *L'élargissement des exceptions, contrebalancé par le test des trois étapes* », Comm., com. élec., nov. 2006, p. 9.
[1463] C. CARON, « *Les exceptions. L'impact sur le droit français* », Propriétés Intellectuelles, Janvier 2002, p. 26.
[1464] Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne. Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/
[1465] *Panoramas de presse à partir de liens hypertexte, droit, usages et recommandations pratiques*, E. Barthe Documentaliste Juridique. Article disponible sous le lien suivant : https://www.precisement.org/panor_presse/panor_eb.htm [consulté le 30 mai 2024]
[1466] Forum des droits sur l'Internet, « *Hyperliens : statut juridique : quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ?* », 2003
[1467] Journal Officiel du 16 mars 1999, disponible à l'adresse http://www.justice.gouv.fr/publicat : vocabint/html

Plus prosaïquement, nous pouvons définir les liens hypertextes (ou hyperliens) comme des liens permettent par un simple clic, d'atteindre une autre partie de la page, une autre page ou un autre site Internet.

436. On distingue généralement deux types de liens les liens dits « *simples* » et les liens dit « *profonds* ». Le « *lien simple* » est celui par lequel un internaute est envoyé d'une page d'un site web à la page d'accueil d'un autre site Internet. Le « *lien profond* » renvoie l'internaute à une page spécifique, autre que la page d'accueil du même site Internet. En principe, il existe une liberté de principe pour chacun d'établir des liens. Ce n'est que lorsque le lien porte sur une œuvre protégée, que se posera la question de savoir s'il porte ou non atteinte au droit d'auteur.

Il en résulte dès lors une liberté de principe d'établir des liens (A), cependant tempérée par des exceptions dont la violation fait encourir des poursuites pour contrefaçon (B).

A. Le principe de la liberté d'établir des liens

437. Comme le rappelle le professeur Franck Macrez, le lien hypertexte ne peut en lui-même être appréhendé par le droit de la propriété intellectuelle. Il écrit ainsi : « *L'appréhension juridique du lien hypertexte a pu se faire à travers la question de la protection par la propriété intellectuelle, qui s'est avérée inenvisageable. Ainsi, des entreprises ont, un temps, tenté de se voir reconnaître un monopole sur les liens en général, soit par le recours au brevet en considérant la technique employée, soit par le dépôt du terme « lien » (link) à titre de marque. La question peut également se poser du recours au droit d'auteur pour la protection, au cas par cas, des divers hyperliens pouvant être établis* »[1468].

[1468] « *Hyperliens (ou liens hypertexte* » : Franck Macrez, Maître de conférences HDR au CEIPI, université de Strasbourg - Directeur du laboratoire de recherche du CEIPI (UR4375) JurisClasseur Communication, Fasc. 570, 1er Mai 2022

Il y'a en effet débat concernant le droit d'auteur. Celui-ci étant fondé sur un mécanisme de réservation des œuvres fondée sur sa valeur économique sur le marché. Cette dernière est devenue un monopole économique au bénéfice des auteurs, leur permettant de rendre illicite les copies non autorisées.

438. Le droit d'auteur pose comme postulat, l'illégalité des copies non autorisées, et donc les exclut du marché. La question du droit d'accès aux œuvres, n'a pas été résolue par le traité OMPI, malgré l'introduction du droit de mise à disposition du public[1469]. En effet, le principe du droit d'accès à l'œuvre au sens du traité OMPI, n'inclut pas nécessairement la reproduction matérielle du bien, n'en garantissant que l'accès, tant en droit français que koweitien. Ce dernier précise les modalités de la communication au public des œuvres, aux articles 1 et 9[1470].

Le droit de mise à disposition de l'œuvre au sens du traité OMPI, intégré au droit européen à l'article 3-1 de la directive 2001/29/CE[1471], n'a pas d'équivalent exact dans les droits koweitien et français. Néanmoins, les législateurs nationaux ont considéré que ce droit existait déjà sous la forme des différentes prérogatives que les systèmes offrent aux ayants droit. Le droit de mise à disposition inclut l'offre de communication au public de façon individualisée, ce qui inclut les hyperliens. Cette interprétation semblait être corroborée par les jurisprudences européennes[1472].

Cette limitation était en effet nécessaire pour préserver les intérêts des auteurs. Nous étudierons donc tour à tour les justifications du principe de la liberté d'établir des liens (1) avant d'en examiner la mise en œuvre concrète (2).

[1469] Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne. Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

[1470] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* » p. 13

[1471] « *Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ».

[1472] CJCE, 7 décembre 2006, aff. C-306/05, SGAE c. Rafael Hoteles, 43.

B. Justifications du principe de la liberté d'établir des liens hypertextes

439. Comme le rappelle là encore le Professeur Franck Macrez, la première justification tient au fait que l'établissement de liens hypertextes est l'essence même d'internet, et à ce titre, indispensable à son fonctionnement. Il écrit en effet que : « *L'établissement de connexions interréseau, […], est consubstantiel à l'internet. La liberté de lier participe donc de l'ontologie ((…[1473]) de l'internet : elle est un principe de fonctionnement sans lequel le réseau des réseaux ne saurait exister* »

Cependant, compte tenu de l'explosion rapide du commerce électronique, combinée à l'appropriation du medium par le public, l'application des règles de droit à l'Internet, a connu une période de rodage pendant laquelle il s'est avéré nécessaire de préciser les contours de la liberté de lier. A un point tel que la jurisprudence a marqué une hésitation (1) avant de valider les créations de liens, non préalablement autorisés par les auteurs (2).

1. L'hésitation jurisprudentielle initiale

440. L'Internet était initialement autorégulé[1474] par les pratiques des utilisateurs ainsi que par les chartes de bonnes conduites comme la *Nétiquette*[1475], comme toutes les règles dites de *soft law*[1476]. La Nétiquette[1477] repose sur la confiance mutuelle que se font les internautes y ayant

[1473] « *Hyperliens (ou liens hypertexte* » : Franck Macrez, Maître de conférences HDR au CEIPI, université de Strasbourg - Directeur du laboratoire de recherche du CEIPI (UR4375) JurisClasseur Communication, Fasc. 570, 1er Mai 2022

[1474] B. BENHAMOU, « *L'État a aujourd'hui des responsabilités particulières par rapport à Internet* », Le Figaro, 22 mai 2003.

[1475] « *Autorégulation générale : la nétiquette* », Lamy droit du numérique, 2013, 2245.

[1476] La soft law est une règle non obligatoire à valeur indicative. La soft law a été initialement traduite en français par « *droit mou* » puis par droit souple dans l'étude annuelle de 2013 du Conseil d'État. Voir C. VIGOUROUX, J. RICHARD, « *Du droit 'mou' au droit 'souple'* », AJDA 2013, p. 1825.

[1477] *Panoramas de presse à partir de liens hypertexte, droit, usages et recommandations pratiques*, E. Barthe Documentaliste Juridique. Article disponible sous le lien suivant : https://www.precisement.org/panor_presse/panor_eb.htm [consulté le 30 mai 2024]

adhéré, sa portée est cependant fortement limitée par son absence de légitimité formelle. Même si elle a fondé plusieurs décisions de justice[1478].

441. Il s'est notamment posé la question juridique de savoir si la Netiquette autorisait à établir des liens sans autorisation[1479]. Les juges français ont semblé répondre par l'affirmative, dès les premiers arrêts[1480] concernant les liens. La jurisprudence française postérieure a néanmoins laissé penser qu'elle allait se référer aux principes fondateurs de l'Internet en recourant à la Netiquette. Ainsi, le Tribunal de commerce de Paris a retenu dans un jugement en date du 26 décembre 2000[1481] que : « *le bon usage des possibilités offertes par le réseau Internet commanderait, pour le moins, de prévenir le propriétaire du site cible* ». L'on notera que le jugement ne fait que suggérer de solliciter l'autorisation préalablement à la création du lien. Elle écarte donc toute idée d'obligation juridique à la charge des créateurs de liens.

La solution du Tribunal de commerce n'a toutefois pas eu l'adhésion des Tribunaux de Grande Instance en charge des questions relevant du droit d'auteur, ni n'a été suivie ailleurs en Europe. En effet, dans l'arrêt Copiepresse c. Google[1482], le TI de Bruxelles a jugé que le moteur de recherche Google devait demander, aux titulaires de droits sur les articles de journaux, l'autorisation de lier[1483]. Décision ayant fait jurisprudence en Belgique où les juges imposent que la création d'un lien fasse l'objet d'une autorisation préalable de l'auteur de l'œuvre liée[1484].

[1478] La jurisprudence française a déjà fondé certaines décisions sur les principes élaborés par la Nétiquette : ainsi le Tribunal de Grande Instance de Rochefort-sur-Mer en 2001 et le Tribunal de Grande Instance de Paris en 2002, sur le fondement de la coupure de compte ; Poitiers, 11 mai 2004, RG n° 01/00808, JCP 2005. IV. 1859.

[1479] Certains auteurs considèrent que la Nétiquette autorise à établir des liens sans autorisation préalable. Voir notamment : E. BARTHE, « *Le lien hypertexte et la loi* », in le droit à l'information, Archimag, avril 2004, accessible à http://www.precisement.org/panor_presse/resume_archimag.htm.

[1480] TGI Saint Etienne, 6 décembre 1999, n°3561/1999 ; TGI Épinal, 22 novembre 2000, n°1981/2000.

[1481] T. com. Paris, référé, 26 décembre 2000, Havas et Cadre On Line c. Keljob, juriscom.net/

[1482] TI Bruxelles, 5 et 22 septembre 2006, Copiepresse c. Google, Inc., RLDI 2006/20, n°599.

[1483] Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne. Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

[1484] J. Jacob, L. Dumont, « *Google face aux éditeurs de presse belge* », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, novembre 2006, n°21, p. 16.

Cette obligation de l'autorisation préalable comporte cependant quelques dangers. Par exemple, cela pourrait pousser les auteurs à interdire tous lien entre un site qui critiquerait leurs travaux et leurs pages. Et ainsi limiter les liens crées aux liens trop consensuels, tant en France qu'au Koweït[1485]. Une telle obligation aurait également pour conséquence, d'octroyer un pouvoir de censure en faveur des auteurs. Les droits français comme koweitien ont pour cette raison, écarté le principe de l'obligation de l'autorisation préalable à la création d'un lien, au nom de la liberté d'expression[1486].

2. L'absence d'autorisation préalable de lier

442. Le créateur officiel de l'hyperlien, Tim Berner-Lee[1487], défendait lui-même la liberté d'établir des liens, sans autorisation préalable[1488]. Il concevait en effet l'Internet comme un réseau où il devait être libre de lier des pages d'autrui sans entraves[1489]. La doctrine s'est rangée à cet idéal au motif : « *qu'il faut considérer que le simple fait de rendre disponible un contenu sur un site Web et de participer ainsi à cet immense forum qu'est l'Internet, suppose que l'on accepte le principe que les autres s'y réfèrent. Il y a, en quelque sorte, à travers la participation au processus de communication en ligne, une autorisation tacite de se référer au contenu mis sur un site du réseau* »[1490].

443. Plus généralement il existe une forme d'autorisation implicite qui permet de considérer que dès lors que l'on met en ligne un contenu librement accessible, l'on est réputé avoir accordé

[1485] Hussam Al-Din Al-Ahwani, « *Protection des droits de propriété intellectuelle sur Internet* », Guide électronique du droit arabe., P. 8.
[1486] Essaim Ibrahim Khalil, « *Le système juridique pour la liberté de communication audiovisuelle* », thèse de doctorat, Université du Caire, 2004, p.100.
[1487] V. Tim Berners-Lee, « *Axioms of Web Architecture, Links and Laws - Myths* », accessible à: http://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html.
[1488] M. Le Borloch. « *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* ». Diss. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016, p.207.Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/
[1489] T. BERNERS-LEE, « *Weaving the Web* », Texere, p. 134.
[1490] L. A. Stangret, « *Les légalités du lien sur le World Wide Web* », dans Droit des communications, 1997, vol. 2, p. 204.

son autorisation implicite d'établir des liens. Ainsi que cela a d'ailleurs été validé par la jurisprudence d'abord française en 2000[1491], ensuite européenne en 2001[1492], par l'arrêt « *Svensson* »[1493]. Il faut préciser que cette jurisprudence visait spécifiquement le droit d'auteur, mais cette règle paraît pouvoir être appliquée également au droit des marques, comme le souligne le Professeur Macrez[1494]. En matière de panorama de presse en ligne, le principe est également la liberté de publier des liens, sous réserve cependant de respecter certains critères[1495].

Au Koweït, L'article 36 de la constitution du 11 novembre 1962 proclame l*a liberté d'opinion et de recherche scientifique*[1496]*. Ainsi d'*ailleurs que l'exposé des motifs de la loi n° 20 de 2014 régissant les transactions électroniques[1497].

En France, la loi n° 2004-574 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Économie Numérique, a établi dans son article 1er, le principe de la liberté de communication par voie électronique, sous la responsabilité cependant de l'auteur des liens[1498].

[1491] *« L'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site "web" […] »* - T. com. Paris, ord. réf., 26 déc. 2000 : JurisData n° 2000-174348 ; Legalis.net 2001, n° 2, p. 122, note J. Giusti)

[1492] « *L'article* 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001*, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site internet* » ; v. aussi CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Nils Svensson et a. : JurisData n° 2014-003261 et CJUE, 2ème Chambre, GS Media BV contre Sanoma Media Netherlands BV e.a, 8 septembre 2016, C-160/15

[1493] V. commentaire très éclairant sur cet arrêt ; *Quand la CJUE détermine l'accès des œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation du droit de communication au public*. Article consultable sous le lien suivant : https://vlbenabou.blog/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/ [consulté le 30 mai 2024]

[1494] « *Hyperliens (ou liens hypertexte* » : Franck Macrez, Maître de conférences HDR au CEIPI, université de Strasbourg - Directeur du laboratoire de recherche du CEIPI (UR4375) JurisClasseur Communication, Fasc. 570, 1er Mai 2022

[1495] *Panoramas de presse à partir de liens hypertexte, droit, usages et recommandations pratiques*, E. Barthe Documentaliste Juridique. Article disponible sous le lien suivant : https://www.precisement.org/panor_presse/panor_eb.htm [consulté le 30 mai 2024]

[1496] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* » p. 14

[1497] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* » p. 14

[1498] *Quelle responsabilité pour l'auteur d'un lien hypertexte ?* Aurélien Bamdé, Docteur en droit privé, 11 août 2016, article consultable sous le lien : https://aurelienbamde.com/2016/08/11/la-responsabilite-de-lauteur-dun-lien-hypertexte/ [consulté le 30 mai 2024]

444. De son côté, la jurisprudence a explicitement retenu cette solution dans un jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre, le 25 mars 2010[1499] en ayant jugé que « *l'existence d'un lien, à titre informatif, [n'est pas] soumis à une autorisation préalable* » lorsque le lien n'implique pas le droit d'auteur. La liberté de créer des liens à visée informative était déjà constitutionnellement protégée[1500], par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

La mise en œuvre jurisprudentielle de cette approche est cependant particulièrement rare, car exige la présence de deux critères cumulatifs (visée informative du lien et liaison entre deux sites informatifs). Traditionnellement, le droit français avait toujours été réticent à admettre le principe de l'absence d'autorisation préalable à la création de liens[1501]. Jusqu'à ce que la Cour de Justice de l'Union Européenne se saisisse cette question, et développe, à l'occasion de l'arrêt « *Svensson* », une jurisprudence qui a écarté l'obligation de l'autorisation préalable[1502].

Le raisonnement adopté par la Cour et la solution en découlant, sont désormais en vigueur au sein de l'Union Européenne. A l'exemple de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris[1503] qui a repris le raisonnement de la CJUE, qui l'avait déjà élaboré à l'occasion de l'arrêt GS Media[1504].

[1499] TGI Nanterre, 1 e chambre, 25 mars 2010, Legalis.
[1500] Et rappelée en l'espèce dans l'article 1er de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, visé par la décision du TGI de Nanterre.
[1501] M. Le Borloch. « *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* ». Diss. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016, p.207.Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/
[1502] V. *infra*, notre analyse de *la nature juridique complexe des liens hypertextes* (pages 39 à 48)
[1503] CA Paris, 1er ch., 2 févr. 2016, n° 14/20444. Sur cet arrêt, v. S. Dormont, « L*a mise en cuvre de la jurisprudence européenne sur le lien hypertexte par la Cour d'appel de Paris* », Dalloz IP/IT, 2016, p. 196 et s.
[1504] CJUE, 8 sept. 2016, aff C-160/15, GS Medla BV c Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. Britt Geertruida Dekker; Comm, com. électr., oct 2016, comm. 78, obs. Ch Caron; Dalloz IP/IT, 2016, p. 543 et s., note P. Sirinelli, JCP G, 14 nov. 2016, 1222, note L. Marino V. aussi V.-L. Benabou, «GS MEDIAaaaargh1», http://vibenabou.wordpress.com , 15 oct. 2016.

C. Mise en œuvre pratique de l'établissement d'hyperliens

Le droit d'auteur constitue un des moyens de réservation des créations intellectuelles. Or, quel que soit leur nature (1), ces liens permettent aux internautes de visualiser des œuvres. Sauf dans les cas où le lien mène vers une reproduction licite (2).

1. L'indifférence de la nature du lien

445. Il existe différents types de liens[1505]. Les « *liens simples* » qui mènent vers la page d'accueil d'un site Internet. Les « *liens profonds* » mènent en revanche vers l'une des pages internes du site. Les « *liens cadres »* – ou *liens de transclusion* – permettent de visualiser une œuvre se trouvant sur le site lié, depuis le site où se trouve l'ancre du lien. En recourant à ce type de lien, l'internaute n'a pas l'impression que le contenu qu'il regarde se trouve sur un autre site[1506]. Cette méthode est utilisée notamment par la fonctionnalité Google Vidéo. Enfin, les « *liens inline* » envoient l'internaute directement vers le site cible sans intervention de l'internaute.

Les deux premiers se contentent de mener l'internaute vers un contenu alors que les troisième et quatrième type peuvent laisser penser à l'internaute non averti que les contenus se trouvent sur le site source. Toute cette variété d'hyperliens constitue la structure du Web et facilite l'accès aux œuvres.

446. Les auteurs français[1507] s'étaient initialement interrogés sur la nécessité de distinguer les différents types de liens. Il y'aurait par exemple d'un côté des liens de surface (*liens simples*)

[1505] E. AREZZO, « H*yperliens et mise à disposition du droit dans l'Union européenne : quel avenir pour Internet après Svensson ?* », 45 INT'L REV. INTELL. SOUTENIR. & CONCOURS L. 524, 2015, 526. V. aussi M. Le Borloch. « *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* ». Diss. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016, p.207.Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

[1506] Bahaa Shaheen, *« l'internet Web* », révisé par Magdy Muhammad Abu Al-Atta, 2e édition 1996., P.10.

[1507] A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, « *Traité de la propriété littéraire et artistique* », Lexisnexis, 2012, p. 292, 309 ; Commission du droit d'auteur du Canada, « Tarif 22 », 2 octobre 1999, p. 48.

menant vers la page d'accueil d'un site et qui seraient légaux. De l'autre, tous les autres types de liens qui seraient par principe illicites. Les liens de surface étant vus comme seuls conformes à la loi[1508].

Dans un premier temps, c'est cette règle tacite[1509] qui a été retenue, avant d'être nuancée[1510]. D'abord par le Forum des Droits sur l'Internet, émanation de la doctrine française. Ce mouvement a recommandé l'adoption d'un critère objectif qui consistait à déplacer le curseur du critère de légalité, des *liens de surface*[1511], vers le respect de la stricte fonctionnalité technique du référencement.

Mais critère, rapidement écarté par la jurisprudence française au profit de la distinction rappelée plus haut[1512], en ayant jugé que : « *s'il est admis que l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site Web, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les liens dits profonds et qui renvoient directement aux pages secondaires d'un site cible, sans passer par la page d'accueil* ». Jurisprudence déjà appliquée au plan européen[1513].

447. Le TGI de Nanterre[1514], puis le TGI de Nancy[1515], ont entériné cette jurisprudence de l'illicéité de principe des liens profonds ou liens cadres. Cette évolution a ainsi mis fin à la distinction en droit français entre les différents types de liens. La Cour de cassation[1516] a à son tour, confirmé cette solution en jugeant que la fonction active des liens cadres, en permettant via un moteur de recherche de s'accaparer une œuvre originale, constituait une contrefaçon,

---

[1508] Sur ce sujet V. LOBET, Jean-Luc, FORTIN, Hélène, et DARBON, Nathalie, « *Les liens hypertextes et le droit* ». DCB, Mémoire de recherche, Lyon, Enssib, 2003.
[1509] V. aussi M. Le Borloch, *Ibid*.
[1510] Farouk Luqman, « *Obligations du fournisseur de services dans le système saoudien de commerce électronique* », Journal of the International College of Law, huitième année n° 3, septembre 2020., P. 356.
[1511] Le Forum des droits sur l'internet, Hyperliens : statut juridique, 3 mars 2003, p. 24, 3.1.
[1512] Tribunal de commerce de Paris, Ordonnance de référé, 26 décembre 2000, legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=81
[1513] AAP Madrid, Secc. 2ª, 11.9.2008 (ARP 2008\498; MP: Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia).
[1514] TGI Nanterre, 1re ch., 25 mars 2010, RLDI 2010/60.
[1515] TGI Nancy, pôle civil, section 1, 6 décembre 2010, legalis.
[1516] Cass. civ. 1, 12 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-13666, 11-15165, 11-15188, 11-13669.

puisque ce faisant, elle dépassait la stricte fonctionnalité du référencement. La fonction active permettait à la société défenderesse de visionner l'œuvre liée, sur son propre site. Le Cour reconnaît cependant que les liens cadres, peuvent ne pas donner accès à l'intégralité de l'œuvre d'autrui, dès lors que seuls des extraits sont accessibles. En droit français, le critère de l'illicéité de principe des liens profonds se double donc de celui de la stricte proportionnalité du référencement.

Cette solution française a été reprise par les juges d'autres États membres de l'Union Européenne comme les Pays-Bas[1517]. Et même la Cour de Justice de l'Union Européenne qui a retenu, dans l'arrêt Svensson ainsi que dans l'ordonnance Bestwater[1518].

448. La liberté de créer des liens se trouve au total, confortée par les solutions française et européenne, dès lors que tout lien est désormais licite à la condition de respecter le principe de proportionnalité. Les propriétaires de sites doivent par conséquent anticiper la création de liens vers leurs œuvres, dès qu'ils les mettent en ligne. Les internautes jouissent ainsi d'une autorisation implicite de lier indépendamment de la nature du lien.

De son côté, la doctrine arabe adhère à cette solution, en considérant que les liens qui ne réunissent pas ces conditions, ne pouvaient être vus comme illégaux par principe, mais qu'il devait tenu compte de leur fonctionnalité par de-là la possibilité de naviguer de site en site[1519].

[1517] CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12.
[1518] CJUE, 21 octobre 2014, C-348/13, Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch; L. BUBOIS, F. GAULLIER, « *L'ordonnance Bestwater International' de la CJUE: la meilleure eau n'étanche pas complètement la soif* », RLDI 3623, décembre 2014, p. 8.
[1519] Hussam Al-Din Al-Ahwani, « *Protection des droits de propriété intellectuelle sur Internet* », p. 10.

2. La légalité des liens vers des contenus légaux[1520]

449. En plus de la nature des liens que nous venons d'étudier, une partie de la doctrine française[1521] a proposé une distinction entre les liens menant vers des contenus légaux et ceux donnant accès à des contrefaçons. Ce qui a donné lieu à des divergences au plan de la jurisprudence. Le droit français a alors adopté la solution la plus protectrice pour les auteurs.

450. En matière de liens manuels, les juges français[1522] n'avaient encore jamais condamné la création d'un lien vers un contenu licite. La CJUE[1523] ayant pris acte de cette solution. Une utilisation licite des liens (c'est-à-dire autorisée par le titulaire du droit ou bénéficiant d'une exception) ne saurait donc être sanctionnée. A titre d'illustration, le simple fait de mener le public vers une œuvre licite ne met pas en cause la protection dont bénéficie l'auteur.

Ainsi, l'article premier paragraphe 17 de la loi koweïtienne sur le droit d'auteur définit la publication comme la : « *mise à disposition du public de copies de l'œuvre par tout moyen, avec le consentement du titulaire du droit d'auteur* ». Tandis que l'article 31 de la même loi stipule que : « *L'utilisation légitime comprendra notamment :1. copier l'œuvre originale pour le seul usage personnel de la personne qui fait la copie, de quelque manière que ce soit, à condition que l'œuvre ait été licitement publiée et que l'original ait été licitement acquis par la personne concernée* ».

451. Le législateur européen n'ayant pas pris position sur le régime applicable aux créateurs automatiques de liens[1524], la CJUE[1525] a étendu ce régime aux hébergeurs et aux créateurs

[1520] M. Le Borloch. *Ibid*.
[1521] « *Lien vers des sites contenant de la contrefaçon* », RLDI, mai 2001, 521-56.
[1522] TGI Nancy, Pôle civil, section 1, 6 décembre 2010, Legalis.
[1523] CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB.
[1524] M. Le Borloch. « *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* ». Diss. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016, p.207.Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/
[1525] CJCE, 23 mars 2010, C-236/08 et C-238/08, Google c. Louis Vuitton, 111.

automatiques de liens. Il en résulte que les hébergeurs de sites peuvent stocker des contenus licites, tandis que les créateurs automatiques de liens peuvent référencer les contenus licites.

452. La jurisprudence européenne a ainsi choisi de ne pas sanctionner les liens menant vers des contenus licites. Cette solution peut surprendre étant donné qu'il existe des différences techniques importantes entre un hébergeur et un créateur automatique de liens[1526].

453. L'autorisation d'établir des liens vers des contenus licites est fondée sur des logiques différentes selon que le lien soit manuel ou automatique. Pour les liens manuels, le droit est fondé sur l'idée que les hyperliens ne violent pas le droit d'auteur, et que les internautes jouissent d'un droit d'utilisation des œuvres échappant au monopole de l'auteur à l'instar du droit de revente[1527]. La liberté d'établir des liens vers des contenus licites pour les créateurs automatiques, vient en revanche de la volonté du législateur d'encourager le développement des intermédiaires techniques de l'Internet.

454. En définitive, la liberté de créer des liens est intrinsèquement licite, en plus d'être fondée sur la nécessité d'encourager le développement des créations automatiques de liens. Ces solutions doivent être approuvées car elles ne remettent pas en cause le monopole des auteurs.

Il n'en va pas de même pour les liens menant vers des contenus illicites qui exigent des limites à la liberté de principe de créer des liens.

D. Les exceptions au principe, à peine de contrefaçon

455. La nécessité d'un tempérament à la liberté d'établissement de liens, limitée par l'abus de droit, a été rappelée par les juges dès les premières décisions judiciaires concernant les hyperliens[1528]. Ainsi le TGI de Paris a dans une ordonnance de référé en date du 12 mai

[1526] M. Le Borloch. *Ibid*.
[1527] France. En dehors des hypothèses visées à l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle.
[1528] *Quelle responsabilité pour l'auteur d'un lien hypertexte ?* Aurélien Bamdé, Docteur en droit privé, 11 août 2016, article consultable sous le lien : https://aurelienbamde.com/2016/08/11/la-responsabilite-de-lauteur-dun-lien-hypertexte/ [consulté le 30 mai 2024]

2003[1529], jugé que : « *la liberté d'établir un lien, sauf à répondre des abus résultant de son utilisation, apparaît inhérente au principe de fonctionnement de l'internet* ». Il est utile de rappeler que la notion d'abus de droit elle-même, a été définie par une très ancienne décision de justice datant du siècle dernier (1953) comme le fait de : « *détourner la finalité du droit dans le dessein de nuire à autrui »*[1530]. La nature de l'abus est plus généralement assimilée à toute atteinte à la législation en vigueur ; ainsi selon une ordonnance de référé du tribunal de commerce de Paris[1531] : « *si la pratique de liens hypertextes peut favoriser le développement du réseau internet, c'est à la condition sine qua non du respect incontournable des lois et règlements qui régissent le droit de la propriété intellectuelle* ».

Certains auteurs considèrent, à juste raison, que tout ne saurait être autorisé sur l'Internet[1532]. Approche validée par la jurisprudence[1533]. Il conviendra à cet égard de distinguer deux types de responsabilité : celle liée à la création manuelle de liens (1) et celle liée à leur création automatique (2).

1. La création manuelle de liens[1534]

456. L'établissement d'un lien vers un contenu illicite a pour effet corollaire de démultiplier la diffusion de copies illicites. L'œuvre originale, perd par ailleurs tout son intérêt car une copie est de nos jours, quasi-impossible à distinguer de l'œuvre originale, grâce au numérique.

[1529] TGI Paris, ord. réf., 12 mai 2003 : D. 2004, p. 1638, obs. L. Marino
[1530] Cass. 2e civ., 26 Nov. 1953: JCP G 1953, II, 7897
[1531] T. com. Paris, ord. réf., 26 déc. 2000 : JurisData n° 2000-174348 ; Legalis.net 2001, n° 2, p. 122, note J. Giusti.
[1532] Maureen A. O'Rourke, « *Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World* », 82 Minn. L. Rev. 609, 1998), 660.
[1533] T. com. Paris, référé, 26 décembre 2000, Havas et Cadre On Line c. Keljob, Juriscom.
[1534] M. Le Borloch. « *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* ». Diss. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016,Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

457. La doctrine[1535] s'est donc interrogée sur le régime de légalité des liens selon le critère de l'incitation à la création. Il a ainsi été suggéré que les juges établissent un équilibre entre l'incitation et l'interdiction afin d'enrichir culturellement le public. Démarche adoptée par la jurisprudence européenne[1536]. Il y a donc lieu d'établir un équilibre entre d'une part, l'intérêt des internautes, résidant dans la délimitation du caractère illégal des liens, en vue de ne pas décourager l'incitation à la création de liens[1537]. Et d'autre part, le respect des droits des auteurs afin de stimuler la création.

La jurisprudence a divergé sur la question de l'interdiction de lier vers des contenus illicites (a). Tandis que concernant la sanction applicable, c'est le principe de la responsabilité personnelle des créateurs de liens qui a été retenu (b).

a) Les liaisons interdites à peine de contrefaçon[1538]

L'établissement d'un lien entre deux sites peut être prohibé s'il porte atteinte au monopole des ayants droit. Ce sont l'ensemble des limites à la licéité du lien.

Le monopole des auteurs est traditionnellement protégé (1). Les législateurs ont assorti à cette protection juridique, une protection technique visant à assurer de facto le maintien du monopole de l'auteur (2).

[1535] M. Le Borloch.*ibid*, p.219.
[1536] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker.
[1537] STACEY L. DOGAN, « *Infringement once removed: the perils of hyperlinking to infringing content* », Iowa Law Review, Mars 2002, 87 Iowa L. Rev. 829.
[1538] M. Le Borloch. « *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain* ». Diss. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016,Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

1- L'illicéité de principe d'un lien vers un contenu illicite

458. En matière de liens manuels, les juges français[1539] ont d'abord interdit la création de liens vers des contrefaçons, introduisant un principe général[1540] d'interdiction de lier des contenus illicites, mais que la jurisprudence européenne a tempéré[1541].

459. Les juges français[1542] ont en effet été les premiers à être saisis de la question en 1999, jugeant que l'établissement de liens vers des contrefaçons est par principe illicite et même, dans certains cas, constitutifs d'actes de complicité[1543].

Cependant, afin de protéger la liberté de lier, la jurisprudence française a strictement limité cette interdiction à la page contenant des contrefaçons. Les juges[1544] considèrent le lien comme illicite à condition qu'il affiche directement la copie illicite. Cette solution française a été largement reprise en Europe même si des différences d'approche subsistent[1545]. Il y a lieu de considérer qu'un lien menant vers une contrefaçon, et qui la communique à un public nouveau, constitue nécessairement une contrefaçon. Il en sera ainsi notamment lorsque le lien permet de contourner les mesures techniques d'un site.

460. En droit koweitien, l'article 1 de la loi sur le droit d'auteur définit la publication comme la : « *mise à disposition du public de copies de l'œuvre par tout moyen, avec le consentement du titulaire du droit d'auteur* ». L'article 9 précise que : « *L'auteur, son successeur et légataire*

[1539] TGI Saint Etienne, 6 décembre 1999, n°3561/1999 ; TGI Épinal, 22 novembre 2000, n°1981/2000.
[1540] TGI 12 mai 2003, 4 janvier 2002 : Gaz. Pal. 12 octobre 2004, n°286, p. 32 ; TGI Nanterre, 1 re ch., 6 sept. 2012.
[1541] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker.
[1542] TGI Saint Étienne, 6 décembre 1999, n°3561/1999 ; TGI Epinal, 24 octobre 2000, MP et SCPP c. Conraud, Com. comm. élec., décembre 2000, Comm. n°125, note C. CARON.
[1543] CA Aix en Provence, 10 mars 2004, Jurisdata 2004-240851 ; Cass. crim. 18 juin 2013 n° de pourvoi : 12-84571 ; J. LARRIEU, « *L'hyperlien complice* », Expertises 2002, p. 141.
[1544] TGI Paris, 31e ch. corr., 2 avril 2015, SACEM, SEVN, APP et autres c. D.M., legalis.
[1545] Tribunal régional de Munich, I, 7 March 2005, 21 O 3220/05, confirmé par la Cour d'appel de, 28 juillet 2005, ZUM 2005/12, p. 896. : la création d'un hyperlien menant vers une page contenant des logiciels permettant le contournement de mesures techniques a été considéré comme un acte d'importation illégal ; Case Nos. VL B-1943-99 and L B-2089-99 (Western High Court, Denmark 2001); Belgique: IFPI v Beckers.

jouissent du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute utilisation ou exploitation de son œuvre de quelque manière que ce soit selon les modalités suivantes[1546].

2- Le contournement illicite de mesures techniques par les liens

461. Les mesures techniques de protection sont le résultat du constat que le droit ne peut à lui seul, garantir une protection efficace des auteurs. Il est donc apparu pertinent[1547], qu'un triple niveau de protection soit assuré. Tout d'abord, le droit doit poser une interdiction. Ensuite, une mesure technique vient empêcher l'utilisation contraire à la volonté de l'auteur. Enfin, le droit interdit le contournement des mesures techniques[1548].

462. Ainsi, l'article 11 du traité de l'OMPI interdit le contournement des mesures techniques efficaces. Or, les liens peuvent contourner les mesures techniques efficaces s'ils sont dotés des éléments techniques nécessaires. Dès lors, la création d'un lien contournant les mesures techniques d'une page en comportant, sera vue comme illégale par la stricte application de l'article 11 du traité de l'OMPI, dès lors qu'elle contient des œuvres protégées.

463. La CJUE s'est conformée à la *ratio legis* de l'article 11 du traité OMPI en retenant explicitement dans l'arrêt Svensson[1549], que les hyperliens peuvent contourner les mesures techniques efficaces[1550], et ce faisant, communiquer l'œuvre à un public non visé initialement, et qui sera par conséquent vu comme nouveau[1551]. Le second critère de la représentation, à savoir le public nouveau, peut ainsi être opposé dès lors qu'un lien contourne une mesure technique efficace. L'arrêt Svensson rejoint ainsi une position largement partagée par la

---

[1546] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* » p. 15
[1547] Idée matérialisée à l'article 11 du traité OMPI sur le droit d'auteur de 1996.
[1548] P. SIRINELLI, Rapport général, ALAI, 2001, p. 2-3.
[1549] CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB.
[1550] M. Le Borloch. « *La liberté d'établir un lien face au droit d'auteur »*, 05 avril 2019, article consultable sous le lien : https://avocat-lbv.com/liberte-detablir-un-lien-face-au-droit-dauteur/ [consulté le 30 mai 2024]
[1551] Que « *dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de sorte que l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public* ».

doctrine qui considérait que l'établissement du lien est libre, aussi longtemps que l'auteur n'a pas eu recours à des systèmes de limitation de l'accès à ses œuvres[1552].

464. Les juges koweitiens n'ont cependant pas encore eu l'occasion d'appliquer ces textes, contrairement aux juges européens. L'article premier du paragraphe 27 de la loi sur le droit d'auteur, définit les mesures de protection technologique comme : « *toute technologie, instrument ou composant qui, dans l'exercice de sa fonction normale, est d'empêcher ou de restreindre l'exécution d'actes non autorisés par le titulaire du droit en ce qui concerne les œuvres ou les sujets de droits voisins* ». Tandis que les articles 43 et 44 précisent les infractions et les peines applicables[1553].

Compte tenu de toutes ces interdictions, les créateurs manuels de liens sont par conséquent tenus de contrôler le contenu de la page liée (b).

b) L'obligation de contrôle

465. En application des droits français et européen, cette obligation de contrôle pèse sur les créateurs de lien. Obligation fondée sur le principe de la responsabilité personnelle des créateurs de liens.

La jurisprudence française considère traditionnellement que les utilisateurs ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité que s'ils ne pouvaient suspecter l'erreur de fait[1554] ou de droit[1555].

466. De son côté, la CJUE[1556] a pris la mesure de cette obligation dans l'arrêt GS Media BV c. Sanoma[1557] . Les juges européens soulignant la nécessité d'établir un équilibre entre d'une

[1552] V.VARET, « *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes* », Légipresse n°196, novembre 2002, p. 139.
[1553] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* » p. 16-17.
[1554] CA Paris, 9e ch., 9 mars 1964 : RIDA 1965, n°45, p. 199, note C.J. ; CA Paris, 13e ch. B, 29 avril 2004 : Jurisdata n°2004-247019.
[1555] CA Paris, 13e ch. A, 14 février 2001 : Jurisdata n°2001-143716.
[1556] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker.
[1557] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, ibidem.

part : « *l'intérêt des titulaires des droits d'auteur* », et de l'autre : la « *protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information* »[1558]. L'arrêt GS Media BV c. Sanoma a ainsi redéfini l'équilibre entre les intérêts des ayants droit et celui des internautes, en se fondant sur la connaissance du caractère contrefaisant de la copie liée[1559]. Les créateurs de liens agissant à but non lucratif sont supposés ne pas avoir eu connaissance du caractère contrefaisant de la copie liée[1560]. Néanmoins, si l'internaute agissant à but non lucratif : « *savait ou devait savoir* » que le lien mène vers une contrefaçon, il enfreindrait les dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE[1561].

467. La présomption fonctionne en sens inverse pour les créateurs de liens agissant à but lucratif. Il leur est en effet fait obligation d'effectuer les « *vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent […] les liens hypertexte* »[1562]. A défaut, il existera une présomption « *que le placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur internet par le titulaire du droit d'auteur* »[1563].

468. La CJUE distingue entre les liens à but non lucratif, hypothèses dans lesquelles le droit ne sera pas appliqué[1564], et les liens à but lucratif s'excluant d'eux-mêmes des idéaux de l'Internet et auxquelles il sera légitime et cohérent d'appliquer le droit dans toute sa rigueur.

Nous étudierons donc tour à tour, les principes de l'absence de surveillance du site (1), et l'absence de responsabilité pour autrui (2)

[1558] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, ibidem., 31.
[1559] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, ibidem., 48.
[1560] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, ibidem., 47.
[1561] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, ibidem., 49.
[1562] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, ibidem., 51.
[1563] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, ibidem., 51.
[1564] Sauf si le créateur de lien avait connaissance du caractère illicite de la copie

1- L'absence de contrôle à la suite de la création du lien

469. La jurisprudence française n'a jamais retenu d'obligation de surveillance du contenu lié, à la charge du créateur manuel de liens. En dehors de l'obligation de contrôle au moment de la création du lien. En effet, l'obligation de surveillance ne peut logiquement être imposée qu'à une personne ou une chose sur laquelle un agent a la garde. Or, même si les jurisprudences française[1565] et koweitienne ont une approche extensive de la notion de garde, le créateur de lien n'est pas le gardien de la page liée, n'ayant aucun contrôle sur elle[1566]. Un créateur de lien ne peut en conséquence, voir engagée sa responsabilité pour un acte commis par autrui[1567].

470. Cette solution a été confortée par un rapport européen de 2007[1568], qui retient que les créateurs manuels de liens ne peuvent voir engagée leur responsabilité pour les changements intervenus sur la page liée à la suite de la création du lien, tant qu'ils n'en sont pas informés. Le rapport précise toutefois que dans les cas où la procédure de *notice and takedown* est initiée, les créateurs de liens sont réputés avoir eu connaissance des modifications, et peuvent donc dans ce cas voir engagée leur responsabilité.

Le critère utilisé est le même que celui retenu par les juges européens pour les créateurs automatiques de liens[1569]. En effet, ceux-ci n'engagent leur responsabilité que pour les liens menant vers des contrefaçons, et à condition qu'ils aient eu connaissance du caractère illicite dudit contenu.

[1565] Cass. civ. 2e, 4 février 2016, n°14-29839.
[1566] Ibrahim Al-Desouki Abu AlLail, « *Aspects juridiques des transactions électroniques* », Conseil de l'édition scientifique, Université du Koweït, 2006., P. 12.
[1567] Farouk Luqman, *« Obligations du fournisseur de services dans le système saoudien de commerce électronique* », p. 358.
[1568] G. SPINDLER, T. VERBIEST, « *Study on the Liability of Internet Intermediaries* », 12 novembre 2007, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/ecommerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf.
[1569] G. SPINDLER, T. VERBIEST, « *Study on the Liability of Internet Intermediaries* », Ibid., p. 19.

2- L'absence de responsabilité pour autrui[1570]

471. La question qui se pose ici est de savoir si un créateur de lien engage sa responsabilité par contamination, si un autre lien se trouvant sur la page cible mène vers un contenu illicite. Étant donné que les sites ne sont jamais très distants les uns des autres, cela imposerait une obligation de contrôle particulièrement lourde. C'est pourquoi l'Association Littéraire et Artistique Internationale[1571] a suggéré que la création d'un lien vers un site proposant des liens vers d'autres sites, n'engage pas la responsabilité du créateur du premier lien. Cette suggestion n'a aucune valeur obligatoire mais propose une synthèse de la réflexion d'experts internationaux du droit d'auteur, relevant qui plus est, de traditions juridiques différentes. La doctrine française avait adopté la même solution en suggérant que la responsabilité du premier site renvoyant vers un second site menant lui-même vers un troisième site ne puisse être engagée du fait du second lien[1572].

2. La création automatique de liens[1573]

En ce qui concerne les liens automatiques vers des contenus illicites, il existe une différence d'approche entre les droits français et koweitien.

472. Le droit français a choisi de les interdire tout en faisant bénéficier les prestataires techniques d'un régime de responsabilité atténué, leur permettant de n'engager leur responsabilité que s'ils ne réagissent pas promptement, dès lors qu'ils ont connaissance de la présence d'un contenu illicite sur une page liée[1574].

[1570] Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, *La diffusion transfrontalière des œuvres adaptées en formats accessibles aux personnes empêchées de lire : obstacles et solutions envisageables*, novembre 2013

[1571] ALAI, « *Rapport et avis relatif à la mise à disposition du public et à la communication au public dans l'environnement internet – avec l'accent sur les mesures techniques s'établissement de liens sur internet* », 16 septembre 2013, p. 1.

[1572] V. Spacensky-Riff, « *Promotion d'un site Web et risques encourus - Quelle responsabilité pour les outils de recherche et les créateurs de liens hypertexte ?* », Légipresse, avril 1998, n° 150, p. 37.

[1573] Mikaël Le Borloch, *L'application du droit d'auteur aux hyperliens, analyse de droit français et de droit américain*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016 ; Université Panthéon Sorbonne. Voir aussi site internet de l'auteur par ailleurs avocat, il y a publié sa thèse in extenso au format texte : https://avocat-lbv.com/cours/these-lapplication-du-droit-dauteur-aux-hyperliens-analyse-de-droit-francais-et-de-droit-americain/

[1574] M. Le Borloch. *Ibid*, p.238.

Les législateurs ont cependant pris en compte les spécificités des créateurs automatiques de liens, en ce sens qu'ils ont recours à des machines sans contrôle humain direct. De ce point de vue, il est apparu qu'on ne pouvait leur appliquer le même régime juridique que pour des liens créés par des humains. Pour autant, il n'est pas remis en cause le principe de l'interdiction de lier vers des contenus illicites, s'agissant ici simplement d'une adaptation aux spécificités des intermédiaires techniques[1575].

La directive européenne[1576] n'a pas abordé le régime juridique applicable aux moteurs de recherche. L'Union Européenne disposait pourtant d'une solution dont elle pouvait s'inspirer. De fait, les juges de Luxembourg ont été saisis afin de déterminer le régime juridique applicable aux moteurs de recherche. Ainsi dans l'arrêt du 23 mars 2010, la CJUE[1577] juge que les moteurs de recherche devaient bénéficier du régime de responsabilité limité applicable aux hébergeurs[1578]. Ce régime de responsabilité allégée ne signifie cependant pas que l'établissement de liens vers des contenus illicites, par les prestataires techniques devient légal, mais que les moteurs de recherche n'engagent pas automatiquement leur responsabilité, par la seule création de liens vers des contenus illégaux. La jurisprudence française adopte cette solution en retenant que n'est illicite que la page présentant un contenu illégal.

473. Le régime de responsabilité des prestataires techniques est ainsi largement fondé sur la notion de bonne foi. Leur responsabilité n'est en effet pas engagée automatiquement du fait que que les logiciels utilisés ne sont pas en mesure d'alerter les propriétaires sur la présence de contenus contrefaisants. En conséquence, les créateurs automatiques de liens s'exonèrent de leur responsabilité, dès lors qu'ayant connaissance de l'illégalité du contenu lié, ils agissent promptement pour déréférencer la page.

[1575] Ahmed Qasim Farah, « *recherche et étude analytique comparative intitulée Le système juridique des fournisseurs de services Internet* », mai 2023, publiée en ligne. https://www.mohamah.net/law/
[1576] Directive 2000/31/CE.
[1577] CJCE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, C-237/08 et C-238/08.
[1578] CJCE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, C-237/08 et C-238/08, 120.

474. En droit européen, les régimes de responsabilité des créateurs de liens sont indissociables de la connaissance d'une contrefaçon sur la page liée. Les créateurs automatiques de liens bénéficient d'une présomption d'ignorance de la présence d'un contenu illicite sur la page cible. Régime calqué sur celui appliqué les internautes créant des liens sans but lucratif, en vigueur au sein de l'Union Européenne.

Le législateur koweïtien n'a pas, à ce jour, promulgué de loi propre au commerce numérique, ni aux droits d'auteur numériques. Il convient toutefois de noter que l'objectif de la loi koweïtienne sur le droit d'auteur, ainsi que cela apparaît dans l'exposé des motifs, était d'appliquer cette loi aux œuvres numériques sur Internet dans leur globalité, sous la responsabilité des fournisseurs d'accès Internet ou des intermédiaires techniques. Ainsi que le précise l'article 9 de la loi koweitienne sur le droit d'auteur[1579]. Le législateur koweïtien ne fait donc pas de différence entre la responsabilité des créateurs de liens automatiques, et celle des créateurs de liens manuels.

La sanction de la contrefaçon rarement accordée du fait d'une jurisprudence réticente a conduit les titulaires de droits, à se tourner vers les actions en responsabilité civile (concurrence déloyale ou parasitisme).

§2-l'action en responsabilité civile comme substitut à l'action en contrefaçon

475. Cette question étant relativement nouvelle au Koweït, les tribunaux koweïtiens n'ont pas eu l'occasion d'examiner et d'aborder certaines questions. C'est pourquoi nous nous focaliserons sur les décisions tirées de la jurisprudence française, ainsi que sur les arrêts rendus par la Cour de justice européenne. Nous citerons tout de même quelques références tirées du droit koweïtien et relatives aux questions étudiées et aux décisions des tribunaux koweïtiens que nous avons pu collecter.

[1579] Voir notre « *Recueil des lois et jurisprudence citées* », p. 17

Le caractère complexe de la nature juridique des liens hypertextes, qui a durci les conditions jurisprudentielles de l'action en contrefaçon (A), a naturellement conduit les titulaires de droits à délaisser l'action en contrefaçon, au profit des actions en responsabilité (B)

A. La nature juridique complexe des liens hypertextes

476. Il existe un triple critère pour accueillir l'action en contrefaçon : il faut qu'il y'ait eu communication[1580] à un public nouveau (1), il faut en second lieu que la communication ait été faite sans autorisation de l'ayant-droit (2), alors qu'elle était requise (c'est-à-dire si le public est réputé être nouveau). Et enfin, la communication illicite de l'œuvre protégée doit avoir été effectuée de mauvaise foi (3).

1. Communication à un *public nouveau*

477. Dès lors que la communication des œuvres protégées est adressée à un *public nouveau*[1581], elle nécessite l'accord des ayants droit.

[1580] V. commentaire très éclairant sur cet arrêt ; *Quand la CJUE détermine l'accès des œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation du droit de communication au public*. Article consultable sous le lien suivant : https://vlbenabou.blog/2014/02/15/larret-svensson-liens-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/ [consulté le 30 mai 2024]

[1581] Myriam Berard,*Du bon usage des liens hypertexte au regard du droit d'auteur*, 7 juillet 2015 modifié le 24 juin 2022, article consultable sous le lien : https://www.village-justice.com/articles/bon-usage-des-liens-hypertexte,20049.html [consulté le 30 mai 2024]

L'arrêt « *Svensson* » a été rendu le 13 février 2014[1582], à la suite de saisine de la CJUE par les juridictions suédoises[1583]. Il s'agissait pour la Cour de Luxembourg, de trancher la question de savoir si l'acte de communication au public, tel que visé par l'article 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29[1584], était constitué par la fourniture, sur un site Internet, de liens cliquables[1585] vers des œuvres protégées par le droit d'auteur, disponibles sur un autre site Internet.

Elle a construit son raisonnement en deux temps. Dans le premier, les juges reconnaissent que les liens communiquent les œuvres aux internautes[1586], en précisant que l'acte de communication doit être entendu de façon large[1587], afin de garantir un niveau élevé de protection des titulaires de droit d'auteur. Ainsi dans l'arrêt SGAE[1588], la CJUE se fondant sur les articles 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29, ainsi que sur l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, avait retenu, qu'il suffit que : « *l'œuvre soit mise à disposition du public*

[1582] CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson c/ Retriever Sverige AB ; PI, juill. 2014, n° 52, p. 234-241, obs. S. Dormont ; RTD com., 2014, p. 600 et s., obs. F. Pollaud-Dulian; PI, avril 2014, n° 51, p. 165-168, obs. A. Lucas; D. 2014, p. 2078 et s., obs. P Sirinelli et p. 2317 et s., obs. J Larrieu; Comm. com. électr., avril 2014, n° 4, comm. 34, obs. Ch. Caron; RIDA, avril 2014, p. 275 et s., obs. P. Sirinelli; Gaz Pal, 17 juill 2014, n° 198, p. 17, chron. L. Marino ; LEPI, 2014, n° 4, p. 1, note A. Lucas-Schloetter ; RLDI, 2014, n° 102, p. 9 et s., note E. Derieux, n° 103, p. 9 et s., Légipresse, 2014, n° 316, p. 275, obs. V. Varet ; Europe, 2014, n° 4, comm. 179, obs. S. Roset. V. aussi L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux ceuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », http://vibenabou.wordpress.com , 15 févr. 2014 ; E. Treppoz, « *Le droit d'au teur européen asservi à la technique et libéré du droit international* », RTDE, 2014, p. 965-972 ; L. Dubois et F. Gaullier, « *Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson : quelles conséquences pratiques* ?», RLDI nov. 2014, n° 109, p. 57-63. De manière plus générale, v. A. Quaedvlieg, « *Le droit de communication au public dans la jurisprudence de la CJUE* », in Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du Professeur A. Lucas, PI, avril 2015, n° 55, p. 125-132 ; F. Siiriainen, « Retour sur la construction du "droit de communication au public" par la CJUE ou le droit d'auteur comme « *droit de clientèle* » », in Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, ., p. 143-148.

[1583] Les faits de l'espèce sont assez simples. Des journalistes ont écrit des articles de presse qui ont été publiés dans un journal papier mais aussi sur le site Internet de celui-ci. Ils reprochent à une société d'avoir créé sur son site interne des liens cliquables renvoyant vers des articles dont ils sont auteurs. Les journalistes assignent l'exploitant du site pour avoir exploité leurs articles sans autorisation. Le Tribunal de première instance suédois rejette cette demande. Un appel est formé par les requérants. La Cour d'appel décide de surseoir à statuer et de poser quatre questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. Les trois premières concernent la qualification du lien hypertexte au regard du droit d'auteur. La quatrième est relative à la marge de manœuvre des États membres quant à la définition du droit de communication.

[1584] Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*.

[1585] La Cour n'établit pas de distinction entre les liens simples et les liens profonds.

[1586] V.CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08.

[1587] CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB, 17.

[1588] 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, point 43.

de sorte que les personnes qui composent celui-ci puissent y avoir accès » pour qu'il y ait communication au public. Cette solution a été confirmée par l'arrêt Sichting Brein c. Jack Frederik Wullems[1589] qui a retenu que la technique n'avait pas d'importance et que seule comptait l'acte de communication d'une œuvre protégée au public[1590]. Cette solution dégagée par les juges européens[1591] fut approuvée par la doctrine française.

Dans un second temps cependant, les juges européens ont écarté toute communication au public dès lors que le *public* visé n'était pas *nouveau*[1592].

478. Les juges européens opéraient ainsi une distinction fondée sur le type de public[1593]. La création d'un lien ne nécessitera aucune autorisation préalable[1594] sauf si le public visé est *nouveau*[1595]. La CJUE[1596] avait déjà défini la notion de public nouveau comme celui qui « *n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées dans le cadre d'une autorisation donnée à une autre personne* ». Il en résulte que lorsque deux opérateurs ont recours à un même moyen technique, le second ne sera réputé avoir violé le droit d'auteur que s'il vise un *public nouveau*[1597]. L'exigence de public nouveau ne s'effacera que lorsque le medium utilisé n'est plus le même, en application de l'arrêt Svensson. L'arrêt Del Corso[1598],

---

[1589] CJUE, n° C-527/15, Arrêt de la Cour, Stichting Brein contre Jack Frederik Wullems, 26 avril 2017.
[1590] Le public a été défini comme un ensemble composé d'un nombre indéterminé de personnes, (selon la conception adoptée par l'ancien guide de la Convention de Berne publié en 1978, en son article 11.4) dès lors qu'il dépasse le seuil de minimal. Ce qui ne veut rien dire dans l'absolu, les contours de la notion restent donc flous du fait d'un critère toujours « *imprévisible, et réducteur* ».
[1591] CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15, GS MEDIA BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker.
[1592] Union Européenne : considérant n°23 et article 4 de la directive 2001/29/CE ; *Svenson*, 21, se fondant sur SGAE, points 37 et 38 ainsi que sur ITV Broadcasting e.a., point 32. En France : Cass. civ. 1e, 6 avril 1994, n° de pourvoi : 92-11186.
[1593] PH. GAUDRAT, « *Droit de représentation* », *Lexisnexis*, fasc. 1242, 25 août 2016, 13.
[1594] V.L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur l'internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », p.2.
[1595] Myriam Berard,*Du bon usage des liens hypertexte au regard du droit d'auteur*, 7 juillet 2015 modifié le 24 juin 2022, article consultable sous le lien : https://www.village-justice.com/articles/bon-usage-des-liens-hypertexte,20049.html [consulté le 30 mai 2024].
[1596] CJUE, 13 octobre 2011, C-431/09 et C-432/09, Airfield.
[1597] CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB, 27 ; V.L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », droitdu.net, 16 février 2014, accessible à http://droitdu.net/2014/02/quand-la-cjue-determine-lacces-aux-oeuvres-sur-internet-larretsvensson-liens-cliquables-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/
[1598] CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/20, SCF c. Del Corso.

concernant les droits voisins, avait lui-même retenu que sans *public nouveau*, il ne saurait y avoir de communication au public. L'arrêt Svensson constitue en quelque sorte une application de la solution Del Corso au domaine du droit d'auteur.

Ainsi, à l'occasion de l'arrêt « Svensson »[1599], la CJUE considère que le fait pour l'exploitant d'un site, d'établir des hyperliens « *vers des œuvres protégées publiées sans aucune restriction d'accès* », doit être qualifié d'acte de communication au public, au sens de la directive 2001/29, laquelle nécessite l'autorisation des ayants droit.

Celle-ci ne s'impose cependant que si la communication est adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à « *un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public. Tel serait le cas par exemple si le lien permettait de « contourner des mesures de restriction* »[1600].

479. Le « *public nouveau* » se définit comme celui « *n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public* »[1601]. La Cour de justice considère que la communication initiale de l'œuvre a touché « *l'ensemble des visiteurs du site concerné* », autrement dit tous les internautes, puisque aucune mesure de restriction d'accès au site n'a été prise. L'existence d'un public nouveau ne pouvant être établie, la Cour en déduit que la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet « *ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé par l'article 3, § 1, de la directive n° 2001/29/CE* »[1602].

[1599] CJUE, 13 février 2014, C-466/12, Svensson c. Retriever Sverige AB, 27

[1600] CJUE, 4e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12 , *Nils svensson Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c/Retriever Sverige AB, Rec*. N; L. Marino, « *Arrêt svensson : les hyperliens en liberté (conditionnelle*) », Documentaliste, vol. 51, nº 1, mars 2014, p. 2; *RLDI*2014/105, nº 3508, comm. J. Castelain et C. Caron; *RLDI* 2014/109, nº 3618, comm. L. Dubois et F. Gaullier; *RLDI* 2014/103, nº 3417, obs. L.C. – G. Busseuil, «La libre circulation des contenus numériques entre accès et consentement : les précisions de la CJUE en matière de propriété intellectuelle », *RLDI* 2014/105, nº 3483.

[1601] Pt. 24 de l'arrêt préc.

[1602] Pt. 32.

480. En droit koweitien, la notion de communication au public est définie par plusieurs articles : l'article 1, paragraphe 17 de la loi sur le droit d'auteur, l'article 9 paragraphe 7, et l'article 1, paragraphe 25 de la loi sur le droit d'auteur.

La notion de *public nouveau* est à notre sens une conception critiquable, à plusieurs égards. Il s'agit là d'une conception « *très abstraite* »[1603] qui a pour effet de réduire considérablement la portée du droit de communication au public[1604], et qui surtout fragilise le contrôle par les auteurs, de l'utilisation de leurs œuvres sur Internet[1605]. Mais qui durcit également les conditions d'exercice de l'action en contrefaçon.

481. S'il semble nécessaire de prendre en compte les usages d'Internet, comme la liberté de lier « *inhérente au fonctionnement de l'Internet* »[1606] , et donc d'adapter le droit de la propriété intellectuelle à ceux-ci[1607], cette adaptation doit se faire avec mesure afin de ne pas nuire aux

---

[1603] F. Pollaud-Dulian, obs. sous CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, RTD com, 2014, p. 600 et s., spéc. n° 2.

[1604] CJUE 26 mars 2015, Aff. C-279/13, C More Entertainment AB contre Linus Sandberg. La Cour de justice, dans cet arrêt considéré que, contrairement au droit d'auteur, le droit européen ne prévoit pas une harmonisation a maxima pour les droits voisins. Ainsi, le droit européen ne s'oppose pas à une réglementation nationale étendant le droit exclusif des organismes de radiodiffusion à des actes de communication au public que pourraient constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet par l'insertion sur un site Internet de liens cliquables grâce auxquels les inter nautes accèdent à la transmission en direct, sur un autre site, sans verser de redevance à l'exploitant tels que ceux en cause au principal. Autrement dit, cela signifie que les titulaires des droits voisins peuvent bénéficier d'une meilleure protection que les titulaires de droit d'auteur.

[1605] V.-L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », art. cit., spéc. p. 7 : F. Pollaud-Dulian, obs préc., spéc. n° 2: L. Dubois et F. Gaullier, « *Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson: quelles conséquences pratiques?*», RLDI, nov. 2014, n° 109, p. 57-63, spéc p. 61. Comp. S. Dormont, art. cit., spéc p 241, qui se demande si l'on ne peut pas voir dans l'arrêt Svensson « une première étape dans la reconnaissance de l'épuisement du droit de communication au public des œuvres en ligne : une fois que l'œuvre a été librement et gratuitement mise en ligne, l'ayant droit ne peut s'opposer à ce que des tiers permettent l'accès à l'œuvre en ligne pour l'avenir : l'auteur perd ainsi la maîtrise du destin de son œuvre ». Nous noterons que les titulaires de droits voisins bénéficient d'un régime différencié. CJUE, 26 mars 2015, aff. C-279/13, C More Entertainment AB c/ Linus Sandberg ; Comm, com. électr, mai 2015, n° 5, p. 31, obs. Ch Caron ; PI, juill. 2015, n° 56, p. 276-277, obs. J.-M. Bruguière, JCP G, 2016, doctr. 480, chron. N. Binctin ; LPA, 7 juill. 2016, n° 135, p. 12 et s., chron. F. Rizzo. Cette jurisprudence a été strictement appliquée par la Cour d'appel de Paris. Cette dernière a reconnu que le titulaire d'un droit voisin peut s'opposer à la création d'un lien renvoyant vers ses programmes : CA Paris, 1re ch., 2 févr. 2016, n° 14/20444. Sur cet arrêt, v. S. Dormont, « *La mise en œuvre de la jurisprudence européenne sur le lien hypertexte par la Cour d'appel de Paris* », Dalloz *IP/IT*, 2016, p. 196 ct s.

[1606] V. Varnerot, « *La circulation des œuvres numériques* », in E. Netter et A. Chaigneau (dir.), *Les biens numériques*, CEPRISCA, 2015, p. 109-135, spéc. p. 120.

[1607] En ce sens, Le forum des droits sur l'Internet, Rapport d'activité, année 2003, Paris, La Documentation française, 2004 : le rapport souligne que l'hyperlien « *constitue l'essence même du web. Qu'il soit défini comme un renvoi, une référence, un point de connexion ou encore un chemin d'accès, chaque lien participe au principe même de communication universelle et multidirectionnelle inhérent au fonctionnement de la toile* » (p. 128). Si, en vertu du droit d'auteur, une autorisation devait toujours être demandée pour établir un lien hypertexte, la liberté de lier pourrait être remise en cause et menacer à terme le système même d'Internet (p. 129) ; Ch. Caron, « *Les liens*

intérêts des titulaires de ces droits. La solution de l'arrêt *Svensson* nous apparaît pour cette raison, déséquilibrée entre les différents intérêts en présence sur la toile[1608], et partant, la « d*imension finaliste de l'acte de communication* »[1609].

482. Il semble en effet excessif de considérer que le titulaire de droits d'auteur qui diffuse son œuvre sur un site Internet entend toujours viser l'ensemble des internautes[1610]. Une présomption aussi générale affaiblit considérablement le droit de communication aux publics[1611]. La limite posée par la Cour de justice, à savoir l'existence de mesures de restrictions prises pour restreindre l'accès à l'œuvre sur le site initial, n'apparaît pas non plus satisfaisante. Le manque évident de précisions laisse subsister des « *zones d'ombre* »[1612] importantes, et permet difficilement au titulaire d'un droit d'auteur de prévoir par avance dans quels cas une mesure de restriction est constituée.

---

hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale », Comm com électr, mars 2001, n° 3, comm. 26 ; J. Larricu, « *Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité* », Expertises des systèmes d'information, juill. 2001, n° 250, p. 257. V. aussi T com Nanterre, 8 nov. 2000, *Stepstone c/ Ofir France, JurisData* n° 182583, *PIBD*, 2001, n° 717, III, p. 201 ; *JCP E*, 2002, n° 73, n 16, obs. A. Maffre-Baugé : *« La raison d'être d'Internet et de ses principes de fonctionnement implique nécessairement que les liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement* ».

[1608] Une distinction « *selon les conditions d'accès au contenu (lieu, moment, habitudes)* » aurait pu prévaloir : v. L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public* », art. cit., spéc. p. 3 L'auteure opère un rapprochement avec les « *pratiques de publicité contextuelle qui entourent la consultation des sites* », mais aussi avec l'arrêt *Dataco* de la Cour de justice rendue à propos des bases de données. Les juges avaient pris en compte « *le ciblage géographique du public pour caractériser l'acte d'exploitation en ligne* ».

[1609] F. Pollaud-Dulian, obs. sous CJUE, 21 oct. 2014, *Bestwater International*, aff. C 348/12, *RTD com*., 2014, p. 808.

[1610] En ce sens, E. Treppoz, « *Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international* », *RTDE*, 2014, p. 965-972, spéc. p. 968 : « *Le droit international privé nous enseigne en effet suffisamment que toute diffusion sur Internet n'est pas mondiale, distinguant opportunément entre accessibilité et activité. Il n'est donc pas certain que le public sur Internet d'un quotidien local soit le même que celui d'un agrégateur de contenu national, voire mondial. La technique de l'hyperlien pourrait donc, dans certains cas, s'apparenter à une communication à un public nouveau* ».

[1611] C'est précisément ce point qui a été mis en avant par l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI) Pour l'association, « *il ne convient pas que soit instaurée par la jurisprudence une présomption générale du consentement du titulaire de droits à de nouveaux actes de communication au public d'un contenu initialement mis en ligne sur Internet avec son consentement, car cela reviendrait à mettre en place une limitation ou exception au droit, alors que l'intervention du législateur est nécessaire pour instituer des exceptions générales au champ d'application du droit de "mise à disposition*" » : ALAI, *Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet - avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet*, 16 sept. 2013, disponible sur le site Internet de l'ALAI.

[1612] V-L. Benabou, « *Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur Internet…* », art. cit., spéc p. 6.

483. L'impact sur les droits d'auteur des États-membres, est aussi un sujet important, la marge de manœuvre desdits États étant fortement réduite en vertu de l'objectif d'harmonisation que poursuit la directive. Il leur est, en effet, interdit de protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en adoptant une approche extensive de la notion de communication qui sorte du cadre fixé par la directive[1613].

2. Communication au public sans autorisation de l'ayant-droit : « l'*arrêt GS Media* »

484. Sur cette question, la Cour de justice a précisé sa position dans l'arrêt *GS Media*, du 8 septembre 2016[1614], l'hypothèse étant néanmoins différente de celle envisagée dans l'arrêt *Svensson*.

L'arrêt *Svensson* concernait en effet le placement de liens hypertextes vers des œuvres publiées sur un autre site Internet, avec le consentement du titulaire. Alors qu'en l'espèce, le lien hypertexte renvoie vers une œuvre mise en ligne de manière clandestine, sans l'autorisation des ayants droit. La Cour de justice en déduit, contrairement aux conclusions de l'avocat général[1615], que cet arrêt ne saurait être assimilé à l'arrêt Svensson, jugeant : « *que le placement sur un site Internet, de liens hypertextes vers des œuvres protégées qui ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet, mais sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur de ces œuvres, serait exclu, par principe, de la notion de « communication au public »* »[1616].

[1613] Pt. 41 de l'arrêt préc. V. L. Benabou, art. cit, spéc. p. 6 ; A. Lucas, obs. sous CJUE, 13 févr. 2014 aff. C-466/12, PI, avril 2013, n° 51, p. 165-168, spéc. p. 168. Pour M. Lucas, la solution est « *lourde de conséquence, car elle l'oblige à ériger en critère l'existence d'un public nouveau, alors que celui-ci n'a jamais conditionné l'exercice du droit de représentation* ».

[1614] CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker; Comm., com. électr., oct. 2016, comm. 78, obs. Ch. Caron; Dalloz 1P/IT, 2016, p. 543 et s., note P. Sirinelli; JCP G, 14 nov. 2016, 1222, note L. Marino. V. aussi V.-L. Benabou, « GS MEDIAaaaargh! », http://vlbenabou.wordpress.com , 15 oct. 2016.

[1615] Concl. de l'avocat général, M. Melchior Wathelet, présentées le 16 avril 2016, aff. C-160/15.

[1616] Pt. 43 de l'arrêt préc.

3. Communication au public d'une œuvre protégée en connaissance de cause

485. Précisant sa définition du *public nouveau*, la CJUE rappelle qu'une publication ne constitue pas une « *communication au public* » lorsque la personne qui crée ce lien agit à la fois sans but lucratif, et en toute bonne foi, c'est-à-dire en méconnaissance du caractère illicite de son acte. A contrario, si la création du lien poursuit un but lucratif, l'auteur sera alors présumé être de mauvaise foi, et avoir réalisé un acte de communication au public. Le fournisseur du lien est alors présumé responsable sauf à démontrer qu'il a procédé aux vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent les liens hypertextes[1617].

486. Si les liens sont fournis dans un but non lucratif et que l'internaute « *ne sait pas où et ne peut pas raisonnablement savoir que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur* »[1618], le lien ne porte pas atteinte au droit de communication. Il devient, en revanche illicite : « *lorsqu'il est établi qu'une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée* »[1619].

487. La mauvaise foi est dans cette hypothèse, manifeste pour la Cour de justice, car il peut être attendu du créateur de liens : « *qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens*

[1617] CJUE, 2e ch., 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Media, Rec*. N; *Légipresse* nº 343, nov. 2016, p. 601, obs. V. Varet; *RLDI* 2016/130, nº 4054, obs. L.C.; G. Busseuil, « *Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public* », *RLDI* 2016/132, nº 04093; Ch. Caron, « *Les cinq rencontres entre les liens hypertextes et le droit d'auteur* », *CCE*2016/10, comm. 78 – Cette affaire a été portée devant la CJUE par la Cour de cassation des Pays-Bas (Hoge Raad der Nederlanden). L'avocat général Melchior Wathelet avait quant à lui considéré que le placement d'un hyperlien renvoyant vers un site qui a publié des photos sans autorisation ne constitue pas en soi une violation du droit d'auteur. Il ne s'agit pas, selon lui, d'une « *mise à la disposition » du public lorsqu'elles sont déjà librement accessibles sur un autre site et ne servent qu'à faciliter leur découverte. L'intervention de l'éditeur du site, en insérant un hyperlien, facilite l'accès aux photos, mais n'est pas indispensable pour les mettre à la disposition des internautes. Il considère ainsi que toute autre interprétation de la notion de communication au public* » entraverait considérablement le fonctionnement d'internet et porterait atteinte au développement de la société de l'information en Europe.

[1618] Pt. 47.

[1619] Pt. 49.

hypertextes »[1620]. Partant, « *il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur. Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur Internet constitue une « communication au public* »[1621].

B. Le recours à la concurrence déloyale ou au parasitisme

488. L'article 1240 du Code civil français et l'article 227 du droit civil koweitien ont ici vocation à s'appliquer, stipulant 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* » La faute pourrait résulter de la confusion opérée délibérément, lors de la numérisation des œuvres[1622], au moyen des techniques de framing ou de *inline linking* ou encore d'une opération déguisée de dénigrement de produits, de marques, voire de l'appropriation de l'image d'un concurrent.

489. Si les droits patrimoniaux de l'auteur ne peuvent faire échec à la création de liens hypertextes, il n'y a pas pour autant de « *total blanc-seing juridique* » au bénéfice du créateur de liens[1623]. Car il y'a atteinte aux droits moraux de l'auteur, et plus précisément au droit à la paternité et au droit au respect de l'œuvre[1624]. Ainsi, l'article 6 de la loi d'auteur koweitien dispose : « *L'auteur et son successeur en général sur son œuvre jouissent des droits moraux suivants :1. Le droit d'attribuer l'œuvre à son auteur. ; 2. Le droit de décider de publier l'œuvre*

[1620] Pt. 51.
[1621] *Ibid*.Pt.51.
[1622] Philippe Chevet, *La numérisation et la diffusion d'œuvres à des fins éducatives et de recherche*, https://edutice.hal.science/edutice-00000006, Paris, 2002.
[1623] Ch. Caron, « *La « transclusion », ou l'utilisation licite de l'œuvre d'autrui sur Internet », Comm. com. électr*, déc. 2014, comm. 92. V. aussi M. Vivant, Lamy Droit du numérique, Wolters Kluwer, 2015, n° 2339, p. 1456 : « Les décisions de la Cour de Luxembourg tranchent (bien ou mal) une question concernant le droit d'auteur. Cela ne nous paraît pas exclure le jeu du droit commun et la condamnation de la pratique à ce titre ».
[1624] F. Sardain, « *Liens hypertextes* », J-Cl. Communication, fasc. 4730, 2009, mise à jour sept. 2014, n° 40-41 ; L. Dubois et F. Gaullier, « *Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson : quelles conséquences pratiques ?*», art. cit., spéc. p. 61.

pour la première fois. ; 3. Le droit d'empêcher toute atteinte ou modification de l'œuvre susceptible de la déformer ou de la dénaturer, ou de porter atteinte à l'honneur, à la réputation ou au statut de l'auteur… ».

490. Ensuite, et surtout, un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme peut être généré par des liens hypertextes[1625]. Le créateur d'une base de données de liens hypertextes pourrait répondre du chef de parasitisme[1626], s'il est avéré qu'il à indûment bénéficié des investissements ou de la notoriété du site cible, ou qu'elle a détourné ses recettes publicitaires[1627]. Mais c'est surtout en matière de « *transclusion* » que le risque de parasitisme ou de concurrence déloyale apparaît le plus patent[1628]. C'est-à-dire, faire apparaître l'œuvre d'un concurrent sur son propre site, en vue de promouvoir ses propres produits ou ses services, d'où un avantage concurrentiel

---

[1625] C'est là, pour M. Pollaud-Dulian, l'une des conséquences les plus fâcheuses de l'arrêt Svensson. En limitant les droits patrimoniaux de l'auteur, cela a pour conséquence d'« *encourager la concurrence parasitaire* »: F. Pollaud-Dulian, obs. sous CJUE, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, Bestwater International c/ M. Mebes et S. Potsch, RTD com, 2014, p. 808. Comp. P. Sirinelli, obs. sous CJUE, 13 févr. 2013, aff C-466/12, D 2014, p. 2078 : « *La solution retenue libère des droits patrimoniaux pour la personne qui créera une base de liens vers des sites ouvertement accessibles autrement. Cette conclusion est de nature à ravir ceux qui monétisent leurs pages de liens en profitant de l'attractivité d'autres sites et cela sans bourse délier* ». V. aussi V.-L. Benabou, J. Farchy et C. Méadel, « *Le référencement des œuvres sur Internet*, » Rapport CSPLA, juill. 2013, p. 41 et s. et p. 94 et s. ; P. Sirinelli (dir.), A. Bensamoun et Ch. Pourreau (rapporteurs), Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur I 'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur, CSPLA. déc. 2014, p. 23: « *La solution retenue dans l'arret Svensson est peu heureuse en ce qu'elle permet à des tiers de capter, sans contrepartie, la valeur que représente l'attractivité des œuvres protégées par des droits de propriété littéraire et artistique* »; Ch. Caron, « *Les cinq rencontres entre les liens hypertextes et le droit d'auteur* », *Comm. com. électr*, oct. 2016, comm. 78, qui considère qu'« *est ici tout de même encouragée la captation de la valeur créée par des tiers en toute impunité au regard du droit d'auteur de l'Union européenne. Peut-être en irait-il autrement au regard du parasitisme* ?».

[1626] *Liens hypertextes et droit d'auteur (suite et fin* ?) : du baroque en jurisprudence, Vincent Varet, Docteur en droit, Professeur associé, Université Panthéon-Assas Paris 2, 13 juin 2021 - Légipresse N°393, 13 juin 2021.

[1627] L. Dubois et F. Gaullier, « *Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson : quelles conséquences pratiques* ?», *RLDI*, nov. 2014, n° 109, p. 57-63. Rappr. E. Treppoz, « *Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international* », art. cit., spéc. p. 967 : « *La Cour favorise dans cet arrêt Svensson les agrégateurs de contenus autorisés à piller allégrement l'Internet en se rémunérant par la publicité en raison des flux créés à partir de contenus créés par des tiers* ».

[1628] L. Dubois et F. Gaullier, « *L'ordonnance "BestWater International" de la CJUE : la meilleure eau n'étanche pas complètement la soif* », *RLDI*, déc. 2014, n° 110, p. 8-13, spéc. p. 11 ; G. Busseuil, « *À propos de l'hyperlien au regard du droit d'auteur : la technique du framing n'est pas une communication au public* », *JCP E*, 2015, 1063, in fine ; A. Lucas, obs. sous CJUE, 4e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Nils Svensson et autres c/ Retriever Sverige AB, PI,* avril 2014, n° 51, p. 165-168, spéc. p. 167. V. aussi Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation*, 10e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2014, n° 7124 : « *La création de liens hypertextes profonds suppose une autorisation ; à défaut elle est condamnable au titre de la concurrence parasitaire, et au titre des agissements parasitaires si les entreprises ne sont pas concurrentes* » ; Ph. Le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, 8e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Référence », 2014, n° 7.82 et 11.1; G. B. Bekale Nguema, *La concurrence déloyale dans le commerce électronique*, Presses universitaires de Perpignan, 2015, n° 162, p. 118 Rappr. TGI Paris, 2e ch., 19 mars 2015, *La ligue de Football Professionnel c/ Puerto 80 Projects*, *SLU ; Comm. com. électr*., 2015, comm. 42, note G. Loiseau ; *LPA*, sept. 2015, n° 181-182, p. 8-11, note A. Signorile.

indû[1629]. Il y a bien ici une « *sorte de détournement* »[1630], « *une appropriation du contenu d'autrui et par voie de conséquence de son public* »[1631] puisque l'internaute ignore qu'il a été dirigé vers un autre site[1632], ou penser qu'un lien existe entre le titulaire de l'œuvre et l'exploitant du site où l'œuvre est montrée[1633]. Au surplus, l'infraction de risque de confusion pourrait même invoquée[1634].

491. Une décision du Tribunal de commerce de Paris du 26 décembre 2000[1635] permet d'accréditer l'ensemble de ces hypothèses. Les juges du fond considèrent que « *toute création d'hyperliens entre les sites du réseau Internet, quelle que soit la méthode utilisée et qui aurait pour conséquence [...] de détourner ou dénaturer le contenu ou l'image du site cible vers lesquels conduit le lien hypertexte; de faire apparaître ledit site cible comme étant le sien sans mentionner la source, notamment en ne faisant pas apparaître l'adresse URL du site lié et, de*

[1629] Ch. Caron, « La "transclusion" ou l'utilisation licite de l'œuvre d'autrui sur Internet », *Comm. com. électr,* déc. 2014, comm. 92. V. égal. Ch. Féral-Schuhl, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6e éd., Dalloz, coll. « Praxis », 2010, n° 83.16, qui envisage le « *framing* » comme une pratique parasitaire.

[1630] M. Vivant, *Lamy Droit du numérique*, Wolters Kluwer, 2015, n° 2339, p. 1456. Une décision du Tribunal de grande instance de Paris de 2009 avait d'ailleurs condamné pour concurrence déloyale un opérateur de voyage ayant pratiqué une technique de *« framing »* au motif que la société de voyage avait « *contribué au détournement de trafics d'internautes et de la clientèle de la* [*requérante*] » TGI Paris, 3e ch., 25 juin 2009, *Générale de Services Aériens, Olivier B. c/ Easyvoyage*, legalis.net.

[1631] Le forum des droits sur l'Internet, *Rapport d'activité, année 2003*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 138. Le groupe de travail considère en effet que l'utilisation de la technique du *« framing »* peut « consister en une appropriation du contenu d'autrui et, par voie de conséquence, de son public ». V. aussi ALAI, *Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet-avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet*, 16 sept. 2013, disponible sur le site Internet de l'ALAI.

[1632] Rappelons, en effet, que par la superposition de cadres dans la fenêtre de l'internaute, celui-ci visualise directement le contenu vers lequel le lien renvoie sans avoir l'impression de ne jamais quitter le site sur lequel le lien apparaît.

[1633] Le détournement de recettes publicitaires semble pouvoir également être invoqué. On peut citer à cet égard une décision du Tribunal de grande instance de Paris qui a considéré que la reproduction d'une page d'un site Internet protégée par le droit d'auteur sur un autre site web par la technique de « transclusion » est constitutive de contrefaçon et de concurrence déloyale. Les juges du fond ont en effet estimé que par la présence de bannières publicitaires rémunérées, la société a commis un acte de concurrence déloyale puisqu'elle « a contribué au détournement de trafic d'internautes et de clientèles » TGI Paris, 3e ch., 25 juin 2009, *Sté Générale de Services Aériens Olivier B c/ Easyvoyage, RLDI*, 2009/53, n° 1760, obs. M. Trezeguet.

[1634] En ce sens, J. Larrieu, « *Droit du numérique* », obs. sous CJUE, 13 fevr. 2014, aff. C-466/12, D. 2014, p. 2317.

[1635] T. com. Paris, ord. réf., 26 déc. 2000. *SNC Havas Numérique et SA Cadres on Line c/ SA Keljob*, citée par J.-M. Bruguière, obs. sous CJUE, ord. motivée, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International GmbH c/ M. Mebes et S. Potsch, PI,* janv. 2015, n° 54, p. 51-53, spéc. p. 52. Pour un commentaire de la décision du Tribunal de commerce de Paris, v. Ch. Caron, « *Les liens hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale* », *Comm. com électr*, mars 2001, comm. 26.

plus, en faisant figurer l'adresse URL du site ayant pris l'initiative d'établir ce lien hypertexte; de ne pas signaler à l'internaute, de façon claire et sans équivoque qu'il est dirigé vers un site ou une page Web extérieur au premier site connecté, la référence du site devant obligatoirement, clairement et lisiblement être indiquée, notamment, son adresse URL sera considérée comme une action déloyale, parasitaire et une appropriation du travail et des efforts financiers d'autrui [...] »[1636].

Cette décision laisse donc entendre qu'une utilisation déloyale, parasitaire des liens hypertextes peut être sanctionnée, mais aussi, qu'une obligation de transparence[1637] pourrait être mise à la charge de l'exploitant du site Internet ayant posé les liens hypertextes. Il apparaît opportun que la jurisprudence réaffirme clairement le rôle curatif, mais aussi peut-être préventif, de la concurrence déloyale ou du parasitisme en matière de liens hypertextes afin de préserver un certain équilibre entre les intérêts des exploitants des sites Internet et les titulaires de droits d'auteur. Au-delà du droit d'auteur, le droit des marques apparaît lui-même, particulièrement bousculé par le développement d'Internet et de ses nouveaux usages.

C'est ce que nous allons à présent étudier

Section 2 : atteintes au droit des marques sur internet : l'exemple des liens sponsorisés

492. En France tout comme au Koweït, la contrefaçon sur internet ne concerne pas uniquement le droit d'auteur, loin s'en faut. Celle visant la marque n'est pas en reste. Les premières attaques ont ciblé les marques dites « *notoires* » utilisées comme noms de domaine. En plus de l'usage

[1636] J. WATHELET ; « *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle* ». 2016. Thèse de doctorat. Aix-Marseille., P.169. v. également Philippe Chevet, *La numérisation et la diffusion d'œuvres à des fins éducatives et de recherche*, https://edutice.hal.science/edutice-00000006, Paris, 2002.

[1637] Un auteur s'est récemment demandé s'il « *n'était pas possible d'ajouter un critère tenant à la transparence du lien, à sa loyauté* » : G. Busseuil, « *À propos de I 'hyperlien au regard du droit d'auteur : la technique du framing n'est pas une communication au public* », *JCP E*, 2015, 1063.

et la reproduction non autorisés des marques sur les sites. Ou simplement la caricature visant des marques à auxquels certains sites étaient totalement dédiés. Les possibilités de contrefaçons ayant été démultipliés et amplifiés par le système des hyperliens[1638].

Ces multiples coups de boutoir contre le droit des marques sur internet, ont été facilitées par une réalité juridique complexe avec plusieurs intervenants (annonceur, prestataires de référencement, fournisseurs de liens publicitaires, hébergeur et bien sûr les internautes). Et donc de multiples formes d'atteintes au droit des marques (§1). Ajoutons-y une approche jurisprudentielle restrictive de la contrefaçon sur internet (§2). Ce qui eut pour effet de renvoyer les ayants-droits vers les actions en responsabilité (§3)

§1-L'approche juridique complexe de l'atteinte au droit de marque face aux usages nouveaux sur Internet

Il convient dans un premier temps de mettre l'accent sur la prolifération des formes nouvelles aux droit des marques du fait d'Internet (A), avant d'en mesurer l'impact sur les critères classiques de l'atteinte au droit de marque (B).

A. La prolifération de formes nouvelles d'atteintes au droit de marque

493. Les titulaires de marques sur Internet, doivent faire face à des nouveaux types de contrefaçon, en l'occurrence sur Internet, tout en étant démunis sur le plan de la protection effective de leurs droits, cela, du fait de sanctions insuffisantes de la contrefaçon. Ce déni de protection est lui-même né de la multiplication des critères de l'atteinte à la marque. D'autant plus qu'ils sont soumis à une interprétation stricte. La question qui se pose est celle de l'origine de ce décalage entre protection attendue et accordée. D'une interprétation trop restrictive des

[1638] A. Mendoza-Caminade. « *Les nouveaux visages de la contrefaçon* »., 2011., p.144-154.

textes par la jurisprudence ? Ou d'une insuffisance des textes eux-mêmes concernant les critères permettant de caractériser les différentes formes d'atteinte aux droits des marques ?

Ceux-ci ont été énoncés notamment aux articles L-713-2 et suivants du Code français de la propriété intellectuelle, et 9 du règlement (UE) 2017/1001[1639], ainsi qu'aux articles 17 et suivants de la loi n° 13 de 2015 concernant les marques des pays du Conseil de coopération du Golfe[1640]. Textes par ailleurs enrichis par l'interprétation jurisprudentielle.

Il ressort de l'ensemble de ces textes, une définition stable permettant de caractériser les critères de l'atteinte à la marque : l'usage d'une marque sans autorisation du titulaire, dans la vie des affaires, d'un signe identique ou similaire à la marque contrefaite, portant sur des produits ou des services identiques, ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, porte atteinte à l'une de ses fonctions.

494. Le fait est que le développement du commerce électronique a fait apparaître de nouvelles formes de contrefaçon qui ne rentraient pas nécessairement dans cette définition. Les titulaires des marques ont malgré tout tenté de faire sanctionner ces nouveaux usages (référencement, noms de domaine, réseaux sociaux, et les innombrables autres possibilités de fraude par Internet). Cela d'autant plus, que l'explosion du commerce électronique visant les produits mais aussi les services n'a pas encore atteint sa vitesse de croisière. Ce qui rend l'enjeu d'une protection effective des marques plus important[1641].

495. De fait, l'interprétation dégagée par la jurisprudence a souvent conduit à ne pas caractériser d'atteinte. Il apparaît pourtant naturel que les actes de contrefaçon manifestes

[1639] PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2017/1001, 14 juin 2017 : JOUE n° L 154, 16 juin 2017.
[1640] Droit commun des marques aux pays du CCG, à l'État du Koweït, au Royaume d'Arabie Saoudite, à l'État des Émirats arabes unis, à l'État du Qatar, au Royaume de Bahreïn, au Sultanat d'Oman.
[1641] Farouk Luqman, « *Le concept de publicité commerciale au Koweït* », Collège international de droit du Koweït, édition 3, septembre 2020, P.355.

réalisés sur Internet soient sanctionnés avec la même vigueur que les actes de contrefaçon classiques[1642].

Si quelques cas de contrefaçons ne posent pas de difficultés majeures aux juges qui se contentent d'une simple application des critères classiques, d'autres de plus en plus nombreuses sont plus incertaines du fait précisément de leur caractère technique (en l'occurrence numérique). Ainsi, un site tiers reproduisant un signe dans les conditions que l'on vient de décrire, devrait être vu comme contrefacteur. Mais les reproductions illicites sur Internet sont le plus souvent difficiles à caractériser car exécutées de manière subtile. D'autant plus que ces nouveaux usages illicites sont inédits, tout en relevant de technologies nouvelles, qui imposent aux juges d'avoir recours à des spécialistes avant de pouvoir appliquer le droit des marques à ces nouveaux usages. Au risque d'écarter les actions en contrefaçon diligentées par les titulaires de droits ; et sacrifier leurs intérêts, du fait de leur compréhension limitée des aspects techniques de la contrefaçon des marques sur Internet. Auquel cas la question se posera de savoir si face aux usages et aux acteurs propres à Internet, la caractérisation de l'atteinte à la marque est envisagée de manière trop restrictive par les juges[1643].

Nous pouvons donc affirmer que l'appréhension complexe du champ de l'atteinte au droit de marque face aux usages nouveaux sur Internet constitue bien le premier défi à relever. Il faudra par la suite identifier les responsables de la contrefaçon. Au-delà de la personne de l'auteur. En clair, à côté de la responsabilité des auteurs directs de la contrefaçon, il sera nécessaire de rechercher celle des intermédiaires techniques. Ce qui est désormais le cas dans la plupart des contentieux[1644].

[1642] Abdullah Deeb Mahmoud, « *Consumer Protection in Electronic Contracting* », mémoire de maîtrise, Université nationale An-Najah, Naplouse, Palestine, 2009, p. 36. ; Hammad Mustafa Azab, « *Aspects juridiques des produits et services publicitaires via Internet* », Dar Al-Nahda Al-Arabiya, p. 34.

[1643] B. Savin., « *L'atteinte au droit de marque sur Internet* »., Étude premier Prix APRAM 2021., n° 9, Septembre 2021.

[1644] Farouk LUQMAN, « *Obligations du fournisseur de services dans le système saoudien de commerce électronique* », p. 356.

B. L’impact sur les critères classiques de l'atteinte au droit des marques

496. Il s’agit tout d’abord de délimiter le domaine de la vie des affaires. Dit autrement, la contrefaçon présumée doit avoir eu lieu au cours de la vie des affaires. L'article L713-2 du code de la propriété intellectuelle français stipule qu’ « *est interdit, sauf autorisation du titulaire de la marque, l'usage dans la vie des affaires pour des produits ou des services :1° D'un signe identique à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée ;2° D'un signe identique ou similaire à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion incluant le risque d'association du signe avec la marque* ». Dans le même sens, l'article 17 du paragraphe 2 de la loi des marques GCC dispose : *« 2. Le titulaire d'une marque enregistrée peut interdire à des tiers, sans son approbation, d'utiliser une marque similaire ou identique, y compris tout indicateur géographique, dans la vie des affaires, pour distinguer des produits ou des services identiques, similaires pour lequel la marque a été enregistrée, d'une manière qui prête à confusion pour les consommateurs, et une telle confusion peut survenir en cas d'utilisation de la même marque ou d'une marque similaire pour distinguer des produits ou des services similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée* ».

497. En France et dans l'Union européenne depuis l'arrêt Arsenal[1645], ainsi d’ailleurs qu’au Koweït[1646], la jurisprudence exige un usage : « *dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé* ». Se pose alors la question de

[1645] CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, Arsenal, pt 40.
[1646] Mohsen Shafiq., op cit, p. 498. ; Abdul Rahman Al-Sayyid Qarman. op cit , p. 11 et s. ; Arrêt de la Cour de cassation koweïtien, ne - chambre commercial - Appel n° 956, 986/ 2005 Commercial , Le 2 /11/2007, Journal Judiciaire et Droit, Q. 35 - P 1 ,p. 120, Arrêt de la Cour de Cassation koweitienne , chambre commerciale , appel N° 97/74 Commercial , Le 22/02/1998 , Journal judiciaire et droit - Q. 26, P1, p. 140.

savoir comment qualifier les usages commerciaux ayant lieu sur Internet. Relève-t-il de la vie des affaires ou du domaine privé ?

A titre d'exemple, la cour d'appel de Paris a jugé une affaire de reproduction d'un signe, à titre d'intitulé, d'une page Facebook[1647]. Malgré des services identiques et des signes très similaires, la cour d'appel a pourtant rejeté la contrefaçon, considérant qu'il ne s'agissait pas d'un usage relevant de la vie des affaires. Selon elle, la gratuité de la page Facebook tout comme l'absence de périodicité des publications s'opposent à ce que cet usage entre dans le champ de la vie des affaires. D'autant moins, comme cela avait déjà été retenu par la chambre commerciale[1648], que l'existence d'un éventuel contexte concurrentiel entre les deux signes n'est pas caractérisée.

Cette conception de la vie des affaires, qui a pu être considérée comme restrictive[1649], semble écarter une partie conséquente des usages sur les réseaux sociaux du champ de l'atteinte au droit de marque. Elle n'est pour autant pas spécifique à l'atteinte sur Internet.

498. Se pose également la question des influenceurs et de leur rapport au droit des marques, qu'ils mettent parfois en avant, dans leus réseaux sociaux. Pour le professeur Christophe Caron, « *il semble bien que les influenceurs ignorent largement le droit des marques et vice-versa* »[1650]. Les hypothèses d'un usage dans le cadre de la vie des affaires, s'appliquent d'autant moins, que, dans la plupart des cas, l'exposition de ces marques dans les réseaux sociaux des influenceurs est réalisée à la demande des titulaires des marques soucieux d'en faire une promotion mondiale à peu par le canal des stars des réseaux sociaux. Pour le reste des réseaux sociaux, dont la plupart des contenus sont diffusés sans caractère commercial du moins pour les utilisateurs,

[1647] CA Paris, pôle 5-1, 22 sept. 2020, n° 18/19018, SA La Voix du Nord c/ X et Cne d'Hénin-Beaumont : JurisData n° 2020-016123 ; Prop. intell. 2020, n° 77, p. 58-60, J. Canlorbe ; Propr. intell. 2021, n° 78, p. 41, obs. J.-M. Bruguière.
[1648] Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-18.173, FGCEN c/ FSESN : JurisData n° 2011-008339 ; Propr. industr. 2011, comm. 72, P. Tréfigny.
[1649] P. Tréfigny, « *Pas fastoche, marque et syndicalisme* » : Prop. industr. 2011, comm. 72.
[1650] C. Caron, « *Influenceurs et droit des marques* » : Dalloz IP/IT 2021, p. 17.

semblent également largement échapper à l'emprise du droit des marques (ce qui n'exclut pas la caractérisation de l'atteinte dans le cas contraire)[1651].

499. Il convient de préciser qu'il ne peut y avoir de contrefaçon d'une marque en l'absence de visibilité du signe. Ainsi, l'utilisation d'un signe protégé comme méta-tag pour améliorer le référencement naturel d'un site internet, même concurrent du titulaire, ne sera pas considérée comme un usage à titre de marque faute d'une visibilité suffisante par le public surtout s'il n'est pas associé à des produits ou services[1652]. Cette question de la visibilité de la marque comme condition de sa protection est centrale, et est née des spécificités techniques d'Internet.

Cependant même lorsque le signe est visible, d'autres critères doivent être présents. Au premier rang desquels, les deux paramètres que sont l'intérêt légitime et la bonne foi. Ces deux critères peuvent exonérer le contrefacteur du nom de domaine[1653]. La recherche de la bonne foi du tiers peut surprendre, car elle n'est pas un critère en droit des marques[1654].

L'atteinte au droit de marque peut donc connaître une certaine difficulté à s'adapter à des usages qui n'existaient pas encore, lors de sa conception. Et du fait aussi d'une interprétation jurisprudentielle restrictive des critères traditionnels.

§2-L'approche jurisprudentielle restrictive de la notion de contrefaçon des marques sur internet

500. De manière générale, le droit de marque a perdu son caractère absolu[1655]. Pour faire valoir son droit, il faut désormais faire valoir une atteinte à une fonction énoncées par la jurisprudence, qu'il s'agisse de sa fonction essentielle de garantie d'origine[1656] ou de l'une des fonctions

---

[1651] Safwan Hamza Ibrahim Essa. « *Protéger la marque des attaques électronique* », L'Egypte contemporaine, revue scientifique arbitrée, quart annuel, octobre 2021, n° 544, p. 257.
[1652] CA Paris, 3 mars 2020, n° 18/09051, Aquarelle : JurisData n° 2020-005725.
[1653] *C. Caron, À propos des relations entre la marque et le nom de domaine :* Comm. com. électr. 2019, comm. 52.
[1654] *C. Caron, À propos des relations entre la marque et le nom de domaine :* Comm. com. électr. 2019, comm. 52. – Cass. com., 30 janv. 1996, n° 94-14.235. ; Sherif Mohamed Ghanem, La protection des marques via Internet dans son rapport à l'adresse électronique, ., P. 84 et s.
[1655]M. Vivant, « *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle* » : Dalloz, coll. Grands arrêts, 3e éd., 2020, comm. 1-3.
[1656]CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, Arsenal.

nouvelles de communication, d'investissement ou de publicité[1657]. Celles-ci sont cependant interdépendantes comme l'a souligné Monsieur Kanaan Al-Ahmar, lors du Colloque national de l'OMPI sur la propriété industrielle pour l'entrepreneuriat et le commerce. De son point de vue, la marque remplit plusieurs fonctions économiques tant pour l'entreprise que pour le consommateur, elles sont difficiles à séparer dans la pratique[1658].

Ainsi, la société Google propose un service de référencement payant sur Internet, dénommé AdWords, qui permet à un opérateur de sélectionner un ou plusieurs mots-clés pour générer des liens publicitaires vers leur site. En cas de concordance entre ces mots et ceux contenus dans la requête adressée par l'internaute dans le moteur de recherche, les liens promotionnels apparaissent à côté ou au-dessus des résultats naturels, ce qui permet aux annonceurs de faire apparaître le site en têtes des résultats du moteur de recherches. Des annonceurs ont alors forgé des mots-clés des marques renommées mais protégées en vue de référencer leur propre site. Ce qui relève d'actes de contrefaçon que les titulaires de ces marques ont pu faire valoir[1659] au cours de la vie des affaires[1660]. La jurisprudence a d'abord favorablement accueilli les actions en contrefaçon des titulaires de droit de marque[1661], avant d'opérer un revirement plus restrictif a sous l'influence d'une série d'arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne[1662]. En effet, celle-ci saisie de nombreuses questions préjudicielles, en

---

[1657]CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07*, L'Oréal SA c/ Bellure NV, pt 58 :* Propr. industr. 2009, comm. 51*, A. Folliard-Monguiral.*

[1658]Kanaan Al-Ahmar. Colloque national de l'OMPI sur la propriété industrielle pour l'entrepreneuriat, le commerce, la recherche et le développement, en coopération avec le Ministère du commerce et de l'économie de la République arabe syrienne, mai 2014.

[1659] Hammad Mustafa Azab, « *Aspects juridiques des produits et services publicitaires via Internet* », Dar Al-Nahda Al-Arabiya, p. 34.

[1660] Farouk Luqman, *Obligations du fournisseur de services dans le système saoudien de commerce électronique*, p. 355.

[1661] V.F. Pollaud-Dulian, « *L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet* », *PI*, juill, 2010, n° 36, p. 823-832, spéc. p. 823, note 3, et la jurisprudence citée ; P. Tréfigny, « *Les liens commerciaux et le droit des marques* », in J.-M. Bruguière (dir.), *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet*, Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », CUERPI, 2014, p. 91-102, spéc. p. 93-94, et la jurisprudence citée.

[1662] CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, Google France SARL, Google Inc. c/Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL, Google France SARL c/CNRRH; D. 2010, p. 885, obs. C. Manara*; Comm. com. électr*, 2010, ét. 12, note G. Bonet; *ibid* , comm. 70, obs. Ch. Caron; *ibid*., comm. 88, note Ph. Stoffel-Munck ; *Propr. ind*., 2010, comm. 38, note A. Folliard-Monguiral; *ibid*, comm. 45, note J. Larrieu; *JCP G*, 2010, 642, note L. Marino ; *Contrats , conc., consomm*, 2010, comm. 132, note M.

particulier sur la chaîne de responsabilités dans une telle hypothèse. Fallait-il retenir celle de l'annonceur qui « *réserve* » la marque d'autrui, ou celle du prestataire de services de référencement qui met à la disposition des annonceurs la possibilité de choisir de tels mots-clés ? La Cour européenne a alors écarté la responsabilité des prestataires de référencement, tout en retenant celle de l'annonceur dans des cas très limités.

La Cour rappelant les conditions de fond d'une contrefaçon de marques en cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou des services identiques : un usage dans la vie des affaires, un usage pour des produits ou des services et une atteinte effective ou potentielle aux fonctions de la marque. Ces conditions étant par ailleurs identiques à celles énoncées dans la loi unifiée sur les marques des pays du Conseil de coopération du Golfe[1663].

501. La condition de l'atteinte effective ou potentielle aux fonctions de la marque, nécessité un bref commentaire de notre part. En effet, malgré l'emploi du pluriel, la Cour n'a longtemps visé que la fonction de garantie d'origine, considérée comme la fonction essentielle de la marque. Ce n'est qu'en 2009[1664] qu'elle a précisé que le droit de marque est également protégé

Malaurie-Vignal; *RLDI*, 2010/59, p. 3, obs L. Costes; Europe , 2010, comm. 181, note L. Idot; *PI*, juill 2010, p. 823-832, note F. Pollaud-Dulian; *Gaz. Pal*., déc, 2010 , n° 351-352, p. 5-10, note C. Maréchal; *Droit et patr*., oct. 2010, p. 96-101, chron. D. Velardocchio; CJUE , 25 mars 2010, aff. C-278/08, *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH c / Günther Guni et trekking at Reisen GmbH; Comm. com. électr*., juin 2010, ét. 12, note G. Bonet ; *PI.* juill. 2010, p. 823-832, note F. Pollaud-Dulian ; *Comm com. électr*., 2010, comm. 70, obs. Ch. Caron, *Gaz. Pal*, déc. 2010, n° 351-352, p. 5-10, note C. Maréchal ; *Droit et patr*., oct. 2010, p. 96-101, chron . D. Velardocchio; D. 2011, p. 908 et s., chron. S. Durrande; CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, *Portakabin Ltd et Portakabin BV c/ Primakabin BV ; Comm. com. électr*., oct. 2010, comm. 93, note Ch. Caron, Propr ind, 2010, comm. 64, note A. Folliard-Monguiral; *Gaz Pal*., déc. 2010, n° 351-352, p. 5-10 , note C. Maréchal; Europe, oct. 2010, p. 38, obs. L. Idot; Droit et patr, oct. 2010, p. 96-101, chron . D. Velardocchio; D. 2011, p. 911, obs. S. Durrande; CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora Inc.et Interflora British Unit c/ Marks &Spencer Plc et Flowers Direct online Ltd ; Comm. com. électr*, déc. 2011, n° 12, p. 24-27, note Ch. Caron; RLDI, 2011, nov. 2011, n° 76, p. 6-15, note E. Wery et L. Breteau ; *ibid*., déc. 2011, n° 77, p. 10-18, note B. Humblot; ibid., p. 60-66, note E. Tardieu-Guigues; Europe, 2011, comm. 32, note L, Idot ; *Gaz. Pal*., 2012, n° 46-47, p. 19-20, chron. L. Marino ; *JCP E*, 2012, n° 3, p. 47-49, note M. Bourgeois ; *RTD com*., 2012, p. 103-105, note J. Azéma. V. aussi, sur ces arrêts, A. Bouvel, « *La construction du droit des marques par la Cour de justice à la lumière du contentieux relatif au référence ment payant des sites* », in Ch. Geiger (dir.), « *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe »*, LexisNexis, coll. «CEIPI», 2013, p. 73-83; M.-E. Haas, « AdWords: le débat n'est pas clos», PI, avril 2013, n° 47, p. 168-177; P. Tréfigny, art. cit.; J.-P. Clavier, « *L'usage en ligne illicite d'un signe distinctif: aspects de propriété intellectuelle* », in S. Chatry (dir.), *La régulation d'Internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, 2015, p. 43-57.

[1663] V. Article 17 et article 41 de la loi des marque GCC.

[1664] CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal et al., aff. C-487/07, Rec 2009, p. 1-05185 ; *JCP G*, 2009, n° 31, 180, obs L. Marino ; *Comm. com. électr*., déc. 2009, n° 12, comm. 111, obs. Ch. Caron ; *Propr. ind*, 2009, n° 9, comm. 51,

contre des usages qui portent ou seraient susceptibles de porter atteinte aux fonctions « *accessoires* » de la marque, c'est-à-dire aux fonctions de publicité, de communication, d'investissement et de garantie de qualité[1665]. En revanche, la fonction d'exclusivité qui a été la première fonction reconnue au droit de marque semble désormais totalement tombée en désuétude[1666]. Pour la doctrine arabe[1667], l'importance du rôle joué par la marque apparaît à travers les fonctions qu'elle remplit dans le contexte de concurrence entre projets commerciaux similaires ou similaires, où la marque est considérée comme un symbole qui distingue l'origine du produit. En deuxième lieu, la marque est considérée comme un moyen de garantir certaines qualités des produits ou services couverts par la marque, car apposer une marque spécifique sur un produit ou sur toute institution qui fournit un service est une forme de garantie de la qualité du produit et du service. Ainsi, le consommateur regarde souvent la marque qui distingue le produit avant de décider de l'acheter ou non. Troisièmement, la marque est considérée comme un moyen de publicité pour un produit ou un service donc il joue une fonction publicitaire considérant que la publicité est l'âme du commerce à l'ère moderne.

L'interprétation de la jurisprudence est restrictive à un double-titre : en ce qu'elle exonère de toute responsabilité le prestataire (A), tout en limitant celle de l'annonceur (B)

obs. A. Folliard-Monguiral; *RLDI*, oct. 2009, n° 53, p. 8, obs. B. Humblot; *PI*, 2010, n° 34, p. 655, obs. G. Bonet; LEGICOM, janv. 2010, n° 4, p. 5-16, obs. Y Reboul.

[1665] Sur ces fonctions, v. not. J. Passa, « C*aractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste* », *Propr, ind*, janv. 2011, ét. 1 ; « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? Utilité ?», *Propr ind*., juin 2012, ét. 11 ; J. Larrieu, *« Les nouvelles fonctions de la marque* », in J. Larrieu (dir.), *Les métamorphoses de la marque, LGDJ/Presses* de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 55-65.

[1666] Pour un exposé très complet sur ce point et sur la jurisprudence de la CJUE, Y. Basire, *« Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* », LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, n° 206 et s.

[1667] Abdul Rahman Al-Sayyid Qarman, « *Tendances modernes en matière des marques renommée* », une étude comparative entre les lois égyptiennes et françaises, Dar Al-Nahda, Le Caire 2016, p. 10 et s., Muhammad Hosni Abbas, Propriété industrielle, deuxième partie, édition 1996, p. 253 et s., Abdul-Fadil Muhammad Ahmed, Produits et services publicitaires d'un point de vue juridique, 1991, p.8 et s.

A. L’exonération de contrefaçon pour les prestataires de référencement

502. Le 8 juin 2000, le Parlement européen a adopté à l'unanimité, la directive n° 2000/31, relative à certains aspects juridiques des services des sociétés d'information, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Dont le quatrième article dont était consacré à réglementer le statut juridique des intermédiaires de services Internet. L'article 22 de la Directive européenne oblige les États membres de l'Union européenne à transposer ces dispositions dans leur législation interne avant le 17 janvier 2002. A cet effet, le 15 janvier 2003, le gouvernement français a présenté un projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, adopté par le législateur français le 21 juin 2004 créant à compter de cette date, le régime juridique applicable aux prestataires de référencement en France.

503. En droit arabe, seul le législateur saoudien possédait un système juridique pour une large part similaire à la législation européenne[1668]. En Égypte, le législateur n'a pas réglementé la responsabilité des fournisseurs de services Internet.

Au Koweït, il existe une loi temporaire sur les transactions électroniques n°20 de 2014, mais dépourvue de tout texte abordant la question de la responsabilité des fournisseurs de services Internet. De notre point de vue, cela tenait très probablement, à la volonté du législateur koweitien d’observer d’abord l’évolution du commerce électronique qui n’en était qu’à ses prémices au Koweït, à l’époque de l’adoption de la loi. De nos jours, avec le recul du temps et un développement d’Internet et donc des échanges commerciaux électroniques, du fait également de l’existence de nombreuses législations dans les pays voisins ayant abordé cette question, le législateur semble être prêt à codifier et réglementer ce secteur.

Pour mieux mesurer l’état du droit, tant au Koweït qu’en Égypte, il faut s’interroger sur le sort réservé en pratique, à une action en justice intentée par un citoyen victime d’un préjudice

[1668] V. Loi saoudienne sur le commerce électronique 2019.

lié à sa réputation, ainsi qu'à sa vie privée familiale et professionnelle, suite à la publication sur Internet de fausses informations le visant. A cet égard, bien qu'il existe un consensus sur la responsabilité de principe du propriétaire de fausses informations, la responsabilité des fournisseurs de services Internet reste floue, du fait notamment de l'absence de contrôles des pratiques des prestataires de service Internet. Ce sont donc les règles de droit commun en matière de responsabilité civile délictuelle (action en concurrence déloyale) qui continuent de s'appliquer en attente d'une législation ad hoc.

504. Il s'ensuit donc de fait que le droit des marques demeure pour le moment inapplicable aux prestataires de référencement**.** Pour écarter la qualification de contrefaçon, la Cour de justice considère en effet que, si le prestataire exerce bien une activité commerciale en stockant des signes identiques à des marques sélectionnées par les annonceurs et en organisant l'affichage de liens promotionnels à partir de ceux-ci, il ne fait pas, un « *usage* » de ces signes au sens de l'article 5 de la directive n° 89/104/CE[1669] Puisque pour qu'il y ait « *usage* » d'un signe identique ou similaire à la marque du titulaire par un tiers, il est nécessaire que ce dernier fasse, à tout le moins, « *une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale* ». Dans le même sens, l'article 17 paragraphe 2 de la loi des marques GCC dispose : « *2. Le titulaire d'une marque enregistrée peut interdire à des tiers d'utiliser, sans son approbation, une marque similaire ou identique, y compris tout indicateur géographique, dans la vie des affaires, pour distinguer des produits ou des services identiques, similaires pour lequel la marque a été enregistrée, d'une manière qui prête à confusion pour les consommateurs, et une telle confusion peut survenir en cas d'utilisation de la même marque ou d'une marque similaire pour distinguer des produits ou des services similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée* ». Le cœur du raisonnement de la Cour consiste à dire que le prestataire n'est pas celui qui fait « usage » desdits signes. Il ne fait « que » permettre à ses

[1669] Arrêt Google, préc., pt. 55-56.

clients d'en faire usage[1670]. Dès lors, il importe peu que la marque en cause soit renommée[1671] ou que le prestataire soit rémunéré par ses clients ou encore que le lien commercial, qui apparaît grâce au système AdWords, permette d'accéder à un site proposant des contrefaçons. Cette solution, considérée parfois comme découlant d'une « *logique rigoureuse* »[1672], est clairement gravement préjudiciable à l'égard des titulaires de marques. Elle permet de faire prospérer une pratique qui relève de manière indiscutable de la contrefaçon par fourniture de moyens[1673].

La jurisprudence pour justifier ce choix d'exonérer le prestataire de services internet, se fonde sur l'exigence d'un « *comportement actif et une maîtrise, directe ou indirecte, de l'acte constituant l'usage* »[1674]. Autrement dit, les prestataires sont vus comme de simples portes d'accès au réseau, n'ayant aucune influence sur les usages qui pourraient être faits des marques diffusées à l'occasion de cette connexion. Cette formule revient à poser la question de savoir si

[1670] Pour une application récente de cette solution en droit français : *Cass. com*., 20 janv. 2015 n° 11-28.567 ; *RTD eur*., 2015, p. 348 et s., obs. A. Quiquerez ; D. 2015, p. 1079 et s., obs. S. Chatry ; *Comm com électr*., mars 2015, n° 3, comm. 21, obs. G. Loiscau; *PI*, juill, 2015, n° 56, p. 311-315, obs A. Bouvel: D 2015, p. 2214 et s, chron. P. Tréfigny; D. 2016, p. 396 et s., spéc. n° 27, chron. N. Martial-Braz.

[1671] Cette solution a été clairement réaffirmée par l'arrêt de la Chambre commerciale du 20 janvier 2015 préc. Celle-ci vient en effet censurer l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 octobre 2011 qui avait reconnu, pour condamner le prestataire de référencement sur le fondement de l'article L. 713-5 CPI, que celui-ci, « *en faisant en toute connaissance de cause bénéficier les internautes du pouvoir attractif de ces marques, tire indûment profit de la notoriété de celles-ci et lèse ainsi les intérêts de leur titulaire* » CA Paris, 2e ch 28 oct. 2011, *Sté Tuto4 com c/ SNCF; RLDI*, déc. 2011, n° 77, p 41-42, obs. L. Costes.

[1672] G. Bonet, « Publicité sur Internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou directive n° 2000/30/CE ?», *Comm. com. électr*, juin 2010, n° 6, ét. 12, spéc. n° 4. Cet argument a néanmoins parfois pu être critiqué « *dans la mesure où non seulement le prestataire propose de choisir certains mots-clés, mais aussi reproduit les signes à la demande de l'annonceur, tout en percevant des revenus dans le cadre de cette activité* » : A. Quiquerez, « *La jurisprudence européenne Google de nouveau appliquée par la Cour de cassation* », *RTD eur*, 2015, p. 348 et s.

[1673] G. Bonet, *loc cit*. V. aussi AIPPI, « *La responsabilité pour contrefaçon par fourniture de moyen des droits de propriété intellectuelle »*, Rapport Q204, France, 2008, p. 1. Nous noterons à ce sujet que les demandeurs dans l'affaire *Google c/ Louis Vuitton* avait d'ailleurs proposé que la responsabilité du prestataire de référencement soit retenue au titre d'une participation à la contrefaçon. Ils essayaient de faire reconnaître une sorte de « *contributory trademark infringement* » qui permet aux États-Unis d'étendre la protection de droit de marque à ceux qui aurait intentionnellement incité à un tiers à porter atteinte à une marque. V. les conclusions de l'avocat général, M. M. Poiares Maduro, dans les affaires CJUE, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, et 22 sept 2009, pt. 117. V aussi A. Piacitelli-Guedj, « *Les prestataires de services de référencement payant sur Internet à l'épreuve du droit des marques : analyse comparée des droits européen et américain », Propr ind*, juin 2014, n° 6, ét. 15.

[1674] CJUE, 3 mars 2016, aff. C-179/15, Daimler AG c/ Együd Garage Gépjármujavító és Értékesíto Kft., pt 39 : JurisData n° 2016-004664 ; Comm. com. électr. 2016, comm. 32, C. Caron ; Propr. industr. 2016, comm. 26, A. Folliard-Monguiral. – Réaffirmé dans CJUE, 2 juill. 2020, aff. C-684/19, mk advokaten GbR c/ MBK Rechtsanwälte GbR : JurisData n° 2020-010244 ; PIBD 2020, n° 1144, III, p. 3 ; LEPI 9/2020, note J.-P. Clavier ; Propr. industr. 2020, comm. 51, A. Folliard-Monguiral ; Comm. com. électr. 2020, comm. 70, note P. Kamina.

le prestataire agit sur instruction du tiers annonceur[1675] ; auquel cas, il ne saurait être tenu pour responsable, que s'il agissait en son propre nom et pour son propre compte. Puisqu'ils ne doivent pas être à l'origine de la transmission, ne peuvent sélectionner les destinataires, ni modifier les informations contenues dans les messages diffusés. C'est pourquoi, ils ne ne sauraient être considérés comme ayant « *un comportement actif et une maîtrise, directe ou indirecte, de l'acte constituant l'usage* ». En clair, il faudrait que le prestataire soit lui-même à la fois annonceur et son propre prestataire de service, pour pouvoir encourir tout responsabilité.

De fait, il ressort de l'examen de la jurisprudence que la responsabilité des prestataires au titre du droit des marques est rarement retenue, en dehors d'un comportement actif et d'un usage dans le cadre de leur propre communication commerciale. Il en résulte que cette situation laisse les titulaires de droits, frustrés face à ce qui constitue selon un véritable déni de leurs droits, qui est appelé à s'aggraver, compte tenu du développement exponentiel des échanges économiques sur Internet, symbolisé par la place croissante occupée, par les places de marché en ligne, qui promeuvent en toute impunité la commercialisation des produits contrefaisants[1676].

505. Nous sommes en effet en phase avec les titulaires des droits liés aux marques, et donc en désaccord fondamental avec une telle interprétation de la loi, dont nous rappelons qu'elle est une construction prétorienne née de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Et qui s'est imposée dans les jurisprudences nationales des États-membres de l'Union européenne. Exonérer les prestataires de services internet de toute responsabilité constitue selon nous, une menace existentielle pour le droit des marques, tout en organisant une irresponsabilité des prestataires de services sur internet, qui est par ailleurs difficile à justifier en droit de la responsabilité. Elle est inédite et dérogatoire à la responsabilité du diffuseur bien

[1675] A. Folliard-Monguiral, Arrêt MK Advocaten : responsabilité vis-à-vis d'annonces en ligne non consenties : Propr. industr. 2020, comm. 51.
[1676] Marzouk Suleiman Al-Amoush. « *Responsabilité civile des fournisseurs d'accès Internet* », thèse de doctorat, Université Ain Shams, Caire., 2019.P. 10 et S.

connue en droit de la presse en France par exemple. Ainsi, lorsqu'un organe de presse est condamné pour diffamation c'est très souvent en qualité de diffuseur, c'est-à-dire pour avoir relayé des propos diffamatoires tenus par un invité. Ce qui tombe sous le sens, puisque c'est la diffusion qui a donné corps à la diffamation. La même logique de raisonnement devrait prévaloir concernant les prestataires de services internet ; s'ils permettent de contrefaire des marques, y compris à leur corps défendant, ils devraient encourir une responsabilité en tant que diffuseur et n'être exonéré que s'ils ont fait signer à l'annonceur un contrat les exonérant de toute responsabilité, en cas de publication d'une marque protégée.

La circonstance qu'il existe une responsabilité qui pèse sur les épaules de l'annonceur ne change pas la problématique. Les prestataires de services ne peuvent rester impunis, au nom de la protection des échanges économiques sur Internet. On ne peut sacrifier le droit des marques au bénéfice du droit du commerce électronique, les deux ne s'opposent pas mais se complètent de notre point de vue.

B. La qualification restrictive de contrefaçon au bénéfice des annonceurs

506. Ainsi donc en matière de contrefaçon des marques en règle générale, la responsabilité pèse sur les épaules des annonceurs. Sur le fondement de plusieurs motifs possibles : lorsqu'en vue de désigner et vendre des produits concurrents l'annonceur réserve des mots-clés correspondant à la marque d'un tiers. Lorsqu'il utilise le système des « *AdWords* », ils sont là encore sans doute en infraction en portant atteinte au droit des marques.

507. En droit français et koweitien, la jurisprudence sanctionne l'annonceur sur le fondement de la contrefaçon, pour l'essentiel en cas d'atteinte à une marque, même si cette solution a parfois été remise en cause[1677]. Pour rappel, l'article L713-2 du code français de la propriété

[1677] Pour une exclusion très contestable de la contrefaçon à l'égard de l'annonceur : TGI Strasbourg 20 juillet 2007, *RLD*I janvier 2008, n° 34, n° 1128, note E. TarDieu-guigues ; P. Trefigny, Propr. industr. novembre 2007, comm. 87.

intellectuelle stipule qu' « *est interdit, sauf autorisation du titulaire de la marque, l'usage dans la vie des affaires pour des produits ou des services :1° D'un signe identique à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée ;2° D'un signe identique ou similaire à la marque et utilisé pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, s'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion incluant le risque d'association du signe avec la marque* ». L'article 17 paragraphe 2 de la loi des marques GCC précise que : « 2. *Le titulaire d'une marque enregistrée peut interdire à des tiers, sans son approbation, d'utiliser une marque similaire ou identique, y compris tout indicateur géographique, dans la vie des affaires, pour distinguer des produits ou des services identiques, similaires pour lequel la marque a été enregistrée, d'une manière qui prête à confusion pour les consommateurs, et une telle confusion peut survenir en cas d'utilisation de la même marque ou d'une marque similaire pour distinguer des produits ou des services similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée* ».

Après les arrêts *Google* du 23 mars 2010 et *Bergspechte* du 25 mars 2010, la Cour de justice s'est à nouveau prononcée sur ce point dans un arrêt *Portakabin* du 8 juillet 2010 dans lequel elle précise les conditions de cette action en contrefaçon[1678]. La Cour de cassation française a repris à son compte la solution, et la situation de l'annonceur est désormais clairement fixée. La contrefaçon est caractérisée lorsque l'usage non autorisé d'un signe identique à la marque, a lieu dans la vie des affaires, que cet usage est fait pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, et enfin que cet usage porte atteinte ou soit susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque. Ces trois conditions étant cumulatives[1679]. Il est incontestable que l'usage par l'annonceur a bien lieu

[1678] C. Caron, « *FAQ" n° 2 autour des liens commerciaux* », JCP ent. 2010, comm. 1961 ; M. Malaurie-vignal, « Contrefaçon et utilisation de mots-clés par un moteur de recherche », CCC octobre 2010, comm. 230 ; m. SCHAFFNER, « *Adwords : la clé du succès du système de mots-clés* », RLDI 2010, comm. n° 64 ; P. Trefigny-goy, « *Les liens commerciaux, suite ... ou la Cour de cassation, après la CJUE* », Propr. Industr. octobre 2010, comm. 66.
[1679] Article 5, parag.1, a), de la directive 89/104.

dans la vie des affaires, car ayant eu lieu dans le cadre d'une activité commerciale visant un avantage économique. L'affichage du mot-clé ne relève pas du hasard, puisqu'il vise précisément à conduire l'internaute sur le site marchand de l'annonceur. Enfin l'usage concerne des biens identiques.

Il nous reste à vérifier la condition de l'atteinte aux fonctions de la marque[1680].

C. Une approche devenue restrictive de l'atteinte à la fonction de garantie d'origine

508. Soulignons-le de prime abord, il s'agit ici de la fonction essentielle de la marque, à savoir la fonction d'indication d'origine, dans un contexte où la marque connaît de réelles transformations[1681]. La Cour considère qu'une atteinte à celle-ci peut apparaître : « *lorsque l'annonce ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers* »[1682]. Il revient dès lors aux juges nationaux d'apprécier si les faits du litige caractérisent une atteinte ou un risque d'atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque, autrement dit, de déterminer si l'emploi de la marque suggère un lien économique entre l'annonceur et le titulaire de la marque. A cet égard, la manière dont est rédigée l'annonce va s'avérer déterminante. Autrement dit, la Cour affirme que l'usage de la marque, comme mot-clé dans le système AdWords, n'entraîne pas *ipso facto* une atteinte à la fonction d'identification, même si le mot-clé sélectionné est identique à la marque enregistrée pour des produits ou des services identiques. Il faut démontrer un risque de confusion dans l'esprit de l'internaute[1683]. Si

[1680] A. Mendoza-Caminade. « *Les nouveaux visages de la contrefaçon* »., 2011., P.144-154.
[1681] *Les métamorphoses de la marque*, sous la direction de Jacques Larrieu, LGDG, Presses de l'Université Toulouse Capitole
[1682] Arrêt Google préc., pt. 84.
[1683] La personne de référence est l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif.

la solution n'est pas tout à fait nouvelle[1684], elle confirme la tendance à l'affaiblissement de la protection conférée par le droit de marque. Notamment dans ce cas précis de reproduction à l'identique pour des produits ou des services identiques. Pourtant, traditionnellement en France comme au Koweït, il était considéré que la double identité impliquait *de facto* une atteinte à la fonction de garantie d'origine[1685]. Le risque inhérent de confusion dans l'esprit du consommateur était présumé. C'est cette analyse qui semble être remise en cause par la Cour de justice, laquelle impose au titulaire du droit de marque de rapporter la preuve d'un risque de confusion dans l'esprit du consommateur.

A la « *complication probatoire* »[1686] pour le titulaire du droit de marque, s'ajoute un affaiblissement de l'exclusivité[1687] de son droit de propriété intellectuelle. On relèvera, par ailleurs, qu'une telle interprétation vide de son sens, la distinction opérée par la directive 2008/95/CE[1688], entre la contrefaçon par l'usage d'un signe identique pour des produits et des services identiques, et la contrefaçon par l'usage d'une marque identique pour des produits ou services similaires ou d'une marque similaire pour des produits ou services identiques ou similaires. La directive subordonne la qualification de contrefaçon à l'exigence d'un risque de confusion uniquement dans l'hypothèse d'une simple similarité[1689]. La protection est en effet

---

[1684] V. CJCE, 1re ch., 25 janv. 2007, aff. C-48/05, *Adam Opel AG c/ Autec AG*. Sur cet arrêt, v. not. A. Folliard-Monguiral, « *CJCE, arrêt Opel : tout est relatif, même la protection absolue* », *Propr. ind*, mars 2007, n° 3, comm. 18

[1685] CJCE, 20 mars 2003, aff. C-293/01, *LTJ Diffusion*, pt. 49 : « *En revanche, il convient de constater que l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive n'exige pas la preuve d'un tel risque pour accorder une protection absolue en cas d'identité du signe et de la marque ainsi que des produits ou des services* » V. aussi article 16, paragraphe 1 des ADPIC : « *En cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister* », et les conclusions de l'avocat général, M. Niilo Jääskinen, dans l'affaire Interflora, C-323/09, pt. 35 : « *La protection conférée par l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/104 dans l'hypothèse de signes et de produits ou services identiques est "absolue" dans le sens où le titulaire de la marque n'est pas tenu de démontrer l'existence d'un risque de confusion* ».

[1686] B. Humblot, « *Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE* », *RLDI,* déc. 2011, n° 7, p. 10-18, spéc. n° 5.

[1687] En ce sens, C. Le Goffic, « *Le titulaire de la marque, le référencement commercial et l'annonceur* », obs, sous Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110 ; *Gaz. Pal*., oct. 2012, n° 285, p. 13, *in fine*.

[1688] Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques qui a fait l'objet d'une refonte par la directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

[1689] Article 5, paragraphe 1, b) de la directive préc. ; article 10, paragraphe 2, b) de la directive du 16 déc. 2015, préc. En droit français, la contrefaçon par similarité est régie par l'article L. 713-2 CPI. L'article 17 de la loi des marques GCC.

moins étendue lorsque le signe ou les produits ou services sont similaires. Seule une atteinte à la fonction de garantie d'origine permet de mettre en œuvre le droit de marque[1690]. Le risque de confusion apparaît donc comme « *la condition spécifique de la protection* »[1691].

509. La jurisprudence de la Cour de justice, en exigeant un risque de confusion pour une reproduction à l'identique, malgré le silence des textes[1692], semble donc soumettre la protection du droit de marque aux mêmes conditions que le signe utilisé, qu'il soit identique ou similaire[1693]. La jurisprudence européenne a été strictement appliquée en droit français. Plusieurs décisions ont refusé de reconnaître l'existence d'un acte de contrefaçon à l'encontre de l'annonceur, en vue de promouvoir des produits ou des services identiques. Alors même que le signe utilisé à titre de mot-clé était identique à la marque protégée.

Cela a été parfaitement illustré par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 25 septembre 2012[1694]. La Haute juridiction avait approuvé un arrêt de la Cour d'appel de Paris[1695] ayant considéré qu'une atteinte à la fonction de garantie d'identité

[1690] F. Pollaud-Dulian, « *La propriété industrielle* », Economica, 2011, n° 1662 et s. ; Y. Basire, « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* », LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, n° 255 et s. Pour une critique de cette approche, v. J. Passa, « *Caractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste* », *Propr. ind*., janv. 2011, ét. 1.

[1691] Considérant n° 11 de la directive 2008/95/CE, préc.; considérant n° 16 de la directive (UE) 2015/2436, préc. V. aussi CJCE, 18 juin 2009, *L'Oréal*, aff. C-487/07, pt. 59.

[1692] En réalité, la Cour de justice semble toujours distinguer les hypothèses de l'article 5, paragraphe 1, a) de la directive (double identité) et de l'article 5, paragraphe 2, b) de la directive (simple similarité). C'est ce qui apparaît à la lecture de l'arrêt *BergSpechte* (CJUE, 25 mars 2010, aff. C-278/08, préc.). Néanmoins, elle définit l'atteinte à la fonction d'identité d'origine en cas de reproduction à l'identique de la même manière que le risque de confusion qui est exigé en cas de simple similarité. Des auteurs ont alors pu noter que « *si les deux notions se superposent, la différence devient purement sémantique: on parlera d'atteinte à la fonction d'origine lorsqu'on vérifie l'atteinte à la fonction essentielle de la marque sur la base de l'article 5.1 a), et de risque de confusion lorsque l'analyse a lieu sur la base de l'article 5.1 b)* »: E. Wery et L. Breteau, « *Droit des marques: la justice européenne met à mort la contrefaçon par reproduction "à la française"*», *RLDI*, nov. 2011, n° 76, p. 6-15, spéc. p. 15. V. aussi C. Maréchal, « *Liens "sponsorisés" et le droit des marques : les suites de l'arrêt Google* », *Gaz. Pal*., déc. 2010, p. 5 et s.

[1693] B. Humblot, « *Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE* », *RLDI*, déc. 2011, n° 7, p. 10-18, spéc. n° 3 et s.; J. Canlorbe, « Liens sponsorisés: nouvelles inquiétudes pour les titulaires de marques », *Légipresse*, juin 2011, n° 284, p. 349-355, spéc. p. 354.

[1694] Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110, *Google France c/ Société Auto IES* ; *Comm. com. électr*., déc. 2012, comm. 130, note Ch. Caron ; *Gaz Pal*., oct. 2012, n° 285, p. 13 et s., note C. Le Goffic, *Propr. ind*, janv. 2013, comm. 3, note Y. Basire*; RLDI*, avril 2013, n° 92, p 12-15, note M. de Guillenchmidt ; *D*. 2014, p. 326 et s., chron. N. Martial-Braz.

[1695] CA Paris, 1re ch., 2 févr. 2011, n° 08-02354, *Google France c/ Société Auto IES*, *D*. 2011, p. 741, obs. C. Manara ; *Comm. com. électr*., juin 2011, n° 6, comm. 52, obs. Ch. Caron ; *RLDI*, mai 2011, n° 71, p. 9-15, note E. Tardieu-Guigues *; Légipresse*, juin 2011, n° 284, p. 349-355, obs. J. Canlorbe.

d'origine ne pouvait être caractérisée, dès lors que : « *l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif appelé à consulter les résultats affichés en réponse à une recherche au sujet de la marque est en mesure de distinguer les produits ou les services du titulaire de cette marque de ceux qui ont une autre provenance* ». Pour aboutir à cette conclusion, les juges du fond s'étaient livrés, conformément aux prescriptions de la Cour de justice, à une analyse minutieuse des faits. Ils relevaient notamment, que l'indication « *Pourquoi pas votre annonce* » qui figurait à la fin de la rubrique « *Liens commerciaux* » laissaient supposer, du point de vue de l'internaute, que les sites indexés dans cette annonce n'avaient pas de lien avec la marque. Il en est de même pour le nom de domaine qui s'affiche sous les annonces. Celui-ci permet d'identifier l'annonceur et donc de le distinguer du titulaire de la marque.

510. La protection du droit des marques apparaît donc plus que fragile puisqu'il suffit « *à l'annonceur de prendre quelques précautions élémentaires* »[1696] pour écarter tout risque de confusion, et donc tout acte de contrefaçon.

Ce véritable déni des droits liés à la marque est d'autant plus flagrant qu'il est arrivé qu'un titulaire des droits d'une marque se retrouve sanctionné ! Ainsi une décision de la Cour de cassation[1697], a non seulement rejeté une action en contrefaçon pour des raisons identiques[1698], mais a au surplus, confirmé la condamnation (en appel) du demandeur au titre de la concurrence déloyale. Dans son arrêt, la Cour d'appel de Lyon[1699] avait jugé que ledit titulaire avait commis une faute en obtenant de la société Google qu'elle supprime le référencement du prétendu contrefacteur. Le titulaire avait, selon les juges du fond, « *privé indûment cette dernière d'un moyen d'accéder à une clientèle pour lui proposer son service de*

[1696] J. Canlorbe. *Loc. cit.*
[1697] Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15.534 ; Légipresse, juin 2013, p. 335 ; Contrats, conc., consomm., août 2013, n° 8, p. 26-27, note M. Malaurie-Vignal *; D.* 2013, p. 2487, chron. J. Larrieu *; Dr. et patr*., sept. 2013, n° 228, p. 72, chron. D. Velardocchio.
[1698] La formule de la Cour de justice est reprise in *extenso*.
[1699] CA Lyon, 22 mars 2012, *JurisData* n° 2012-006284 ; *RLDI*, avril 2012, n° 81, p. 29-31, obs. M.Trezeguet. La Cour se montre sévère puisqu'elle condamne le titulaire à 80000 euros de dommages-intérêts.

remplissage de formulaires par Internet » et par là-même, « *de la possibilité de générer un chiffre d'affaires important* ». La décision est particulièrement sévère pour les titulaires de marques qui apprécieraient mal le risque de confusion.

Il apparaît donc clairement que les motifs qui fondent les actions en contrefaçon en matière de marques (risque de confusion ou atteintes aux autres fonctions des marques), font l'objet d'appréciations de plus en plus restrictives de la part de la jurisprudence française. Sous l'influence notable comme nous l'avons déjà souligné, de la jurisprudence de la CJUE[1700].

D. Une dévitalisation de la fonction de publicité de la marque

511. A défaut de faire valoir le risque de confusion, ou l'atteinte à la garantie d'identité d'origine, en cas de reproduction à l'identique, le titulaire peut invoquer, une atteinte à la fonction publicitaire de la marque. La Cour de justice indique ainsi, dans son arrêt Google, que « *le titulaire d'une marque peut avoir non seulement l'objectif d'indiquer, par ladite marque, l'origine de ses produits ou de ses services, mais également celui d'employer sa marque à des fins publicitaires visant à informer et à persuader le consommateur* »[1701]. Ainsi, le titulaire pourrait théoriquement agir en contrefaçon en cas de reproduction à l'identique, « *lorsque l'usage de la marque porte atteinte à l'emploi de la marque, par son titulaire, en tant qu'élément de promotion des ventes ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale* »[1702].

En pratique malheureusement, l'application de cette fonction au contentieux des AdWords laisse les titulaires de droit de marque sur leur faim. Car si la Cour reconnaît que l'utilisation de mots-clés identiques à une marque enregistrée peut avoir des répercussions sur l'emploi publicitaire de ladite marque par son titulaire, ainsi que sur la stratégie commerciale de ce dernier[1703], pour autant, ces répercussions ne constituent pas, selon elle, une atteinte « *en*

[1700] J. WATHELET. « *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle* ». ., n°56 et s.
[1701] Arrêt *Google* préc., pt. 91.
[1702] Pt. 92.
[1703] Par exemple, Si un concurrent a déjà sélectionné la marque à titre de mot-clé, le titulaire sera contraint de payer un prix par clic plus important pour s'assurer de la visibilité de son annonce.

soi »[1704] à la fonction de publicité de la marque. D'autant plus que le titulaire n'est pas privé de tout moyen de promotion sur Internet, puisque son site Internet apparaîtra toujours dans la liste des résultats naturels proposés par le moteur de recherche.

Une fois de plus, le constat s'impose que les titulaires de droits de marque sont confrontés à un véritable déni de justice. Les juges réduisent de manière discrétionnaire la protection du droit de marque à des hypothèses extrêmement rares, au seul motif, discutable selon nous, qu'une telle pratique qui relève objectivement de la contrefaçon, ne fait pas obstacle à la promotion des produits ou services proposés par le titulaire de la marque.

Il en résulte en pratique, que la protection n'est accordée que s'il est démontré que l'usage de la marque a « *pour effet de priver le titulaire de cette marque de la possibilité d'utiliser efficacement se marque pour informer et persuader le consommateur* »[1705]. Alors même que l'emploi de la marque d'autrui comme mot-clé, pour afficher un lien commercial vers un site concurrent est de toute évidence, une forme de promotion des produits ou services offerts sur ce site à l'aide de la marque d'autrui[1706]. La Cour, en ignorant le préjudice du titulaire de la marque, vide de sa substance la fonction de publicité[1707].

E. Un assèchement de la fonction d'investissement de la marque

Un sort similaire est réservé à la fonction d'investissement puisque la Cour indique qu'il n'y a contrefaçon, que si l'usage par un tiers d'un signe identique à une marque enregistrée pour des produits ou des services identiques *« gêne de manière substantielle l'emploi, par (le) titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer ou de*

[1704] Pt. 95.
[1705] Arrêt *Interflora*, préc, pt. 59.
[1706] F. Pollaud-Dulian, « *L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial* », *PI*, juill. 2010, n° 36, p. 823-832, spéc. p. 827.
[1707] V. en ce sens Y. Basire, « *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif »,* LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014, n° 232.

fidéliser des consommateurs »[1708]. Si la marque bénéficie déjà d'une telle réputation, une atteinte est constituée si l'usage litigieux « *affecte cette réputation et met ainsi en péril le maintien de celle-ci* »[1709].

512. La protection des droits du titulaire de la marque est d'autant plus fragilisée, que la Cour limite les hypothèses d'atteinte à la fonction d'investissement dans plusieurs cas. D'abord, le titulaire d'une marque ne peut s'opposer « *à ce qu'un concurrent fasse, dans des conditions de concurrence loyale et respectueuse de la fonction d'indication d'origine de la marque, usage d'un signe identique à cette marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée, si cet usage a pour seule conséquence d'obliger le titulaire de cette marque à adapter ses efforts pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser les consommateurs* »[1710]. Ensuite, il importe peu que cet usage conduise certains consommateurs « *à se détourner des produits ou des services revêtus de ladite marque* »[1711].

On le voit bien, l'approche très restrictive du droit de marque s'exprime également dans la fonction d'investissement de ladite marque. Là également, la Cour de justice semble indiquer que ne peut être considéré comme contrefaisant, l'usage d'une marque identique pour des produits ou services identiques si celui-ci, bien que manifestement préjudiciable au titulaire de la marque, ne prive pas ce dernier d'acquérir ou de conserver une réputation.

L'exclusivité conférée par le droit des marques, est donc de nouveau remise en cause ou afin de protéger le développement du commerce électronique et préserver la libre concurrence. Pourtant, le contentieux des AdWords aurait été sans doute l'occasion de réaffirmer la fonction d'exclusivité, reconnue un temps au droit de marques[1712]. Celle-ci consiste à assurer au titulaire

[1708] Arrêt *Google* préc., pt. 62.
[1709] Pt. 63.
[1710] Pt. 64.
[1711] *Ibid*.
[1712] F. Pollaud-Dulian, « *L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet* », *PI*, juill. 2010, n° 36, p. 823-832, spéc. p. 826 ; C. Le Goffic, « L*e titulaire de la marque, le référencement*

« *le droit exclusif d'utiliser la marque pour la désignation dans le commerce de produits ou de services et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque pour la commercialisation ou la promotion de produits ou services identiques ou similaires* »[1713], Or, comme l'a souligné M. Pollaud-Dulian, « *l'utilisation de la marque d'autrui par un concurrent pour diriger les consommateurs vers son site commercial est la négation même de cette fonction d'exclusivité* »[1714].

513. En définitive, l'on pourrait se demander, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, mais aussi des juridictions françaises qui appliquent restrictivement celle-ci, si la libre concurrence ne s'est pas faite au détriment du droit des marques. Tant elles semblent tolérer des usages qui ne le seraient pas dans la « *vraie vie* »[1715]. Nous pensons par exemple à l'atteinte à la marque de renommée, en plus de l'interprétation du risque de confusion en cas de double identité des signes et des produits et services. Ou encore à l'appréciation des fonctions de la marque. S'il faut en effet faire preuve de prudence et d'éviter d'assimiler trop vite certains comportements à des atteintes au droit de marque, il faut à minima garantir sur Internet une protection équivalente.

Le droit des marques est, pour toutes ces raisons, de notre point de vue, menacé dans ses fondements mêmes[1716], au nom du développement du commerce et de la libre-concurrence.

---

commercial et l'annonceur », *Gaz. Pal*, oct. 2012, p. 13 et s., spéc. *in fine*; Y. Basire, « *Les fonctions de la marque »*.., , n° 225 et n° 232.

[1713] J. Passa, « *Droit de la propriété industrielle »*, t. I, 2° éd., LGDJ, 2009, n° 233, p. 279. Cette fonction a été la première définie par la Cour de justice : CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm*, aff. 16-74, Rec 1974, p. 1183, pt. 8.

[1714] F. Pollaud-Dulian, art. cit., p. 827.

[1715] B. SAVIN., « L'atteinte au droit de marque sur Internet »., Étude premier Prix APRAM 2021., n° 9, Septembre 2021.

[1716] B. Humblot, « *De l'absolu à l'absolument relatif : faits et méfaits de la propriété sous condition d'atteinte substantielle* », *RLDI*, juill. 2012, n° 84, p. 88-89, spéc. n° 5: « *La Cour propose ainsi une lecture aux arrière-plans économiques [...] du droit des marques qui consiste, au cas par cas, à mettre en balance les avantages et les inconvénients supposés de l'octroi ou du refus de la protection, à la lumière du seul impératif (devenu idéologique?) de concurrence et de "bien-être du consommateur". Le résultat est une protection qui perd en prévisibilité – et en intelligibilité pour les justiciables – en n'étant plus accordée que de manière conditionnelle et pointilliste. C'est oublier que la propriété est une institution sociale structurante et qu'il est hasardeux d'en faire dépendre l'effectivité même, d'une évaluation au cas par cas de ses conséquences* ». V aussi N. Binctin, « *Propriété intellectuelle et innovation : quels enjeux* ?», *Le Petit Juriste*, 22 juin 2015, disponible sur le site lepetitjuriste fr. L'auteur considère que la Cour de justice « en libérant totalement l'utilisation des marques d'autrui pour le référencement en ligne a très largement consommé l'intérêt du droit des marques en ligne ». Cette jurisprudence

En qualifiant certains usages clairement contrefaisants de : « *pratiques inhérentes au jeu de la concurrence* »[1717], la jurisprudence semble en effet vouloir stimuler la concurrence entre les opérateurs sur Internet[1718], et favoriser ainsi les liens commerciaux au bénéficie du consommateur qui disposerait ainsi d'« *une alternative par rapport aux produits et aux services du titulaire de la marque* »[1719]. Le « *bien-être* » du consommateur apparaît une fois encore comme « *l'étalon-or* » ultime, au risque de faire disparaître peu à peu la protection des droits de propriété intellectuelle[1720].

514. Il nous semble donc qu'il faille retrouver un équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux des titulaires des droits de propriété intellectuelle en général, et en l'espèce des droits liés à la marque[1721]. Comme du reste, le résume M[me] Tréfigny qui écrit que : « *la concurrence doit exister, mais peut-être serait-il souhaitable de trouver un équilibre plus respectueux des efforts mis en œuvre par certains, dont les fruits sont enviés par d'autre qui se contentent de situer dans leur sillage en utilisant, dans le principe de spécialité, les marques d'autrui* »[1722].

515. Face à ce que nous n'hésitons pas de nouveau à qualifier de véritable déni de justice infligé aux titulaires de droits liés aux marques, les actions en concurrence déloyale et en parasitisme vont donc s'avérer des instruments subsidiaires indispensables pour réinstiller l'équilibre entre les différents intérêts en présence. Au demeurant, la Cour de justice de l'Union européenne suggère elle-même un recours à ces instruments. Elle affirme, notamment, que « *la*

---

est le résultat d'une « *opposition de la propriété à des nouveaux usages de biens [...] avec une question de société fondamentale : est-ce qu'on privilégie le respect de la propriété privée ou la liberté de la consommation* ?».

[1717] CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora*, C-323/09, préc., pt. 57.

[1718] En ce sens, E. Tardicu-Guigues, « *La concurrence entre les opérateurs économiques favorisée aux dépens du droit des marques* », *RLDI*, mai 2011, n° 71, p. 9-15 ; du même auteur, « État des lieux 2012 : Internet, marques, intermédiaires, référencement... », *RLDI*, juill. 2010, n° 84, p. 61-70, spéc. p. 61 ; P. Tréfigny, « *Les liens commerciaux et le droit des marques* », in J.-M. Bruguière (dir.), « *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet. Quid novi ? »* Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », *CUERPI*, 2014, p. 91-102.

[1719] CJUE, 23 mars 2010, Google, préc., pt. 69.

[1720] J. WATHELET. « *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle* » ., n°155.

[1721] Farouk Luqman, « *Obligations du fournisseur de services dans le système saoudien de commerce électronique* », ., P. 358.

[1722] P. Tréfigny, art. cit., spéc. p. 101.

responsabilité d'annonceurs sur Internet peut, le cas échéant, être engagée en application de règles d'autres domaines de droit, telles que celles sur la concurrence déloyale »[1723].

Nous pouvons noter cependant que les prestataires des services internet restent exonérés de toute responsabilité au détriment des seuls annonceurs. Il serait sans doute pertinent d'enfin les impliquer dans la chaîne de responsabilités, autrement ce serait alourdir injustement celle des annonceurs, ce qui constituerait une autre forme de déni de justice inversée, mais cette fois au détriment des annonceurs.

§3-Le recours subsidiaire à l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme

Le droit des marques fait face à plusieurs types d'atteintes tant leur nombre, leur nature et leurs acteurs sont divers. D'un autre côté nous venons de constater que la protection des droits est contre toute attente mal assurée par le droit de la propriété intellectuelle, ou plutôt par la jurisprudence du droit des marques, sous la houlette de la CJUE.

Le recours au droit commun de la responsabilité civile, à la concurrence déloyale et au parasitisme s'est donc naturellement imposé aux titulaires de droits liés à la marque.

Il visera cependant principalement les annonceurs par défaut uniques responsables (B) au bénéfice des prestataires, par principe, civilement irresponsables (A).

A. L'irresponsabilité de principe des prestataires de référencement

516. C'est d'abord à l'encontre des prestataires de référencement que les actions en concurrence déloyale et en parasitisme ont été dirigées. On relèvera à cet égard la décision emblématique du TGI de Paris[1724], dans l'affaire opposant Google à Louis Vuitton. Le premeir avait agi à

[1723] CJUE, 23 mars 2010, pt. 87.
[1724] TGI Paris, 3e ch., 4 févr. 2005, SA Louis Vuitton Malletier c/ Société Google Inc. et SARL Google France ; *Comm. com. électr*, juill. 2005, n° 7, comm. 117, obs. Ph. Stoffel-Munck; *D*. 2005, p. 1037 et s., obs. Ch. Hugon. Confirmé par CA Paris, 4e ch., 28 juin 2006 ; *RIDA*, avril 2006, n° 224, p. 31-47 ; *RLDI*, sept. 2006, n° 19, n° 529, p. 13-16, obs. E. Tardieu-Guigues ; *JCP E*, 2007, 1084, chron. E. Tardieu Guigues ; *Gaz. Pal*., oct. 2006, p. 6-7, obs. B. Thoré.

l'encontre de Google, au motif que la saisie du mot-clé « *Vuitton* » déclenchait, en marge des résultats de recherche, des liens commerciaux renvoyant à des sites qui proposaient des contrefaçons de sa marque. Le prestataire de référencement fut logiquement condamné pour concurrence déloyale[1725], qui relevait plus précisément, de la complicité de parasitisme[1726] à notre sens. Pour les juges du fond : « *la reprise [...] du terme "Vuitton" [...] constitue en outre un acte de concurrence déloyale d'autant plus caractérisé que cette reprise a pour résultat de faire apparaître en tête de la liste des "liens commerciaux" des sites qui ont précisément pour activité de promouvoir des produits qui imitent ceux commercialisés par la société Louis Vuitton* ». La décision fut à juste raison largement approuvée par la doctrine. M. Stoffel-Munck[1727], notamment, fait un parallèle avec la technique dite du « *couponnage électronique* ». Celle-ci consiste, lors d'un passage en caisse, à lire les informations portées sur les codes-barres d'un produit et à déclencher en fonction de ces informations un bon de réduction sur un produit concurrent. Ayant pour effet de détourner la clientèle d'un concurrent, ce procédé fut également considéré comme déloyal par la jurisprudence[1728]. Il ne pouvait qu'en être de même *à fortiori*, selon l'auteur, concernant la technique des liens sponsorisés « *lorsque l'élément qui déclenche l'invitation à aller voir le concurrent fait l'objet d'un droit privatif, comme une marque* »[1729]. La société Google participe à cette pratique déloyale puisqu'elle « *ne fait pas qu'informer un internaute de la diversité de l'offre sur le marché ; en réemployant un élément*

[1725] V., dans un sens similaire, T. com. Paris, 15e ch., 24 nov. 2006, *Société One Tel c/ Sociétés Google et Société Olfo, RLDI*, févr. 2007, n° 24, p. 27-28, note J-B. Auroux et L. Costes; *RLDI*, mars 2007, n° 25, p. 9-11, obs. E. Tardieu-Guigues: « *Google qui réalise un chiffre d'affaires significatif avec le système AdWords et doit agir en suivant les usages loyaux du commerce, doit s'obliger, lorsqu'elle fait la démarche de proposer son générateur de mots-clés une liste de mots-clés réunis sur des critères statistiques, à adopter des mesures de précaution afin de ne pas se mettre dans la situation d'apporter, de facto, du fait de la mise à disposition de son service et de son outil de génération de mots-clés une aide à ses clients dans la communication d'atteintes aux droits des tiers [...]. L'absence de vérification et/ou de mise en valeur claire de ce risque de violation constituerait une aide que Google accepterait de façon consciente d'apporter au concurrent déloyal* ».

[1726] Comp. E. Tardieu-Guigues, obs. sous CA Paris, 4e ch., 28 juin 2006, *RLDI*, mars 2007, n° 25, p. 9-11.

[1727] Ph. Stoffel-Munck, « *Les liens sponsorisés comme source de responsabilité : quand chercher "Vuitton" amène sur le site "Faux Vuitton" », Comm. com, électr.*, juill. 2005, n° 7, comm. 117.

[1728] V. not. P.-Y. Gautier, « La distr*ibution "secouée" par la règle morale : du mauvais usage du code à barres d'autrui (suite)* », *JCP E*, 1998, II, 10026.

[1729] Ph. Stoffel-Munck, art. cit.

spécifique au commerçant pour privilégier ses concurrents, elle prête la main à un détournement déloyal de clientèle »[1730].

Plus récemment, la Cour d'appel de Paris[1731] a suivi un raisonnement similaire. Après avoir retenu la responsabilité de l'annonceur pour concurrence déloyale et pour concurrence parasitaire, elle relève qu'en proposant comme mot-clé, dans le programme AdWords, la dénomination sociale et le nom de domaine d'autrui, « *et en faisant ensuite apparaître sur la page de recherche s'ouvrant à la suite d'un clic sur ledit mot-clé, sous l'intitulé "liens commerciaux", le site d'un concurrent à celui correspondant au mot-clé, la société Google Inc. a également contribué techniquement à la confusion générée dans l'esprit du public intéressé* ». Ainsi, l'annonceur comme le prestataire de référencement ont « *au travers de manquements à la loyauté commerciale spécifiques et propres, contribué à l'entier dommage subi* » par le titulaire des signes distinctifs.

A l'analyse, les juges du fond ont considéré à juste raison selon nous, que la responsabilité du prestataire était incontestable, en ce qu'il a participé aux agissements déloyaux de l'annonceur en leur donnant une visibilité. Google apparaît comme un complice, puisqu'ayant fourni le moyen technique de parasiter les investissements d'autrui. Pourtant contre toute attente, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris est censuré par la chambre commerciale de la Cour de cassation[1732]. La Haute juridiction estime *« qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Google Inc. qui revendiquait le régime de responsabilité limitée institué au profit des hébergeurs de contenus par l'article 6, I-2 de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé* ». L'arrêt est, donc, cassé, car les juges parisiens n'ont pas vérifié si Google avait joué ou non

[1730] *Ibid.*
[1731] CA Paris, 4e ch., 11 mai 2011, Google France et Inc c/ Cobrason, Home Cine Solutions ; RLDI, juill. 2011, n° 73, p. 66-67, note L. Costes.
[1732] Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et 11-24.713 ; *RLDI*, mars 2013, n° 91, p. 47, obs. L. Costes : *RLDI*, avril 2013, n° 92, p. 12-15, obs. M. de Guillenchmidt; *Gaz. Pal*, juill, 2013, n° 199, p. 12, chron. L. Marino; D. 2013, p. 2487, chron. J. Larrieu; *LPA*, févr. 2015, n 39, p. 4, chron. X. Daverat.

un « *rôle actif* » et pouvait bénéficier du régime de responsabilité dérogatoire mis en place pour les hébergeurs, en vertu de la directive *commerce électronique*[1733], transposée par la loi LCEN du 21 juin 2004[1734]. Il nous faut rappeler brièvement qu'un régime de faveur a été instauré au profit des hébergeurs que la loi définit comme : « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toutes natures fournis par des destinataires de ces services* ».

Ainsi selon l'article 14 de la directive sur *le commerce électronique* et l'article 6-l, 2° de la LCEN, les hébergeurs « *ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». c'est ce régime qui a été revendiqué par Google, qui estime que le service de référencement payant qu'elle propose est assimilable à un hébergement des données de l'annonceur. Saisie sur ce point, la Cour de justice de l'Union européenne répond que le prestataire de référencement fournit « *un service de la société de l'information* », c'est-à-dire une prestation à distance au moyen d'équipements électroniques de traitement et de stockage de données. Il s'ensuit qu'il peut légitimement bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité, si le rôle qu'il exerce « *est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke* »[1735].

[1733] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« *directive sur le commerce électronique* »).
[1734] Loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
[1735] CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, pt. 114. V. spéc. Sur cette question Ph. Stoffel-Munck, « *La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords* », *Comm. com. électr*., sept. 2010, comm. 88.

La Cour de justice admet que le régime posé par l'article 14 de la directive est susceptible de s'appliquer aux prestataires de référencement et donne des directives pour apprécier l'existence d'un éventuel « *rôle actif* ». C'est seulement quelques mois après les arrêts de la CJUE, qu'est intervenu l'arrêt de la Cour de cassation ayant donné raison à Google. Décision ayant fait jurisprudence auprès des juridictions françaises qui ont appliqué à Google ce régime de responsabilité restreint, et ainsi rejeté l'ensemble des actions en responsabilité civile dirigées contre elle[1736]. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence car jusqu'à l'adoption de l'arrêt de la Cour de cassation, la jurisprudence refusait d'appliquer ce régime de responsabilité aux prestataires de référencement[1737].

Ce qui constitue là encore, un nouveau revers pour les titulaires de droits liés à la marque. Et une nouvelle victoire pour les prestataires qui échappent de nouveau à toute responsabilité, après avoir se voir exonéré de toute responsabilité en matière de contrefaçon de marques sur internet, en leur qualité de diffuseur ! ici également, leur irresponsabilité est de principe, y compris au titre de la simple complicité de concurrence déloyale ou de parasitisme, ce qui est à nos yeux un défi au bon sens et surtout, comme nous le soulignions plus haut un déni de justice infligé aux titulaire de la marque contrefaite. Le prestataire ne sera responsable ou complice que s'il a joué un « *rôle actif* » dans les faits reprochés. Or la charge de la preuve de ce *rôle actif présumé*, pèse sur le demandeur en justice. En l'espèce c'était à la société Vuitton de démontrer un « *rôle actif* » joué par Google dans la rédaction du message promotionnel, ou dans la sélection des mots-clés, ce qui risque au regard des critères

[1736] Cass. com., 13 juill. 2010, n° 06-15.136, *Google France c/Société CNRRH*, *Contrats, conc., consomm*., oct. 2010, comm. 229, obs. M. Malaurie-Vignal ; *D*. 2010, p. 1966, obs. P. Tréfigny-Goy, p. 1966 et p. 2540, obs. Y. Picod ; CA Paris, 2e ch., 19 nov. 2010, n° 08-00620, *Google France c/Syndicat Français de la literie ; Comm. com. électr.,* juin 2011, n° 6, comm. 52, obs. Ch. Caron *; Gaz, Pal.,* févr. 2011, n° 55 p. 13, chron. L. Marino.
[1737] V. not. TGI Paris, 8 déc. 2005, *Kertel c/ Cartephone et Google ; Propr. ind*., 2006, comm. 24, obs. P. Tréfigny.

d'appréciation particulièrement restrictifs de la jurisprudence actuelle, est particulièrement ardue[1738].

B. La responsabilité par défaut des annonceurs.

Elle est atténuée par plusieurs conditions les mettant quasiment à l'abri de toute poursuites s'ils font preuve de diligence. D'abord, la faute doit être intentionnelle , le parasitisme dit de *notoriété*, n'est pas sanctionnable, contrairement au parasitisme dit *d'investissement*, à l'occasion des « back links » .

C. L'élément moral : un risque de confusion délibéré de l'annonceur

517. Face à la quasi-impunité de principe des prestataires de référencement, il reste au titulaire d'un droit de marque la responsabilité de l'annonceur[1739]. Celui-ci, en choisissant la marque d'autrui comme mot-clé, cherche à détourner les internautes des produits ou des services du titulaire de la marque protégée vers son site, le tout sans aucun effort. Bénéficiant ainsi indûment de la notoriété de la marque ou des investissements publicitaires que son titulaire a pu consentir.

518. Au Koweït, l'article 55 de la loi commerciale relative à la concurrence déloyale précise que : « *si le titre commercial est utilisé par une personne autre que son propriétaire, ou si son propriétaire l'utilise d'une manière qui viole la loi, les parties concernées peuvent demander que son utilisation soit interdite, ils peuvent en demander la radiation s'ils sont inscrits au*

[1738] Pour M. Pollaud-Dulian, Google « *ne devrait pas bénéficier de l'avantage exorbitant que constitue l'irresponsabilité organisée au profit des hébergeurs par l'article 14 de cette directive. Celui qui tire sciemment profit d'une activité illicite devrait être responsable : le système des liens commerciaux, lorsqu'il permet à un concurrent, voire à un contrefacteur, d'utiliser la marque d'autrui pour offrir des produits concurrents relève du parasitisme* » : F. Pollaud-Dulian, « *L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet* », *PI*, juill, 2010, n° 36, p. 823-832, spéc. p. 832. V. aussi E. Ricbourg-Attal, « *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet. Du fait de la mise en ligne de contenus illicites* », Larcier, 2014, n° 273, qui considère que l'application de la qualité d'hébergeur à Google n'est pas justifiée dans cette hypothèse dès lors que « *les moteurs de recherche exercent un réel rôle actif sur les contenus qu'ils hébergent* ».

[1739] V. en ce sens S. Chatry, « La responsabilité contrastée des acteurs du référencement », *D*. 2015, p. 1079 ct s.

registre du commerce et disposer d'un droit de recours. Une indemnisation si justifiée, et ces dispositions s'appliquent à l'utilisation de la marque et des données commerciales ». L'article 56 de la même loi commerciale ajoute, concernant la concurrence déloyale : « *Un commerçant ne peut recourir à des méthodes de tromperie et de fraude dans la vente de ses marchandises, et il ne peut pas publier de fausses informations qui pourraient nuire aux intérêts d'un autre commerçant concurrent de lui, à défaut, il sera redevable d'une indemnisation* ». L'article 57 de la même loi complète, toujours concernant la concurrence déloyale : « *Un commerçant ne peut recourir à aucune méthode impliquant la tromperie, dans l'intention d'arracher la clientèle d'un autre commerçant qui lui est concurrent, à défaut, il sera redevable d'une indemnisation* »[1740]. Le titulaire de droit lésé, est fondé sur la base de ces textes à obtenir réparation suite à de tels comportements parasitaires[1741], et à engager la responsabilité civile de de l'annonceur.

En France, un arrêt de la Cour d'appel de Paris[1742] semble s'inscrire en ce sens, bien que la condamnation ait été prononcée sur le fondement des articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation relatifs aux pratiques commerciales déloyales et trompeuses. En l'expèce, il était reproché à une entreprise d'avoir acheté le mot-clé « *PAP* » auprès d'un service de référencement, mot qui correspond à l'abréviation de la marque d'un de ses concurrents ainsi qu'à son nom de domaine. Les juges du fond, pour retenir un acte de concurrence déloyale, estiment que la réservation de ce mot-clé « *a été faite de mauvaise foi, dans la mesure où la société [...] savait que ce terme constituait un signe d'identification et d'information du consommateur le reliant à la marque de [son concurrent] ; qu'en l'utilisant, elle dirigeait*

[1740] Articles 55, 56 et 57 de la loi commerciale koweitien n° 68/1980.
[1741] En ce sens, M. Vivant, Lamy Droit du numérique, Wolters Kluwer, 2015, n° 2343 ; M. de Guillenchmidt, « *Lutte contre l'utilisation d'une marque comme mot-clé AdWords : nombreux fondements, peu de succès* », *RLDI*, avril 2013, n° 92, p. 12-15, spéc. p. 14-15, D. Velardocchio, chron. sous Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-81.110, *Droit et patr*, sept. 2013, n° 228, p. 72.
[1742] CA Paris, 5e ch., 5 sept. 2013, *JurisData* n° 2013-019615*; Propr. ind*, juin 2014, n° 6, chron. 5, obs. M.-E. Haas, *Propr ind*., oct. 2014, n° 10, chron. 8, obs. J. Larrieu.

l'internaute vers son site, profitant de façon déloyale, de la notoriété qui lui était attachée » et « *que par cette stratégie [elle] poursuivait manifestement l'objectif de détourner des internautes vers son site ce qui lui permettait de capter une partie de la clientèle de [son concurrent]* »[1743].

519. Toutefois, il arrive que la jurisprudence adopte une approche restrictive dans l'appréciation d'un comportement déloyal de l'annonceur. Ainsi que le démontre un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 avril 2014[1744]. En l'espèce, la société Delko, spécialisée dans la distribution de services et de produits dans le domaine de l'automobile, est titulaire de la marque semi-figurative « *Delko* ». Après avoir constaté que la requête « *Delko* » effectuée avec le moteur de recherche Google déclenche l'affichage d'un lien commercial vers le site d'un concurrent accompagné d'un message promotionnel, la société agit contre ce dernier sur le fondement du parasitisme. Sa demande est rejetée. En appel, la Cour d'appel confirme qu'« *en l'absence de circonstances caractérisant un risque de confusion entre les sites Internet de deux sociétés concurrentes, le démarchage de la clientèle d'autrui au moyen de l'achat d'u un mot-clé constitué de la marque ou de la dénomination sociale de ce tiers est licite s'il n'est pas accompagné d'un acte déloyal* ». Or, en l'espèce, il n'existe pas, selon les juges du fond, un risque de confusion entre les sites Internet des deux sociétés. Le seul référencement sous la marque « *Delko* » ne suffit pas « *à caractériser un comportement parasitaire [...] et doit être considéré comme un démarchage licite de la clientèle* ». Les juges ajoutent que la société Delko ne produit, par ailleurs, « *aucune pièce justificative d'un quelconque préjudice* ». La solution semble s'inspirer directement des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a érigé le risque de confusion comme le critère central du raisonnement. En clair, si aucun risque de

[1743] J. WATHELET. « *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle* ». ., n°159.
[1744] CA Aix-en-Provence, 3 avril 2014, *JurisData* n° 2014-008209, *Delko Développement c/ Oscaro.com : RLDI*, juin 2014, n° 105, p. 27-28, note L. Costes et J. de Romanet : *PI*, juill. 2014, n° 52, p. 300-301, obs A. Bouvel; *Contrats, conc., consomm*., août 2014, n° 8-9, comm. 190, obs. M. Malaurie-Vignal; *Propr ind*, oct. 2014, n° 10, chron. 8, obs. J. Larrieu.

confusion ne peut être démontré, la responsabilité de l'annonceur ne pourra être recherchée, ni sur le terrain de la contrefaçon ni sur celui de la concurrence déloyale[1745].

Pour autant, le propos convient sans doute d'être nuancé. L'arrêt de la Cour d'appel permet simplement d'indiquer qu'il existe des hypothèses où un comportement déloyal pourra être caractérisé même en l'absence même d'un risque de confusion[1746]. C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'affirmation selon laquelle « *le démarchage de la clientèle d'autrui [...] est licite s'il n'est pas accompagné d'un acte déloyal* ». Au-delà, la Cour semble exiger une « *faute distincte* » du simple référencement.

520. Le titulaire du droit de marque doit en définitive démontrer qu'en référençant son signe distinctif, l'annonceur a détourné intentionnellement une valeur économique individualisée, en se procurant un avantage concurrentiel indû. Il lui revient dès lors de prouver que le référencement est fautif en raison de circonstances particulières, telles que la grande notoriété du signe ou l'importance des investissements publicitaires qu'il a pu engager pour faire connaître ses produits ou ses services.

521. On est donc en droit de penser que si la faute de parasitisme n'a pas été ici retenue, c'est sans doute parce que le titulaire du droit de marque s'était contenté d'invoquer le référencement de son signe distinctif, sans apporter un seul préjudice n'avait été rapporté. C'est là l'occasion de rappeler que l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme « *ne permet de combattre que les comportements excessifs dans l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie,*

[1745] Le demandeur pourrait également agir sur le fondement de la concurrence déloyale dès lors qu'il est également titulaire d'un nom de domaine ou d'un nom commercial. Ces signes distinctifs ne sont pas protégés par un droit de propriété intellectuelle mais bénéficient d'une « *para-protection* » par l'action en concurrence déloyale pour confusion. Néanmoins, dans la plupart des cas, si le droit de marque ne peut être mis en œuvre faute d'atteinte à la fonction de garantie d'origine, l'existence d'un risque de confusion sera également rejetée sur le terrain de la concurrence déloyale. V. sur ce point Ch. Caron, «*"FAQ" n° 3 autour des liens commerciaux* », *Comm. com. électr*, juin 2011, n° 6, comm. 52, spéc. n° 7; M. de Guillenchmidt, « *Lutte contre l'utilisation d'une marque comme mot clé AdWords: nombreux fondements, peu de succès* », *RLDI*, avril 2013, n° 92, p. 12-15.

[1746] V. aussi, pour cette interprétation, Y. Auguet, « *L'usage déloyal du signe distinctif en ligne* », in S. Chatry (dir), « *La régulation d'Internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle »*, Mare et Martin, 2015, p. 59-93, spéc. p. 77 : « *Malgré le rôle important que la confusion tient en la matière, il n'est pas soutenable qu'elle constitue une condition indispensable à la réussite à l'action en déloyauté* ».

dans l'exercice de la liberté de la concurrence »[1747]. En l'absence de contrefaçon, l'usage de la marque sur Internet est libre et ne peut être sanctionné que si cet usage est entouré de circonstances permettant de démontrer un comportement déloyal dans la concurrence.

D. Un parasitisme de *notoriété* pourtant justifié par la Cour de justice de l'Union européenne.

522. Dans l'arrêt Interflora du 22 septembre 2011[1748], la Cour de justice s'est intéressée à l'application de l'article 5 paragraphe 2 de la directive[1749], et plus précisément à l'atteinte à la marque renommée par parasitisme. Elle reconnaît, dans un premier temps, que « *la sélection de signes correspondant à des marques renommées d'autrui en tant que mots-clés sur Internet qu'une telle sélection peut [...] s'analyser comme un usage par lequel l'annonceur se place dans le sillage d'une marque renommée afin de bénéficier de son pouvoir d'attraction , de sa réputation et de son prestige, ainsi que d'exploiter, sans aucune compensation financière et sans devoir déployer des efforts propres à cet égard, l'effort commercial déployé par le titulaire de la marque pour créer et entretenir l'image de cette marque* »[1750]. Cette analyse nous semble parfaitement justifiée puisque l'annonceur va souvent porter son choix sur une marque qui bénéficie d'une grande renommée. L'annonceur, en choisissant une marque connue d'une large fraction du public, a davantage de chances que la marque soit saisie dans le moteur de recherche par un internaute et donc que ce dernier consulte son site Internet, auquel renvoie le lien publicitaire. L'annonceur bénéficie ainsi d'un avantage indu dans la concurrence, et le titulaire

---

[1747] *Ibid*., P. 66.
[1748] CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09*, Interflora, Rec*. 2011, p. I-08625; *Comm. com. électr*., déc. 2011, n° 12, p. 24-27, obs. Ch. Caron; *RLDI*, 2011, n° 77, p. 10, obs. B. Humblot et p. 60-66, obs. E. Tardieu Guigues ; *Europe*, 2011, comm. 32, obs. L. Idot *; Gaz. Pal*., 2012, n° 46-47, p. 19-20, chron. L. Marino *: JCP E*, 2012, n° 3, p. 47-49, obs. M. Bourgeois ; *RTD com*, 2012, p. 103-105, obs. J. Azéma ; *Europe*, 2011, Pt. 89. p. 42-43, note L. Idot.
[1749] La directive 89/104 a été abrogée par la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée) (JO L 299, p. 25), qui est entrée en vigueur le 28 novembre 2008. Les dispositions de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la directive 2008/95 correspondent pour l'essentiel à celles de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/104. Toutefois, compte tenu de la date à laquelle les faits de l'espèce se sont produits, le litige au principal demeure régi par les dispositions de la directive 89/104.
[1750] Pt. 89.

subit un préjudice puisque, bien souvent, une partie de sa clientèle est ou risque d'être détournée de ses produits ou services.

Néanmoins, la Cour, dans un second temps, refuse de qualifier la pratique de parasitaire, en raison d'un « *juste motif* ». Celui-ci permet, comme nous avons pu l'étudier, de neutraliser les droits liés aux marques. Il constitue une exception à la mise en œuvre de la marque renommée. Pour les juges européens, la pratique des liens publicitaires est justifiée par *« un juste motif* » dès lors qu'elle offre au consommateur « *une alternative par rapport aux produits ou aux services du titulaire de la marque renommée* » participant ainsi à « *une concurrence saine et loyale* »[1751], La Cour souligne néanmoins que la pratique des liens commerciaux ne peut être justifiée que par un « *juste motif* », dans le cas où l'annonceur offre à la vente des produits qui sont des imitations des produits du titulaire de la marque. Il s'agit là d'une appréciation large de la notion de « *juste motif* »[1752] qui a pour but de favoriser la concurrence[1753] et *in fine* le *« bien-être du consommateur* ». C'est faire peu de cas, selon nous, des intérêts des titulaires de la marque et, plus précisément, du préjudice concurrentiel que celui-ci peut subir. L'équilibre que souhaite instaurer la Cour entre le droit de marque et la libre concurrence[1754] est sans aucun doute un but louable. Néanmoins, on s'aperçoit que la balance penche sensiblement pour la libre concurrence au détriment bien souvent des intérêts des titulaires de marques. Ce faisant, c'est perdre de vue que le droit de marque participe lui-même à une concurrence saine et loyale, et que sa fonction régulatrice ou concurrentielle ne peut

---

[1751] Pt. 91.

[1752] L. Marino, chron. sous CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora, Gaz. Pal*., 2012, n° 47, p. 19-20. Comp. B. Humblot, « Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE », *RLDI*, déc. 2011, n° 7, p. 10-18, spéc. n° 37, qui considère la décision de la Cour comme « *fragile au plan de la construction logique* ». Pour l'auteur, « l*es faits de l'affaire Interflora sont des faits de parasitisme ; cela est reconnu par la Cour et si l'on débat d'un "juste motif", c'est bien parce que le parasitisme est attesté [...]. On pourra trouver curieux d'admettre ainsi qu'un agissement parasitaire puisse relever d'une concurrence saine et loyale [...] l'un étant tout de même quelque peu antinomique de l'autre* ».

[1753] V. E. Tardieu-Guigues, « *Concurrence, concurrence...* », note sous CJUE, 22 sept. 2011, *RLDI*, déc. 2011, n° 77, p. 60-66. Comp. Ch. Caron, « *"FAQ" n° 4 autour des liens commerciaux* », *Comm. com. électr*., déc. 2011, comm. 112, qui considère que la Cour de justice « tente, par un véritable tour d'équilibriste, de sauvegarder le mécanisme des liens commerciaux, tout en veillant à en sanctionner les abus ».

[1754] J. Azéma, « *Usage d'une marque comme mot-clé (suite... mais sans doute pas fin)* », *RTD* com., 2012, 857 p. 103, *in fine.*

pleinement jouer que si les prérogatives du titulaire de la marque sont vidées de leur substance[1755].

Les titulaires de droits liés aux marques se voient de nouveau niés dans leurs droits par la pratique des liens sponsorisés qui les dépossède en toute légalité de leurs prérogatives. Il leur reste à invoquer le parasitisme d'investissements. Cette théorie en rapide essor en droit français a été appliquée récemment par la jurisprudence à une autre pratique de référencement. Il s'agit des *backlinks* qui peuvent peut-être enfin permettre aux titulaires des marques de faire valoir leurs droits.

E. Les « *liens retours* » (« *backlinks* ») et la condamnation du parasitisme d'investissements : un dernier espoir pour les titulaires de marques ?

523. Le « *lien retour* » est un lien hypertexte placé sur les pages de site web et qui pointe vers une page d'un autre site web, appelé site cible, afin d'améliorer le référencement naturel de ce dernier. En effet, plus le site web reçoit des liens retour, plus la popularité de celui-ci augmente et lui permet d'apparaître en meilleure position sur la page de résultats du moteur de recherche. Le référencement est encore meilleur si le texte qui s'affiche à l'écran, « *et sur lequel doit cliquer l'internaute pour emprunter le lien, qu'on appelle ancre", contient le mot-clé grâce auquel l'exploitant du site souhaite déclencher l'affichage du lien* »[1756]. Afin de fausser l'ordre naturel de référencement, des opérateurs ont eu l'idée de créer artificiellement un nombre important des liens retours en citant la marque d'un concurrent dans « *l'ancre* » de celui-ci. Le titulaire de la marque voit alors son site reléguer à une place secondaire et sa clientèle détournée au profit de l'opérateur ingénieux. La licéité d'une telle pratique fut mise en cause dans un arrêt récent de la

[1755] J. Wathelet, « *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle* ». ., n°160.
[1756] J. Canlorbe, « *Contrefaçon de marque. Usage illicite de la marque* », J-Cl. Marques- Dessins et modèles, fasc. 7513, 2010, n° 140. Un exemple permet d'expliquer plus concrètement le propos : Si l'on souhaite améliorer le référencement naturel d'un site de vente de pneus, il faut non seulement essayer de faire en sorte que de nombreuses pages web contiennent un lien-*le backlink*-pointant vers l'une des pages de ce site, mais encore que le texte figurant sur ces pages-l 'ancre -qui permet d'un clic, d'emprunter le lien, fasse référence à l'objet du site cible, par exemple en mentionnant le mot "pneu". L'ancre peut être ainsi libellée : "cliquez ici pour acheter des pneus à prix discount"» A. Bouvel, « *Usage de marques sur Internet. Pratique des backlinks* », *PI*, juill. 2014, n° 52, p. 301-302, spéc. p. 301.

Cour d'appel de Paris[1757] au regard du droit des marques, mais aussi de la concurrence déloyale ou du parasitisme. Les juges du fond estiment qu'il n'y a pas d'atteinte au droit privatif, car le signe mentionné dans le *backlink* n'est pas exercé pour des produits ou des services, mais simplement pour faire apparaître un lien promotionnel vers un site de présentation de la société concurrente sans possibilité d'achat[1758]. Le moyen de l'atteinte à la fonction de garantie d'origine est également écarté. Pour la Cour, les liens associés à la marque choisie comme ancre du *backlink* sont pour l'essentiel invisibles, nécessitant une analyse du site pour pouvoir les détecter, « *de sorte qu'ils ne sont pas susceptibles de générer une confusion dans l'esprit de l'internaute qui cherche à acquérir des produits* » de la société titulaire de la marque citée « *qui trouvera, à l'issue de sa requête naturelle, le site [de ladite] société [...] sur l'un des premiers rangs de la liste des résultats* ». Pour autant, la Cour d'appel admet l'existence d'actes de concurrence déloyale par détournement de clientèle et d'actes de concurrence parasitaire par usurpation des investissements d'autrui. Elle affirme qu'« *en utilisant la dénomination sociale et le nom de domaine d'une société concurrente sous la forme de mot-clé, utilisé de façon intense dans le cadre de la création de backlinks, lors de requête de recherches naturelles, à l'effet de tromper le moteur de recherche, a provoqué de ce seul fait, un détournement déloyal de clientèle qui risque d'être moins visité, ainsi qu'une utilisation parasitaire de l'investissement effectué par la société (titulaire de ces signes distinctifs) créée antérieurement largement connue dans le marché considéré, en augmentant de façon détournée, ainsi sa visibilité* ». De cette façon, l'« *appropriation délibérée de la valeur économique de [ladite] société...distincte des actes de contrefaçon de marque reprochés, lui a occasionné un préjudice résultant d'une*

[1757] CA Paris, 2e ch., 28 mars 2014, n° 13-07517, *Sté Sogifram c/ Carl G et Ste Sofibox Systems*; *PIBD* 2014, n° 1007, III, p. 4S4 ; *Propr ind*., juin 2014, n° 6, repère 6, obs. Ch. Caron; *Propr ind*, juill. 2014, n° 7-8, comm. 58, obs. P. Tréfigny; *PI*, juill. 2014, n° 52, p. 301-302; *D*. 2014, p. 2317 et s., spéc. p. 2325, pan. P. Tréfigny, *Propr. ind*, oct. 2014, n° 10, chron. 8, J. Larrieu ; *D*. 2015, p. 230 et s., chron. J.-P Clavier V. aussi J. Canlorbe, « *Contrefaçon de marque. Usage illicite de la marque* », fasc. préc., n° 140.

[1758] Un tel argument semble pouvoir être discuté « *dans la mesure où la marque a été utilisée dans le principe de spécialité, par un concurrent direct, afin de présenter sa société, son activité et, par conséquent, ses productions* » : P. Tréfigny, « *Droit du numérique. Panorama* », *D*. 2014, p. 2317 et s., spéc. p. 2325.

perte de chance d'être plus amplement visitée au profit de cette concurrente ». Le raisonnement, empreint d'une certaine rigueur dans la définition de la faute de parasitisme et du préjudice qui en découle, ne peut qu'être ici approuvé. La Cour n'affirme pas que toute utilisation de la marque d'autrui dans l'ancre d'un lien retour[1759] est déloyale, mais elle condamne une telle utilisation si elle est entourée de circonstances permettant de caractériser l'existence d'un acte parasitaire[1760]. Cela est conforme au souci de préserver un juste équilibre entre la libre concurrence, et la préservation des droits des titulaires des marques, par les sanctions des comportements déloyaux.

Conclusion du Chapitre

524. Très tôt, les lacunes de la protection offerte par le droit de propriété intellectuelle ont été pointées, notamment par Desbois qui soulignait déjà que « *les droits privatifs de propriété intellectuelle ne permettent pas, à eux seuls, de répondre à tous les besoins dont il apparaît équitable de tenir* »[1761].

S'y ajoute comme nous l'avons vu tout au long du chapitre, une interprétation très restrictive de la loi par la jurisprudence de la CJUE qui est reprise *in extenso* par les juges des Etats-membres de l'UE.

Face à ce déni de protection, les titulaires disposent de deux outils :

-la loyauté-abstention qui permet d'assurer « *une défense périphérique, un filet protecteur qui s'étend autour du domaine de la propriété intellectuelle, autrement dit une*

[1759] C. Caron, « *Après les liens commerciaux, voici les liens retours !* », Comm. com électr, juin 2014, n° 6, repère 6.
[1760] En ce sens, A. Bouvel, « *Usage de marques sur Internet. Pratique des backlinks* », obs. sous CA Paris, 28 mars 2014, *PI*, juill. 2014, n° 52, p. 301-302, spéc. p. 302 : « *On ne peut donc en conclure que la cour d'appel de Paris est favorable à une condamnation pour concurrence déloyale et parasitaire dans toutes les hypothèses d'usage de marque d'un tiers dans l'ancre d'un backlink. Ce sont les circonstances de fait qui doivent guider les juges dans leur appréciation* ».
[1761] H. Desbois, « *Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté* », in A. Popovici (dir.), Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin, Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 79-98, spéc. p. 79.

protection complémentaire »[1762]. Cela apparaît particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'appréhender de nouveaux usages sur Internet. Cet outil dépend cependant exclusivement de la bonne foi des opérateurs économiques.

-plus important est le deuxième levier qui est la mise en cause de la responsabilité civile, laquelle suppose un préjudice prouvable, et surtout les actions en concurrence déloyale et en parasitisme.

Nous rappelions en introduction de ce chapitre que la thèse traite - dans le cadre d'une approche comparative - de la complémentarité des différents recours offerts au titulaire de droit de propriété intellectuelle. Au terme de notre étude, il apparaît clairement que cette complémentarité s'est, à la faveur de l'explosion du commerce électronique, transmuée en subsidiarité. Le recours en déloyauté venant globalement se substituer à l'action en contrefaçon. Pour cette raison, nous pensons qu'il existe de sérieux risques juridiques, pour les titulaires de droits des marques, de voir se confirmer voire s'amplifier l'entrée en désuétude de l'action en contrefaçon, si l'on considère que l'explosion du commerce électronique n'en est qu'à ses prémices.

Conclusion du titre II

525. Nous le voyons, les limites intrinsèques de la protection conférée aux créations intellectuelles ont justifié le recours complémentaire à l'action en responsabilité civile. Même si en la matière, il convenait de distinguer deux cas : celui du droit des marques, davantage concerné par ce recours, en raison de l'insuffisance de la protection conférée par la loi, et le cas des créations autres que la marque. Ici, le recours à l'action en réparation de la part des titulaires des créations est bien moins fréquent du fait d'une protection conférée par la loi, beaucoup plus complète.

[1762] J. Passa, « *Contrefaçon et concurrence déloyale* », Litec, coll. « IRPI », 1997, n° 127, p. 78.

D’un autre côté, les limites extrinsèques nouvelles, révélées par l’irruption de l’internet, qui a engendré de nouvelles formes de contrefaçon, tout en amplifiant les anciennes. Il était ici devenu manifeste que la protection conférée par la loi était insuffisante du fait de son caractère obsolète. Ce qui a rendu le recours à l’action en concurrence déloyale voire à la réparation, non pas complémentaire mais subsidiaire.

Conclusion partie II

526. Au terme de cette seconde partie de notre étude portant, rappelons-le sur la question de la complémentarité de l’action en concurrence déloyale et de celle en contrefaçon, il apparaît clairement que celle-ci est indispensable pour assurer une protection optimale des créations de propriété intellectuelle. Compte tenu de l’insuffisance manifeste de la protection conférée par la loi et surtout son caractère devenu obsolète, du fait de l’explosion du numérique. Celui-ci qui n’en est qu’à ses début, selon les spécialistes, rebat toutes les cartes dans tous les secteurs de l’économie et singulièrement dans celui du droit d’auteur, et de celui des marques. Notamment à une époque où les intelligences artificielles génératives, au premier rang desquels « Chat GPT », sont poursuivies dans certains états pour violation du droit d’auteur, mais semblent prétendre devenir elles-mêmes des sujets de droits en matière de création intellectuelle.

CONCLUSION

Au terme de notre étude comparative sur la protection civile des créations immatérielles dans les droits français et koweitien, plusieurs enseignements peuvent en être tirés :

Dans la première partie, nous avons dressé le constat qu'en France comme au Koweït, l'action en concurrence déloyale s'est peu à peu imposée comme un moyen de protection complémentaire et même dans certains cas, subsidiaires, à la protection conférée par l'action en contrefaçon.

Cela nécessitait qu'elle ait au préalable, acquis une autonomie juridique suffisante, pour ne pas être rangé au rang des actions classiques en responsabilité civile, dont elle est issue, tant en France qu'au Koweït. C'est ce que nous avons tenté de démontrer dans le titre 1 de la première partie de notre thèse. En soulignant en particulier que l'action en concurrence déloyale se différenciait de l'action en responsabilité civile, en ce qu'elle n'exigeait pas l'existence d'un préjudice. En clair, par son objet, l'action en concurrence déloyale vise à faire cesser un trouble commercial né d'un comportement déloyal, y compris en l'absence de tout préjudice, ou pour éviter qu'un préjudice ne survienne. Alors que l'action en responsabilité vise à réparer un préjudice. Du point de vue de son fondement juridique, l'action en concurrence déloyale est la sanction de tout abus de droit en matière de liberté concurrentielle. L'abus de droit ayant été défini par la doctrine comme la forme la plus aboutie du comportement déloyal. Puisque la notion d'abus de droit emporte nécessairement l'intention de nuire. Approche à laquelle nous adhérons pleinement.

Nous avons également pu constater que cette autonomie juridique fut l'aboutissement d'une construction prétorienne. Le principe d'une autonomie juridique ayant d'abord fait l'objet d'une forte opposition de la doctrine quoique minoritaire. Mais l'approche jurisprudentielle a

fini de rallier à sa cause la majorité de la doctrine, d'autant plus qu'il arrivait très souvent que les comportements déloyaux génèrent un préjudice. Or une action en concurrence déloyale exercée et surtout admise à temps, aurait conduit à une cessation des actes déloyaux et empêché tout préjudice. Alors que celui-ci une fois intervenu, ouvrait la voie à l'action en responsabilité civile, le tout constituant une démonstration éclatante que les deux actions ne sauraient être assimilables, ni par leur objet, ni par leur effet. L'une est en effet, comme nous l'avons souligné dédiée à empêcher la réalisation d'un préjudice (action en concurrence déloyale) là où l'autre vise à réparer le préjudice une fois réalisé (action en responsabilité civile).

Dans la seconde partie de notre étude portant, rappelons-le sur la question de la complémentarité de l'action en concurrence déloyale vis-à-vis de l'action en contrefaçon, il est apparu clairement que la première est indispensable pour garantir une protection optimale des créations intellectuelles. Compte tenu de l'insuffisance manifeste de la protection conférée par la loi, et surtout son caractère devenu obsolète, du fait de l'explosion du numérique. Car celui-ci, bien que n'en étant qu'à ses débuts, selon une majorité de spécialistes du secteur, rebat d'ores et déjà toutes les cartes, dans tous les secteurs de l'économie et singulièrement dans les domaines du droit d'auteur et de celui des marques. Est particulièrement concerné, l'intelligence artificielle, et plus précisément les intelligences artificielles dites génératives, au premier rang desquels le bot « *Chat GPT* »[1763].

A cet égard, il est intéressant de noter que la maison-mère de *chat GPT*, fait actuellement[1764], l'objet de poursuites judiciaires par plusieurs médias américains, pour violation du droit d'auteur et absence de rémunération. A titre comparatif, il est intéressant de

[1763] Celui-ci a lancé la course aux intelligences artificielles génératives depuis septembre 2023.
[1764] Le 30 avril 2024, huit journaux américains ont déposé plainte contre la société *Open AI*, créatrice de *ChatGPT*, solidairement avec Microsoft, son principal investisseur.

relever l'avance prise par la législation européenne sur le droit d'auteur. Dès le 26 avril 2019 en effet, le Parlement européen avait adopté une directive sur le droit d'auteur, visant précisément à contraindre les grandes plateformes numériques américaines[1765], à mieux rémunérer les créateurs de contenus, et tout particulièrement les médias et les artistes.

L'irruption des intelligences artificielles dites génératives posent plusieurs autres questions juridiques : en particulier son caractère protégeable, d'une part, et de l'autre le titulaire des droits ainsi conférés.

Son caractère protégeable ne fait aucun doute selon Madame Pauline Martin, dans un article publié sous la direction de la Professeure Nathalie Nevejans[1766]. Elle écrit ainsi que : « *comme le souligne un auteur [le Professeur Michel Vivant], la véritable question est de savoir s'il faut protéger ou non protéger les œuvres d'art générées par l'IA. La réponse doit être positive. Refuser de les protéger, conduirait à priver de droits et de protection les interprètes de ces créations* ». Nous souscrivons pleinement à cette analyse.

Concernant en revanche le titulaire des droits découlant de cette protection, la question n'est pas tranchée, les IAG[1767] constituant des œuvres dites *composites,* c'est-à-dire ayant nécessité une chaîne d'intervenants différents[1768]. En tout état de cause, le titulaire de droits ne pourrait être qu'une personne physique, et non l'intelligence artificielle elle-même.

Cette question du statut juridique de l'intelligence artificielle a déjà été soulevée, comme le rapporte la Professeure Nevejans[1769]. Rappelant que l'Arabie Saoudite avait dès 2017 ouvert une première brèche en accordant la nationalité du royaume, à un robot, lui reconnaissant par

[1765] Il s'agit de celles que l'on désigne sous le sigle *GAFAM* (Google, Amazon, Facebook et Microsoft).
[1766] Pauline Martin : « *La protection par le droit de la propriété littéraire et artistique, des œuvres d'art, créées par l'intelligence artificielle* » in *Données et Technologie numériques ; Approches juridique, scientifique et éthique*, p. 107 à 114. Sous la direction de Nathalie Nevejans.
[1767] Intelligences artificielles génératives.
[1768] L'article L-113-2 § 2 du Code de la propriété intellectuelle définit l'œuvre composite comme une œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.
[1769] Nathalie Nevejans : « *Les automates d'Héphaïtos et l'accès à la vie juridique des robots* ». *In Droits, mythes et légendes*. p. 127 à 131

là-même la personnalité morale. Ce qui en faisait un sujet de droits. Elle rappelle également que le Parlement européen avait la même année, envisagé la création d'un tel statut, mais en vue de créer une responsabilité civile à la charge du robot, par le biais sans doute, d'une responsabilité du fait d'autrui, à la charge de l'exploitant ou du fabricant du robot. Objectif dont Madame Nevejans remet en cause la pertinence, jugeant que cela reviendrait à transférer la responsabilité civile, des fabricants de produits industriels, vers celle des utilisateurs. *In fine*, l'idée d'une personnalité juridique octroyée aux robots et par ricochet, aux IA, a été écartée finalement via une résolution du même Parlement européen le 20 octobre 2020.

Comme le précise la Professeure Nevejans, la question de l'intelligence artificielle comme titulaire de droits se pose en particulier, dans les cas où la création est entièrement de son fait, sans « *aucune* » intervention humaine[1770]. Il nous apparaît pour autant hasardeux d'en déduire une volonté propre de l'IAG, car comme le souligne Mme Nevejans, il faut une « *conscience même vague du résultat* »[1771]. Or aucune intelligence artificielle générative aussi avancée soit-elle, ne dispose encore d'une conscience, en clair, aucune IAG n'a encore pris l'initiative de créer, en l'absence de toute « *commande* » humaine. Il convient donc selon nous, de fermement écarter toute idée de faire des IAG des sujets de droit, et de s'en tenir à leur statut d'objet de droit protégeables par le droit de la propriété intellectuelle. Nous estimons que cela constituerait un dangereux précédent que d'accorder une personnalité juridique à des créations humaines qui ne peuvent somme toute, rien faire sans intervention humaine, ne serait-ce que pour activer leur capacité de création.

De fait, le Code français de la propriété intellectuelle, assimile clairement le statut *d'auteur* à la qualité de *personne physique*[1772]. Tandis que la jurisprudence, rapportée par la

[1770] Nathalie Nevejans : « *Traité de droit et d'éthique de la robotique civile* ». p. 267 à 283
[1771] *Ibid*.
[1772] L-113-7§1 : « *ont la qualité* ***d'auteur*** *d'une œuvre audiovisuelle, le ou les* ***personnes physiques*** *qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre* »

Professeure Nevejans, considère que : « *pour être protégeable par le droit d'auteur, une base de données doit être originale en ce qu'elle reflète l'empreinte de la personnalité de l'auteur, par le travail de sélection, de présentation et de classement des informations qui y sont contenues* »[1773].

Dans un autre domaine, les progrès du numérique ont permis d'asseoir une gestion plus efficace des droits à rémunération des créateurs. Ainsi la Professeure Amélie Favreau a analysé l'introduction, grâce la *blockchain*[1774], d'une transparence optimale dans la rémunération des auteurs musicaux, gérée par les gestionnaires des droits des artistes[1775]. Dans certains cas, les créateurs ont choisi de s'affranchir de tout intermédiaire pour gérer directement les revenus tirés de l'exploitation de leurs œuvres, en s'appuyant sur la *blockchain*.

En vertu de ce constat et face aux progrès fulgurant du numérique, il est plus que jamais d'un intérêt scientifique majeur, de suivre de très près les transformations du droit d'auteur, et du droit de la propriété intellectuelle en général. Nous ne manquerons pas de nous y atteler pour la suite de notre vie professionnelle.

Pour conclure, nous tenons à solliciter l'indulgence du lecteur pour toutes les erreurs et omissions qui n'auront pas manqué de se glisser dans notre travail. La permanence de toute œuvre humaine résidant à notre humble avis, dans sa perfectibilité continue.

[1773] CA Paris, 2 mars 2005, SARL Digital airways c/Sté Editions du seuil, JurisData n°2005-277278 ; Comm. Com. électron. 2005, comm. 154.

[1774] La Professeure Favreau définit la blockchain comme « *une base de données distribuée, qui stocke de manière permanente et inaltérable un ensemble de transactions, validées par un consensus* ».

[1775] Amélie Favreau : « *la blockchain et la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle* ». In *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique*. p. 203 à 213

ANNEXE 1 (en anglais)

Law N°. 75/2019 On the Promulgation of

Copyright and Related Rights Law[1776]

Article (1)

In the application of this Law, the following terms and expressions shall have the meaning assigned to each of them:

1. The Work: include every original production in the literary, artistic and scientific domain, irrespective of their type, mode or form of expression, significance or purpose thereof.

2. Creativity: to produce a new work having the element of originality, or to renew or develop an existing work provided that such renewal or development is marked by a special character.

3. Author: the person creating the work. The author shall mean anyone whose name is mentioned on the work, or to whom such work is attributed at the time of publication, unless there is evidence to the contrary.

Anyone publishing a creative anonymous or pseudonymous work shall be deemed as author of such work provided that no doubt is raised to question his real identity. If such doubt arises, the publisher or producer of the work, whether natural or legal, shall be deemed to represent the author in exercising his rights until the true identity of the author is established.

4. Collective Work: a work which is composed by more than one person under the guidance of a natural or legal person who undertakes to manage and publish the same in his name and for his own account, given that the efforts of its authors are integrated in the goal intended by such person, and provided that no specific right is attributed to any of its authors over the work as a whole performer.

5. Joint Work: a work that does not fall under collective works, and is co-authored by more than one author, whether their individual contribution to such work could be detached from the work or not.

6. Derivative work: a work whose origin is derived from a pre-existing work such as translations, adaptations, musical distributions or other amendments or conversions made to the original work without prejudice to the rights of the original work.

7. National Folklore: legacy arts, customs, expressions, and traditional performances, including popular oral, written, musical or kinetic traditions, or any of the foregoing, which may be embodied in elements that reflect such inherited arts, traditional legacy and heritage that originated or continue to exist in the State of Kuwait, including:

[1776] Publié par la Bibliothèque nationale du Koweït sur le site : https://nlk.gov.kw/Upload/Bibligra/Binder1(1)1102021104047AM.pdf.

A. Oral expressions, such as anecdotes, riddles, puzzles, and poems, whether expressed in classical or colloquial language, in addition to other poetic forms and maxims.

B. Musical expressions, such as folk songs accompanied by music and folk music.

C. Kinetic expressions, such as folk kinetic performances, theatrical performances and other artistic forms.

D. Tangible expressions, such as folk-art products, including plastic arts, drawings using any type of lines or colors, engraving, sculpture, ceramics, clay, and wood products including various etchings and inscriptions and inlays. Tangible expressions shall also include produce in fronds, mosaic, metal, jewelry, woven articles, needlework, carpets, garments, bags musical instruments, architectural shapes, and other related products.

8. Related Rights: the rights enjoyed by those who transmit the author's work to the public. They are referred to as owners of related rights, including phonogram, audio records producers and broadcasting organizations.

9. Performers: actors, singers, reciters, chanters, instrumentalists, musicians, dancers and kinetic arts performers whose performance involves literary or artistic works which are subject to the provisions of the present Law, if the same are performed by them in one way or another, including folklore expressions or works that have devolved to the public domain.

10. Producer of a Phonogram: the natural or legal person who, on his own initiative and under his own responsibility, under take the fixation of the representation of sounds in a form that is for the first time, or under take the fixation of any other sounds, or any audio representation.

11. Phonogram: fixation of sounds that compose a performance, or fixation of other sounds, or fixation of an audio representation in such a format which is different from the fixation involved by cinematographic or other audiovisual work.

12. Broadcasting: transmitting a program carrier signal which is intended to be broadcast by radio, television, cable or wireless devices for public reception. Any such transmission mode via satellite shall be deemed as a transmission activity as well. Further, transmission of coded messages shall be deemed as a transmission activity in case a decoding device was made available for the public by the broadcasting organization or through its consent. Transmission made over computer networks shall not be considered as broadcasting activity.

13. Broadcasting Organization: a legal entity that initiates the uploading, collection, and scheduling of the transmitted program's contents, with the permission of the right holders if necessary. Such organization shall be encumbered with legal and editorial liability for relaying everything contained in its own broadcasting signal to the public.

14. Broadcast-ready Program-Carrying Signal: an electronically generated conveyor being a broadcast-ready program carrier, as originally transmitted and in any subsequent format.

15. Broadcast-ready Program: a live or recorded material consisting of images, sounds, or both, or representations thereof.

16. Public Performance: any performance of a work such as acting, reciting, narration, playing or broadcasting where the performance is made in a venue having or may be having an audience, or in a venue that is not open to the public but contains a large number of persons not belonging to a particular family or its immediate circle.

17. Transmission to the Public: making the work, performance, sound recording or broadcasting program accessible to the public by wire or wireless transmission, including making the work available to the public, which may be received solely through broadcasting to persons other than family members and close friends, outside the broadcasting site, regardless of the time or place where the reception occurs or how it is received.

18. Compilation: any form of data or other material collection, including folklore, which data or material shall fall within the scope of intellectual creativity due to the process of the selection or arrangement of contents thereof.

19. Compilation of Data (Data Base): a collection of materials, data or collections of folklore works, in any form, which may be considered as intellectually creative due to the selection or arrangement of their contents, whether in electronically readable format, or otherwise.

20. Fixation: any embodiment of images or sounds or any representation thereof, through which they may be perceived, copied or transmitted by whatever means used.

21. Audiovisual Work: A work consisting of a series of images related to each other that are essentially intended to be presented with accompanying sounds, if any. Such audiovisual works produce the impression of movement when displayed, broadcast or transmitted to the public, through the use of machinery or devices such as projectors, viewing machines or electronic equipment, regardless of the nature of the physical objects through which such works are embodied.

22. Distribution: making the original work or copies thereof available to the public through the sale thereof or any other channel of transferring their ownership.

23. Rental: making the work available for a specified period of time for the purpose of obtaining direct or indirect economic or commercial benefit.

24. Computer Program: a set of commands expressed in words, symbols or any other form which may, when embedded in a physical support, be read by a computer, or enable it to perform or execute a certain task, or produce a certain result.

25. Publication: making copies of the work available to the public by any means, with the consent of the copyright or the related rights holder, in sufficient quantities that satisfy the public needs through sale, rental or any other means of transferring ownership or possession of the work›s copy or the right to use.

26. Reproduction: making one or more copies of a work, a phonogram, a broadcasting program, or any performance in any format or image, including electronic download or storage, regardless of the method or instrument used in the reproduction.

27. Technological Protection Measures: any technology, instrument or component that in the performance of its normal function is to prevent, or restrict the performance of unauthorized acts by the right holder in respect of works or subjects of related rights.

28. Information Necessary to Manage Rights: any information identifying the author, the work, the performers, the performance of a specific artist, the phonogram producer or the phonogram itself, the broadcasting organization, the broadcasting program, the holder of any right under this law, or any information on the conditions of use of the work, performance, sound recording, broadcasting program, or any digits or codes symbolizing such information, if any element of the information is associated with a copy of the work, the fixed performance, the phonogram, the fixed broadcasting program, or appearing along with the broadcast or communicating the work to the public, the fixed performance, phonogram, or broadcast program to the public or making it available to the public.

29. The Public Domain: the common resource to which shall devolve all works or matters involving related rights that are initially excluded from protection, or whose financial rights protection term has expired, or were voluntarily relinquished by the author or the related right holder.

30. The Organization: World Intellectual Property Organization (WIPO).

31. The Convention: Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

32. The Minister: The Competent Minster.

33. The Library: The National Library of Kuwait

34. NCCAL: The National Council for Culture, Arts and Letters.

Article (2)

The prescribed protection given to copyrights and related rights shall include Kuwaiti natural and legal persons, foreigners permanently residing in the State of Kuwait, and aliens who are nationals of a signatory state to the Berne Convention or the (WIPO) or residents of a signatory State to the Convention.

Citizens of member States shall be deemed to be:

First: Regarding the Copyrights:

1. Authors being nationals of a State which is party to the Convention or the WIPO wherever their published or unpublished works are concerned.

2. Authors who are not nationals of a member State wherever their works that are published for the first time in a member State or simultaneously published in a non-member State and a member State. The work shall be deemed to be simultaneously published in several States if it were to appear in two or more States within thirty days of its first publication.

Representation of a theatrical musical or cinematographic work, performance of a musical work, public reading of a literary work, cable transmission, transmission of literary or artistic

works, display of an artistic work or execution of an architectural work shall not be deemed as publishing.

3. Producers and authors of audiovisual works whose domicile or place of residence is located in a member State.

4. Authors of architectural works erected in a member State or other artistic works contained in a building or other structure located in a member State.

Second: Related Rights Related to Copyright:

1. Performing artists, if they are governed by one of the following cases:

A. Realization of performance in a State party to the Convention or to WIPO.

B. Downloading the performance in a phonogram, the producer of which belongs to a party State to the Convention or to WIPO, or otherwise the completion of the first sound- recording in the territory of a party State to the Convention or to WIPO.

C. Broadcasting of performance through a broadcasting organization based in a party State to the Convention or the WIPO, while utilizing a transmitter which is also located in a party State to the Convention or the WIPO.

2. Producers of phonograms if the first of such phonogram was made in a party State to the Convention or the WIPO.

3. Broadcasting organizations based in the territory of a party State to the Convention or to the WIPO, where the broadcasting program has been broadcast from a transmitter also located in the territory of a party State to the Convention or the WIPO.

Citizens of the party States to the Convention or the WIPO shall enjoy any privilege, priority, advantage or immunity granted by any other law to nationals of any State with respect to the Copyrights and related rights, unless the source of such privilege, preference or immunity was emanating from:

A. Judicial assistance agreements or legal cooperation

B. Agreements relating to the copyright and the related rights being in force before the effective date of the World Trade Organization (WTO) Agreement in the State of Kuwait.

Article (3)

The protection prescribed by the present Law for the copyrights shall apply to original works of literature, the arts and sciences, irrespective their type, expression format, significance, purpose, of authoring or composition thereof. They shall enjoy such protection once created without the need for any formality.

Such work shall include in particular:

1. Written materials such as books, booklets and such other works.

2. Works that are orally delivered, such as lectures, speeches, poems, chants songs and the like.

3. Theatrical works, musical plays, dramas, shows, and the like, including choreography or dance shows presented through kinetic performance or audio-performance or both.

4. Works transmitted through broadcasting organizations.

5. All types of plastic art works, ornamental art works, artistic knitting, sculpture, painting, engraving works as well as printing on stone and the like.

6. Creative audiovisual works.

7. Musical compositions, whether or not accompanied by words.

8. Works of applied arts, whether being handicraft or industrial works.

9. Photographic works or the equivalent.

10. Designs, illustrations, geographical maps, blueprints and models (maquettes), including relief maps related to geography or topography, as well as engineering, architectural or scientific models. Protection does not cover the functional nature of the design but only its aesthetic features.

11. Computer software in any language, mode or format.

12. Economic feasibility studies.

13. Collective compositions.

14. Shared compositions.

15. The following derivative compositions:

A. Compositions involving works of translation, summary, modifications, commentary, musical distributions and other adaptations, including works derived from folklore.

B. Data bases, whether machine-readable or viewed otherwise, which are deemed to be creative in terms of selection of their contents, arrangement or classification. However, protection shall not cover the contents if the databases, and shall not address the rights involving such contents.

C. Composed collections of any kind, such as encyclopedias, anthologies and folklore expressions of popular legacy and selections thereof, whenever such collections were deemed to be original in terms of selecting, arranging or classifying their contents, provided that no infringement shall occur with regard to the authors rights in relation to any composition that constitutes part of such collections.

The protection prescribed for derivative works shall not prejudice the protection enjoyed by authors of the original works.

Article (4)

The protection prescribed in accordance to the provisions of the present Law shall not apply to the following:

1. Ideas, procedures, modes of work, methods of operation, mathematical concepts, abstract principles and facts, discoveries 19 and data, even if expressed, described or illustrated in a composition.

2. Official texts having legislative, administrative or judicial nature, as well as their translations.

3. Daily news or events that are deemed to be mere press information.

4. Holy (revealed) books and scripts used in writing (drawing) thereof, recital of the same and phonogram of their recitation.

5. Speeches as well as pleadings made during judicial proceedings.

6. Single words, short phrases, component lists, familiar symbols and designs. Protection shall apply to the entirety of the foregoing if their collection is characterized by creative arrangement, representation, or classification. However, protection shall not cover the presented content.

Article (5)

National folklore is the public property of the people. The NCCAL shall identify, sponsor, support and defend the same against misrepresentation or detriment to the cultural interests or public interests of the State.

Section I:

« Copyrights »

First: Moral Rights:

Article (6)

The author and his general successors over his work shall enjoy the following moral rights:

1. The right of attributing the work to its author.

2. The right of deciding to publish the work for the first time.

3. The right of preventing any encroachment to or modification of the work that may distort or misrepresent the same, or cause harm to the author's honor, reputation or status.

4. The right of using a pseudonym on the work or anonymously presenting it. The author and his general successors to his work shall have unalienable moral rights which may not be

assignable or subject to seizure. Further any action in relation to such rights shall be deemed absolutely null and void.

Article (7)

The author may request the Court of First Instance to prevent the publication of his work or withdraw it from circulation, irrespective of his disposal of the financial rights of the same. If the author was granted this request, the court shall estimate the compensation to be granted to the party having the financial exploitation rights upon his request.

Article (8)

The NCCAL shall exercise the moral rights stipulated in Article (6) hereof if the Kuwaiti author is deceased without an heir, and in cases of works whose author's unknown.

Second: Financial Rights:

Article (9)

The author, his successor and legatee shall enjoy the exclusive right of authorizing or prohibiting any use or exploitation of his work in whatever manner according to the following:

1. Reproducing the work by any means, including printing, imaging, recording on tapes, LP's microgroove phonograph records, laser CDs, computer electronic memories, or digital storage in an electronic or optical environment or through any other device.

2. Translating his work into another language, subjecting it to musical distribution, or introducing thereto any other modifications or adaptations thereby producing a derivative work.

3. Distribution of the work or its physical copies to the public through sale or any other act of ownership transfer. The exclusive right of distribution shall be consumed upon the first sale of the original copy of the work. The buyer of the original protected work shall be permitted to sell, relinquish or dispose of the same without having obtained the permission of the right holder.

4. Public performance of his work.

5. Broadcasting, re-broadcasting or transmitting the work to the public.

6. The rental of the work. The exclusive right of rental shall not apply to computer programs in case they were not the primary concern of the rental act, nor to the rental of audiovisual works in case the dissemination of copies does not result in material damage to the owner of the above-mentioned exclusive right.

7. Any manner of publishing, including making the work available through computers, communication networks and other means.

Article (10)

The NCCAL may exercise the financial rights pertaining to works whose Kuwaiti author is deceased without a successor or legatee, as well as the financial rights of works whose author is unknown, which works have been published for the first time in the State of Kuwait .

Article (11)

The author may receive the monetary or in-kind consideration that he deems fair against disposal of one or more of his work's financial exploitations in favor of a third party. However, the author shall remain the proprietor of any right not being disposed of in the forgoing manner. Further, the permission granted by him for the exploitation of any of his financial rights shall not be deemed as giving license to exploit any other financial right enjoyed by the author over his work.

In order to properly conclude the disposal of the rights prescribed for the author and holders of the related rights, the contract must be in writing and shall expressly specify in detail each right separately, together with indicating the extent, purpose, duration and place of the disposed right in question.

Without prejudice to the moral rights stipulated in the present Law, the author may not take any action that would impair the exploitation of the disposed right or license in question.

Article (12)

Without prejudice to the exceptions to the Copyright stipulated by in this Law, the transfer of financial rights related to computer programs, applications and databases shall be subject to the contractual license contained in the software or the sticker thereon, whether it appears on the program's supporting platform, or on the computer monitor when the software is uploaded or stored. The purchaser or user of the software shall be bound by the terms of that license provided that they are not in breach of public order or morality.

Article (13)

The disposal of the author of the original copy of his work in any manner whatsoever shall not entail the transfer of any of his financial rights to the alienee beneficiary of such disposal, unless otherwise is agreed in writing.

Article (14)

Seizure of the author's financial rights may be imposed on his published work in case a court verdict was issued against him.

However, seizure may not be imposed on the financial rights over works whose author is deceased prior to their publication, unless it is conclusively proven that their author intended to publish the same prior to his death.

Article (15)

Any act the author in relation to his entire future intellectual works shall be deemed to be absolutely null and void.

Section II:

« Related Rights »

First: Moral Rights:

Article (16)

Performers and their general successors shall enjoy inalienable moral rights over performances, which may not be subject to seizure in accordance with the provisions of Article (6) hereof. Such rights shall include the following:

1. Attribution of the performance – being live or recorded – to its performer.

2. Prevention of any modification or alteration that may distort or misrepresent the performance or otherwise cause harm to the honor, reputation or standing of the performer.

Second: Financial Rights:

Article (17)

Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing or prohibiting the following:
First: The aspect of their unfixed live performance:

1. Broadcast their unfixed performances and communicate the same to the public unless the performance has previously been broadcast.

2. Fixing the unfixed aspects of their performance.

Second: Fixed aspects of their performance:

1. Authorize direct or indirect reproduction of the aspects of their performances which are fixed in phonograms in any manner or format.

2. Make publicly available the original or copy or any other copies of their performance aspects which are fixed phonograms, through sale or transfer of the ownership thereof in any other manner.

3. Authorize the rental to the public for commercial purposes of the original copy or other copies of their performance aspects fixed in phonograms, even after distribution thereof with their knowledge or authorization. Performers shall be entitled to a fair remuneration for the rental of copies of their performance aspects fixed in phonograms by the phonogram producers, provided

that such commercial rental of phonograms shall not result in material damage to the exclusive rights of reproduction of performers.

4. Making aspects of their performances fixed in phonograms available to the public through cable or wireless devices so that members of the public can access them at any place and time of their own individual choice.

5. The right to obtain a single fair remuneration against direct or indirect usufruct of published phonograms for commercial purposes for broadcasting or transmission thereof to the public in any manner whatsoever.

The provision of this Article shall not apply to any performing artists recording which is fixed within any audiovisual recording, unless otherwise is agreed in writing.

The NCCAL may exercise the moral and financial rights of the Kuwaiti performing artist who dies without having a successor or a legatee.

Article (18)

Producers who are permitted by the performers to undertake the first capturing of an audio-visual work on any tangible matter shall have the exclusive right to the following:

1. Copying, distributing, selling, renting and transmitting to the public of the audiovisual work produced by them.

2. Permit or prevent direct or indirect of their audiovisual recordings.

3. Authorize or prevent the rental of their audiovisual recordings for any purpose whatsoever.

4. Waiver in whole or in part their said rights without having to obtain the consent of the performers.

Article (19)

Producers of phonograms shall enjoy the following exclusive rights:

1. Direct or indirect reproducing of their phonograms in any manner or format.

2. Make the original or copy or other copies of their phonogram publicly available through sale or other manner of transferring the ownership thereof.

3. Rental of the original and other copies of phonograms to the public for commercial purposes even after distribution thereof with their knowledge or permission.

4. Making their phonograms available through cable or wireless devices, thus enabling members of the public to access them at any place and time of their own individual choice.

5. Distributing their phonograms or copies thereof.

6. The right to have one equitable remuneration against direct or indirect usufruct of the published phonograms for commercial purposes through broadcasting or transmitting thereof to the public in any manner whatsoever.

Article (20)

Broadcasting organizations shall enjoy the following exclusive financial rights:

1. Fix their own materials and programs intended for broadcasting.

2. Copy their own fixed materials and programs intended for broadcasting.

3. Transmit their own materials and programs intended for broadcasting to the public.

4. Re-broadcast their own materials and programs intended for broadcast in any manner.

5. Prevent third parties from transmitting their own broadcasts programs to the public without obtaining a prior written license therefor.

Works that have devolved to public property shall be precluded from such prevention.

Article (21)

The provisions governing the author's disposal of his financial rights stated herein, together with those provisions stated in the Berne Convention shall apply to all acts of disposal by holders of related rights regarding their financial rights.

The NCCAL may exercise the moral and financial rights of the Kuwaiti performing artist who dies without having a successor or legatee.

Section III:

« Protection Term »

Protection Term for Moral Rights:

Article (22)

Without prejudice to the provisions of Article (6) hereof, the moral rights protection term shall expire upon the lapse of the financial rights stipulated by the present Law. However, the attribution of the work to its original author shall remain in force, and shall enjoy perpetual protection which shall not lapse with the passage of time.

Article (23)

1. The term of protection of the author's financial rights over his work shall remain in force throughout his lifetime in addition to a period of fifty years after his death, which period shall be computed as of the first of January of the year following his death.

2. The term of protection of the financial rights of authors of joint works shall remain in force throughout their combined lifetime in addition to a period of fifty years to start from the date of death of the last surviving author, which period shall be computed as of the first of January of the year following the death of the last surviving author.

3. The term of protection of works whose author is a legal person shall be fifty years as of the first of January of the year following the year in which the work's project was first published.

4. If a work was composed of several parts or volumes that are published separately or at intervals, each part or volume of the same shall be deemed as an independent work for the purpose of computing the protection term.

5. The term of protection of collective works and audiovisual works shall be fifty years to start as of the date of the first publication of the work, which period shall be computed as of the first of January of the subsequent year to that in which any said publication has occurred. In case of non-publication, the fifty-year term shall be effective from the first of January of the subsequent year to that in which the work was completed.

6. The protection term for anonymously or pseudonymously published works shall be fifty years as of the first of January of the subsequent year to that in which the works first legitimate publication has occurred. However, should the author's identity be revealed during the protection term, such period shall be computed in conformity with clauses (1&2) of the present article.

7. The protection term of posthumously published works shall be fifty years as of the first of January of the year following the year in which they were published.

8. The protection term for applied arts and photography works shall be fifty years as of the first publication date of the work project, regardless of its republication.

Article (24)

1. The protection term for performer shall be fifty years as of the first of January of the year subsequent to the year in which the performance has occurred, or from the first of January of the year following the year in which the performance was fixed in a phonogram.

2. The protection term for producers of phonograms shall be fifty years, to begin on the first of January of the year following the year in which the phonogram was first published, or establishing the publication date of such phonogram, if it was not published within fifty years of the fixation of the phonogram.

3. The protection term for broadcasting organizations shall be twenty years to start on the first of January of the year following the year in which their programs were first broadcast.

Section IV:

« Provisions on Certain Works »

Article (25)

The natural or legal person who directs an invention and assumes the responsibility of accomplishing the collective work shall solely be entitled to assume the moral and financial rights of the author, unless otherwise is agreed in writing.

Article (26)

Each author of the shared work shall be deemed to be an equal partner in the financial rights unless otherwise was agreed in writing. In such case no one of them may single handedly exercise the Copyrights except through a written agreement. Should a participant in the work die without leaving successors, his share shall devolve to NCCAL unless otherwise is agreed in writing.

Article (27)

If the work is created for the benefit of another person, the copyrights shall belong to the creative author, unless otherwise is agreed in writing.

Without prejudice to the provisions of the preceding paragraph, if the Worker, while being in employment, devises a work related to the activities or works of the Employer, at the latter's direct or indirect commissioning, or in order to create such work, the Worker utilizes the expertise, information, tools, machines or materials made available at his disposal by the Employer, then the authoring rights shall belong to the Employer, provided that the Worker's intellectual efforts are maintained unless otherwise is agreed in writing.

However, the Copyrights shall be given to the Worker if the work created by him is not related to the Employer's work, and the Worker did not use the Employer's expertise, information, tools or raw materials to achieve such innovation, unless otherwise is agreed in writing.

Article (28)

In case of anonymous or pseudonymous works, their publisher shall be deemed authorized by the author to exercise the rights prescribed for him by the present Law unless proven otherwise.

Article (29)

Anyone depicts an image of another person may not publish, display, or distribute its original or copies thereof without the permission of the person represented in the image, unless otherwise is agreed.

Nonetheless, such image may be published on the occasion of public events or if involving persons of official or public character, or having local or international reputation.

The forgoing may take place provided that the image display or circulation shall not infringe on the person's honor, reputation or standing.

The preceding provisions shall apply to images irrespective of the manner they are carried out whether by drawing, engraving or any other means.

Article (30)

The copyrights of a photographic work shall not result in preventing third parties from taking new photographs of the same photographed object, even if taken from the same place and under the same conditions which prevailed when the first photograph was taken.

Section V:
Limitations and Exceptions
The Copyrights and Related Rights

Article (31)

Without prejudice to the author's moral and financial rights in accordance with the provisions hereof, third parties may use the work in certain special cases without the permission of the Copyrights holder and without compensation thereto, provided that such use shall not interfere with the normal exploitation of the work and shall not result in an unjustified harm to the legitimate interests of the rights holder.

The use of the work in the said cases must include mention of its source and its author name whenever possible.

The legitimate use shall include the following cases in particular:

First: Copying the original work for the sole personal use of the person making the copy in any way, provided that the work has been lawfully published and that the original has been lawfully acquired by the person concerned, except for copying architectural works that are produced in the form of buildings or any other installations.

Second: Quoting paragraphs of such work in another work, provided that the citation is in line with current practice, unsubstantial, to the extent justified by the desired goal, together with mentioning the source and the author's name. This shall also apply to press briefs copied from newspapers and periodicals.

Third: Reproducing short portions of the work for teaching and educational purposes in educational establishments only within the limits of the desired objective. Such copying shall be subject to the following:

1. Shall not be made for commercial purpose or for profit.

2. Copies must be made at one time or at separate disconnected times.

3. The name of the right holder and the title of the work shall be indicated on each copy.

Fourth: If the work is performed at family gatherings or for students for an educational purpose, without levying financial amount whether in direct or indirect manner.

Fifth: Making a single copy of the computer software by the person who legitimately acquires the ownership of the original copy for use for any of the following purposes:

1. Modify or adapt the software's original version to suit the needs of the licensee to operate the same.

2. Study the ideas and theories that underlie the work through reverse engineering.

3. Modify the software's original language the source language to the machine language.
4. Make a backup or replacement in case the original copy is lost or damaged.

5. Prepare materials or software designed to handle the original program.

6. Modify or correct the software errors, or address a security gap with a view to increase the operational effectiveness of the software and raise its efficiency.

7. Test the software and secure its network environment.

Sixth: Make a temporary electronic copy in the following cases:

1. If the copy is transient or incidental.

2. If it is an essential part of an integrated technical process.

3. If the primary purpose of the copy is to enable the transfer of the work within a network to a third party through an intermediary or for the legal use of works which have no independent economic significance.

Seventh: Transfer or copy published articles in newspapers and periodicals on current topics, or works of similar nature that have been broadcast, on condition of clearly stating the source and the author's name if any.

Eighth: Make copies of publicly presented speeches, if they are copied by the mass media and for the dictates of public interest, provided that the author's name is clearly stated. The author may reserve the right to publish such works in the manner he deems fit.

Ninth: Reproducing any work that has been broadcast and could be seen or heard on the occasion of presenting current events, through still or motion photography, provided that it is within the desired target together with clearly referring to the source.

Tenth: Produce provisional recordings in one or more copies by broadcasting organizations through their own means, of any protected work which the said organizations are licensed to broadcast or present. Such copies shall be made without resulting in harm to the Copyrights, and provided that all copies are destroyed within a period not exceeding one year as of their preparation date, or longer with the consent of author.

Copies of such recording may be kept in official archives and as required by the dictates of public interest.

Eleventh: Transfer short excerpts from previously published works, as well as drawings, photographs, designs or maps to textbooks prepared for educational curricula, or historical, literary and art books, provided that such transfer shall be made in so far as it is necessary, and on condition of mentioning the source and the name of the author.

Twelfth: Exchange of documents between libraries, by fax, mail or secure electronic transfer provided that the file is immediately deleted after printing a paper copy of the work for non-commercial research purpose or for the personal use of the receiving library visitors.

Thirteenth: The government funded archives, libraries, museums and galleries that are entitled to distribute copies of the works as part of their activities, according to the following:

A. Such institutions shall be allowed to copy their collection of kept works for the purpose of providing backup copies and for the purpose of preservation and conversion of the work into digital format in order to meet their needs and to operate them electronically.

B. If the work or a copy thereof is part of a collection kept by one of the aforementioned institutions is incomplete, it may complete the missing parts by any legitimate means.

C. A work which must be available in their collections in the chosen format, in case it is not possible for such institutions to find such works in that particular format on the market or through the publisher.

D. Reproduction the work when it is impossible to obtain a license from the author or the rights holder, or when the work is not available for sale or publication.

E. Copied works in accordance with the foregoing clauses may be used for both personal or study purpose within the building, without the use of electronic equipment. Further they may be loaned to the user.

Fourteenth: Imaging a copy of the work by public libraries or non-commercial documentation centers under the following conditions:

A. Reproduction should be made in response to a natural person’s request for study or research purpose.
B. Reproduction must intend to preserve the original copy or to replace the lost, damaged or unusable copies, or when it becomes impossible to obtain a replacement for the same on reasonable terms.

Fifteenth: Using the work for the purposes of caricature, simulation and imitation without causing damage to the author.

However, his name must be mentioned.

Sixteenth: Facilitate the access to the work by a person with a disability without the author's permission, and take any intermediate steps to achieve this objective, in accordance with the following conditions:

A. The person wishing to undertake such activity must have legal access to such work or a copy thereof.

B. The work may be transformed into an easily readable format, through using any means required to browse the information to the extent that persons with disabilities can access the work. However, no changes may be made to the work than those necessary for accessing the work by persons with disabilities.

C. The same must be done on a non-profit basis. A person with disability who has obtained a copy of the work through any means may make a copy thereof for personal use. Further, it is permissible to import into the State of Kuwait or export works that are prepared in a format which facilitates easy reading by a person with disability.

Seventeenth: Presenting part of the original or copied work to the public for the purpose of promoting the same.

Eighteenth: The use of a limited part of the lawfully published work for critical study or support of a certain point of view provided that the volume of the utilized part should not exceed what is necessary and the customary recognized limits, and on condition of always mentioning the author's name.

Nineteenth: Public presentation or performance of the creative work in official ceremonies within the limits required by such occasions, provided that the name of the author and source are mentioned.

Twentieth: Newspapers, Periodicals or broadcasting organizations, may carry the following actions without the permission of, or compensating the Copyright holder, provided that the source of the work and the author's name are mentioned:

1. Publish excerpts of his works that have been legally made available to the public, as well as his published articles on subjects of public concern at a certain time, unless the author prohibits the same at the time of publication, provided that reference is made to the source from which it was quoted and to the author's name, together with mentioning the work's title.

2. Publish speeches and talks delivered in public, social, scientific, literary, artistic, political and religious seminars and sessions, as well as in parliamentary assemblies, legislative and administrative bodies. Notwithstanding the foregoing, the author or his successors shall maintain the right of gathering such works in collections that are attributed to him.

3. Publish excerpts from a seen or heard work, or an audiovisual work available to the public in the context of news coverage of current events.

Article (32)

Exceptions to the author's financial rights stipulated by the present Law shall apply to the financial rights of holders of related rights in so far as they do not conflict with the nature of such rights.

Article (33)

Any Kuwaiti natural or legal stakeholder, may request the NCCAL Chairman or his authorized representative to grant him a non-exclusive, non-assignable license to copy or translate any published work, without the permission of the right holder.

Translation licenses shall be granted for school and university teaching or research purposes. Such licenses shall be granted only for use in school or university education. Such licenses shall be granted against a fair compensation to the right holder or his successors, to be assessed by the competent court.

Section I:

Collective Management of the Requirement of Rights and Precautionary Measures

Article (34)

Owners of copyrights and related rights as well as their general and private successors may delegate the administration of all the rights stipulated by the present Law, and the collection of their due amounts and compensations to associations or companies to be formed by the right owners in accordance with the aforementioned Public Benefit Clubs and Associations Law and the Companies Law.
The license shall be issued pursuant to a substantiated order of the competent minister specifying the time and spatial scope of use, as determined by the executive regulations. The NCCAL Chairman shall issue a license for practicing the activity of collective management associations or companies.

The mechanism of monitoring their business, and supervision thereof, as well as specifying the due fees shall be determined in accordance with the Executive Regulations.

Article (35)

Upon the request of the concerned parties, the summary judiciary shall be competent to carry out the following actions or other appropriate precautionary measures in case an infringement occurs against any right stipulated by the present Law:

1. The measure of establishing a detailed description of the work, performance thereof, sound recording or broadcasting program.

2. Temporary suspension of the publication of the work, performance, phonogram and radio program, or its presentation, reproduction or manufacturing. Such a suspension may ordered for a limited period which may be extended until the relevant merit dispute is settled.

3. Take custody of the work, the phonogram or the original broadcasting program, its copies as well as the materials, devices and tools used in republishing such creative work, performance, phonogram, radio program, or making copies thereof, provided that such materials are valid only for republishing such work, performance, phonogram or broadcasting program.

4. Establish the occurrence of the violation against the right object of protection.
5. To compute the revenues resulting from the exploitation of the work, the phonogram or the broadcasting program and take to custody thereof in all cases.

The President of the Court may order the assignment of one or more experts to assist the execution officer.

Further, the court may obligate the violator of the right to pay a fair and appropriate compensation for the damage sustained by the right holder as a result of such violation.

Article (36)

The competent Minister shall issue the order granting the capacity of judiciary apprehension officer to employees designated by NCCAL Chairman pursuant to the nomination of the library. They shall have the jurisdiction to monitor the implementation of the present Law, inspect printing presses, bookshops, publishing houses and public venues, and apprehend offenses that occur in violation of the provisions of the present Law, note down the necessary reports and refer them to the Public Prosecution. Further, in the performance of their duties they may resort to the assistance of the police if necessary. The competent minister shall provide the required financial and administrative facilities to such employees to enable them to carry out their duties.

The violating firm may be administratively closed on temporary basis for a maximum term of three months pursuant to a substantiated order issued by the competent minister. Such measure may be taken following notification to the violating party and giving it a grace period of (7) working days to respond to the violation notification in writing. In case of recurrence of the violation, an order may be issued to revoke the firm's license. In such case, the concerned party may submit a grievance against the order within sixty days of its issue.

Article (37)

The General Administration of Customs, on its own initiative or upon the request of the right holder, may order vide a substantiated decision to prevent the customs release of goods that constitute an infringement of a protected right in accordance with the provisions hereof. The release prevention application shall be submitted to the Director General of the General Administration of Customs in the manner prescribed by the Executive Regulations of the present Law.

Article (38)

The owner of the right pertaining to the literary, artistic or scientific work governed by the provisions of the present Law may deposit copies of the work at the library at his own expense. Such deposit shall be deemed as a rebuttable presumption of the depositor's ownership.

The library shall establish a register for depositing of the works that are governed by the provisions hereof. The rules and measures of such deposit shall be specified by the Executive Regulations.

Article (39)

The Executive Regulations shall determine the due fees and the procedures to be followed pursuant to the present Law and its Executive Regulations.

Article (40)

The concerned parties may submit grievances against the decisions issued to the effect of rejecting the depositing, registration and issuing certificates therefor according to the rules. In case of rejection, such decision must be substantiated and issued within one month from the application submittal date, otherwise the grievance shall be deemed as acceptable.

Section II:

Penalties

Article (41)

The penalties stipulated in this Section shall apply without prejudice to the exceptions mentioned in Articles 31 and 32 of the present Law.

Article (42)

The Public Prosecution shall have the exclusive power to investigate, act on, and prosecute all crimes arising from the application of the provisions of the present Law. The Criminal Circuit of the Court of First Instance shall be competent to consider all criminal cases stipulated herein. Its rulings may be appealed before the Court of Appeal. Further, the rulings issued by the Court of Appeal may be challenged before the Court of Cassation.

Article (43)

Without prejudice to any severer penalty stipulated by another law, any person committing any of the following acts without the written permission of the author, the relating right holder or their successors, shall be punished by imprisonment for a minimum term of six months and a maximum term of a two years as well as the payment of a minimum fine of five hundred dinars, but not exceeding fifty thousand dinars, or either of these two penalties:

1. Violation of any of the moral or financial rights of the author or the owner of the related rights stipulated in the present Law, including making available of any work to the public, or the presenting any work, performance, phonogram or broadcasting program, covered by the prescribed protection term in the present Law through computers, data networks, communication networks or other methods or means.

2. Sale or rental of a work, an phonogram or a broadcast program which are protected in accordance with the provisions of the present Law, or the circulation thereof in any form whatsoever.

Article (44)

Without prejudice to any severer penalty stipulated by another law, any person committing any of the following acts shall be punished by imprisonment for a minimum term of six months and a maximum term of two years, as well as the payment of a minimum fine of one thousand dinars and maximum fine of one hundred thousand dinars or either of these two penalties:

1. Manufacture, assemble, import or export for the purpose of selling, renting, trading or distributing of any apparatus, device or instrument designed or prepared specifically to circumvent the technological protection used by the author or the relating right holder.
2. Hacking the technological protection measures used by the author or the owner of the relating right holder, which measures are designed to protect the rights stipulated by the law, or to unlawfully preserve the quality and resolution of copies of the works.

3. Unlawfully remove, disable or vitiate any technical protection or electronic data aimed at organizing and managing the rights stipulated by the present Law.

4. Unlawful deletion or alteration of any data contained in electronic format that is necessary for the management of the rights stipulated by the present Law.

5. Unlawful distribution or importation for distribution, broadcasting, transmitting or making available to the public, of works or matters of related rights or copies thereof, knowing that they lack through deletion or data alteration, the information which they originally contained in an electronic format which are necessary for the management of such rights as stipulated by the present Law.

6. Store or download any copy of software, applications or databases on the computer without permission from the author or the relating right holder or their successors.

Article (45)

In addition to the prescribed penalties for offenses mentioned in Articles (43&44), the court shall order the confiscation of copies object of the offense or the resultant thereof. Further, the court may also order confiscation of equipment and instruments used in committing the crime as well as order the destruction thereof except for the built – up architectural works. Destruction should observe the environmental stipulations.

Upon conviction, the court may order the closure of the firm where the offense was committed for a maximum period t of six months. It may also order the revocation of the firm´s license and its final closure in case of recurrence of the offense.

The court may order the publication of the summary of the final conviction ruling in two daily newspapers at the expense of the convict.

Article (46)

In case of recidivism of one of the offenses indicated in Articles (43&44) of the present Law within five years from the date of the final ruling, the maximum penalty prescribed by law shall be increased by half.

Article (47)

Any person hindering the duties of the officers stipulated by Article (36) hereof or withholding any information or records requested by such officers, shall be punished by imprisonment for a minimum term of one month and a maximum term of six months, as well as the payment of a minimum fine of one thousand dinars and a maximum fine of twenty thousand dinars, or either of these two penalties.

Article (48)

The provisions of the accompanying Law shall be enforced with regard to the Copyrights and the related rights.

Article (49)

Law No. 22/2016 on the Copyrights and Related Rights as well as Law No. 64/1999 on Intellectual Property

Rights shall be repealed. Further, any provision contravening the stipulations of the present Law shall be repealed.

Article (50)

The competent minister shall issue the Executive Regulations and orders required for the implementation of the provisions of the accompanying Law within one year from the date of the enforcement thereof. The current regulations and orders shall remain in force where they do not contravene with the provisions of the present Law, until such regulations and orders are amended or repealed.

Article (51)

The Ministers, each in his respective capacity, shall implement the present Law which shall be published in the Official Gazette.

ANNEXE 2 (en anglais)

Law N°. 20 of 2014 Concerning

Electronic Transactions[1777]

Chapter One
Definitions

Article (1) In the implementation of the provisions of this Law, the following words and expressions shall have the meanings set forth next to each of them as follows:

Electronic: Anything related to information technology having electrical, digital, magnetic, optical, electromagnetic capabilities or similar capabilities whether wired or wireless and the technologies developed in this field. Electronic Writing: All letters, numbers, symbols or any other sings affixed to an electronic, digital, optical media or any other similar means that have an understood significance and can be retrieved later.

Electronic Data: Any data with electronic characteristics in the form of texts, symbols, sounds, drawings, pictures, computer programs or databases. Electronic data processing system: An electronic system for the creation, entry, retrieval, sending, receiving, extraction, storage, display or processing of information or electronic messages.

Electronic Medium: An electronic means and mechanism used in electronic information storage.

Electronic Document or Record: A collection of data or information created, stored, extracted, copied, sent, communicated or received completely or partially via electronic means, either through a hard medium or any other electronic medium, and can be retrieved in perceivable form.

Electronic Message: Electronic data sent or received through electronic means regardless of the extraction method upon receipt.

Creator: The natural individual or juridical person that sends the document or record via an electronic message, or that is found to having created or sent the document or record before saving it.

Shall not be considered a creator the person who provides services related to receiving, processing or saving the electronic document or record and other related services.

[1777] Publications de l'Autorité des communications et des technologies de l'information de l'État du Koweït sur le site : Communication & Information Technology Regulatory Authority Home

Addressee: The natural individual or juridical person to whom the creator intended to send the document or record.

Shall not be considered an addressee the person who provides services related to receiving, processing or saving the electronic document or record and other related services.

Electronic Transaction: Any transaction or agreement entered into or executed fully or partially via electronic means and correspondence. Automated Electronic System: An electronic computer software or system especially designed to independently initiate an action or respond to an action, completely or partially, without the intervention or supervision of any natural person at the time of initiating an action or responding to the same. Electronic Signature: The data that take the form of letters, numbers, symbols, signs or others. Such data is necessarily listed in, attached to or associated with an electronic document or record through electronic, digital, optical or other means. The data has the nature that identifie and distinguishes the person who signed the document or record.

Protected Electronic Signature: The electronic signature fulfilling the conditions of Article (19) of this law.

Electronic Signature Tool: A program or electronic data prepared uniquely to work independently or jointly with other programs and electronic data on placing the electronic signature of a certain person on the document. Such process includes any systems or devices that generate or capture unique data such as symbols, algorithms, letters, numbers, private keys or profile identification numbers or properties.

Signatory: The natural individual or juridical person who owns the data and tool for the creation of an electronic signature. He shall sign for himself or on behalf of his deputy or legal representative the electronic document, record or message using such tool and data.

Electronic Payment: The process of transferring and paying money via electronic means.

Means of Electronic Payment: The means through which the person can make electronic payments.

Financial Institution: The bank, financial company or investment company "financing activity" or exchange company subject to the supervision of the Central Bank of Kuwait or any instruction authorized to make cash transfers or electronic payments in accordance with the provisions of the applicable laws. Illegal Record: Any financial record on the account of the customer as a result of an electronic message sent in his name without his knowledge, consent or authorization.

Authentication Services Provider: The natural individual or juridical person who is authorized or licensed by the competent authority to issue electronic authentication certificates, provide any other services or carry out tasks related thereto and to the electronic signatures and organized under the provisions of the law.

Electronic Authentication Certificate: A certificate issued by the licensee body, legalizing that the electronic signature is affixed by a specific person and confirming the relation between the person affixing the signature and the signature creation data, pursuant to accredited authentication procedures. Time Stamp: The information provided by the authentication

services provider, whereby the date and time of the creating, sending and receiving the electronic documents and messages is accurately specifies to be deemed an evidence against all.

The Competent Authority: The body which the state assigns to supervise the issuance of licenses necessary for carrying out electronic authentication and electronic signature services and other services in the field of electronic transactions and information.

Encryption: The process of converting a simple text, text document, or electronic message into encoded or scattered symbols that cannot be read without being decoded to the original status.

The Competent Minister: The minister assigned by the Council of Ministers.

Chapter Two
General Provisions

Article (2) The provisions of this law shall govern the electronic records, messages, transactions, documents and signatures related to the civil, commercial and administrative transactions. They shall also govern any dispute arising out of the use of the same unless the parties agree otherwise or if it is found that another law is applicable.

However, the provisions of this law shall not apply to the following:

A. Transactions and issues related to personal status, endowment, and wills;

B. Real estate title deeds and the resulting original or consequential real rights;

C. Promissory notes and negotiable bills of exchange; and

D. Any event that the law requires to be expressed in a written document or to be documented or the making of which is subject to a specific provision in another law.

Article (3) Each of the electronic record, document, message, transaction and signature, in the field of civil, commercial and administrative transactions, shall have the same legal effects of written records, documents, and signatures in terms of its binding effect upon the parties thereto or its force as proof or evidence whenever carried out pursuant to the provisions of this law.

Article (4) No person is obliged to accept dealing through electronic means without his consent. The consent of the person shall be concluded through his positive behavior that the case circumstances shall leave no doubt in indicating. The approval of government bodies to electronic dealing should be explicit regarding the electronic data to which they are a party.

Article (5) The approval, acceptance and all matters related to contracting, including any amendment, or recantation in approval or acceptance, may be expressed wholly or partially via electronic transactions. The expression shall not lose its validity, effect or enforceability just because it has been carried out via one electronic correspondence or more.

Article (6) The hard copy of the electronic document or record shall be deemed an evidence against all before the court for the official document, and shall be deemed an evidence against

the person who placed his electronic signature on the unoffical document to the extent each of them confirms to the original document. The same applies whenever the electronic document or record and the electronic signature are uploaded to the electronic medium in accordance with the conditions set forth in Articles 19 and 20 of this law.

Article (7) Provisions of the Law of Evidence in Civil and Commercial Matters shall govern the authentication of the official and unofficial electronic documents or records, their hard copies, the electronic signature and the electronic writing regarding what has not been provided for in this law or its executive bylaws.

Chapter Third
Document or electronic record

Article (8) Two automated electronic systems including two electronic information systems or more may enter into a contract if such systems are pre-prepared and programmed to carry out such tasks. The contract shall be valid, in force and effective at law whenever its conditions have been fulfilled and whenever such systems carry out their tasks properly in spite of the absence of any personal or direct intervention by any natural person in the process of concluding the contract. The legal action may be completed between an electronic system, owned by a natural or a juridical person, and a natural person only if the latter is aware or should have been aware of the fact that that system will complete this legal action.

Article (9) The electronic document or record effective at law should fulfill the following conditions together:

A. The electronic document or record should be saved the way it was created, sent or received, or in any other way easy to prove the accuracy of data contained therein upon creation, sending or receiving.

B. The data contained in the electronic document or record should be maintainable and storable so as to be retrieved at any time.

C. The data contained in the electronic document or record should identify the creator or sender, date and time of sending or receiving the same.

D. The document or record should be saved in an electronic format pursuant to the conditions and rules set by the competent authority to which supervision of this activity is subject.

The provisions of this Article shall not prejudice the provision of any other law which explicitly stipulates saving the document, record, data or information in a specific electronic format according to a specific electronic processing system or following specific procedures, or sending the same via a specific electronic medium. Additionally, the provisions of this Article shall not be incompatible with any additional requirements established by the government concerning the storage of electronic records subject to its jurisdiction.

Article (10) The data associated with the document or record for the purpose of facilitating its sending or receiving should not necessarily fulfill the conditions set forth in the preceding Article.

Any person may use the services of another person who obtains a license in storing and retrieving documents and data if required by law to be saved subject to the fulfillment of the conditions set forth in the preceding Article. The provisions of the preceding Article shall not prejudice the provisions or other laws or any specific procedures established by the government concerning the storage of documents.

Article (11) If the creator has himself issued the document or record.

A. If the addressee has used an election data processing system, which he has already, agreed with the creator to be used for this purpose.

B. If the addressee has received the electronic document or record as a result of procedures done by any person who belongs to the creator or his representative who have access to the electronic means used by either of them to identify the creator.

The electronic document or report may not be deemed evidence against the creator in the two following cases:

1. If a notice is served to the addressee informing him that the electronic document or record is not issued by the creator. Therefore, the addressee should act on the basis that the creator has not issued the document or record. The creator shall hold the responsibility for any consequences that occurred prior to the receipt of such notice unless proven that the electronic document or record is not actually issued by the creator.

2. If the addressee becomes aware or was able to learn that the creator did not issue the electronic document or record.

3. The addressee shall have the right to consider each electronic message received as an independent correspondence. He shall act accordingly unless he learnt or was able to learn, if he exercised the due diligence of the natural person or used any agreed procedure, that the electronic message was a duplicate.

Article (12) If the addressee is requested by the creator, by means of an electronic document or record, to serve a notice to the latter acknowledging the receipt of the electronic document or record or has agreed previously on the same, the addressee's notice to the creator served through an electronic means or any other means, or the taking of any act or procedure indicating that he received the electronic document or record shall be considered a consent to that request or an implementation of the agreement.

If the creator makes the effect of the electronic document or record conditional upon receiving a notice from the addressee acknowledging receipt of the electronic document or register, the electronic document or register shall have no legal effect unless such notice is received.

If the creator requested the addressee to serve a notice acknowledging the receipt of the electronic document or record and the latter did not serve such notice, the creator shall have the right, within a reasonable period, to serve a warning to the addressee informing him that he should send a notice within a specific period. Otherwise, the electronic document or record will be deemed void if the creator did not receive the notice within this period.

The notice acknowledging the receipt shall not be considered in itself an indication that the content of the electronic document or record that received by the addressee is identical to the content of the electronic document or record sent by the creator.

Article (13) The electronic document or record shall not be binding to the addressee if the creator precludes the possibility of retrieving, printing, storing or maintaining the electronic document or record by the addressee.

Article (14) The electronic document or record may be kept for the purposes of evidence, documentation or any other purpose. The same shall be considered an evidence binding the parties thereto, all unless a specific provision in another law requires the keeping of a written evidence.

Article (15) The electronic document or record shall be deemed sent from the time it was entered into data processing system which is not subject to the control of the creator or the person who sent the electronic document or record on his behalf unless otherwise agreed between the creator and addressee.

If the addressee has agreed with the creator on the electronic data processing system for receiving the electronic document or record, the same will be deemed delivered when entered to the system. If the message was sent to a system other than the one agreed upon, it shall be deemed sent from the time it was sent for the first time by the creator and seen by the addressee.

If the addressee did not agree with the creator on processing system to receive data messages, the time of messages receipt shall be the time it was entered to the electronic data processing system of the addressee. This applies if the creator and addressee were not using the same electronic data processing system, then the sending in this case shall be deemed complete from the time this electronic document or record came into the attention of the addressee.

Article (16) The electronic document or record shall be deemed sent from the place where the creator's headquarter is located, and shall be deemed received in the place where the addressee's headquarter is located. If either has a headquarter, his place of residence shall be deemed his headquarter unless the creator of the electronic document or record and the addressee have agreed otherwise.

If the creator or the addressee had more than one headquarter, the headquarter more relevant to the transaction shall be deemed the place of sending or receipt. In case approximation was not possible, the principal headquarter of each shall be deemed the place of sending or receipt.

Article (17) The time stamp affixed by the authentication services provider on any electronic document or record that is electronically signed, shall be deemed an evidence of date and time of creating, sending and receiving the electronic document or record.

Chapter Four
Electronic Signature

Article (18) The legal effect of the electronic signature shall not be disregarded in terms of its validity and applicability merely because it is in an electronic form. The protected electronic signature in the domain of civil, commercial and administrative transactions shall have the same effect allocated to the written signature as stipulates in the provisions of the Law of Evidence in Civil and Commercial Matters whenever the technical controls set out in this law and the Executive By-law hereof in respect of the creation and completion thereof have been observed.

Article (19) The signature shall be deemed a protected electronic signature if it meets the following conditions:

The possibility of identifying the signatory.

Exclusively linking the signature with the signatory himself.

The implementation of the signature using a sage signature tool under the exclusive control of the signatory himself at the time of signing.

The possibility of detecting any change in the data associated with the protected signature or in the relationship between the date and the signatory.

The Executive By-law of this law specifies the technical controls to do the same.

Article (20) The person who uses the protected electronic signature shall submit the electronic authentication certificate indicating the validity of the signature pursuant to the nature of limitations and conditions imposed on the certificate; while taking the steps required to verify the validity of the signature, and the certificate and the validity thereof, and subject to any agreement or past dealing of the party who relies on such certificate and the party that has certified the data contained therein or the party to which the issue of the certificate is attributed.

Article (21) The signatory must take into account the following matters: A. To take reasonable care and precaution to avoid the illegal use of his signature tool and data by others.

B. To initiate without delay to notify the competent authority or concerned persons, when he has sufficient evidence, that his electronic signature has been subject to unlawful use.

C. To pay careful attention in using the electronic authentication certificate, to ensure the accuracy and completeness of the significant data relevant to this certificate throughout the validity period thereof.

Article (22) The competent authority referred to shall regulate carrying out electronic authentication services and electronic signature services, and proceeds in particular with the following:

A. To issue and renew licenses necessary for the conduct of electronic authentication services and electronic signature services, monitor and supervise the activities of electronic

authentication services providers pursuant to the provisions of the law, the Executive B-law thereof and regulations of the authority.

B. To specify the standards of the electronic verification and the electronic signature with a view to setting the technical specifications thereof.

C. To receive complaints concerning the electronic verification and the electronic signature and take the necessary action.

D. To verify the technical advice on the dispute that may arise between the parties concerned with electronic verification and the electronic signature activities.

Article (23) The Public Authority for Civil Information, in coordination with the competent authority, shall supervise the construction, design and management of the infrastructure of both the electronic authentication and signature in the State of Kuwait. The authorities set forth in the preceding Article of this law undertake the liaison and coordination with the Public Authority for Civil Information in accordance with the controls and conditions set by the Public Authority for Civil Information in coordination with the competent authorities in this regard.

Article (24) The activity of issuing electronic authentication certificates may not be carried out without obtaining the license from the competent authority pursuant to the procedures, conditions and guarantees set forth in the Executive By-Law of this Law. The licensee shall be responsible for the proper implementation of such procedures, conditions and guarantees. The said authority shall approve the foreign competent authorities in the field of electronic authentication certificates issuance in which case such certificates shall have the same strength as evidence allocated to the similar certificates issued by similar local issuers all pursuant to the rules and procedures set forth by the Executive Bylaw.

Article (25) The competent authority shall, at any time, in the case of any violations, issue a decisions to cancel the license, withdraw the accreditation of the foreign authority specialized in the issuance of electronic authentication certificates, to stop the force of either until removing causes of the violations, especially in the following two cases:

A. Violating the terms of the license or accreditation,

B. Losing any of the conditions or guarantees on the basis of which the license or accreditation was granted. And such shall be applied pursuant to the procedures and laws set forth in the Executive By-law of this law.

Chapter Five
Use of the electronic documents and signatures by the government

Article (26) Without prejudice to any of the provisions of any other law, any governmental entity may, for the purpose of carrying out its competencies, do the following:

A. Accept the deposit, submittal, creation or maintenance of documents in the format of electronic documents or records.

B. Issue any permit, license, decisions or approval in the format of electronic documents or records.

C. Accept the fees or any other payments settled electronically.

D. Offer government tenders of any type and receive the offers electronically.

Article (27) If any governmental entity stipulates to perform any of the tasks set forth in the preceding Article electronically, it shall have the right to determine the following:

A. The method of format through which the electronic documents will be created, deposited, saved, submitted or issued without prejudice to the provisions of data privacy and protection.

B. The method, style, manner and procedures of offering tenders and receiving offers.

C. The type of the required electronic signature.

D. The method and format through which such electronic signature will be attached to the electronic document or record, as well as the standard to which the authentication service provider when it is given the document or record to maintain or deposit shall fulfill within the limit of standards and specifications set by the competent authority pursuant to Article 22 of this law and the Executive B-law thereof.

E. Appropriate control processes and procedures to ensure the integrity, security, and confidentiality of the electronic documents and records, payments or fees.

F. Any other properties, conditions or provisions which govern the process of sending paper documents, pursuant to what the Executive By-law of this law stipulates.

Chapter Six
Electronic Payment

Article (28) Money transfer via electronic means is an acceptable way for settling payments. This law does not, in any way, affect the rights of others established under the laws or any other agreement.

Article (29) Any financial institution which carries out electronic payment business pursuant to the provisions of this law and the Executive By-Law therefore, and the regulations issued thereto, shall comply with the following:

A. Adhere to the provisions of Law No. 32 of 1968 concerning cash, the Central Bank of Kuwait, regulation of the banking profession and other laws and instructions issued in this regard, and Law No. 106 of 2013 Anti-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing.

B. Take the necessary procedures for the provision of safe services to the customers and maintain the banking secrecy in accordance with the legal standards followed in this regard.

Article (30) The customer shall not hold the responsibility of any illegal record on his bank account by electronic payment if he initiates to inform the financial institution, before making such record, that he stopped the force of his electronic signature due to concerns that others might have access to this account, that he may lose the electronic payment means, or that it has

been found that others have access to his electronic signature The customer shall hold the responsibility for any illegal usage of his account by electronic payment if it is proved that his negligence has led or contributed basically and that the institution has done its duty to prevent the illegal use of that account.

In electronic payments, no amendment or change shall be made to the electronic document or record once sent by the creator. Any cancellations must be done using an independent electronic document or record.

Article (31) The Central Bank shall issue the necessary instructions for the banking and financial institutions subject to its supervision regarding the regulation of electronic payment including the adoption of electronic payment means; the consequences of the record resulting from the illegal transfer; procedures of errors correction and disclosure of data, and any other matters related to electronic banking including the data which the Central Bank obliges the financial institutions to provide according to the law.
The penalties set forth in Article 85 of the said Law No. 32 of 1968 shall apply to the institution violating the instructions.

Chapter Seven
Privacy and Data Protection

Article (32) In none of the causes authorized by law, governmental bodies, agencies, public institutions, companies, non-governmental bodied or employees thereof may not unlawfully access, disclose or publish any personal data or information registered in the records or systems of electronic processing related to positional affairs, personal status, health status or elements of the financial disclosure of persons or other personal information registered at the authorities referred to in this Article or employees thereof by virtue of their positions, unless such was done with the approval of the concerned person to which such data or information belong or his legal representative or by means of a reasoned judicial statement.

The institutions referred to in the above paragraph of this article shall state the purpose of collecting the mentioned data and information. The collection of such data and information shall be carried out within the limits of this stated purpose.

Article (33) Except for the personal data and information, which the government security bodies keep in its records and electronic processing systems for reasons of national security of the country, the person may request any of the above-mentioned entities to access the personal data or information registered as set forth in the preceding article, if such information or data belong to him or any of his legal representatives. Hey may also obtain a formal extract of this data and information. The said bodies should respond his request.
The Executive By-law of this law sets forth the procedures and controls which govern the individual's access of such personal data and information.

Article (34) Without prejudice to the provisions of preceding articles, government bodies, specific natural person and individuals may obtain from the bodies set forth in Article (32) above whatever they need of the information registered in their own records or electronic processing systems. Such shall be obtained subject to the approval of the concerned body after the verification of the applicant's status, nature of this data or information, usefulness or purpose of the same of any other conditions deemed necessary.

The body to which the application is submitted, may reject the request and inform the applicant thereof within thirty days of submission. The lapse of the specifies period without deciding on the request will be considered a rejection thereof. The applicant may complain against the rejection decision to the president of the authority within sixty days from the date of his being notified of the rejection decision or the lapse of the period provided for in the preceding paragraph without deciding on the request.

The decisions of the head of the administrative body or the lapse of thirty days from the date of complain without deciding on the request shall be deemed a final decision of rejection.

The person who obtains any data pursuant to the provisions of this Article may not use the same for any purpose other than the purpose on which the body agreed to grant him the information.

The Executive By-law of this law sets forth the controls to be followed in this regard and the states fees thereof.

Article (35) All bodies mentioned in Article (32) may not do the following:

A. Collect, register, or process any personal data or information of these mentioned in Article (32) in illegal methods or way or without the consent of the concerned person or his representative.

B. Use the referred personal data or information registered in their documents or information system for purposes other than those to which it was collected.

The bodies shall do the following:

A. Verify the accuracy of personal information or data stated in Article (32) and registered in their information systems, complete and update the same regularly.

B. Take the appropriate measure to protect the personal data and information referred to in Article (32) against loss, damage, disclosure, replacement with incorrect data or information, or addition of untrue information thereto.

Article (36)

A. Individuals are allowed to request the bodies referred to in Article (32) to delete or amend any of their personal data or information which the bodies keep in their records or electronic processing systems if they were found to be invalid or non-conforming with reality. The Individuals may also request such information to be replaced according to the amendments thereto.

B. The Executive By-law of this law sets forth the procedures and controls that must be followed regarding the requests submitted by individuals for the deletion or amendment of their personal data registered at one of the aforementioned bodies.

Chapter Eight
Penalties

Article (37) Without prejudice to any stricter penalty stipulates by any other law, shall be punished with imprisonment for a period of three years as a maximum and a fine of no less than five thousand dinars and not exceeding twenty thousand dinars as, or either of them, any person who:

A. Deliberately and illegitimately logs-in the electronic data processing system, prevents access to the system, causes damage of the same, or obtains the numbers or data of credit cards or other electronic cards to be used to steal the funds of others.

B. Issues an electronic authentication certificate or carries out any of the electronic authentication services without first obtaining a licenses from the competent authority.

C. Cases damage or defect to an electronic signature, system, signature tool, document or record or forged any of the same by way of synthesis, modification or alteration in any other way.

D. Knowingly uses a defective or false electronic signature, system, signature tool, document or record.

E. Unlawfully access, by any means, an electronic signature, system, document or record, breaks into the system, hinders or vacates the performance of the same.

F. Violates the provisions of Article 32 and items “a and b” of the first paragraph of Article 35 of this law. The tools, programs or devices used in the commission of this crime may be confiscated without prejudice to the rights of persons acting in good faith.

In all cases, the summary of the final judgment of convention shall be published in two daily newspapers issued in Arabic Language at the expense of the convicted person. The same shall be published on the open electronic communication network in accordance with the rules set forth by the Executive By-law.
The punishment shall be doubled in the event where any of the said crimes is repeated.

Article (38) Shall be punished by imprisonment for a period of one year as a maximum and a fine not less than thousand dinars and not exceeding ten thousand dinars as a maximum, or either of them, any licensee who obtains the license for providing electronic authentication services if he provides any incorrect data in the application for registration submitted to the competent authority or violates the terms of the license.

Article (39) Without prejudice to the personal criminal responsibility of the perpetrator, the person responsible for the actual management of the juridical person shall be punished with the same penalties for the acts committed in violation of the provisions of this law if his negligence and breach of duties imposed by such managed have contributed to the occurrence of the crime knowingly. The juridical person shall be jointly responsible for the judged financial penalties and compensation if the violation was committed by one of the employees working on behalf of this person or for him.

Article (40) The public prosecution alone shall have jurisdiction over investigation, action and pleading in the crimes set forth under this Law and related crimes.

Article (41) The competent personnel who are specifies by the competent minister in a resolution issued by him, shall have the judicial power to monitor the implementation of this law, by-laws and decisions implementing the same; write the necessary minutes in case of violation of its provisions; and forward the same to the public prosecution for investigation and taking action.

Article (42) The public prosecution may accept the request for a conciliation submitted by the person who has committed, for the first time, one of the crimes provided for in this law whenever the accused submits a conciliation request to the public prosecution, and pays an amount of one thousand dinars to the treasury of the court before referring the case to the competent court. The acceptance of the conciliation request shall terminate the criminal case and all the effects thereof.

Article (43) The provisions of this law shall not be included in the provisions of special legislations. Article (44) The competent minister shall issue the Executive By-law of this Law within a period of six months from the date of its publication in the Official Gazette.

Article (45) The prime minister and ministers, each within his field of jurisdiction, shall enforce this law.

Article (46) This Law shall be published and shall be effective from the date of the publishing hereof in the Official Gazette.

Amir of Kuwait
Sabah Al-Ahmad Al-Jabber Al-Sabah

Issued at Al-Seif Palace on 11 Rabi Al-Akhir 1435 AH Corresponding to: 11 February 2014 AD

ANNEXE 3 (en anglais)

Trademark Law of the States of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf[1778]

Chapter 1: Definitions

Article 1: Definitions In implementing the provisions of this Law, the following terms shall have the meanings assigned thereto unless the context requires otherwise:

GCC States: Member states of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf.

Competent Authority: The ministry in charge of trade and implementation of this Law in each GCC State.

Minister: The minister in charge of implementing the provisions of this Law. Implementing Regulations: The regulations adopted by the Trade Cooperation Committee for the implementation of this Law.

Register: Trademark Register.

Article 2 A trademark is any distinctive name, word, signature, letter, symbol, numeral, address, seal, drawing, image, inscription, packaging, figurative element, shape, color, set of colors or any combination thereof, or any sign or group of signs used or intended to be used for distinguishing goods or services of one establishment from those of other establishments, indicating the provision of a service or monitoring or inspection of goods or services.

Marks relating to sounds or scents may be deemed trademarks.

[1778] Publications du Conseil des ministres saoudien sur le site : https://laws.boe.gov.sa/Files/Download/?attId=ca43dc49-dc74-4135-812b-adbb0123a629

Chapter 2: Procedures

Section One: Trademark Registration Procedures

Article 3 None of the following may be deemed a trademark or part thereof, nor may be registered as such:

1. Marks without distinctive features or those consisting of details which are merely the name normally assigned to the relevant goods or services, or common drawings and ordinary images of goods.

2. Expressions, drawings or marks undermining public decency or public policy.

3. Public emblems, flags, military and honorary insignia, national and foreign decorations, coins and banknotes and other symbols associated with any GCC or non-GCC state, Arab or international organizations or agencies thereof, or any imitation of the same.

4. Symbols of the Red Crescent, Red Cross or other similar symbols as well as imitations of the same.

5. Marks which are identical or similar to symbols of pure religious nature.

6. Geographical names and indications; if using the same would cause confusion in terms of the source or origin of goods or services.

7. Name, surname, photograph or emblem of a third party, without the prior consent of said third party or his heirs.

8. Data relating to honorary or academic degrees where the applicant fails to establish legal entitlement thereto.

9. Marks which would mislead the public or those providing false information relating the origin or source of goods or services or other characteristics thereof, as well as marks containing fictitious, imitated or forged trade names.

10. Marks owned by natural or corporate persons with whom dealing is prohibited pursuant to a decision issued by the competent authority.

11. Any trademark identical or similar to a mark previously filed or registered by a third party for the same or relevant goods or services, if using such mark would create the impression of association between it and the goods and services of the owner of the previously registered mark or adversely affect his interests.

12. Marks the registration of which for certain goods or services may undermine the value of goods or services distinguished by the previous mark.

13. Marks representing copies, imitations or translations of a famous trademark, or part thereof, owned by a third party, to be used in distinguishing goods or services identical or similar to those distinguished by said famous mark.

14. Marks representing copies, imitations or translations of a famous trademark, or a material part thereof, owned by a third party, to be used in distinguishing goods or services non-identical or dissimilar to those distinguished by said famous mark, if such use would indicate an association between said goods or services and the famous mark and is likely to adversely affect the interests of the owner of said famous mark.

15. Marks containing the following words or phrases:

Franchise or “franchisee”, registered or “registered mark”, copyright or similar words and phrases.

Article 4

1. A famous trademark with reputation beyond its registration country may not be registered for identical or similar goods or services unless so requested or explicitly approved by the owner of said mark.

2. In order to determine whether a mark is famous, consideration shall be given to the degree to which it is recognized by the relevant public as a result of promotion or period of registration

or use thereof; number of countries where it is registered or famous; or value and impact of such mark on promoting the goods or services distinguished by it.

3. A famous mark may not be registered to distinguish goods or services not identical or similar to those distinguished thereby if the use of such mark:

a) implies a connection between the goods or services to be distinguished thereby and the goods or services of the owner of the famous mark; or

b) may adversely affect the interests of the owner of the famous mark.

Article 5

The following categories may register their own trademarks:

1. Any natural or corporate person who is a national of a GCC member state, including manufacturers, producers, merchants, artisans and service providers.

2. Foreign residents of any GCC member state who are licensed to engage in commercial, industrial, artisanal or service providing activities.

3. Foreign nationals or residents in states which are members to a multilateral international agreement to which the GCC member state is a party.

4. Public agencies.

Article 6

1. A register called the Trademark Register shall be maintained by the competent authority to record all marks and names and addresses of owners thereof, description of their goods or services, alienation, assignment, licensing, pledging, renewal, deletion or any other amendments. Any interested party shall have access to the register and may obtain certified copies from it.

2. The trademark register in use at the time this Law enters into force shall be merged with and deemed an integral part of the register provided for in the previous paragraph.

Article 7

1. Any person registering a trademark in good faith shall be deemed the owner of said trademark. Ownership of said trademark may not be challenged if it has been used for at least five years without being legally disputed.

2. Any person who had used a mark before its registered owner may apply to the competent court to revoke the registration within five years from the date of registration, unless his explicit or implicit consent that the mark be used by the registered owner is established.

Article 8

An application for trademark registration shall be submitted by the relevant party or representative thereof to the competent authority using the proper form in accordance with the conditions set forth in the Implementing Regulations of this Law.

Article 9

1. A trademark may be registered for one or more classes of goods or services in accordance with the Implementing Regulations of this Law.

2. Goods or services shall not be deemed similar merely because they are listed under the same class, nor shall goods or services be deemed dissimilar merely because they are listed under different classes of the same category.

Article 10

If two or more persons simultaneously apply for the registration of the same or similar marks for the same class of products or services, all applications shall be suspended until one of the disputing parties waives his right in writing and such waiver is attested by the competent authority in favor of one of the parties, or if a final judgment is issued in the dispute.

Article 11

If a trademark registration applicant, or successor thereof, seeks to invoke the right of priority based on a previous application filed in a state that is a member to a multilateral international agreement to which the relevant GCC member state is a party, said applicant shall attach a copy of the prior application and a statement stating the date and number of the prior application and the state where it was deposited, within six months from the date of the registration upon which the right of priority is based; otherwise, such right shall be forfeited.

Article 12

1. The competent authority may impose any restrictions and amendments it deems necessary to define and clarify trademarks in a manner that would prevent the same from being confused with other marks previously registered or applications previously filed, or for any other reason.

2. If the registration applicant fails to respond to the competent authority within 90 days from the date of notification, the application shall be deemed abandoned.

3. If the competent authority refuses to register a trademark for any reason or makes such registration conditional upon satisfaction of certain restrictions or amendments, said authority shall notify the applicant or representative thereof in writing of the grounds for such decision.

4. In any case, the competent authority shall decide on any registration application within 90 days from the date of submission, if the application satisfies the conditions set forth in this Law and its Implementing Regulations.

Article 13

1. A registration applicant or representative thereof may, within 60 days of notification of the competent authority's decision refusing registration or imposing conditions thereon, appeal said decision before a committee set for such purpose in the Implementing Regulations of this Law. He may appeal such decision before the competent court within 60 days of notification of the decision of said committee.

2. If a registration applicant does not appeal the decision refusing or imposing conditions on registration within the set period or fails to act as instructed by the competent authority within said period, the application shall be deemed forfeited.

Article 14

1. Upon approval of a trademark, the competent authority shall, prior to registering the trademark, publish it in accordance with the Implementing Regulations of this Law at the expense of the applicant.

2. A concerned party may, within 60 days from the date of publication, file with the competent authority a written objection to the registration of a mark. The competent authority shall provide the registration applicant with a copy of said objection within 30 days from the date of submission and the applicant shall provide the competent authority with a written response within sixty days from the date of notification; otherwise, the registration application shall be deemed abandoned.

Article 15

1. The competent authority shall decide on objections referred thereto upon hearing the objecting party and the registration applicant, or either one of them, if necessary.

2. The competent authority shall issue a decision approving or refusing registration and may, in case of approval, impose any restriction it deems necessary.

3. Any stakeholder may, within 30 days from the date of notification of the competent authority’s decision, appeal said decision before the competent court. Such appeal shall not result in a stay of registration unless the court decides otherwise.

Article 16

If the statutory objection period lapses without submitting any objection regarding the approval of a trademark registration application, the competent authority shall register said trademark immediately after the lapse of said period.

Article 17

1. A mark shall be deemed registered as of the date of application and the owner of the mark shall be provided with a certificate containing the following:

a) Trademark registration number.

b) Priority number and date and the country where the relevant application is deposited, if any.

c) Application date, registration date and protection expiration date.

d) Name, surname, place of residence and nationality of the mark owner.

e) A copy of the mark.

f) A statement of goods or services to which the mark is assigned, and class of the same.

2. The owner of a registered trademark shall have an exclusive right to use said mark and prevent others from using the same or any identical or similar marks – including geographical indicators – without his consent, in a commercial context, to distinguish goods or services related to those for which the trademark is registered, if such use may cause confusion to the public. Such confusion is assumed to occur if the same or a similar mark is used to distinguish goods or services which are identical to those for which the mark is registered.

Article 18

The owner of a previously registered mark may, at any time, apply to the competent authority to make any additions or amendments to said mark, unless such additions or amendments materially affect the mark. The competent authority shall decide on said application in accordance with the conditions and procedures applicable to original registration applications.

Such decision may be appealed in the same manner as decisions pertaining to original applications.

Article 19

The competent authority may add to the register any missing information, and may amend or remove any false information.

Any person with interest may challenge any action taken by the competent authority before the competent court.

Section Two: Trademark Protection Period

Article 20

1. The protection period for a registered mark shall be ten years. The holder of the right may seek extensions for similar periods pursuant to an application submitted in the last year in accordance with the conditions set forth in this Law and its Implementing Regulations.

2. A trademark owner may seek renewal of the registration within six months following the expiration of said registration.

3. If the mark owner fails to apply for renewal within six months from the expiration of registration, the competent authority shall remove the mark from the register.

4. Registration shall be renewed without further examination and shall be published in accordance with the Implementing Regulations of this Law regardless of any objections made by third parties.

Article 21

Marks affixed to goods displayed in official or officially recognized international exhibitions held in the country shall enjoy provisional protection during the period of display, if registration

conditions set forth in this Law are satisfied. The Implementing Regulations shall stipulate the rules and procedures pertaining to provisional protection.

Section Three: Trademark Registration Cancellation

Article 22

Without prejudice to the provisions of Article 7 of this Law, the competent authority and any concerned party may apply to the competent court to cancel the registration of an unlawfully registered trademark, and the competent authority shall cancel such registration if provided with a final judgment to this effect.

Article 23

A trademark owner may apply to the competent authority to remove said trademark from the register, for all or part of the goods or services for which the trademark is registered. The application for removal shall be submitted in accordance with conditions and procedures set forth in the Implementing Regulations of this Law. If the use of a mark is licensed under a contract referenced in the register, said mark may only be removed upon a written consent from the licensee, unless he explicitly waives such right.

Article 24

The competent court may, upon request of any interested party, order the removal of the mark from the register if the court establishes that said mark has not been used for five consecutive years, unless the owner of the mark provides justification for not using it.

Article 25

If a mark is removed from the register, it may be reregistered for a third party for the same or similar goods or services upon the lapse of three years from the date of removal, unless the removal is affected by a court decision setting a shorter period for reregistration of said mark.

Article 26 Removal of a mark from the register shall be published in accordance with the Implementing Regulations of this Law.

Section Four: Trademark Alienation, Pledge and Attachment

Article 27

1. Trademarks may, with or without consideration, be wholly or partially alienated, pledged or attached, along with the business or venture using the trademark to distinguish its goods or services, unless agreed otherwise.

2. Trademarks may be alienated by means of inheritance, bequest or grant.

3. In any case, alienation, pledge or attachment of a trademark shall be deemed effective against third parties if a note to this effect is made in the Trademark Register and published in accordance with the Implementing Regulations of this Law.

Article 28

1. Transfer of ownership of a business or venture shall entail alienation of the trademarks registered under the name of the transferer which may be deemed closely associated with said business or venture, unless agreed otherwise.

2. If the ownership of a business or venture is transferred without alienating the trademark itself, the transferer may continue to manufacture, provide or trade in the same goods or services for which the trademark is registered, unless agreed otherwise.

Chapter 3: Licensing Contracts

Article 29

An owner of a trademark may license any natural or corporate person to use said trademark for all or some of the goods or services for which the trademark is registered. He may also license third parties to use the same trademark and he may use it himself, unless agreed otherwise. The licensing term may not exceed the term set for the protection of the trademark.

Article 30

A licensee may not be subject to limitations not arising from rights granted by registration of the trademark, or are unnecessary for protection of said rights A licensing contract may contain the following limitations:

1. Designation of geographical area and period of use.

2. Conditions necessary for quality control of goods or services.

3. Licensee's obligation to refrain from all actions which may harm the trademark.

Article 31

A trademark licensing contract may only be deemed valid if executed in writing even if not recorded in the register. If a licensing contract is recorded in the register, the manner of recording and publication shall be specified in the Implementing Regulations.

Article 32

A licensee may not sublicense or assign the license to a third party, unless agreed otherwise.

Article 33

The record of a licensing contract shall be removed from the register upon request of the trademark owner or licensee, subject to furnishing proof of termination or revocation of said licensing contract.

The competent authority shall notify the other party of the application for removal of the license record. A license record may not be removed except upon notification of the other party, who may object to the same in accordance with procedures set forth in the Implementing Regulations.

Chapter 4: Collective Marks, Control Marks and Marks of Public Benefit Entities and Professional Associations

Article 34

1. Collective marks used to distinguish goods or services of establishments owned by members of certain entities with legal personality may be registered.

Applications for registration of collective marks shall be submitted by the representative of said entity for use by its members in accordance with the terms and conditions stipulated by it, subject to the approval of the competent authority.

2. A collective mark registration applicant shall state in the registration application that the application relates to a collective mark and shall attach a copy of the document setting the conditions for use of such mark.

In any case, the owner of a registered collective mark shall notify the competent authority of any changes to said conditions which shall only be deemed effective upon approval by the competent authority.

3. A removed collective mark may not be reregistered under the name of a third party for identical or similar goods or services.

4. The competent court may, upon request of an interested party, order the cancellation of the registration of a collective mark if the court establishes that the registered owner is exclusively using said mark solely, using or allowing others to use it contrary to the conditions referred to

in paragraph 2 of this Article or using the mark in a manner that would mislead the public as to the origin or any common characteristic of the goods or services for which said collective mark is registered.

Article 35

1. Corporate persons in charge of controlling or inspecting certain goods or services as regard to their source, components, manufacture method, quality, identity or any other properties thereof, may apply to the competent authority to register their own marks to indicate the compliance with control or inspection requirements.

In any case, such marks may only be registered or alienated upon the approval of the competent authority.

2. A control mark registration applicant shall state in the application that it relates to a control or inspection mark, and shall attach a copy of the conditions for use of such marks.

In any case, the owner of a registered mark shall notify the competent authority of any changes to said conditions which shall only be deemed effective upon approval by the competent authority.

Article 36

Marks for non-commercial purposes, such as emblems used by public benefits entities or professional associations to distinguish their correspondences or as badges for their members, may be registered.

Article 37

1. Signs used in commerce as geographical indicators may constitute authentication or collective marks.

2. The Implementing Regulations shall stipulate the conditions and rules for registration of marks provided for in Articles 34, 35 and 36 of this Law, as well as the documents to be

provided for registration purposes and all relevant regulatory matters. Registration of any such mark shall give rise to all the effects provided for in this Law.

Chapter 5: Right Enforcement

Article 38

1. An owner of a right who has acceptable grounds to believe that there is a possibility to import imitated or counterfeit goods or goods bearing a mark similar to his registered trademark in a manner that would confuse the public, may apply in writing to the customs authority not to release said goods and prevent circulation thereof.

Said application shall be supported by sufficient evidence to convince the customs authority of prima facie evidence of the existence of an infringement on the applicant's right to the relevant mark. Said application shall contain sufficient information which are reasonably expected to be in the possession of the applicant to enable said authority to reasonably identify the relevant goods.

2. The customs authority shall notify the applicant in writing of its decision on the application within seven days from the filing date. If the application is approved, the decision shall be valid for one year from the filing date or for the remaining trademark protection period, whichever is earlier, unless a shorter period is requested by the applicant.

3. The customs authority may require the applicant to provide an adequate guarantee or equal assurance to protect the defendant and the competent authorities and prevent abuse of the right to request suspension of customs release.

4. Without prejudice to the provisions of previous paragraphs, the customs authority may, on its own motion and without any complaint or application by an owner of a right or any third party, issue a decision suspending release of goods imported, in-transit or intended for export

upon arrival in the customs area under its jurisdiction, if prima facie evidence exists that said goods are counterfeit or unlawfully bearing a mark similar to a registered trademark in a manner that would confuse the public.

5. If the customs authority, in implementing the provisions of this Article, decides to cease the release of goods arriving in the customs area under its jurisdiction, it shall:

a) notify the importer of the goods and the owner of the right of the decision to cease the release of such goods immediately after its issuance.

b) notify the owner of the right, upon his written request, of the names and addresses of the consignor, importer, consignee and quantities of the goods.

c) Allow interested parties to inspect the goods in accordance with standard customs procedures.

The owner of a right may file a suit concerning the subject matter of the dispute before the competent court and shall notify the customs authority within a period not exceeding ten business days from the date of notification of the decision to suspend customs release of said goods; otherwise, said decision shall be deemed null and void, unless said authority or the competent court decides to extend said period, at its own discretion, for a period not exceeding ten additional days. If a suit concerning the subject matter of the dispute is filed, the court may affirm, amend or revoke the order.

6. Except as otherwise determined by the court, if the court establishes that the goods subject to suspension of customs release are imitated, counterfeit or unlawfully bear a trademark similar to a registered one in a manner that would confuse the public, it shall order said goods to be destroyed at the expense of the importer or disposed of outside commercial channels if destroying the same would inflect unacceptable harm on public health or the environment.

7. Goods may not, in any case, be released to commercial channels or allowed to be re-exported by merely removing the trademark unlawfully affixed thereto.

8. The Minister of Finance shall, upon coordination with the relevant minister, issue a decision specifying the information, conditions, controls and procedures pertaining to filing an application for suspension of customs release and deciding thereon as well as accompanying documents. Such required information shall not deter from applying for such action.

For purposes of this Article, the term "imitated goods" shall mean goods including packaging thereof – bearing without license a mark that is similar to a registered trademark for said goods or a mark that cannot be distinguished, in terms of its material components, from said registered trademark.

Article 39

The provisions of Article 38 of this Law shall not apply to:

a) small quantities, of non-commercial nature, of goods included in passengers' personal luggage or sent in small parcels; and

b) goods offered for trading in the exporting country's market by, or upon consent of, the owner of the right of the relevant trademark.

Article 40

1. In the event of actual or imminent infringement of any of the rights established under this Law, the owner of a right may petition the court considering the subject matter of the dispute to take one or more precautionary measures, including:

a) Preparing a detailed description of the alleged infringement, the goods subject of said infringement as well as the materials, tools and equipment used or to be used in such infringement, as well as preserving relevant evidence.

b) Attaching the items referred to in the previous paragraph, along with the proceeds of the alleged infringement.

c) Preventing the goods subject of the alleged infringement from entering commercial channels or being exported. This shall include imported goods immediately upon their customs release.

d) Ending or preventing the infringement.

2. The court may require the petitioner to present any evidence in his possession indicating actual or imminent infringement on his right. The court may require said petitioner to submit sufficient information to enable the authority in charge of enforcing the precautionary measure to identify the relevant goods.

3. The court shall decide on the petition within a period not exceeding ten days from the filing date, with exception of exceptional cases as the court may decide.

4. The court may, if necessary, issue an order at the request of the petitioner without summoning the other party, if the delay in issuing said order is likely to inflict irreversible harm on the plaintiff or if there is fear that the evidence may disappear or be destroyed. In such case, the other party shall be promptly notified of the order immediately upon its issuance. Said notification may, if necessary, be affected immediately after enforcement of the order.

5. If the court orders a precautionary measure without summoning the other party, the defendant may, upon notification of said order, appeal before the competent court within 20 days from the date of notification. In such case, the court may affirm, amend or revoke said order.

6. The court may require the petitioner to provide adequate guarantee or equal assurance to protect the defendant and prevent abuse of the right. The value of said guarantee, or equal assurance, shall not be unreasonable excessive to a degree that deters from applying the aforementioned precautionary measures.

7. The owner of the right may file a suit concerning the subject matter of the dispute within 20 days from the date of issuance of the precautionary measure order or the date of notification of the denial of the appeal provided for in paragraph 5 of this Article, as the case may be. Otherwise, said order shall be revoked at the request of the defendant.

Article 41

1. The owner of a right who sustains direct harm as a result of infringement on any of the rights established under this Law may file a suit before the competent court seeking indemnification for damage sustained as a result of said infringement, including profits made by the defendant. The court shall determine the amount of indemnification, taking into account the value of goods or services subject of infringement commensurate to retail price as specified by the plaintiff or any other criterion evoked thereby or through experts.

2. The owner of a right may, instead of seeking indemnification, including profits made by the infringing party under the previous paragraph, seek, at any time prior to deciding the suit, indemnification if the infringement is established to involve using the relevant trademark in a deliberate imitation of the goods or any form of infringement.

3. The competent court may, when considering cases relating to rights established under this Law, order the following:

a) Seizure of goods suspected to involve infringement, as well as any materials, tools and documentary evidence associated with said infringement.

b) Compelling the infringing party to end the infringement, including preventing the export of goods subject to infringement on any of the rights established under this Law, and preventing imports of the same from entering commercial channels immediately after customs release.

c) Compelling the infringing party to provide the court or owner of the right with any information available to him relating to any natural or corporate person who have participated in any aspect of the infringement, as well as production methods and distribution channels used

for said goods or services; including disclosing the identity of all parties who have participated in the production or distribution of the goods or services, as well as identifying the infringing party's own distribution channels.

4. The competent court shall, at the request of the owner of the right, order the destruction of goods established to be imitated, except in certain cases, without compensating the defendant, and order prompt destruction of the materials and tools used in the manufacture or production of imitated goods, without compensating the defendant. The court may also, in certain cases as it may determine, order disposal of said goods outside commercial channels in a manner that deters further infringements.

Instead of destroying the goods, materials and tools used in the manufacture and production of imitated goods, the court may order disposal of the same outside commercial channels, if destroying the same would inflect unacceptable harm on public health or the environment.

5. The removal of trademarks unlawfully affixed to imitated goods shall not be a sufficient reason to release the same to commercial channels.

6. The competent court shall assess the expenses and fees of any experts and specialists assigned thereby to perform any assignments relevant to the case depending on the magnitude and nature of each assignment, in a manner that would not deter resorting to such measures.

Chapter 6: Penalties

Article 42

A. Without prejudice to any harsher penalty provided for in any other law, any person committing any of the following acts shall be punished by imprisonment for a period not less than one month and not exceeding three years and a fine not less than five thousand riyals, or

equivalent in GCC member states' currencies, and not exceeding one million riyals, or either penalty:

1. Forging or imitating a trademark registered under this Law in a manner that would mislead the public, or using in bad faith a forged or imitated mark.

2. Affixing on goods or using in his services in bad faith a mark owned by others.

B. Without prejudice to any harsher penalty provided for in any other law, any person committing any of the following acts shall be punished by imprisonment for a period not less than one month and not exceeding one year and a fine not less than one thousand riyals, or equivalent in GCC member states' currencies, and not exceeding one hundred thousand riyals, or either penalty:

1. Knowingly selling or displaying for sale or circulation or possessing with the intention of selling goods bearing a trademark that is forged, imitated or unlawfully affixed or used, or offering services under such trademark.

2. Using an unregistered trademark in cases provided for in Article 3(2-11).

3. Unlawfully making statements in his mark, papers or commercial documents suggesting that said mark is registered.

4. Intentionally and in bad faith failing to affix his registered trademark on goods or services distinguished thereby.

5. Possessing tools or materials for the purpose of imitating or forging registered or famous trademarks.

Article 43

Recidivists shall be punished by a penalty not exceedingly twice the maximum penalty stipulated for the offense and closing their businesses or ventures for a period not less than fifteen days and not exceeding six months as well as publishing the judgment at the expense of the offender in accordance with procedures set forth in the Implementing Regulations.

Under this Law, a recidivist is any person sentenced for any of the offenses provided for in this Law who repeats the same offense within three years from the date of rendering the judgment in the prior offense.

Article 44

A defendant may initiate proceedings requiring a plaintiff who acted in bad faith to pay compensation he is entitled to as a result of the procedures provided for in Article 40 of this Law within 90 days from the lapse of the period stipulated in said Article if the attaching party does not withdraw his case or the date of issuance of the final judgment in the attacher's suit pertaining to the trademark. In all cases, the financial guarantee may not be paid to the attacher until the issuance of a final judgment convicting the person subject to attachment or upon the expiration of the deadline set for filing said proceedings, unless the judgment rendered in the attacher's suit includes a decision on the financial guarantee.

Chapter 7: Concluding Provisions

Article 45

Officers in charge of implementing the provisions of this Law and decisions issued for its implementation as well as officers specified pursuant to a decision issued in accordance with applicable procedures in each GCC member state shall have the capacity of a judicial officer and may, in such capacity, enter venues the activities of which are covered by this Law, for the purpose of recording offenses.

The relevant authorities shall provide said officers with the facilities necessary to perform their duties.

Article 46

The competent authority may develop an electronic system and database to be made available to the public, including an online database, for trademark registration and renewal of registration.

Article 47

Trademarks registered under applicable laws and decisions prior to the entry into force of this Law shall be deemed valid and shall enjoy the protection provided under this Law.

Article 48

The provisions of this Law shall apply to undetermined applications for trademark registration filed prior to the effective date of this Law, provided that said applications are amended in accordance with the provisions of this Law.

Article 49

The provisions of this Law shall not prejudice controls and obligations provided for in bilateral and international agreements in force in the relevant member state.

Article 50

The Implementing Regulations shall set the fees for procedures carried out under this Law and its Implementing Regulations.

Article 51

The Trade Cooperation Committee may interpret and propose amendments to this Law.

Article 52

The Trade Cooperation Committee shall issue the Implementing Regulations of this Law.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES EN LANGUE FRANÇAISE

I-Ouvrages généraux

AMRANI-MEKKI (S) et STRICKLER (Y), Procédure civile, PUF, 2015.

AUZERO (G), BAUGARD (D) et DOCKÈS (E). « *Droit du travail* », 33e éd., Dalloz, 2019.

BUY (F), La décevante réforme du droit des relations commerciales, D. 2019.

BUYDENS (M), *La propriété intellectuelle, Évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012.

CORNU (G). *Vocabulaire juridique*, 10e éd., Association Henri Capitant / PUF, coll. « Quadrige », 2014, *V°* « *Plagiat* ».

CORNU (G). *Vocabulaire juridique*. Puf, 2001.

DIU (I) et PARINET (E). *Histoire des auteurs*. Tempus Perrin, 2013.

EL KHAMLICHI (A), *La responsabilité en droit musulman : entre les principes d'Ousoul Al fiqh et les règles du fiqh*, Thèse Perpignan, 2001.

FRADET (L) , *La compatibilité entre le concept de propriété intellectuelle et la Sharia*, Mémoire, Université de Poitiers, 2010-2011.

GUINCHARD (S) et VINCENT (J). Procédure civilie. 27éme éd., Précis Dalloz, Dalloz, 2003.

GUTMANN (D). « Droit subjectif », dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.

KAZEMI-RACHED (A) , *L'Islam et la réparation du préjudice moral*, Préf. Ph. Simler, Droz, Genève, 1990.

L. BERGEL (J), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2003.

LACORDAIRE (H.-D). *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Fonteyn, 1845.

MALAURY (PH) et MORVAIN (P), droit civil, Introduction générale, 2ème ed. Defrénois, 2004.

P. BLANC (F), *Droit musulman*, Dalloz, 2è éd. 2007.

RIALS (S), Les standards, notions critiques du droit, 1984.

SOLUS (H), PERROT (P), Droit judiciaire privé, t. III, Paris, Sirey, 1991.

Verpeaux MATHIEU (B) et VERPEAUX (M)., « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *LGDJ*, Paris, 2002.

II-Monographies et ouvrages spéciaux

AL KHUDAIR (A) , *La saisine du juge des référés en matière civile : étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien*, Thèse Strasbourg, 2019.

AL RASHIDI (H) , *La possession de la propriété immobilière en droit français et en droit koweïtien à la lumière du droit musulman*, Thèse Strasbourg, 2008.

EL KHAMLICHI (A). *La responsabilité en droit musulman : entre les principes d'Ousoul Al fiqh et les règles du fiqh*, Thèse Perpignan, 2001.

ALHOTI (N), Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance. Étude comparative entre le droit français et koweitien, Thèse université de Strasbourg, 2014.

ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (AIPPI). « La responsabilité pour contrefaçon par fourniture de moyen des droits de propriété intellectuelle », Rapport Q204, 2008.

ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE (ALAL). Rapport et avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet - avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet, 16 sept. 2013.

AUBERT (J.-L) et DUTILLEUL (F). « *Le contrat. Droit des obligations* », 5e éd., Dalloz, 2017.

ARDOY (P-Y), *La notion de création intellectuelle*, Thèse de doctorat, Université de Pau et des pays de l'Adour, 27 mai 2006.

AZEMA (J) , *Le droit français de la concurrence*, *PUF*, 1989.

AZEMA (J) et GALLOUX (J.-C). « *Droit de la propriété industrielle* ». Dalloz, Précis, Droit privé, 7e éd., 2012.

BALLOT-LÉNA (A). « *La responsabilité civile du droit des affaires : des régimes spéciaux vers un droit commun »*. Thèse de doctorat.2006.

BARBIER (H). *La liberté de prendre des risques*. Thèse de doctorat. Aix-Marseille 3 ,2009 .

BARLOW (J.-P). Déclaration d'indépendance du cyberespace. In : *Libres enfants du savoir numérique*. Éditions de l'Éclat, 2000.

Basire (Y) . « *Les fonctions de la marque : essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif »*. CEIPI, 2014.

BEKALE NGUEMA (G.-B). *La concurrence déloyale dans le commerce électronique*, Presses universitaires de Perpignan, 2015.

BENABOU (V.-L), FARCHY (J). et MEADEL (C). Le référencement des œuvres sur Internet, Rapport, CSPLA, juill. 2013.

BERTRAND (A.-R) « *De la marque notoire à la marque renommée* », RDPI 1992.

BESSIS (PH). « *Signes distinctifs et distribution. De la création du produit commercial à la notoriété de la marque de l'entreprise* », LGDJ, Paris 1998.

BINCTIN (N). « *Droit de la propriété intellectuelle* », LGDJ, Paris 2010.

BINCTIN (N). Droit de la propriété intellectuelle. 2016.

BONET (G). « *La protection des marques notoires dans le Code de la propriété intellectuelle* » *in : jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit : écrits en hommages à Jean Foyer*, PUF, Paris 1997.

BONNECARRERE (P). rapp. d'information n° 406 fait au nom de la commission des affaires européennes portant observations sur la proposition de loi transposant la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Sénat.

BOUCHEZ (J.-P). « *Autour de l'économie du savoir : ses composantes, ses dynamiques et ses enjeux* », Savoirs, vol. 34, n° 1, 2014.

BRANDT(D) . *La protection élargie de la marque de haute renommée au-delá des produits identiques et similaires*. Librairie Droz, 1985.

BURST (J.-J) , *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993.

BURST(J.-J) et KOVAR (R). Droit de la concurrence. *(sans Title)*, 1981.

CANLORBE (J). « *L'usage de la marque d'autrui* », LexisNexis, Paris 2008.

Carbonnier (J), « *Les obligations* », PUF, Thémis, 12e éd.,2000.

CARON (C). « Droit d'auteur et droits voisins », Litec, 2e édition, 2009.

CARON (CH). « *Abus de droit et droit d'auteur* », Litec, 1998.

CARON (CH). « *Droit d'auteur et droits voisins* », 6e éd., 2020, LexisNexis, no 249.

COPPER- ROYER (J), « *Traité des sociétés anonymes* », Dalloz, 4é éd., T. II.

COUREAULT (E), *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Thèse Nancy 2, 2009.

DASSAS (G). « *Conditions et effets de la notoriété* », in : « *Le nouveau droit des marques en France* », Litec, Paris 1991.

DASSAS (G). « *L'élargissement de la protection des marques en droit français, allemand et international* », Librairies techniques, Paris 1976.

DE HAAS (CH). « *La 'contrefaçon de la marque notoire en droit comparé américain, européen et français : une leçon américaine encore mal comprise* », Propr. intell. 2003.

DESBOIS (H) . Le droit d'auteur en France. *(sans Title)*, 1978.

DESBOIS (H), Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté : Mélanges L. Baudouin, Presses de l'Université de Montréal, 1974.

DESBOIS (H). « Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté », in A. Popovici (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Presses de l'Université de Montréal, 1974.

DESBOIS (H). Le Droit d'auteur en France, 3e éd., *Dalloz,* 1978.

DESJEUX (X). « *Le droit d'auteur dans la vie industrielle* », *RIDA* juill. 1975.

DURRANDE (S). Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale. 1984.

DUSSOLIER (S). « *L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur* », in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, LexisNexis, 2014.

ERÉSÉO (N), « l'exclusivité contractuelle », Thèse de doctorat, Montpellier 1, 2007.

EL KHAMLICHI (A). *La responsabilité en droit musulman : entre les principes d'Ousoul Al fiqh et les règles du fiqh*, Thèse Perpignan, 2001.

FRADET (L). *La compatibilité entre le concept de propriété intellectuelle et la Sharia*, Mémoire, Université de Poitiers, 2010-2011, p. 23.

FAGES (B). « *Droit des obligations* », 2 e éd. L.G.D.J. Lextenso éditions, 2009.

FOYER (J) et M. VIVANT (M), « *Le droit des brevets* », PUF, Thémis, 1991.

FOYER (J) et VIVANT (M), « *Le droit des brevets* », PUF, Collection Thémis Droit, 1991. Françon, Paris : Dalloz, 1995.

FRESSA (A). rapp. sur la proposition de loi portant transposition de la directive 2016 /943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : Sénat, 11 avr. 2018.

FRION(J). *L'agissement parasitaire*. Thèse de doctorat. Nantes.2001.

FRUTEAU (C). « *De l'exclusion des idées* »,1re édition.

FRADET (L) .*La compatibilité entre le concept de propriété intellectuelle et la Sharia*, Mémoire, Université de Poitiers.

GALLOUX (J), « *Droit de la propriété industrielle* », 2ème éd., Dalloz, 2003.

GAUTIER (P.-Y). « *Propriété littéraire et artistique* », 6e éd., PUF, 2007.

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.

GRUNDELER (G) ,. *L'investissement (étude juridique)*. Thèse de doctorat. Aix-Marseille Université.2014.

HOUTCIEFF (D). « *Droit commercial* », 4e éd., Sirey, 2016.

SCHMIDT SZALEWSKI (J)et PIERRE (J.-L). « *Droit de la propriété industrielle* », 4e éd., Litec, 2007.

SCHMIDT (J). *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, LITEC, CEIPI, 1972.

Burst BRUST (J.-J).« *La protection de la marque d'usage en droit français des marques* ». Festschrift für M. Pedrazzini, Stämpfli, Bern, 1990.

JGALLOUX (J.-C) : « *Droit de la propriété industrielle* », 2e éd.,Dalloz, 2003.

JOSSERAND (L) . *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. Dalloz, 1939.

JOUGLEUX (P). *La protection de l'information dans les nouvelles technologies*. ANRT. Atelier national de reproduction des thèses de Lille, 2004.

JOLY (S) et VIVANT (M), *La problématique de l'immatériel*. in *Les créations immatérielles et le droit*, Elipses.1997.

KRASSER (R), *La répression de la concurrence déloyale dans les états membres de la CEE* , t. IV, France, Dalloz, 1972.

LARRIEUL (J). « *Les nouvelles fonctions de la marque* », in Les métamorphoses de la marque, LGDJ/ Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011.

LATOURNERIE (A). Petite histoire des batailles du droit d'auteur. *Multitudes*, 2001.

LE BORLOCH (M). *L'application du droit d'auteur aux hyperliens : analyse de droit français et de droit américain*. Diss. Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2016.

LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET. Rapport d'activité, année 2003, Paris, La Documentation française, 2004.

LE TOURNEAU (Ph). *Le parasitisme : Agissements parasitaires et concurrence parasitaire. Protection contre les agissements et la concurrence parasitaires. Sauvegarde du savoir-faire, des informations, des données et des connaissances des entreprises*. FeniXX, 1998.

LEFRANC (D). *La renommée en droit privé*. Thèse de doctorat. Poitiers, 2003.

LOBET (J.-L), FORTIN (H) et DARBON (N). Les liens hypertextes et le droit. *DCB, Mémoire de recherché, Lyon, Enssib*, 2003.

LUCAS (A), LUCAS (H.-J) et LUCAS-SCHLOETTER (A). « Traité de la propriété littéraire et artistique », Lexisnexis, 2012.

LUCAS (A). « *La protection des créations industrielles abstraites, Centre d'études internationales de la propriété industrielle* », 1975.

LUCAS-SCHLOETTER (A). *Traite de la propriété littéraire et artistique*, 4e éd., LexisNexis, 2012.

LYON-CAEN (G). « *Une querelle juridique des anciens et des modernes (à propos des liaisons dangereuses)* ». In Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Tome II, Dalloz, 1961.

M. HAURIOU (M). « *Principe de droit public* », Sirey, 1910 ; rééd. Dalloz, 2010.

MAGNIM (F). « Know-How et propriété industrielle », Litec 1974.

MALAURIE-VIGNAL (M) , Droit de la concurrence interne et européen, 8 éd, 2020.

MALAURIE-VIGNAL (M) , Droit de la concurrence interne et européen, 6 éd, 2014.

MALAURIE-VIGNAL (M), Droit interne de la concurrence, 1996.

MARECHAL (C). « *Concurrence et propriété intellectuelle* », Litec, 2009.

MARIAGE (V). » *Le secret et le droit : contribution à l'étude de la notion d'information »*. Thèse de doctorat. Versailles-St Quentin en Yvelines. 1999.

Martin (N), « *Concurrence déloyale et propriété intellectuelle* », in Propriété intellectuelle et droit commun, 2007.

MATHELY (P) ; « *Le droit français des signes distinctifs* » ; éd. JNA, 1984.

MAZEAUD (L) et (H), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, paris, t. I er, n°547, 4e éd., 1957.

MOUSSERON (J.-M) , Responsabilité civile et droits intellectuels, in *Mélanges Chavanne,* Litec 1990.

MOUSSERON (J.-M) .« *Le droit du brevet d'invention ; contribution à une analyse objective* ». LGDJ, 1961.

MOUSSERON(J.-M). Aspects juridiques du know-how. *Cah. dr. entr*, 1972, vol. 1.

NEVEJANS (N) .« *Traité de droit et d'éthique de la robotique civile* », LEH éditions, 2017.

ROUBIER (P) , *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952.

PAILLARD (L) « La gratuité intellectuelle - Pour une véritable révolution numérique », Parangon, 2013.

PASSA (J) , *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997.

PASSA (J) , *Traité de droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2è éd. 2009.

PASSA (J) , *Traité de droit de la propriété industrielle, T. 2 : Brevets d'invention et protections voisines*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013.

PASSA (J). « *Droit de la propriété industrielle* », t. I, 2° éd., LGDJ, 2009.

PASSA (J). « *La protection de la dénomination sociale et du nom commercial par l'action en concurrence déloyale » : Mélanges Serra, Dalloz 2006.*

PASSA (J). « *Traité de droit de la propriété industrielle* », T. 1, LGDJ, 2006.

PASSA (J).« *La contrefaçon ou le "plagiat" dans les thèses de doctorat* », in *L'intérêt général*. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015.

PERENT (R). « *Marques notoirement connues et marques dites de haute renommée* », thèse Paris 1960.

PEROT-MOREL (M.-A). « *Notoriété et renommée : unité ou dualité de concept en droit des marques* ? », in : Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, LexisNexis, Paris 1997.

Perret (F) , L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles. Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle, thèse Genève, éd. Georg et Cie, 1974.

PERROT (R) et SOLUS (H), Droit judiciaire privé, t.III, Procédure de première instance, Sirey, 1991.

POLLAUD-DULIAN (F). « *Droit de la propriété industrielle* », Economica. Corpus droit privé, 2e éd., 2011.

POLLAUD-DULIAN (F). Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, Domat droit privé, 1999.

POLLAUD-DULIAN (F). Frederic. *Propriété intellectuelle: la propriété industrielle*. Paris : Economica, 2011.

PORET (H). « *Les marques notoirement connues ou de haute renommée selon la Convention de Paris et la loi française du 31 décembre 1964* », thèse Paris 1975 .

PUTTEMANS (A), Droit intellectuelle et concurrence déloyale, Brulant Bruxelles, 2000.

RAYNARD (J). « *Propriétés incorporelles, un pluriel bien singulier* ». In Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst. Paris : Litec, 1997.

RENOUARD (A.-CH). « *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts »*, t. II, 688 Paris, 1839.

RICBOURG-ATTAL (É). *La responsabilité civile des acteurs de l'Internet du fait de la mise en ligne de contenus illicites*. 2012. Thèse de doctorat. Toulouse 1.

RIPERT (G) et ROBLOT (R) par VOGEL (L), « *Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1* », LGDJ, Paris, 18ème éd., 2001 .

RIPERT (G), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2 éd., LGDJ, 1951.

RIPERT (G), *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949.
ROTONDI (M) . « *L'évolution de la réglementation de la concurrence et l'expérience des Etats-Unis (De la liberté de la concurrence à l'égalité dans la concurrence)* », in Mélanges Jean Dabin, II.

ROUBIER (P). *Les prérogatives juridiques*. Sirey, 1960.

SAINT-GAL (Y), « *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires)* », Ann. propr. ind., 1956..

SAINT-MARTIN (A). *Créations immatérielles et responsabilité civile : le recours à la responsabilité civile délictuelle de droit commun pour la protection des créations immatérielles*. Thèse. Montpellier 1, 2006.

SALAH (D), *La concurrence déloyale : étude comparative du droit français et droit égyptien*. Thèse de doctorat. Montpellier I, 2003.

SCHMIDT (J). « *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968* », Litec, CEIPI, 1972.

SCHMIDT-SZALESKI (J) et PIERRE (J.-L). « *Droit de la propriété industrielle* », Litec, 4e éd., 2007.

SERRA (Y), Le droit français de la concurrence, Collection Connaissance du Droit, Dalloz, Paris, 1993.

SERRA (Y). La concurrence déloyale: permanence et devenir. *(sans Title)*, 2001.

SIRINELLI (P). « Brèves observations sur le « *Raisonnable* » en droit d'auteur ». In Mélanges offerts à André

SIRINELLI (P). (dir.), BENSAMOUN (A). et POURREAU (Ch). (rapporteurs), Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur I 'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, CSPLA, déc. 2014.

STUYCK (J) , La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs, in Concurrence et consommation, sous la direction de Yves SERRA et Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, Paris, 1994.

VAMEROT (V). « *Leçons de droit de la propriété littéraire et artistique* », Ellipses, 2012.

VIVANT (M) et ALMA-DELETTRE (S). *Les créations immatérielles et le droit*. Ellipses, 1997.

VIVANT (M) et BRUGUIERE (J.-M). « *Droit d'auteur et droits voisins* », 4 éd., Dalloz, coll. 2019.

VIVANT (M) et BRUGUIERE (J.-M). « *Droit d'auteur et droits voisins* », 2 éd., Dalloz, coll. 2013.

VIVANT (M) et BRUGUIERE (J.-M). « *Droit d'auteur et droits voisins* », 1 éd., Dalloz, coll. 2009.

VIVANT (M), « *Le droit des brevets* ». 2ème édition, Dalloz, Collection connaissance droit, 2005.

VIVANT (M): « *De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle* », in M. Vivant (dir.), Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 2e éd., Dalloz, 2015.

Wathelet (J), *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*. Aix-Marseille, 2019.

WATHELET (J). *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*. Thèse de doctorat . Aix-Marseille.2016.

WIEDERKEHR (G), « La légitimité de l'intérêt pour agir, in Justices et droit du procès, in Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD.

III-Articles, chroniques et études

AUGUET (J). « L'usage déloyal du signe distinctif en ligne », in S. Chatry (dir), *La régulation d'Internet. Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle*, Mare et Martin, 2015.

A.FRISON-ROCHE (M), « Le modèle de marché », Arch. phil. Droit, t.40, 1995.

AL-KANDARI (F) , l'obligation de non-concurrence en contrat de travail : étude comparative en droit français et koweitien. *Arab Law Quarterly*, 2001.

AREZZO (E). « Hyperliens et mise à disposition du droit dans l'Union européenne : quel avenir pour Internet après Svensson ? »,45 INT'L REV. INTELL. SOUTENIR. & CONCOURS L. 524, 2015.

AUGUET (Y) , Concurrence et clientèle – contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, LGDJ, Paris, 2000.

AZEMA (J) et GALLOUX (J.C). « *Droit de la propriété industrielle* », 8e éd., 2017, Dalloz.

AZEMA (J), « savoir-faire » Lamy droit commercial, 2010.

AZEMA (J). « Usage d'une marque comme mot-clé (suite... mais sans doute pas fin) », *RTD* com., 2012, 857 .

AZZI (T). « *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs* », RTD civ., 273 2007.

BARBIER (H). « *La liberté de prendre des risques* », PUAM 2010 .

BASIER (Y) . « *Les fonctions de la marque Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif* » LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014.

BENABOU (L). « *Liens et droit d'auteur : un tandem iconoclaste* », Étude en l'honneur de J. Huet : LGDJ, 2017.

BENABOU (V.L) , FARCHY (J) et MEADEL (C). *Le réferencement des œuvres sur Internet*, Rapport CSPLA, juill. 2013 .

BENHAMOU (B). « L'État a aujourd'hui des responsabilités particulières par rapport à Internet », Le Figaro, 22 mai 2003.

BENSAMOUN (A).« *Portrait d'un droit d'auteur en crise* », RIDA, 2010, n° 224.

BERTIN (A). « *Le secret en matière d'invention* », Entr. Mod. d'édit., 1965 .

BERTRAND, André R. Le droit français de la concurrence déloyale. *(sans Title)*, 1998.

BINCTIN (N). DALLOZ Répertoire IP/IT et communication, Marque – Contenu du droit de propriété, octobre 2020, n°284.

BINCTIN (N). Savoir-faire : Dalloz, Répertoire IP/IT et Communication, janv. 2018.

BOESFLUG (N)., GREFFE (P)., BARTHELEMY (D)., JCP E. 2003, « Marques », Chron.

BOHACZEWSKI (M). « *L'attente à la marque renommée* », collection du CEIPI, 2022 .

BONET (G) et BOUVEL (A), « *Distinctivité du signe* », J.-Cl. « *Marques dessins et modèles* », Fasc. 7112, 2013.

BONET (G). « *Marque nationale et règles du droit communautaire* », Revue des affaires européennes, juill. 2005.

BONET (G). « Publicité sur Internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou directive n° 2000/30/CE ?», *Comm. com. électr*, juin 2010.

BOUT (R), Lamy droit économique, Lamy, Paris, 1999.

BOUVEL (A) et SARDAIN (F). « *Actualité des noms de domaine : le droit tenté par la diversité* » : Propr. intell. 2009.

BOUVEL (A), « *Principe de spécialité et signes distinctifs* », Litec, coll. « IRPI », 2002.

BOUVEL (A). « *Actualité du droit des noms de domaine* », Prop. Indus. Juin 2005.

BOUVEL (A). « *L'appréciation de la distinctivité des marques verbales évocatrices* », Legicom 2010.

BOUVEL (A). « *La clarification du régime juridique des noms de domaine* », Prop. Intell. 2006/19.

BOUVEL (A). «La construction du droit des marques par la Cour de justice à la lumière du contentieux relatif au référence ment payant des sites», in Ch. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, coll. «CEIPI», 2013.

BOUVEL (A). «Usage de marques sur Internet. Pratique des *backlinks* », *PI*, juill. 2014, n° 52, p. 301-302.

F.-P. BLANC (F-P). *Droit musulman*, Dalloz, 2è éd. 2007, p. 10.

BRETZNER (J.-D) et DUMINY (E), « *L'urgence, la preuve et la concurrence déloyale* », in « *La concurrence déloyale* » : développements récents, dossier spécial, AJCA, 2014/4.

BRONZO (N) , *Propriété intellectuelle et droit fondamentaux*, L'Harmattan, 2007.

BRUGUIERE (J.-M), « *Loi 2014-315 du 11 mars 2014 de lutte contre la contrefaçon* », Pl, avril 2014.

BRUGUIÈRE (J.-M). L'entreprise à l'épreuve du" droit" de l'Internet. In : *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet : Quid Novi*. Dalloz, 2014.

BRUN(A) , Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Sirey, 1931.
BUFFET DELMAS (X) et FABRE (J). « *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* » : Propr. industr. 2014.

BURST (J) , « La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : Mythe ou réalité ? », in Mélanges Paul Mathély, Litec, Paris, 1990.

BUSSEUIL (G). « À propos de I 'hyperlien au regard du droit d'auteur : la technique du framing n'est pas une communication au public », *JCP E*, 2015, 1063.

BUSSEUIL (G). « La libre circulation des contenus numériques entre accès et consentement : les précisions de la CJUE en matière de propriété intellectuelle », *RLDI* 2014/105, nº 3483.

BUSSEUIL (G).« *Propriété intellectuelle, fourniture d'hyperliens et communication au public* », *RLDI* 2016/132, nº 04093.

BUZOLION (Y). « *Le régime de la protection instaurée par la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016* », Prop Ind, sept. 2018.

CANIORBE (J). « *L'usage dans la vie des affaires, condition nécessaire de la contrefaçon de marque* ». *LEGICOM, 2010/1.*

CANLORB (J). « *L'usage de la marque d'autrui* », Litec, coll. « IRPI », 2007.

CANLORBE (J). « Contrefaçon de marque. Usage illicite de la marque », *J-Cl. Marques-Dessins et modèles*, fasc. 7513, 2010.

CANLORBE (J). « Liens sponsorisés: nouvelles inquiétudes pour les titulaires de marques », *Légipresse*, juin 2011.

CARBONNIER (J). « *Grand droit et petit droit, in Flexible droit* », 10ème éd., LGDJ,2001.

CARON (C). « Les exceptions. L'impact sur le droit français », Propriétés Intellectuelles, Janvier 2002.

CARON (C). « *Les relations fusionnelles du parasitisme et de la contrefaçon* » : Comm. com. électr. 2010, comm. 32.

CARON (C). « *Quand la concurrence déloyale s'inspire de la propriété intellectuelle* », CCE 2018, comm. 9.

CARON (CH) . Influenceurs et droit des marques. *Dalloz IP/IT*, 2021, n° 01.

CARON (CH). « ” FAQ ” n° 2 autour des liens commerciaux », JCP ent. 2010, comm. 1961.

CARON (CH). « Après les liens commerciaux, voici les liens retours ! », *Comm. com électr*, juin 2014, n° 6, repère 6.

CARON (CH). « *Droit d'auteur et droits voisins* », 4e éd., LexisNexis, 2015 .

CARON (CH). « *Du plagiat considéré comme un des Beaux-Arts* », *Comm. com. électr*., mai 2013.

CARON (CH). « La "transclusion" ou l'utilisation licite de l'œuvre d'autrui sur Internet *», Comm. com. électr*, déc. 2014, comm. 92.

CARON (CH). « Les liens hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale », Comm com électr, mars 2001, n° 3, comm. 26.

CARON (CH). «"FAQ" n° 3 autour des liens commerciaux », *Comm. com. électr*, juin 2011, n° 6, comm. 52

CARON (CH). «Les cinq rencontres entre les liens hypertextes et le droit d'auteur», *Comm. com. électr*, oct. 2016, comm. 78.

CARON (CH). À propos des relations entre la marque et le nom de domaine : Comm. com. électr. 2019, comm. 52.

CARON (CH). « Les liens hypertextes entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale », *Comm. com électr*, mars 2001, comm. 26.

CARON(C). *« Droit d'auteur et droits voisins » :* LexisNexis, 4e éd., 2011.

CARTY (H). *« Les marques jouissant d'une renommée méritent-elles une protection particulière ?* », PIBD 1998.

CASEAU-ROCHE (C). « La clause de confidentialité », AJCA 2014.
CASTETS-RENARD (C).CA Paris, 4e ch., 22 avril 2005, Mulholland Drive, D. 2005, Jur. 1573.

Catherine DRUEZ-MARIE (C). « *Le parasitisme appliqué à la protection des signes et des formes* », PA 1998.

CHAGNY (M) , Quelle refonte du Titre IV du Livre IV du code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, JCP E 2019.

CHAGNY (M) . La refonte du Titre IV du Livre IV en attendant une nouvelle réforme ?. *RTDCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2019.

CHAGNY (M). Dossier Les pratiques restrictives de concurrence après la réforme du Titre IV du Livre IV du code de commerce, RLC 2019.

CHAGNY (M). Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, 2004.

CHATRY (S) et ROBIN (A), « *Introduction à la propriété intellectuelle* ». Unité et diversité, Bruylant, coll. Paradigme, 2019.

CHATRY (S). « La responsabilité contrastée des acteurs du référencement », *D*. 2015, p. 1079 et s.

CHEHATA (C), « La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du proche orient, Revue internationale de droit comparé », Vol. 19 N°4, Octobre-décembre 1967.

CLAVIER (J.-P). « L'usage en ligne illicite d'un signe distinctif: aspects de propriété intellectuelle», in S. Chatry (dir.), *La régulation d'Internet . Regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle »*, Mare et Martin, 2015.

COLIN (C) . « Devoir d'auteur », *RIDA*, avril 2010.

COLOMBET (C), « *Titres d'ouvrages et publications périodiques* », Juris-Classeur conc. cons., fasc. 200.

COLOMBET (C), L'évolution de la jurisprudence sur la protection des titres d'œuvres de l'esprit par la loi du 11 mars 1957, Mél. A. Chavanne : Litec, 1990.

COLOMBET (C), Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Precis Dalloz, 6e éd. Mélanges A. Chavanne, Litec, 1990.

CORDIER (G). « *L'image de marque et le préjudice de contrefaçon* », CDE, juill. 2007.

CORNU(G) , Les définitions dans la loi et les textes règlementaires, Cahiers de Méthodologie juridique n°2, RRJ 1987-4.

CREEON (B). « *Les entreprises de services* », Economica, 1978.

DE CANDE (P), « *L'action en concurrence déloyale est-elle menacée par l'évolution du droit de la propriété intellectuelle ?*», PI, janv. 2004.

DUPICHOT (J), « 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, 1er sem., doc.

DE GUILLENCHMIDT (M). « Lutte contre l'utilisation d'une marque comme mot-clé AdWords : nombreux fondements, peu de succès », *RLDI*, avril 2013.

DE HAAS (CH). « *La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction qui éclipse toutes les autres* », PI, janv. 2013.

DE MONCUIT (G). « *Les relations entre contrefaçon et parasitisme »*, Le Concurrentialiste, mai 2014.

DE ROBERT HAUTEQUERE (P). « *Le secret des affaires* » : Actes prat. ing. sociétaire 2020.
DEBLANC(M.-O). De la notion de parasisitisme et d'agissements parasitaires en matière artistique. *Revue internationale du droit d'auteur*, 2017.

DECOCQ (G) , Refonte des pratiques restrictives de concurrence, CCC 2019.

DECOCQ (G). Concurrence déloyale et parasitisme: deux régimes autonomes?. *RJ com*, 2010.

DELEUZE (J.-M). « *Le contrat de transfert de processus technologique* », Masson, 2 éd., 1979.

DESBOIS (H). « *Les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle et le devoir de loyauté* », in A. Popovici (dir.), Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin, Presses de l'Université de Montréal, 1974.

DESJEUX (X). La protection des idées en droit positif, de la contrefaçon artistique à l'activité parasitaire, Gaz. Pal., 17 déc. 1992.

DORANDEU (N) , Le dommage concurrentiel., Thèse, Perpignan, 2000.

DORMONT (S). « La mise en cuvre de la jurisprudence européenne sur le lien hypertexte par la Cour d'appel de Paris », Dalloz IP/IT, 2016.

DUBOIS (L) et GAULLIER (F). « L'ordonnance "Best Water International " de la CJUE : la meilleure eau n'étanche pas complètement la soif », *RLDI*, déc. 2014.

DUBOIS (L) et GAULLIER (F). « Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson : quelles conséquences pratiques ?», *RLDI*, nov. 2014, n° 109, p. 57-63.

DUBOIS (L) et GAULLIER (F).« Les liens hypertextes après l'arrêt Svensson : quelles conséquences pratiques ?», RLDI nov. 2014, n° 109.

DURRANDE (S) et ZOLYNSKI (C). « *Objet du droit d'auteur - Droit d'auteur et concurrence déloyale* », *J.-Cl. PLA*, fasc. 1116, 2010.

DURRANDE (S). «*Atteintes à la marque - reproduction et imitation de la marque*», J.-Cl. Marques Dessins et modèles, fasc. 7511, 2012.

DURRANDET (S) et ZOLYNSKI (C). « *Objet du droit d'auteur - Droit d'auteur et concurrence déloyale* », *J.-Cl. Civil Annexes*, fasc. 1620, 2010.

F. BARBIERI (J), Dommages aux biens : J.-Cl. Responsabilité civile, fasc. 110, nos 101.

FABRE (C). « *Panorama de la jurisprudence en matière de liens hypertextes : de l'affaire Keljob à l'affaire Keljob* », *Expertises*, mai 2001.

FABRE (R). « *Le Know-How, sa réservation en droit commun* », Lib. Tech., 1976, Coll. CEIPI .

FASQUELLE (D) et MÉSA (R). La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala. *Recueil Dalloz*, 2005, n° 38.

FAVREAU (A). La blockchain et la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle. In : *La propriété intellectuelle renouvelée par le numérique :[actes du colloque du 22 novembre 2019, organisé à la maison de l'avocat de Grenoble par le CUERPI et le centre de recherches juridiques (CRJ) de l'Université Grenoble-Alpes]*. Dalloz, 2020.

FÉRAL-SCHUHL (C), *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6e éd., Dalloz, coll. « Praxis », 2010, n° 83.

FERNAND-JACQ. « *Réflexions sur les marques notoires* », PI, Revue mensuelle du bureau international pour la protection de la propriété industrielle à Berne, 1952.

FERRIER (D), « Concurrence déloyale et concurrence illégale », in La concurrence déloyale, ss. dir. Y. SERRA, Dalloz, 2001.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). Arrêt MK Advocaten : responsabilité vis-à-vis d'annonces en ligne non consenties : Propr. industr. 2020, comm. 51.

FRANCOIS (B). « *Dénomination sociale* », Rép. Sociétés, Dalloz, 2005.

FRANÇON (A), « *La protection des titres de journaux par le droit des marques et par l'action en concurrence déloyale* », in Mélanges Daniel Bastian, t. 2, Librairie de la cour de cassation, Paris, 1974.

FRISON-ROCHE (M). « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », RJDA 1994.

GALLOUX (J.-C). « *L'identification des secrets des affaires* », Prop. Ind., sept.2018.

GALLOUX (J.-C). « *La transposition de la directive relative à la protection du secret des affaires* » [Loi n° 2018-670 du 30 juill. 2018 relative à la protection du secret des affaires, JO n° 0174 du 31 juill. 2018] : RTD com. 2018.

GALLOUX (J.-C). « *L'identification des secrets des affaires* » : Propr. industr. 2018, dossier 8.

GALLOUX (J.-CH). « *La loi 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon : vers la saturation ?*», PI, juill. 2014.

GALLOUX (J.-CH). « *L'adoption de la directive sur les secrets d'affaires* » [Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection du savoir-faire et secrets d'affaires : JOUE n° L 157, 15 juin 2016] : RTD com. 2017.

GARINOT (J.-M). « *Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat* ». AJ Contrat, 2018,55.

GAUDRAT (PH). « Droit de représentation », *Lexisnexis*, fasc. 1242, 25 août 2016.

GAUTIER (P.-Y). « L'élargissement des exceptions, contrebalancé par le test des trois étapes », Comm., com. élec., nov. 2006.

GAUTIER (P.-Y). « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *PI*, janv. 2015, n° 54.

GAUTIER (P.-Y).«La distribution "secouée" par la règle morale: du mauvais usage du code CHEST à barres d'autrui (suite)», JCP E, 1998, II, 10026.

GEIGER (C) et BOYER (J). « *L'accord de confidentialité dans la pratique des affaires* », Contrats Concurrence Consommation, mars 2016.

GIVERDON (C), « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce »,R.T.D.Com. 1953.

GOLAZ (E) . L'imitation servile des produits et de leur présentation: étude comparée des droits français, allemand, belge et suisse. *(No Title)*, 1992.

GRATTON (L). « *Le dommage déduit de la faute* », RTD civ, 2013, p. 275-298 ; Th. Pasquier, « *Le préjudice à la croisée des chemins* », RDT, 2015.

GUGLIELMI (G.-J) et KOUBI (G). « *Le plagiat de la recherche scientifique »*, LGDJ, 2012.

GUGLIELMI (G.-J) et KOUBI (G). « *Le plagiat de la recherche scientifique »*, LGDJ, 2012.

GUYON (Y), « *Droit des affaires, t.1* », « *Droit commercial général et sociétés »*, 12me éd., Economica. 2003.

GUYON (Y), Droit des affaires, Collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, t. 1, Economica, Paris, 11ème éd., 2001.

HAAS (M.-E). « AdWords: le débat n'est pas clos», PI, avril 2013, n° 47.

HERPE (F). « *La notion de "parasitisme artistique": une arme contre les contrefacteurs astucieux* », 21 juin 2013, eurojuris.fr.

HUEBER (C) et BINN (S). « *Comment sauver la théorie du parasitisme* ?», Contrats, conc. consomm.. Août 2000, n° 8-9, chron. 13.

HUGUET (A), *L'ordre public et les contrats d'exploitation de l'auteur, Études sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962.

HUMBLOT (B). « De l'absolu à l'absolument relatif : faits et méfaits de la propriété sous condition d'atteinte substantielle », *RLDI*, juill. 2012.

HUMBLOT (B). « *Droits conférés par la marque et projet de directive européenne : faire et défaire...* », RLDI, janv. 2014.

HUMBLOT (B). « *Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE* », RLDI, déc. 2011.

HUMBLOT (B). « Protection de la marque en cas de double identité : regard sur la jurisprudence créative de la CJUE », *RLDI,* déc. 2011, n° 7.

IZORCHE (M.-L). « *Concurrence déloyale et parasitisme économique* », in Y. Serra (dir.). « *La concurrence déloyale* », Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », 2001.

IZORCHE (M), « *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme* », RTD Com. 1998.

IZORCHE (M). Droit du marché et droit commun des obligations : RTD com. 1998.
JACOB (J) et DUMONT (L). « Google face aux éditeurs de presse belge », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, novembre 2006.

JACQUOT (G). « *La réparation de l'atteinte au secret des affaires* » : Propr. industr. 2020, dossier 4.

JOURDAIN (P), « *Les principes de la responsabilité civile* », 6ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit. 2003.

LABARTHE (D), « *Le débauchage de personnel, parent pauvre de l'action en concurrence déloyale* », D. 2005. Chron. 1231.

LACKER (J) « Générique de fin pour (argus.fr) : le début de la cohérence pour les noms de domaine descriptifs ? » RLDI 2007/26 n°839.

LAHER (R) et CAUVIN (G). « *Le secret des affaires* » : Actes prat. ing. sociétaire 2020, n° 169, dossier 1.

LAPORTE-LEGEAIS (M.-E) « *Clair-obscur sur la marque renommée : dix ans d'application de la loi di 4 janvier 1991* », JCP E 2001.

LAPOUSTERLE (J) et PASSA (J) , Domaine de l'action en concurrence déloyale. *Jurisclasseur" Concurrence-Consommation"*, 2014.

LAPOUSTERLE (J). La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition : Dalloz IP/IT 2016.

LARRICU (J). « Le lien hypertexte entre normalité et responsabilité », *Expertises des systèmes d'information*, juill. 2001, n° 250.

LARRIEU (J). « *La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires* » : essai d'explication : Propr. industr. 2020, comm. 48.

LARRIEU (J). « Les nouvelles fonctions de la marque », in J. Larrieu (dir.), *Les métamorphoses de la marque, LGDJ/Presses* de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011.

LARRIEU (J). « *La nature de la réparation de l'atteinte au secret des affaires : essai d'explication* », *Propr.industr.* n° 7-8, Juillet 2020.

LARRIEU(J), « Le droit interne de la concurrence déloyale : Quoi de neuf en dix ans ? », Propr. Ind., n°1, janvier 2013.

LARRIEUL (J) « *Glissements progressifs vers une nouvelle image de la marque* », Propr. ind., sept. 2010.

LARRIEUL (J). « *Un an de droit de la concurrence déloyale* », Propr. ind., sept. 2010, n° 9, chron. 7.

LASSERRE-JEANNIN (F) , L'acte de concurrence déloyale et de leur présentation , Droz, Genève, 1992.

LATIL (A), « *Les économies d'investissements du contrefacteur* », Comm. com. électr., mars 2015.

LATREILLE (A) « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin)* », LPA, 8 août 2006.

LAWRYNOWICZ-DREWEK (A). « *L'évolution de l'appréciation d'un fait distinct de la contrefaçon* », Premier prix du concours APRAM, Juillet 2017.

LE BIHAN E JULIEN-RAES (L). « *Étude sur un objet de propriété incorporelle mal-aimé : la dénomination sociale* » Prop intell. 2004/12.

LE GEL (C) et MARTIN (N). « *Droit des bases de données et parasitisme : un arrêt en demi-teinte de la Cour d'appel de Paris* ».

LE MOAL (R), « *Imitation servile des produits et de leur présentation matérielle* », Juris-Classeur conc, cons., fasc. 180.

LE STANC (CH). « *Droits de propriété intellectuelle : droits relatifs* », Propr. ind., févr. 2008.

LE STANC (CH). « *Fonction(s) des droits de propriété intellectuelle* », Propr. ind., oct. 2010.

LE TOURNEAU (PH). « *Le parasitisme, in Les aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence* », Montchrestien , Paris.

le Tourneau (PH). Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz coll. Action 2018/ 2019.

LE TOURNEAU (PH). « *Peut-on entonner le requiem du parasitisme ?* », D. 2001, chron.

LE TOURNEAU (PH). *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation*, 10e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2014, n° 7124.

LE TOURNEAU (PH). Contrats *informatiques et électroniques*, 8e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Référence », 2014, n° 7.82.

LE TOURNEAU (PH) « De la spécificité du préjudice concurrentiel », RTD com. 1998, n° 1.

LE TOURNEAU (PH) et ZOÏA (M). Les contrats de franchisage: franchisage de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier, franchisage de service, franchisage international, réseaux de franchisage. *Lites*, 2003.

LE TOURNEAU (PH) et CADIET (L) , Droit de la responsabilité et des contrats, Collection Dalloz Action, Dalloz, Paris, 2000-2001.

LE TOURNEAU (Ph). « *De la modernité du parasitisme* », Gaz. Pal. 2001.

LE TOURNEAU (PH). « *La verdeur de la faute en droit de la responsabilité civile* » : RTD civ. 1988.

LE TOURNEAU (PH). « *Parasitisme-Notion de parasitisme*», J.-CI. Concurrence-Consommation, fasc. 227, 2013.

LE TOURNEAU (PH). *Droit de la responsabilité et des contrats. Régime d'indemnisation*, 10è éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2014-2015.

LE TOURNEAU (PH). « *Contrats du numérique 2022/23* ». Informatiques et électroniques., 12e édition.

LE TOURNEAU (PH). « *Folles idées sur les idées* ». Communication-Commerce Electronique, février 2001.

LE TOURNEAU (PH). « *L'Éthique des affaires et du management au XXIe siècle* ». Essai, Dalloz Dunod, 2000.

LE TOURNEAU(PH). « *Droit de la responsabilité et des contrats* ». Régime d'indemnisation, Dalloz action 2014- 2015.

Le Tourneau (PH). « *Folles idées sur les idées* », *Comm. com. électr*, 2001.

Le Tourneau (PH), « *Folles idées sur les idées* », *Comm. com. électr*, étude 16, 2017.

LEBOIS (A). « *La fixation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon* » : RLDI oct. 2012.

LECLERC (O). « *Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail* », Droit social, 2005.

LEFRANC (D). « *Qu'est-ce que le parasitisme artistique* ?», *LEPI*, juin 2013.

Legros (B). « *La lutte contre la piraterie numérique : le choix des armes* », comm. à propos de d Pontoise, 2 février 2005 : D.2005, jur.

LINANT DE BELLEFONDS (X). « *Droits d'auteur et droits voisins* », Dalloz, 2002.

LOISEAU (G). « *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif* » : D. 1999, chron.

LOISEAU (G). Nom commercial, Rép. Commercial, Dalloz, 2002.

LORAN (A) et CHRISTOPHE (H). « *Le savoir-faire : le parent pauvre des droit incorporels ?* », Droit Fiscal n° 40, 6 octobre 2016.

LUCAS (A) et SIRINELLI (P), L'originalité en droit d'auteur : JCP 1993.

LUCAS (A). « *Plagiat et droit d'auteur* », in Ch. Vandendorpe (dir.), « *Le plagiat »*, Presses de l'Université d'Ottawa / Actempress, Canada, 1992.

LUCAS DE LEYSSAC (C), Diversification des entreprises publiques et concurrence déloyale : D.

LUCAS-PUGET (A.-S). « *L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui , et demain ?* », LPA, 14 nov. 2016.

KAZEMI-RACHED (A). *L'Islam et la réparation du préjudice moral*, Préf. Ph. Simler, Droz, Genève, 1990.

MACCIONI (H), « *L'image de marque : émergence d'un concept juridique* », JCP G, 1996, I, 3934.

MACREZ (F). « *Les pirates en galère* »., comm, à propos de : TGI le Havre. 20 septembre 2005, Rev. Lamy dr. immat. 2005.

MACREZ (F). « *Hyperliens (ou liens hypertexte* » ., JurisClasseur Communication, Fasc. 570, 1er Mai 2022.

MAETZ (C). « *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique* », PUAM, 2010.

MALAURIE – VIGNAL (M). « La protection des informations privilégiées et le savoir-faire », D. 1997. Chron. 207 .

MALAURIE – VIGNAL (M). « *Articulation entre action en concurrence déloyale et action en contrefaçon* », Comm. com électr, mai 2009 .

MALAURIE-VIGNAL (M) , « *Dénigrement* », Juris-Classeur conc. cons., fasc, 210.

MALAURIE-VIGNAL (M) , « *Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui* », D. 1996, chron.

MALAURIE-VIGNAL (M) , « *Parasitisme et notoriété d'autrui* », JCP 1995, éd. G, I.

MALAURIE-VIGNAL (M) . « Contrefaçon et utilisation de mots-clés par un moteur de recherche », CCC octobre 2010, comm. 230.

MALAURIE-VIGNAL (M) et LEGRAND (S). Propriété intellectuelle et parodie à des fins commerciales dans le secteur de la mode, Prop. ind. 2017. Études 32.

MALAURIE-VIGNAL (M), « *Contrefaçon et concurrence déloyale : pour en finir avec les incertitudes sur la notion de fait distinct* » ; Propr. industr. 2017.

MALAURIE-VIGNAL (M), « *Procédés de désorganisation* », Juris-Classeur conc. Cons., fasc. 223.

MALAURIE-VIGNAL (M). « *Les rapports entre l'information du public et le dénigrement* », Comm.com. 637 électr., janv. 2007, comm. 22.

MALAURIE-VIGNAL (M). *Droit de la concurrence interne et européen-8e éd*. Sirey, 2019.

MANARA (C). « *Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français* », D. 2007, chron.

MANARA (C). « *Le nom de domaine s'est-il trouvé un régime ?* ». Com. com. électr, juill.-août 2004.

MARECHAL (C). « *La loi n° 2914-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon* », Comm. com. électr., juin 2014.

MARÉCHAL (C). « Liens "sponsorisés" et le droit des marques : les suites de l'arrêt Google », *Gaz. Pal*., déc. 2010.

MARINO (L), BATTISTI (M), GUIBAULT (L), *et al.*Droit de l'information. Arrêt Svensson: les hyperliens en liberté (conditionnelle). *Documentaliste*, 2014, vol. 51, n° 1.

MARINO (L). « *Chronique de noms de domaine, Com. com. électr.* » déc. 2008.

MARINO (L). « *Droit de la propriété intellectuelle* », PUF, coll. « Thémis », 2013.

MARINO (L). « Internet et concurrence déloyale », *Comm. com. électr*., nov. 2007.

MARINO (L). « *Le plagiat, un mot en vogue* », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas, LexisNexis, 2014.

MARINO (L).« *Droit de la propriété intellectuelle* », PUF, coll. « Thémis », 2013.

MARTIN (N). « *L'arrêt « milka.fr » ou l'utilisation de la renommée d'une marque pour la récupération d'un nom de domaine* », RLDI 2006/18.

MARTIN-ACHARD(E). La notion de concurrence déloyale : Journal des tribunaux, Lausanne, 1977.

Martin (P): « *La protection par le droit de la propriété littéraire et artistique, des œuvres d'art, créées par l'intelligence artificielle* » in *Données et Technologie numériques ; Approches juridique, scientifique et éthique*, Sous la direction de Nathalie Nevejans.

MATRAY (Ch) et MARTENS (P). « *Faillite et concurrence ou l'abus de faiblesse économique* », RDC, 1996.

MAUREL-INDART (H). « *Le plagiat littéraire »*, Publications de l'Université François Rabelais, Tours, 2002.

MEKKI (M). « *La parodie d'une marque de cigarettes au nom de la lutte contre le tabac : quand la concurrence des idées l'emporte sur celle des produits* », *RLDI*, févr. 2007.

MENDOZA-CAMINADE (A). Les nouveaux visages de la contrefaçon,LGDJ.2011.

MESA (R). « *Parasitisme économique et contrefaçon : du critère et de l'utilité d'une distinction* », Concurrences, 2007.

MOUSSERON (J.-M). « *Traité des brevets* », collection CEIPI, Litec, 1984.

MOUSSERON (J-M) . Recherche-développement et parasitisme économique, in Le parasitisme économique Quelles solutions juridiques ? Gaz. Pal. - Editions Techniques, 1988.

MOUSSERON (J-M) . Responsabilité civile et droits intellectuels, in *Mélanges Chavanne,* Litec 1990.

NEVEJANS (N) « *Les automates d'Héphaïtos et l'accès à la vie juridique des robots* ». *In Droits, mythes et légendes*, 2021.

OPPETIT (B), Ethique et vie des affaires, dans Mélanges offerts à Andŕe Colomer, Litec, Paris, 1993.

PASSA (J) , « *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique* », D. 2000, chron.

PASSA (J) , Domaine de l'action en concurrence déloyale, J.-Cl. Conc. Consom., fasc. 240.

PASSA (J) « *Droit de la propriété industrielle* », t. 1, 2e éd., LGDJ, 2009.

PASSA (J). « *Caractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste* », Propr. ind., janv. 2011 .

PASSA (J). « *Droit de la propriété industrielle* », t. 1, LGDJ, 2009.

PASSA (J). « *L'appréciation abstraite du risque de confusion en matière de contrefaçon de marque* », in Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014.

PASSA (J). « *La fonction du droit de dessin ou modèle* », RLDA, sept. 2011.

PASSA (J). « La protection de la dénomination sociale et du nom commercial par l'action en concurrence déloyale » : Mélanges Serra, Dalloz 2006.

PASSA (J). « *Les conditions générales d'une atteinte sur le droit de marque* », Propr. ind., févr. 2005.

PASSA (J). « Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? Utilité ?», *Propr ind*., juin 2012.

PASSA (J). « *Marque renommée et marque notoirement connue dans le nouveau droit des marques* », RTD com. 2020 .

PASSA (J). « *Marques et concurrence déloyale* », J.-Cl. Concurrence Consommation, fasc. 160, 2013.

PASSA (J). « Caractérisation de la contrefaçon par référence aux fonctions de la marque : la Cour de justice sur une fausse piste », *Propr. ind*., janv. 2011, ét. 1.

PASSA (J). « Marques *et concurrence déloyale* », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 160, 2014.

PATTARO (E), «Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique, Cahiers de Méthodologie juridique n°3, R.R.J. 1988-4.

PEDAMON (M), Droit commercial, Dalloz, Paris, 2ème éd., 2000.

PEZARD (A). « *Les limites à la protection – vers une nouvelle proportionnalité judicaire ?* » Prop. Ind., sept. 2018.

PIACITELLI-GUEDDJ (A). « Les prestataires de services de référencement payant sur Internet à l'épreuve du droit des marques : analyse comparée des droits européen et américain *», Propr ind*, juin 2014, n° 6.

PIATTI (CH). « Commerce électronique et propriétés intellectuelles. L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques », *RTD com*., 2006.

PIATTI (M.-CH) (dir.). « *Le plagiat »*, Colloque de l'Université Lumière, Lyon II, RLDI, mai 2012.

PICOD (Y). Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du code de commerce, AJ contrat 2019.

Picod (Y). Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale, Mél. Serra : Dalloz, 2006.

PICOD (Y) et ALII. Concurrence déloyale, Rép. Com. Dalloz, n° 30 et s., octobre 2014.

PICOD (Y). « Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme », *D*. 2019.

PICOD (Y). Concurrence déloyale, Rep. com. Dalloz, 2010.

PICORD (Y), AUGUEST(Y) et DORANDEU (N). « *Concurrence déloyale* » : Rép. com., Dalloz 2010 (actualisation : oct. 2016).

PIERRAT (E). « *Plagiaires et plagiés devant les tribunaux* », in H. Maurel-Indart (dir.), « *Le plagiat littéraire »*, Tours, Publications de l'Université François-Rabelais, 2002.

PIROVANO (A). La concurrence déloyale en droit français : RID comp. 1974.

PLAISANT (R). La protection des journaux, revues et magazines : Ann. 1950.

PLAISANT (R). La protection des titres : RIDA 1964.

POLLAUD-DULIAN (F). « L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *PI*, juill, 2010.

POLLAUD-DULIAN (F). « *Marque de renommée. Histoire de la dénaturation d'un concept* », Propr. intell. 2001.

POLLAUD-DULIAN (F). CEDH, 4e section, 29 janvier 2008, n°19247/03, *Balan c. Moldavie*, *RTD com*., 2008. 732.

POLLAUD-DULIAN (F).« L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur Internet », *PI*, juill, 2010.

POUMAREDE (M), « *La théorie du parasitisme existe... mais elle n'est pas sans limites* », LPA, 18 août 2005.

PRAULT (C). « *le référencement sur internet, menace ou opportunité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle ?* » : Propr. industr. 2012.

QUAEDVLIEG (A). « Le droit de communication au public dans la jurisprudence de la CJUE », in Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la CJUE, Colloque en l'honneur du Professeur A. Lucas, PI, avril 2015.

QUIQUEREZ (A). « La jurisprudence européenne *Google* de nouveau appliquée par la Cour de cassation », *RTD eur*, 2015.

RAKOTOARISON (T.-F). « Loi sur la protection du secret des affaires : la fin de la liberté d'informer n'aura pas lieu », AJ Contrat 2018.

RAYNARD (J) et REVET (TH). « *De la propriété comme modèles* », in Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993.

RAYNARD (J). « *Le contenu et la particularité de la protection* » : Propr. industr. 2018, dossier 10.

RODA (J.-CH). « *Secret des affaires : et si on avait manqué l'essentiel ?* » : D. 2018.

SAINT-GAL (Y). « Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires », RIPIA, 1957.

SARDAIN (F). « *Le nouveau régime d'attribution des noms de domaine français Com. com. électr.* » avr. 2007.

SARDAIN (F). « Liens hypertextes », *J-Cl. Communication*, fasc. 4730, 2009, mise à jour sept. 2014, n° 40-41.

SAVIN (B). « L'atteinte au droit de marque sur Internet »., Étude premier Prix APRAM 2021., n° 9, Septembre 2021.

SCHAFFNER (M). « Adwords : la clé du succès du système de mots-clés », RLDI 2010, comm. n° 64.

SCHILLER (S) « *Le secret des affaires* » : Actes prat. ing. Sociétaire 2020.

SCHMIDT SZALEWSKI (J) . *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, LITEC, CEIPI, 1972.

SCHMIDT SZALEWSKI (J) .« L'Internet ou l'illusion libertaire », in *Études offertes au Doyen Ph. Simler*, Dalloz/ Litec, 2006.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J). « *La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence* ». *RTD com*, 1994, vol. 455.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J). CEDH, 4e section, 29 janvier 2008, n°19247/03, *Balan c. Moldavie*, *RTD eur*., 2008. 405.

SERRA (Y). Encyclopédie Dalloz de droit commercial, v° « Concurrence déloyale », n° 13.

SERRA (Y). « Concurrence déloyale », Rép.com. Dalloz, P.3.

SERRA (Y). « *Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme* » – Centre de droit de la concurrence, D. 2018. 2326.

SERRA (Y). Concurrence déloyale. *Vogel, L.(éd.), Dalloz répertoire de droit commercial. Dalloz encyclopédie juridique, Paris, Dalloz*, 2004.

SIIRIAINEN (F). « *Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence* », in J.-M. Bruguière (dir.).

SIMON FHIMA (I). « *Exploring the Roots of European Dilution* », IPQ 2012.

SINGH (A). « *Le principe de spécialité et internet* », D. 2002. Chron.

SPACENSKY RIFF (V). « Promotion d'un site Web et risques encourus - Quelle responsabilité pour les outils de recherche et les créateurs de liens hypertexte ? », Légipresse, avril 1998.

STOFFEL-MUNCK (PH). « La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords », *Comm. com. électr*., sept. 2010, comm. 88.
STOFFEL-MUNCK (PH). « Les liens sponsorisés comme source de responsabilité : quand chercher "Vuitton" amène sur le site "Faux Vuitton" *», Comm. com, électr*., juill. 2005, n° 7, comm. 117.

STOULS (J.-P), « *La question au regard des droits de propriété industrielle et de la concurrence déloyale* », in J.-M. Bruguière (dir.), : « *L'articulation des droits de propriété intellectuelle* », Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », 2011.

STUYCK (J) , Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales. Revue internationale de droit économique, 2011.

TARDICU-GUIGUE (E). « État des lieux 2012 : Internet, marques, intermédiaires, référencement...», *RLDI*, juill. 2010.

TARDICU-GUIGUE (E). « La concurrence entre les opérateurs économiques favorisée aux dépens du droit des marques », *RLDI*, mai 2011.

TARDIEU-GUIGUES (E). « *La protection des noms de domaines* », JCP Cahiers droit de l'entreprise 3/2003.

TESTU (F.-X) « *Secret et relations d'affaires* », Droit et patrimoine, 1 er mars 2002.

THOMAS-RAQUIN (C) et M. le Guerer (M). « *Pratique contentieuse. L'articulation de l'action en concurrence déloyale avec l'action en contrefaçon dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », Comm. Com. Électr. 2019 Fiches pratiques 2.

TOPORKOFF (M). « *Concurrence déloyale et réalité du marketing : quelques lignes inquiétantes d'évolution de la jurisprudence en matière de risque de confusion dans le domaine des produits de grande consommation* », CD Rom D. Aff.

TREFIGNY (P). « *Action en contrefaçon et action en concurrence déloyale* ». « L'évolution de la jurisprudence la plus récente face au parasitisme », in Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, LexisNexis, coll. « *CEIPI* », 2014.

TRÉFIGNY (P). « Droit du numérique. Panorama », *D*. 2014.

TREFIGNY (P). « Les liens commerciaux et le droit des marques », in J.-M. Bruguière (dir.), *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet. Quid novi ?* Dalloz, coll. « Thèmes et comm. », *CUERPI*, 2014.

TREFIGNY (P). « *Marques* ». - Droit français : « *Conditions d'obtention du droit de marque* », J.-Cl. Commercial, Fasc. 600. 2011.

TRÉFIGNY (P). Les liens commerciaux et le droit des marques. In : *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'Internet : Quid Novi*. Dalloz, 2013.

TREFIGNY- GOY (P). « *L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque* », in Fonction(s) des droits de propriété intellectuelle, Propr. ind., oct. 2010.

TREFIGNY-GOY (P). « Les liens commerciaux, suite ou la Cour de cassation, après la CJUE », Propr. Industr. octobre 2010, comm. 66.

TREFIGNY(P), « *L'imitation* » Contribution à l'étude juridique des comportements référentiels , Presses universitaires de Strasbourg, coll. « CEIPI », 2000.

TREPPOZ (E) . « *De la source à la qualification des secrets d'affaires : quels enjeux ?* » : Propr. industr. 2018, dossier 7.

TREPPOZ (E). « *Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur* ?», *RLDI*, mai 2012, n° 82, dossier spécial « *Le plagiat* ».

TREPPOZ (E). « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *Comm. com. électr*., juill. 2010.

TREPPOZ (E). « Le droit d'auteur européen asservi à la technique et libéré du droit international », *RTDE*, 2014.

TREPPOZ (E). « *Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain* ? », RIDA, 2006/2.

TROLLER (A). « *La marque de haute renommée* », PI, Revue mensuelle du bureau international pour la protection de la propriété industrielle à Berne ,1953.

VALANCOGNE (F), Le titre de roman, de journal, de film, Sirey, 1963.

VARET (V). « Les risques juridiques en matière de liens hypertextes », Légipresse n°196, novembre 2002.

VARNEROT (V). « La circulation des œuvres numériques », in E. Netter et A. Chaigneau (dir.), *Les biens numériques*, CEPRISCA, 2015.

VIGOUROUX (C) et RICHARD (J). Du droit 'mou'au droit 'souple'. AJDA. 2013.

VIVANT (M). « *Droit d'auteur et théorie de l'accessoire: et si l'accessoire révélait l'essentiel?*», JCP E, 2011.

VIVANT (M). « Les nouvelles technologies comme révélateur *», RLDI*, 2005/2.

VIVANT (M). « *Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle* », JCP E, juin 1993.

VIVANT (M). *Lamy Droit du numérique*, Wolters Kluwer, 2015, n° 2339, p. 1456.

VIVANT (M). Les grands arrêts de la propriété intellectuelle : Dalloz, coll. Grands arrêts, 3e éd., 2020, comm. 1-3.

VIVANTE (C). Ancora della clientela. *Riv. dir. comm*, I, 1930.

VIVANTE (C). La proprietà commerciale della clientela. *Riv. dir. comm*, I, 1928.

VOGEL (L) , Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible, AJ contrat 2019.

VOGEL (L) , traité de droit des affaires : Du droit commercial au droit économique, 19e éd., LGDJ, 2010.

WERY (E) et BRETEAU (L). « Droit des marques: la justice européenne met à mort la contrefaçon par reproduction "à la française"», *RLDI*, nov. 2011, n° 76.

ZOLLINGER (A) et GAUDRAT (PH). « *Droit des auteurs-Règles générales. Droit de représentation* », J.-CI. PLA, fasc. 1242, oct. 2014.

ZOLLINGER (A). « *Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme* », *Légipresse*, juin 2015.

ZOLLINGER (A)., « *Le plagiat, entre contrefaçon et parasitisme* », *Légipresse*, juin 2015.

ZOLYNSKI (C). « Concurrence déloyale et Internet », *AJCA*, 2014/4.

IV-Notes de jurisprudence et observations

AUGUET (Y) .26 septembre 2018, n° 16-25937 P, D. 2018 Pan. 2334.

AUGUET (Y). CA Paris, 5 mars 2003, D. 2004, somm.

AUGUET (Y). CA Paris, 8 oct. 2003, D. 2004, somm. 1157.

AUGUET (Y). Cass, com., 16 mai 2000, Sté Schabaver c/ Sté Marcel Justet : D. 2001, somm.

AUGUET (Y). Cass. Com., 26 Septembre 2018, sté Nergeco et Nergeco France, n° 16-25937 P, D. 2018 Pan. 2334.

AUROUX (J.-B) et COSTES (L) . T. com. Paris, 15e ch., 24 nov. 2006, *Société One Tel c/ Sociétés Google et Société Olfo, RLDI*, févr. 2007, n° 24, p. 27-2.

AZEMA (J). CA Paris, 16 juin 2000, PIBD 2000, n° 708, III, 577 ; RTD com. 2001.

AZEMA (J). Cass. com., 6 mars 1978 : JCP G 1978, II, 19001.
AZÉMA (J). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. I-08625 ; Comm. com. électr., déc. 2011, n° 12, RTD com., 2012, p. 103-105.

AZEMA (J).CA Paris, 18 sept. 2002, *RDPI* 2003, n° 146, p. 17; RTD com. 2004.

AZEME (J). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. I-08625; Comm. com électr., déc. 2011, nº 12, RTD com, 2012, p. 103-105.

BALLOT (A) . Cass. 1re civ., 14 avr. 2016, n° 15-18.494 : JurisData n° 2016-007135 ; D. 2017, p. 181, note E. Dreyer ; JCP E 2017, 1418.

Ballot Léna (A),Cass. com., 10 févr. 2015, n°13-24.979 : JurisData n°2015-002412 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 118 ; JCP E 2016.

BARBIERI (J). CA Toulouse, 19 oct. 1988, Mme E. c/ B.Chemie GMBH : D. 1989, jur.

BASIER (Y). Légipresse, nov. 2013.

BASIRE (Y) Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110, Google France c/ Société Auto IES, Propr. ind., janv. 2013, comm. 3.

BASIRE (Y). Légipresse, févr. 2014, n° 313, p. 100-103.

BENSOUSSAN (A) et CAHEN (B) .T. com. Paris, 23 mai 1979, Sté Bang et Olufsen et autre c/ Fnac : Gaz. Pal. 1980, 2, P.510.

BERNAULT (C). Cass. civ. 1 ch., 9 avril 2015, n° 13-28.768 ; LEPI, juin 2015, n° 83.

BINCTIN (N). chron. sous Cass. civ. 1", 9 avril 2015, nº 13-28.768, JCP G, 2016, n° 16, doctr. 480.

BINCTIN (N). JCP G, 2016, n° 16, doctr. 480 .

BONET (G). Cass. Com., 12 mars 1985, JCP G. 1985, II, 20 400.

BONET (G). CJCE, 12 nov. 2002, Arsenal, aff. C-206/01, Rec. 2002, 1, p. 10273; PI, 2003.

BONET (G). CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-357/97, General Motors, pt. 26; *RTDE*, 2000.

BONET (G). CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal et al., aff. C-487/07, PI, 2010, n° 34, p. 655.

BONET (G). CJUE , 25 mars 2010, aff. C-278/08, *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH c / Günther Guni et trekking at Reisen GmbH; Comm. com. électr*., juin 2010, ét. 12.

BONRT (G). CJCE, *14 septembre 1999*, *aff. C-375/97*, *General Motors* (*Chevy*) : *Rec. 1999*, I-*5421* ; *Europe 2000.134.*

BOURFEOIS (M). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. 1-08625, JCP E, 2012, n° 3, p. 47-49.

BOURFEOIS (M). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. I-08625, JCP E, 2012, n° 3, p. 47-49.

BOURGEOIS (M). TGI Paris, 27 mars 2012 : JCP E 2012, 1374.

BOUVEL (A). CA Aix-en-Provence, 3 avril 2014, JurisData nº 2014-008209, Delko Développement c/ Oscaro.com; PI, juill. 2014, nº 52, p. 300-301.

BOUVEL (A). Cass. com., 20 janv. 2015, n° 11-28.567, PI, juill. 2015, n° 56, p. 311-315.

BRONDEL (S). Déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, AJDA 2009. 1132.

BRUGUIERE (J.-M). CA Paris, 12 sept. 2008, PI, janv. 2009 .

BRUGUIERE (J.-M). Cass. soc., 7 janv. 2015, nº 13-20.224, PI, avril 2015, n° 55, 5 p. 205.

BRUGUIERE (J.-M). CJUE, ord. motivée, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, Bestwater International GmbH c/ M. Mebes et S. Potsch, PI, janv. 2015, n° 54, p. 51-53.

BUBOIS (L) et GAULLIER (F). CJUE, 21 octobre 2014, C-348/13, Bestwater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch.

BUFFET-DELMAS (X). CA Paris, 30 oct. 2002, Propr. intell. 2003, n° 7.

BUFFET-DELMAS (X). CA Paris, 9 janv. 2002, Propr. intell. 2002, nº 5.

BUFFET-DELMAS (X). TGI Paris, 26 févr. 2002, Propr. intell. 2002, n° 5.

BUGUIERE (J.-M*). CA Paris, pôle 5-1, 22 sept. 2020, n° 18/19018, SA La Voix du Nord c/ X et Cne d'Hénin-Beaumont : JurisData n° 2020-016123.*

BUGUIERE (J.-M). T. com. Paris, ord. réf., 26 déc. 2000. *SNC Havas Numérique et SA Cadres on Line c/ SA Keljob*.

BURGELIN (J.-F), COULON (J.-M) et FRISON-ROCHE (M.-A). CA Paris, 10 octobre 2001, AJDI 2002. 41, n°2001/08036.

BURST (J) et MOUSSERON (J). Douai, 25 févr. 1981, JCP 1981 éd. CI. 10089.

BURST (J). CA Colmar, 13 mai 1994, Sté Schiffer Food BV c/ Compagnie française des produits Orangina et autre : D. 1995, jur.

BURST (J). CA Paris, 8 juin 1982, Sté O.M.N.I.A. Volcan c/ Sté S.K.M. : D. 1985, IR.

CADIET (L). CA Paris, 18 mai 1989, Sté Parfums Ungaro c/ Sté Jean-Jacques Vivier : D. 1990, jur.

Calais-Auloy (J). Cass. Com. 7 avril 1967 : Bull. n°129 ; D. 1968.61,

CANLORBE (J) . Prop. intell. 2020, n° 77, p. 58-60.

CANLORBE (J) . Propr. intell. 2021, n° 78, p. 41.

CANLORBE (J). CA Paris, 1re ch., 2 févr. 2011, n° 08-02354, Google France c/ Société Auto IES, Légipresse, juin 2011, n° 284, p. 349-355.

CARON (CH). Cass.com., 29 mars 2011, n° 10-12046 et n 09-71990, CCE 2011 n°53

CARON (CH). JCP E 2003. 1627.

CARON (CH).Com. 19 mars 2013, n° 11-29.016 ; Com. 10 mai 2006, JCP 2006. II. 1610.

CARON (CH). CA Paris, 18 octobre 2000, CCE juin 2001, comm 60.

CARON (CH). CA Paris, 1re ch., 2 févr. 2011, n° 08-02354, Google France c/ Société Auto IES, Comm. com. électr, juin 2011, nº 6, comm. 52.

CARON (CH). CA Paris, 2e ch., 19 nov. 2010, n° 08-00620, *Google France c/Syndicat Français de la literie ; Comm. com. électr.,* juin 2011, n° 6, comm. 52.

CARON (CH). CA Paris, 2e ch., 28 mars 2014, nº 13-07517, Sté Sogifram c/ Carl G et Sté Softbox Systems, Propr. ind., juin 2014, n° 6, repère 6.

CARON (CH). CA Versailles, 22 nov 2001, RJDA 2002/10, n°1093, Com, com électr 2002, comm. 56.

CARON (CH). Cass, com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338, 08-16.459 et 08-16.469, SA Infinitif c/ Sté Céline ; Comm. Com. électr., avril 2010, comm. 32.

CARON (CH). Cass. 1re civ., 20 mars 2007, n° 06-11.522 et n° 06-11.657 : JurisData n° 2007-038076 ; Comm. com. électr. 2007, comm. 107.

CARON (CH). Cass. com., 13 déc. 2005, Bull. civ. IV, n° 254; PIBD 2006, nº 824, III, 149; JCP éd. E 2006.

CARON (CH). Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-15.338, Comm. com. électr., avril 2010, n° 4, comm, 32.

CARON (CH). Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110, *Google France c/ Société Auto IES* ; *Comm. com. électr*., déc. 2012, comm. 130.

CARON (CH). CEDH, 18 sept. 2007 : Site CEDH – Les Echos, 21 févr. 2008 ; Propr. industr. 2008, comm. 88, C. Caron ; RTD civ. 2008.

CARON (CH). Civ. 1re, 17 juin 2003, *CCE* 2003, comm. 80.

CARON (CH). CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal c/ Bellure, aff. C-487/07, Rec. 2009 p.1-05185, Comm. com. électr, déc. 2009, n° 12, comm. 111.

CARON (CH). CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora Inc.et Interflora British Unit c/ Marks &Spencer Plc et Flowers Direct online Ltd; Comm. com. électr*, déc. 2011, n° 12, p. 24-27.

CARON (CH). CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, Interflora, Rec. 2011, p. I-08625, Comm. com. électr., déc. 2011, nº 12, p. 24-27.

CARON (CH). CJUE, 26 mars 2015, aff. C-279/13, C More Entertainment AB c/ Linus Sandberg ; Comm, com. électr, mai 2015, n° 5.

CARON (CH). CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, *Portakabin Ltd et Portakabin BV c/ Primakabin BV ; Comm. com. électr*., oct. 2010, comm. 93.

CARON (CH). CJUE , 8 sept. 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker; Comm., com. électr., oct. 2016, comm. 78.

CARON (Ch). CJUE, ord. motivée, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, Bestwater International GmbH c/ M. Mebes et S. Potsch, Comm. com. électr., déc. 2014, comm. 92.

CARON (CH). Com. com. électr. 2001, comm. 60.

CARON (CH). Comm. com. électr. 2016, comm. 32 .

CARON (CH). Comm. com. électr., 2015, comm. 177.

CARON (CH). TGI Epinal, 24 octobre 2000, MP et SCPP c. Conraud, Com. comm. élec., décembre 2000, Comm. n°125.

CARON (CH).TGI Paris, 21-03-2000, Communication Commerce électronique, Septembre 2000.

CARON (CH). TGI Paris, 25 mai 1999, PIBD 1999, n° 685, III, 451 ; TGI Paris, 24 mars 2000, Com. com. électr. 2000, comm. 63.

CARON (CH). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. 1-08625; Comm. com. électr., déc. 2011.

CARON (CH). Comm. com. électr, déc. 2009, n° 12, comm. 111.

CARON (CH). CA Versailles,9 octobre 2003:Comm.com.électr.2004.comm. 25.

CARON (CH). Cass.civ.1,13 décembre 2005 :Pourvoi n° 03-21.154;Jurisdata n° 031257.

CARON (CH). Comm.com.électr.2004. comm.27.

CARON (CH).Comm. com. électr., janv. 2011, n°1, comm. 3.

Castets-Renard (C).Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, D. 2006.

Castets-Renard (C).TGI Paris, 8 déc. 2005 : D.2006, jur.

CHATRY (S). Cass. com., 20 janv. 2015, n° 11-28.567, D. 2015, p. 1079 et s.

Chavanne(A) et Azéma(J) , RTDCom. 1976.87, n° 16.

CHERVRIER (E). Cass. Com., 22 octobre 2002, D. 2002, Act. Jur.

Chevrier (E) .Com. 12 févr. 2008, n ° 06- 17.501, D. 2008. AJ. 610.

CHEVRIER (E). Cass. com., 18 déc. 2001, Sté Pouey international c/ Sté Dun & Bradstreet France : D. 2002, AJ.

CLAVIER (J.-P). CJUE, 2 juill. 2020, aff. C-684/19, mk advokaten GbR c/ MBK Rechtsanwälte GbR : JurisData n° 2020-010244 ; PIBD 2020, n° 1144, III, p. 3 ; LEPI 9/2020.

CLAVIER (J.-P).CA Paris, 2e ch., 28 mars 2014, n° 13-07517 Sté Sogifram c/ Carl G et Sté Softbox Systems, D. 2015, p. 230 et s.

COLOMBET (C). 12 janv. 1990 : D. 1991, Somm. 89.

COLOMBET (C). CA Paris, 13 mars 1986, Christo, D. 1987, somm. 150.

COLOMBET (C). CA Paris, 27 janv. 1984, Sté The Coca Cola Export c/ Sté Téléproductions Bartoli et autre : D. 1984, IR.

COLOMBET (C). Paris 29 mai 1989 : D. 1990, Somm 50.

COLOMBET (C). Paris, 20 septembre 1994, « Hors ligne », D., 1995 som. com. 284.

COLOMBET (C). Paris, 25 septembre 1989, « Le Chardon », *RIDA*, avril 1990, p. 207, D., 1990, somm. com. 50.

COSTES (L) et AUROUX (J.-B) .TGI Paris, 7 juin 2006, RLDI 2006/19.

COSTES (L) et DE ROMANET (J). CA Aix-en-Provence, 3 avril 2014, *JurisData* n° 2014-008209, *Delko Développement c/ Oscaro.com : RLDI*, juin 2014, n° 105, p. 27-28.

COSTES (L). CA Paris, 4e ch., 11 mai 2011, *Google France et Inc c/ Cobrason, Home Cine Solutions ; RLDI*, juill. 2011, n° 73, p. 66-67.

COSTES (L).CA Paris, 2e ch 28 oct. 2011, *Sté Tuto4 com c/ SNCF; RLDI*, déc. 2011, n° 77, p 41-42.

COSTES (L). Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et 11-24.713 ; *RLDI*, mars 2013, n° 91, p. 47.

DALEAU (J). Paris, 20 juin 2007, « Warner Music », D., 2007. 2041.

DARANDEU (N). CA Paris, 5 mars 2003, D. 2004, somm.

DAVERAT (X). Cass. civ. 1, 12 juill. 2012, n° 11-20.358, Comm. com. électr., chron. 4.

DAVERAT (X). Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et 11-24.713, LPA, févr. 2015, n° 39, p. 4.

DE GUILLENCHMIDT (M). Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110, Google France c/ Société Auto IES, RLDI, avril 2013, n° 92, p. 12-15.

DE GUILLENCHMIDT (M). Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et 11-24.713, RLDI, avril 2013, n° 92, p. 12-15.

DESBOIS (H). CA Paris, 30 avr. 1963, JCP 1963, II. 13243 : RTD com. 1963.

DORMONT (S). CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson c/ Retriever Sverige AB ; PI, juill. 2014, n° 52, p. 234-241.

DUBOIS (L) et GAULLIER (F). CJUE, ord. motivée, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, Bestwater International GmbH c/ M. Mebes et S. Potsch, RLDI, déc. 2014, n° 110, p. 8-13.

DURAND (P). Cass. com., 13 juill. 1966, Bull. civ., n° 358; JCP 1967, II, 1513.

DURRANDE (S) .CA Paris, 28 janv, 2000, Sté Editions françaises historiques et scientifiques c/ Sté Librairie Pages d'Histoire : D. 2001, somm. p. 470.

DURRANDE (S). Cass. com. 27 mai 1986, D. 1986, jur.

DURRANDE (S). Cass. com. 27 mai 1986, D. 1986, jurisp.

DURRANDE (S). Cass. com., 27 mai 1986, Sté Charles of the Ritz et autre c/ Sté Ritz (Paris) et autre : D. 1986, jur.

DURRANDE (S). CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-375/97: D. 2001.

ESMEIN (J). CA Paris, 14 févr. 1958 : JCP G 1958, II, 10535.

FASQUELLE (D). Cass. com., 23 mars 1999 : JCP E 2000.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJCE, 11 juin 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG c/ Franz Hauswirth GmbH, aff. C-529/07; Propr. ind, sept. 2009, n° 9, comm. 52.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJCE , 18 juin 2009, aff. C-487/07, L'Oréal SA c/ Bellure NV, pt 58 : Propr. industr. 2009, comm. 51.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal c/ Bellure, aff. C-487/07, Rec. 2009, p. I-05185, Propr. ind, 2009, nº 9, comm. 51.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJCE, 1re ch., 25 janv. 2007, aff. C-48/05, Adam Opel AG c/ Autec AG, Propr. ind., mars 2007, n° 3, comm. 18.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-252/07, *Intel* ; Propr. ind., 2008, comm. 3.
FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJUE, 14 nov. 2013, aff. C-383/12, *Environmental Manufacturing LLP c/ OHMI*; Propr. ind, 2014.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJUE , 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL, Google France SARL c/ CNRRH, Propr. ind., 2010, comm. 38.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJUE, 3 sept. 2015, aff. C-125/4, Unilever; Propr. ind., 2015, comm. 66.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, Portakabin Ltd et Portakabin BV c/ Primakabin BV, Propr. ind., 2010, comm. 64.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). Propr. industr. 2016, comm. 26.

FOLLIARD-MONGUIRAL (A). Propr. industr. 2020, comm. 51.

FOURGOUX (J) .CA Douai, 2 oct. 1995 : D. 1996, jurispr.

FOURGOUX (J). CA Bordeaux, 3 mars 1971, Sté des Grands Magasins Garonne- Adour c/ Syndicat Général de l'Epicerie... : Gaz. Pal. 1971, jur.

GALLOUX (J.-C). Cass. crim., 19 sept. 2006, pourvoi n° 05-85360, RTD com. 2007.

GALLOUX (J.-CH) et AZEMA (J). CJCE, 10 juill. 2003, aff. C-408/01, *Adidas*, pt. 28 et 31 ; *RTD* com., 2003.

GARINOT (J.-M).Com. 30 juin 2015, n° 13-28.692, AJCA 2015. 470.

GASNIER (J.-P) et BERBIS (H). Propr. ind., mai 2016, chron. 4, spéc. n° 35.

GAVALDO (CH). Cass. com., 5 oct. 1982: JCP G 1982, IV, p. 359; D. 1983, IR.

GODE (P). CA Paris, 16 janv. 1980, Lopes c/ Sté Robert et Cie et autres : D. 1981, jur.

GREFFE (F). CA Paris, 17 nov. 1992, Ehrenreich et Sté Argos c/ Sté Madura : JCP 1993, éd.

GUINCHARD (S). CA Paris, 17 nov. 1970 : D. 1972, jurispr.

GUINCHARD (S). Cass. Com., 22 septembre 1983, n° 82-12120 P, Gaz. Pal. 19841 Pan. 33.

GUINCHARD(S). Paris, 17 novembre 1970, D. 1972, p. 78.

HAAS (M.-E). obs. sous CA Paris, 5e ch., 5 sept. 2013, JurisData n° 2013-019615 ; Propr ind., juin 2014, n° 6, chron. 5.

HUGON (Ch). TGI Paris, 3 ch., 4 févr. 2005, SA Louis Vuitton Malletier c/ Société Google Inc. et SARL Google France, D. 2005, p. 1037 et s.
HUMBLOT (B). CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal et al, aff. C-487/07, RLDI, oct. 2009, n° 53, p. 8.

HUMBLOT (B). CJCE, 30 mars 2006, aff. C-259/04, Elizabeth Florence Emanuel ; RLDI, 2006, n° 21, p. 6.

HUMBLOT (B). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec 2011, p. 1-08625, RLDI, 2011, n° 77, p. 10.

IDOT (L). TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/ 04 ; Europe, 2007, ét. 22.

IDOT (L). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011 p. I-08625, Europe, 2011, comm. 32.

IDOT (L). CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL; Google France SARL c/ CNRRH, Europe, 2010, comm. 181.

IDOT (L). CJUE, 14 nov. 2013, aff. C-383/12, Environmental Manufacturing LLP c/ OHMI, Europe, 2014, p. 42.

IDOT (L). CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd c/ ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH; Europe, oct. 2015, n° 10, comm. 374 et RDC, juin 2016, nº 2, p. 302-304.

IDOT (L). CJUE, 19 avril 2012, aff. C-461/10, Bonnier Audio, Earbooks et al. c/ Perfect Communication Sweden, Europe, 2012, p. 25.

IDOT (L). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. I-08625, Europe, 2011, comm. 32.

IDOT (L). CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, Portakabin Ltd et Portakabin BV c/ Primakabin BV, Europe, oct. 2010, p. 38.

IZORCHE (M) . CA Paris, 20 sept. 1996, Sté Edition de l'expertise automobile et matériel industriel c/ Sté ETAI : D. 1997, somm., p. 238.

IZORCHE (M) .CA Paris, 14 mars 1995, Sté Automobiles Citroën c/ Sté Canal Plus : D. 1996, somm.

IZORCHE (M) .CA Paris, 20 sept. 1991, Sté Bazak Communication c/ Sté nouvelle de Presse et de Communication : D. 1993, somm.

IZORCHE (M). CA Paris, 26 juin 1996, Sté France direct service c/ Sté Estheticuir : D.1997, somm.

IZORCHE (M). CA Paris, 9 avril 1992, Sté Boulinier c/ Sté Gibert Jeune Librairie et autres : D. 1993, somm.

IZORCHE (M). CA Versailles, 30 janv. 1997, Sté Danone c/ Sté Andros : D. 1999, somm.

IZORCHIE (M). CA Paris, 29 nov. 1996, Sté Intégrale et autre c/ Sté Optimal prépa : D. 1999, somm.

Berbiéri (J). Toulouse 19 oct. 1988 : D. 1989.290.

JACQUEMIN (Z). Com. 27 janv. 2021, nº 18-20.702, NP, *Gaz. Pal.* 20 avr. 2021. 29.

JONCQUERES (J). n /s /Cass.Com., 22octobre 1985, RDPI 1985, RDPI 1985, 2,137.

KAHN (A.-E). CA Paris, 2e ch., 6 déc. 2013, n° 12/19960, SA Van Cleef & Arpels et al. c/ SARL Actuelle, Comm. Com. électr., sept. 2014, n° 9, p. 20-26, spéc. n° 14, chron.

KAMINA (P). Comm. com. électr. 2020, comm. 70.

LARRIEU (J) .Com. 6 déc. 2016, n° 15-18.470, NP, Propr. ind. 2017.

LARRIEU (J). CA Aix-en-Provence, 3 avril 2014, JurisData nº 2014-008209, Delko Développement c/ Oscaro.com; Propr. ind, oct. 2014, n° 10, chron. 8.

LARRIEU (J). Cass. Com., 23 janvier 2007, Prop. Indus, avril 2007, comm. 37.

LARRIEU (J). Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-66.522, Sté Blery & Sté Chanel ; Propr. ind., juill. 2010.

LARRIEU (J). Cass. com., 25 mars 2014, n° 13-12 502, Propr. ind, oct. 2014, n° 10, chron. 8.

LARRIEU (J). Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et 11-24.713, D. 2013, p. 2487.

LARRIEU (J). CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, D. 2014, p. 2317.

LARRIEU (J).CA Reims, 12 févr. 2019 : Propr. industr. 2029, chron.

LARRIEU (J). Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, Sté Cristal de Paris c/ Sté Cristallerie de Montbronno : JurisData n° 2020-001762 ; Propr. industr. 2020, comm. 33.

LARRIEU (J). Cass. Com., 23 janvier 2007, Prop. Indus. Avril 2007, comm. 37.

LARRIEU (J). CJUE, 13 fevr. 2014, aff. C-466/12, D. 2014.

LARRIEU(J) .CA Versailles, 29 juin 2006, Prop. Indus. Février 2008, comm. 17.

LE GOFFIC (C). Cass. civ. 1re 12 juill. 2012, n° 11-20.358, Gaz. Pal., 25 juill. 2012, n° 208, p. 9 et s.

LE GOFFIC (C). Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110 ; *Gaz. Pal*., oct. 2012, n° 285, p. 13, *in fine*.

LE GOFFIC (C). Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110; Gaz Pl, oct. 2012, n° 285, p. 13.

LE GOFFIC (C). Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-22.245, Laguiole, Dalloz IP/IT, 2016, p. 612.

LE STANG (CH). TGI Strasbourg, 29 mai 2001, CCE juillet-août 2001, comm. 79.

LE TOURNEAU (PH). (CA Paris, 15 dec. 1993, D. 1993, p. 145 : « *L'usurpation de notoriété en l'exemple type de l'agissement parasitaire* ».

LE TOURNEAU (Ph). Cass, com., 30 janv. 2001, Sté Glock France c/ Sté Bécheret.

LEBOIS (A). TGI Lille, 1er ch., 12 févr. 2015, n°14-00062, *M.-F. Péteuil c/ N. d'Estienne d'Orves ; LEPI,* avril 2015, n° 4, p. 2.

LELOUP (J.-M). CA Paris, 8 juill. 1972, Vogue c/ Alpha, JCP 1973, II, 17509.

LOISEAU (G) .CA Paris, 18 octobre 2000, D. 2001, JP.

LOISEAU (G). Cass. com., 20 janv. 2015, n° 11-28.567, Comm. com. électr., mars 2015, n° 3, comm. 21.

LOISEAU (G). TGI Paris, 2e ch., 19 mars 2015, *La ligue de Football Professionnel c/ Puerto 80 Projects, SLU, Comm. com. électr*.,2015, comm. 42.

LOISEAU (G).CA Paris, 18 oct. 2000, D. 2001.

LUCAS (A). CJUE, 4e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Nils Svensson et autres c/ Retriever Sverige AB, PI,* avril 2014, n° 51, p. 165-168.

LUCAS (A). CJUE, 13 févr. 2014 aff. C-466/12, PI, avril 2013, n° 51.

LUCAS (L).CA Paris, 5 mars 2004, *PI*, oct. 2004, n° 13, p. 914-915.

LYON-CAEN (G). TGI Seine 10 nov. 1961 : D. 1962.113.

MAFFRE-BAUGE (A). JCP E, 2002, n° 73, n 16.

MALAURIE -VIGNAL (M). Cass. com., 13 juill. 2010, n° 06-15.136, *Google France c/Société CNRRH*, *Contrats, conc., consomm*., oct. 2010, comm. 229.

MALAURIE -VIGNAL (M). Cass. com., 2 févr. 2016, n° 14-20.486 : Contrats, conc. consom. 2016, comm. 139.

MALAURIE -VIGNAL (M). Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.474 et n° 10-20.620, SARL Jarnis c/ SAS Chanel et Sté Capi c/ SAS Chanel, Contrats, conc., consomm, 2011, tél comm 188.

MALAURIE -VIGNAL (M). conc., consomm., avril 2010, n°4, comm. 101.

MALAURIE_VIGNAL (M) .Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15.651 : JurisData n° 2020-003103 ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 96.

Malaurie-Vignal (M) . Cass. com., 9 oct. 2001, n°99-16.512 :JurisData n°2001-011362 ; Contrats,conc. consom. 2002, comm. 6.

Malaurie-Vignal (M) . Com. 27 janv. 2009, n ° 07- 15- 971, CCC 2009, n ° 78.

Malaurie-Vignal (M). Com. 12 juin 2007, *JCP* 2007. 10181.

MALAURIE-VIGNAL (M). CA Aix-en-Provence, 3 avril 2014, JurisData n° 2014-008209, Delko Développement c/ Oscaro.com, Contrats, conc., consomm., août 2014, n° 8-9, comm. 190.

MALAURIE-VIGNAL (M). Cass. com., 12 juill. 1993, n° 91-16.915, Sté Kruger c/ Sté CPC France et a. : JurisData n° 1993-001798 ; Bull. civ. IV, n° 294 ; D. 1994, somm.

MALAURIE-VIGNAL (M). Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15.534 ; *Légipresse*, juin 2013, p. 335 ; *Contrats, conc., consomm*., août 2013, n° 8, p. 26-27.

MALAURIE-VIGNAL (M). Cass. com., 30 janv. 2007, n° 04-17.203 : JurisData n° 2007-037187 ; Contrats, conc. Consom. 2007, comm. 103.

MALAURIE-VIGNAL (M). Cass.com., 9 juin 2015, n° 14-11.242, F-D, SA Auchan France c/ SAS Cora : Cont. -conc. -cons.2015.

MALAURIE-VIGNAL (M). Com. 22 oct. 2002, Cartier c/ Métro, CCC 2003, comm.8.

MALAURIE-VIGNAL (M).Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.914 ; Contrats, conc., consomm., janv. 2012, n° 1, comm. 6.

MALAURIE-VIGNAL (M).Comm. com. électr. 2017, comm. 94.

MANARA (C). CA Douai, 9 septembre 2002, D. 2003, Act. Jur.

MANARA (C). CA Paris, 19 oct. 2012, n° 09/20514 : D. 2012.

MANARA (C). CA Paris, 1re ch., 2 févr. 2011, n° 08-02354, *Google France c/ Société Auto IES*, *D*. 2011, p. 741.

MANARA (C). CA Paris, 25 mai 2005, D. 2005, Act. Jur.

MANARA (C). TGI Lille, 10 juill. 2001, l'association Le commerce du bois c/ la Fédération Française des Bois Tropicaux et Américains : D. 2001, AJ.

MANARA (C). TGI Lille, Ord. Réf., 10 juillet 2001, D. 2001, Act. jur.

MANARA (C).Cass. Com., 13 décembre 2005, D. 2006, Act. jur.

MANARRA (C). CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Google France SARL, Google Inc. c/Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL, Google France SARL c/CNRRH*; D. 2010, p. 885

MARÉCHAL (C). Cass. com., 13 juill. 2010, n° 08-13.944, Gaz . Pal., déc. 2010, p. 5-10

MARÉCHAL (C). CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08 Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL, Gaz. Pal., déc. 2010, n° 351-352, p. 5-10.

MARÉCHAL (C). CJUE, 25 mars 2010, aff. C-278/08, Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH c/ Günther Guni et trekking at Reisen GmbH, Gaz Pal., déc. 2010, n° 351-352, p. 5-10.

MARÉCHAL (C). CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, Portakabin Ltd et Portakabin BV c/ Primakabin BV, Gaz. Pal, déc. 2010, nº 351-352, p. 5-10.

MARINO (L). CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal c/ Bellure, aff. C-487/07, Rec. 2009, p. 1-05185, JCP G, 2009.

MARINO (L). TGI Paris, 26 août 2009 : Comm. com. électr. 2009, chron. 10.

MARINO (L). CA Paris, 2e ch., 19 nov. 2010, n° 08-00620, Google France c/ Syndicat Français de la literie, Gaz. Pal, févr. 2011, n° 55, p. 13.

MARINO (L). Cass. civ. 1re, 12 juill. 2012, n° 11-15.165, n 11-15.188, n° 11-13.666 et nº 11-13.669 ; Gaz. Pal., 2012, n° 291-292, p. 19-21.

MARINO (L). Cass. civ. 1re, 12 juill. 2012, n° 11-20.358 ; Gaz. Pal., 17 août 2012, n° 291, p. 13-14.

MARINO (L). Cass. civ. 1re, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 ; Gaz. Pal., 22 juin 2011, n° 173, p. 20-21.

MARINO (L). Cass. com., 13 juill. 2010, n° 08-13.944, Gaz. Pal., févr. 2011, n° 54-55, p. 20.

MARINO (L). Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-12.262, L'Oréal c/ Reddon: Gaz Pal., 23 févr. 2011, n° 54-55, p. 16 et s.

MARINO (L). Cass. com., 24 mai 2011, Deroxat, Gaz Pal., 26-27 oct, 2011, P 16.

MARINO (L). Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-10.8000, Société Technicolor Société Thomson Licensing c/ Société Vestel; Contrats, conc., consomm., août 2015, nº 8-9, comm. 201.

MARINO (L). Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-21.011 et nº 11-24.713, Gaz. Pal., juill. 2013, n° 199, p. 12.

MARINO (L). Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.508 ; Gaz. Pal., 1 août 2012, n° 211, p. 16.

MARINO (L). Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-20.724 ; Gaz. Pal., 2012, p. 291-292.

MARINO (L). CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, Svensson c/ Retriever Sverige AB, Gaz. Pal, 17 juill. 2014, n° 198, p. 17.

MARINO (L). CJUE, 13 juill. 2013, aff. C-252/12, Gaz. Pal., 31 oct. 2013, n° 304.
MARINO (L). CJUE, 17 juill. 2014, aff. C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH c/ Constantin Film Verleih GmbH et al. ; LPA, 17 juill. 2014, p. 18.

MARINO (L). CJUE, 18 juill, 2013, aff. C-252/12, Specsavers c/ Asda Stores, Gaz. Pal, 31 oct. 2013, nº 304, p. 16 et s.

MARINO (L). CJUE, 1re ch., 18 juin 2009, aff. C-487/07, JCP G, 2009, 180.

MARINO (L). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. 1-08625, Gaz. Pal., 2012, n° 46-47, p. 19-20.

MARINO (L). CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08. Google France SARL, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL; Google France SARL c/ CNRRH, JCP G, 2010, 642.

MARINO (L). CJUE, 8 sept. 2016, aff. C-160/15, GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Entreprises International, JCP G, 14 nov. 2016, 1222.

MARINO (L). TGI Paris, 3° ch., référé, 4 déc. 2014 ; Gaz. Pal., 5 mars 2015, n° 64, p. 18.

MARINO (L). TGI Paris, 3e ch., 2 avril 2009, Société Trokers, Comm. com électr., 2009, chron. 10.

MARINO (L). TGI Paris, 3e ch., 28 avr. 2011, SPPF c/ YouTube, Google France, Google Ireland ; Gaz. Pal., 22 juin 2011, n° 173-174, p. 22.

MARINO (L). TGI, référé, 28 nov. 2013, Association des producteurs et autres contre Auchan Telecom et autres (affaire Allostreaming), RG n° 2011-60013 ; Gaz. Pal., mars 2014, nº 65, p. 22-23.

MARTIAL-BRAZ (N) et CARON (CH). CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-252/12, Specsavers c/ Asda Stores, D. 2014, p. 326 et s.

MARTIAL-BRAZ (N). Cass. com., 20 janv. 2015, n° 11-28.567, D. 2016, p. 396 et s., spéc. n° 27.

MARTIAL-BRAZ (N). Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.110, Google France c/ Société Auto IES, D. 2014, p. 326 et s.

MARTIAL-BRAZ (N). Cass. com., 6 nov. 2012, n 11-21.334, D. 2014, p. 326.

MARTIAL-BRAZ (N). CJUE, 13 juill. 2013, aff. C-252/12, D. 2014.

MARTIAL-BRAZ (N). CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-252/12, Specsavers c/ Asda Stores, D. 2014, p. 326 et s.

MATHEY (N). CEPC, avis n° 18-9, 25 oct. 2018 : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 26, obs. N. Mathey ; RLC janv. 2019, n° 13.

MIUSSERON (M). CA Paris, 22 avril 1969, Sté Procter et Gamble France c/ Sté Savonnerie Lever : D. 1970, jur.

MOUSSERON (J.-M). Trib. civ. Seine, 8 févr. 1962, JCP 1962, II, 12854.

PASSA (J). Cass. Com, 20 févr. 2007 (pourvoi n° 05-11437), Propr. intell. 2007.

PASSA (J). CA Douai, 9 sept. 2002, PIBD 2003, n° 766, III, 332 ; Propr. intell. 2003.

PASSA (J). CA Paris, 18 oct. 2000, Sté Kirkbi c/ Sté Maniwaki Ventures Eurone : D 2001, jur.

PASSA (J). Cass. com. 20 févr. 2007, nº 04-19671, PI, juill. 2007, n° 24.

PASSA (J). Cass. com., 10 févr. 1998, La Mondiale, pourvoi n° 95-19716 : Cass. com., 10 mai 2006, (pourvoi n°05-15832), PIBD 2006, n° 834, III, 514 : Propr. intell. 2006.

PASSA (J). Cass. com., 10 mai 2006 (pourvoi n° 05-15832), PIBD 2006, n° 834, III, 514 ; Propr. intell. 2006.

PASSA (J). Cass. com., 20 févr. 2007, n° 03-13.338, PI, juill. 2007, n° 24, p. 357-359.

PASSA (J). Cass. com., 6 nov. 2007, nº 06-16.189 ; PI, avril 2008, n° 27.

PASSA (J). Cass. crim., 1er oct. 1997 : RJDA 1998, n°1, p. 75.

PASSA (J). PI, avril 2010, n° 35, p. 778-789.

PASSA (J). TGI Paris, 23 avr. 2001 et 4 juill. 2001, Propr. intell. 2001, n° 1.

PASSA (J).CA Paris, 14 mai 2003, n° 2001/12885 : JurisData n° 2003-220086 ; Propr. intell. 2004.

PASSA (J).Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-20.555, PI, janv. 2007.

PASSA (J). Cass. com., 8 avr. 2008 (pourvoi n° 07-11385) ; PIBD 2008, n° 876, III, 374 ; Propr. intell. 2008.

PICOD (Y). CA Versailles, 10 mars 1995, Régie Nationale des Usines Renault c/ Sté Richard Nissan et autres : D. 1996, jur.

PICOD (Y). Cass, com., 7 févr. 1995, TFT c/ Antenne 2 et autre : D. 1997, somm.

PICOD (Y). Cass. com., 20 févr. 2007 : D. 2008, pan. 254.

PICOD (Y). Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-66.522, Sté Bléry c/ Sté Chanel, D. 2010, p. 2540.

Picod (Y). Cass. com., 3 mai 2016, n°14-24.905 : JurisData n° 2016-008622 ; D. 2016.
PICOD (Y). Cass. com., 30 janv. 2001, Sté Swatch AG c/ Sté Métro-libre-service de gros : D. 2002, somm.

PICOD (Y). Com. 9 juin 2015, nº 14-11.242, NP, *D.* 2015. Pan. 2526.

PICOD (Y). TGI Paris, 21 févr. 1996, Sté Fnac et autres c/ Association des centres distributeurs Edouard Leclerc et autres : D. 1997, somm.

PIRONON (V). CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 nov. 2012, n° 11/23316, Sté d'exploitation de l'hebdomadaire Le Point c/ The Web Family et Jean-Marc M. : JurisData n° 2012-029506 : Comm. com. électr. 2013, comm. 16.

PLAISANT (R). Lyon, 5 juillet 1979 , « Clochemerle », *JCP*, éd. G, 1981-II-19590.

PLAISANT (R). TI Seine, 25 sept. 1959, Sté des Films Marceau c/ Sté des Gens de Lettres : JCP 1959, éd. G, II, 11319.

POLLAUD-DULAIN (F). CJUE, 21 oct. 2014, *Bestwater International*, aff. C 348/12, *RTD com*., 2014, p. 808.

POLLAUD-DULAIN (F). CJUE, ord. motivée, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, *Bestwater International Gmbll c/ M. Mebes et S. Potsch, RTD com*, 2014, p. 808.

POLLAUD-DULIAN (F). CA Paris, 4e ch., 8 sept. 2004, SA *Sté Publicis Conseil et SA SFR c/ L Besson et SA Sté Gaumont*, *Juris Data* n° 2004-249105 ; *RTD com.*, 2004, p. 732-734.

POLLAUD-DULIAN (F). CJUE, 21 oct. 2014, Bestwater International, aff. C-348/12, RTD com., 2014, p. 808.

POLLAUD-DULIAN (F).CA Bordeaux, 12 nov. 2012, RG nº 11-06712 ; RTD com, 2013.
POUMARESE (M) .LPA, août 2005, n° 173.

QUIQUEREZ (A).Cass. com., 20 janv. 2015 n° 11-28.567 ; *RTD eur*., 2015, p. 348 et s.

RAYMOND (G). Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-21.266 : Juris Data n° 2012-021745 ; Contrats, conc. consom. 2012, comm. 290.

REBOUL (N). Cass. civ., 5 mai 1998, Sté Labo France Editeur c/ Sté presse et communication de l'institut : PA 1999.

REBOUL (Y). CJCE, 18 juin 2009, L'Oréal c/ Bellure, aff. C-487/07, Rec. 2009, p. 1-05185, LEGICOM, janv. 2010, n° 4, p. 5-16.

SABATIER (M).Cass. com., 8 févr. 2011, Pl, avril 2011, nº 39.

SCHAFFNER (M) et GEORGES (S). JCP E, 2010, 1714.

SCHMIDT (J). CA Paris, 4e ch., sect. A, 9 juin 2004, n° 03/04094, Mocquery c/ Exacod SA : Propr. industr. 2005, comm. 34.

SCHMIDT (J).Com. 30 octobre 1978, Chantiers modernes, D.1980.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J). Cass. Com., 3 octobre 1978, n° 77-10915 P, D. 1980.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J).CA Paris, 4e ch., 14 janv. 2005, n° 03-10900, *Propr.* ind., juill. 2005, comm. 61.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J).Cass. com., 30 nov. 2004, Sorelec, PIBD 2005, n° 802, III, 117.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J).Cass. com., 9 oct. 2001 : Propr. industr. 2002, comm. 25.

SERRA (Y). 2 févr.1996, Sté Dargaud Editeur c/ Sté Esso et autre : D. 1998, somm., P.222.

SERRA (Y). CA Paris, 10 janv. 2001, Sté Abilog c/ Sté Pronix Ingenierie : D. 2001, somm.

SERRA (Y). CA Paris, 20 févr. 1984, Sté 3 M France c/ Sté Gestetner : D. 1984, IR.

SERRA (Y). CA Paris, 25 nov. 1986, Sté Fabenrev c/ Colin et autres : D. 1987, somm.

SERRA (Y). CA Paris, 28 mars 1989 : PIBD 1989, III, p. 534 ; CA Paris, 12 juin 1995 : PIBD 1995, III, p. 427 ; CA Colmar, 13 fév. 1996, Sté E. et P. Mittnacht Wistub Suzel c/ Suzel : D. 1998, somm.

SERRA (Y). CA Paris, 29 sept. 1994, EDF c/ Sté Logimat : D. 1995, somm.

SERRA (Y). CA Paris, 9 déc. 1992, FNAIM et autre c/ Sté Editions Neressis : D. 1994, somm.

SERRA (Y). CA Versailles, 24 nov. 1994, Sté Tabasco c/ Sté Ensemble et autre : D. 1995, somm.

SERRA (Y). CA Versailles, 29 mars 2001, Asta Médica c/ Gifrer Barbezat : D. 2002, somm.

SERRA (Y). Cass com., 29 juin 1993, Cosset c/ Sté Montargoise automobiles : D. 1995, somm.

SERRA (Y). Cass, com., 17 oct. 1984, Sté Sibo et autre c/ Dame Siboni : D. 1985, jur.

SERRA (Y). Cass. com., 22 oct. 1985, n° 83-15.096, Bull. civ. IV, n° 245, D. 1986, I.R., p. 339.

SERRA (Y). Cass. com., 30 mai 2000, Sté Europ sailing c / Assoc. Europ nautisme : D. 2001, jur., P.2587.

SERRA (Y). Cass. soc., 27 sept. 1989 : D. 1990, somm., p. 75.

SERRA (Y). Civ. 1er, 22 juin 2017, n° 15-27.845, D. 2017, 1370.

SERRA (Y). TGI Paris, 21 févr. 1996, Sté Fnac et autres c/ Association des centres distributeurs Edouard Leclerc et autres, préc. Pour un exemple sur les tendances de la mode v. CA Paris, 7 mai 1986, Layrac et autre c/ Le Grand Zinc : D. 1987, somm.

SERRA (Y). Tribunal de grande instance, Strasbourg, 26 septembre 1990, D.1992, Somm.Comm.47.

SERRA (Y).CA Colmar, 13 fév. 1996, Sté E. et P. Mittnacht Wistub Suzel c/ Suzel : D. 1998, somm.

SERRA (Y). Cass. com., 6 juin 1984, Epoux Gaillard c/ Sté Freydberg : D. 1985, IR.

SEUBE (J.-B). Cass. civ. 1re, 31 oct. 2012, n° 11-15.529, *RTD civ*., 2013, p. 109, note B. Fages; *JCP E*, 2013, n° 1, p. 46-47.

SIRINELLI (P). Cass. civ. 1re, 19 juin 2008, Mulholland Drive II, Bull. civ. I, n°177, RIDA juillet 2008.

SIRINELLI (P). CJUE, 13 févr. 2013, aff C -466/12, D 2014, p. 2078.

STOFFEL-MUNCK (PH). TGI Paris, 3e ch., 4 févr. 2005, *SA Louis Vuitton Malletier c/ Société Google Inc*. et SARL Google France ; *Comm. com. électr*, juill. 2005, n° 7, comm. 117.

TARDIEU-GUIGUES (E). CA Paris, 1e ch., 2 févr. 2011, n° 08-02354, Google France c/ Société Auto IES, RLDI, mai 2011, n° 71, p. 9-15.

TARDIEU-GUIGUES (E). Cass. com., 13 juill. 2010, n° 08-13.944, JCP E, 2011, nº 9, p. 43-44.

TARDIEU-GUIGUES (E). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. I-08625, RLDI, 2011, nº 77, p. 60-66.

TARDIEU-GUIGUES (E) .CA Paris, 1re ch., 2 févr. 2011, n° 08-02354, Google France c/ Société Auto IES, RLDI, mai 2011, n° 71, p. 9-15.

TARDIEU-GUIGUES (E). CA Paris, 4e ch., 28 juin 2006, RLDI, sept. 2006, n° 19, n° 529 p. 13-16 et JCP E, 2007, 1084.

TARDIEU-GUIGUES (E). CJUE, 22 sept. 2011, Interflora, aff. C-323/09, Rec. 2011, p. 1-08625, RLDI, 2011, n° 77, p. 60-66.

TARDIEU-GUIGUES (E). JCP E 2012, 1746 ; JCP E 2012, 1100.

TARDIEU-GUIGUES (E). *RLDI*, mars 2007, n° 25, p. 9-11.

TARDIEU-GUIGUES (E). TGI Paris, 3e ch., 12 juill. 2006, Gifam et autres c/ Google, RLDI. 2006, n° 14, n° 409.

TARDIEU-GUIGUES (E). TGI Strasbourg 20 juillet 2007, *RLD*I janvier 2008, n° 34, n° 1128.

TARDIEU-GUIGUES (E).CA Paris, 4e ch., 28 juin 2006 ; *RIDA*, avril 2006, n° 224, p. 31-47 ; *RLDI*, sept. 2006, n° 19, n° 529, p. 13-16.

THORÉ (B). CA Paris, 4º ch., 28 juin 2006, Gaz. Pal, oct. 2006, p. 6-7.

THOUVENIN (D).CA Paris, 6 nov. 1989, Sté la Fédération des mutuelles de France c/ Sté la Fédération française des sociétés d'assurances et autre : D. 1990, jur.

TOPORKOFF (M), « *Les imitations d'emballage de produits de grande consommation : commentaires et perspectives d'évolution de la jurisprudence* », Gaz. Pal. 1991, n° 216 à 218, doc.

TREFIGNY (P). CA Paris, 4e ch. A, 15 nov. 2006, Propr. ind. févr. 2007, comm. 11.

TRÉFIGNY (P). CA Paris, 2e ch., 28 mars 2014, nº 13-07517, Sté Sogifram c/ Carl G et Sté Softbox Systems, Propr. ind., juill. 2014, nº 7-8, comm. 58.

TRÉFIGNY (P). Cass. com., 20 janv. 2015, n° 11-28.567, D. 2015, p. 2214 et s.

TREFIGNY (P). Cass. Com., 23 janvier 2007, Prop. Indus, avril 2007, comm. 27.

TRÉFIGNY (P). TGI Paris, 8 déc. 2005, *Kertel c/ Cartephone et Google ; Propr. ind*., 2006, comm. 24 .

TREFIGNY (P).*Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-18.173, FGCEN c/ FSESN : JurisData n° 2011-008339 ; Propr. industr. 2011, comm. 72.*

TRÉFIGNY (P).Cass. com., 13 juill. 2010, n° 08-13.944, D. 2010, p. 1966.

TREFIGNY-GOY (P).Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-65.839 ; Propr. ind., juin 2010, comm. 40.

TREFIGNY-GOY (P).Cass. com., 25 mars 2014, n° 13-13.690, Propr. ind., 2014, comm. 47.

TREPPOZ (E). CJUE, 3 sept. 2015, aff. C-125/14, Unilever ; *RTDE*, 2015, p. 880.

TREPPOZ (E). TGI Paris.23 novembre 2005:D.2006, jur.p.1051.

TREZEGUET (M). CA Lyon, 22 mars 2012, *JurisData* n° 2012-006284 ; *RLDI*, avril 2012, n° 81, p. 29-31.

TREZEGUETT (M). TGI Paris, 3e ch., 25 juin 2009, *Sté Générale de Services Aériens Olivier B c/ Easyvoyage, RLDI*, 2009/53, n° 1760.

VARET (V). CJUE, 2e ch., 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Media, Rec*. N; *Légipresse* nº 343, nov. 2016, p. 601.

VELARDOCCHIO (D). Cass. com, 25 sept. 2012, n° 11-81.110, Dr. et patr, sept. 2013, n° 228, p. 72.
VELARDOCCHIO (D). Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-81.110, Dr. et patr., sept. 2013, n 228, p. 72.

VELARDOCCHIO (D). CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, Google France SARL, Google Inc, c/ Louis Vuitton Malletier SA; Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL; Google France SARL c/CNRRH, Dr et patr., oct. 2010, p. 96-101.

VIANDIER (A). TGI Paris, réf., 16 juin 1987 : JCP G 1987, II, 20900.

VIENNOIS (J.-P). Cass. civ. 1re, 19 oct. 2004, n° 02-16.057, Propr. ind., avril 2005, comm. 33.

VIENNOIS (J.-P). Cass. Com. 7 juill. 2004 : JurisData n° 2004-024595 ; Propr. industr.2004, comm. 94.

VOGEL (L) . Cass. com., 8 nov. 1994, CERL c/ André Soulier : Cont.-conc.-cons. 1995, n° 1, p. 6.

VOULET (J). CA Paris, 17 févr. 1960 : JCP G 1960, II, 11504.

Wachsmann (P).Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, AJDA 1991.

WERY (E) et BRETEAU (L). CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, Interflora Inc. et Interflora British Unit c/ Marks &Spencer Plc et Flowers Direct online Lid; RLDI, 2011, nov. 2011, nº 76, p. 6-15.

V-Sites Internet

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR

BALLOT-LENA (A), « *Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile françaises* », in Pratique des affaires et règles juridiques : influences, limites, Actes du colloque de Sarrebruck, 26 juin 2015. En ligne sur www.revuegeneraledudroit.eu

YUNG (Y). rapp. n° 754 (2010-2011), 12 juill. 2011, fait au nom de la Commission de lois du Sénat sur la proposition de loi n° 525 tendant à renforcer la lutte
contre la contrefaçon du17 mai 2011 : http://www.senat.fr/rap/l10-754/l10-754.html .

HAAS (M.-E). RLDI 2012, n° 87; Propr. industr. 2013, chron. 5, n° 42, 22 oct. 2012; www.legalis.net, actualités

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, « The Promotion, Protection And Enjoyment Of Human Rights On The Internet », 27 juin 2016, accessible à: https://digitallibrary.un.org/record/845728?ln=fr

Journal Officiel du 16 mars 1999, disponible à l'adresse : http://www.justice.gouv.fr/publicat : vocabint/htm.

KAPLAN (F). « L'origine médiévale de l'hyperlien, des pointeurs et des smileys », fkaplanwordpress, 19 avril 2013, accessible à : https://fkaplan.wordpress.com/2013/04/19/loriginemedievale-de-lhyperlien-des-pointeurs-et-des-smileys/.

Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 14 août 1996, Éditions Musicales Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle / École centrale de Paris

ECP) et autres, accessible à https://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=117.

TGI 12 mai 2003, 4 janvier 2002 : Gaz. Pal. 12 octobre 2004, n°286, p. 32 ; TGI Nanterre, 1re ch., 6 sept. 2012, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudencedecision&id_article=3500.

BARTHE (E). « Le lien hypertexte et la loi », in le droit à l'information, Archimag, avril 2004, accessible à http://www.precisement.org/panor_presse/resume_archimag.htm.

BENABOU (L). « Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public », droitdu.net, 16 février 2014, accessible à http://droitdu.net/2014/02/quand-la-cjue-determine-lacces-aux-oeuvres-sur-internet-larretsvensson-liens-cliquables-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/

BENABOU (L). «GS MEDIAaaaargh1», http://vibenabou.wordpress.com, 15 oct. 2016.

BENABOU (L). « Quand la CJUE détermine l'accès aux ceuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public », http://vibenabou.wordpress.com, 15 févr. 2014.

Tribunal de commerce de Paris, Ordonnance de référé, 26 décembre 2000, legalis, accessible à http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=81

SIRINELLI (P), « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droit d'auteur et droits voisins », rapport présenté dans le cadre du Congrès de l'ALAI 2001 et disponible en ligne : http://www.alai-usa.org/2001_conference/Reports/GenRep_id2_fr. doc

BINCTIN (N). « Propriété intellectuelle et innovation : quels enjeux ?», *Le Petit Juriste*, 22 juin 2015, disponible sur le site lepetitjuriste fr.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES EN LANGUE ARABE[1779]

I-Ouvrages généraux

ABDULBAKI (A). « Le degré de la nécessité à promulguer le Code civil à l'État du Koweït », *RJD*, 3è, année, n°2, juin 1979, 2è éd., 1994.

ABDULFATTAH (A). Les procédures civiles koweitiennes, 4e éd., t. II, Koweït, Dar Alkitab, 2017.

ABDULFATTAH (A), M. ALANZI (M). Les procédures civiles koweitiennes, 4e éd., t. I, Koweït, Dar Alkitab, 2017.

ABO-ALILE (I), *Le commentaire du droit civil koweïtien*, t. I, La théorie du droit, éditeur non mentionné, 1999.

AL AKILI (A). Interprétation du droit commercial koweïtien, Tome 1, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1988.

AL-ABKALI (A). Droit commercial - Affaires commerciales, commerçants, sociétés commerciales, Amman, Dar Al Thaqafa de l'édition et la distribution , 2002.

ALKHOULI (A). Droit commercial, partie 3, Égypte, 1964.

ALSALIH (O). *Le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït*, t. I, 2 e éd., Koweït, Dar Alkitab, 2003.

ALYAKOB (B). Le droit civil koweitien, son passé et son présent, Coll. Les études spéciales, n°41, 1988, p. 120.

AL JALY (A-B). *La jurisprudence de l'école de la pensée hanéfite dans la Majallat al ahkam al adlia*, Maison d'édition Ibn Hazem, 2011.

BAHGATTE ABD ALLAH KAYED (M). Le droit commercial (selon le droit de commerce n° 17 /1999), Dar Alnahda Alarabeya, Le caire, 3 ème éd ., 2001-2002.

[1779] Traduction personnelle des titres des ouvrages

BUYDENS (M). *La propriété intellectuelle, Évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012

CHAFIK (M) . Alwassit du droit commercial égyptien, t. 1, Dar Alnahda Alarabeya, le Caire, 4ème éd., 1962.

CEVDET PASHA (A). Al-Majalla al-Ahkam al-Adaliyyah, Tht ottoman courts manual, IHAYA PRESS, 2016.

CHEHATA (C). « La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du proche orient, Revue internationale de droit comparé », Vol. 19 N°4, Octobre-décembre 1967.

GAMAL ELDINE AWAD (A). Mémentos du droit commercial, ter ,Dar Alnahda Alarabeya, Égypte , 1975.

HASSAN (A).*Introduction à l'étude du droit, la théorie de la règle juridique*, t. I, éd. La Pression Académique, 2004.

Hassan (I). Droit des affaires , Dar Ammar , Jordan , 1er éd., 2014.

HOSNI ABBAS (M). le droit commercial koweitien Dar Al kitab, 1992.

KAYED (A). Le droit commercial, Dar Alnahda Alarabeya, le Caire, 3ème éd., 2001-2002.

Mohsen (S). Le résumé en droit commercial P1 , 2007 .

MOSTAFHA ALMASRY (A). Le droit commercial – la théorie générale, Dar Alnahda Alarabeya, le caire, 1er éd· 1999.

Ragheb (W) et Mahmoud (S), Le droit de procédure civile koweïtien, Koweït, Dar Alkitab, 1994.

SARKHO (Y). Droit commercial koweïtien, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1993.

SARKHO (Y). Droit commercial koweïtien, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1996.

II-Monographies et ouvrages spéciaux

A. MAHREZ (A). « *Le droit commercial et la propriété industrielle* »,Dar Al-nahda Al-Arabiya, Égypte. 1998.

AL-SAYED QARMAN (A). *« Nouvelles tendances en matière de protection des marques renommée, étude comparative* », Dar Al-Nahda 2019.

ABO-ALILE (I). *Le commentaire du droit civil koweïtien*, t. I, La théorie du droit, 1999, éditeur non mentionné, p. 206.

ABO-ALILE (I). La protection juridique des brevets d'invention en droit koweïtien, à la lumière du droit comparé, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 2014.

AHMAD (B). *Le droit d'auteur dans les lois arabes*, Centre arabe de recherche juridique et judiciaire, Ligue des États arabes, 1er éd, Liban.

AHMED KHALIL (J). « *Le système juridique pour la protection des inventions et le transfert de technologie vers les pays en développement* », université du Koweït, 1983.

AL AKILI (A). Interprétation du droit commercial koweïtien, Tome 1, Université de Koweït, comité d'édition scientifique, 1988.

AL-ASHRY (A). La référence sur les bases et les secrets du réseau international de l'Internet, Caire, édition Al-Fayrouz, 1998.

Al-Najjar (H) et Al-Najjar (H-H). La concurrence déloyale dans ses derniers développements (concurrence parasitaire), Beyrouth, 1re édition, 2004.

AL-SHANNAQ (M). Monopole et pratiques de restriction de la concurrence à la lumière des lois sur la concurrence et des accords internationaux, Dar Al Thaqafa pour l'édition et la distribution, Amman, 2010.

ALAMIR (M) WAHBA (Y). « *Interprétation du droit de commerce égyptien* », Alnahda Alarabeya, Égypte, le Caire, 1995.

ALARENI (M)et DOWIDAR (H). Les principes du droit du projet économiques, Dar Almatbouatte Algameiya, Alzxandrie, 2001.

ALAWSHAZ(A). La protection des inventions par l'action en concurrence déloyale, Mémoire, Université de Koweït, Mars 2016.

ALSHAMMARI (M). « *Protection des marques dans le cadre de l'Accord* » Thèse de doctorat, Université du Caire 2004.

AZAB MUSTAFHA (H). Aspects juridiques des produits et services publicitaires via Internet, Dar Al-Nahda Al-Arabiya

BAYOUMI (A.-F). « *La propriété industrielle en droit comparé »*, Dar Al-Fikr - Alexandrie, 2008.

Chniyar (A). La protection juridique des brevets - Dar université modern, En vue du droit de propriété intellectuelle, une étude comparée à la jurisprudence islamique, 2010.

DEEB MOHAMOUD (A). Consumer Protection in Electronic Contracting, mémoire de maîtrise, Université nationale An-Najah, Naplouse, Palestine, 2009.

DOWIDAR (H). « *L'organisation juridique du commerce* », Dar Algaméa Algadida, Alexandrie, 2001.

FERNAN (S). « *les actes de contrefaçon de la propriété intellectuelle* », Liban, 2001.

GASSAN (A). « *Protection juridique de la marque : une étude comparative* », Al-Halabi Publications, Beyrouth, 2012.

HABIB (S). Interprétation du nouveau droit commercial, t. 1, Maktabette Algalaa Algadida, le Mansoura, 2000.

HOSSAM (L). « *La source pratique sur la propriété littéraire et artistique* », Le Caire, 1993.

KHALIL (E. I). Le système juridique pour la liberté de communication audiovisuelle, thèse de doctorat, Université du Caire, 2004.

Kilani (M), La protection de commerce du fonds par l'action en concurrence déloyale, Dar Alnahda Alarabeya, Égypte, le Caire, 2012.

KROUSH (N). Protection internationale du droit d'auteur via Internet, thèse de doctorat, Université d'Alger, 2011.

MOHAMED GHANEM (S). « *La réglementation légale des publicités commerciales via Internet* », Alexandrie, 2008.

MOHAMED MOAWAD (N) . « *Le droit commercial (selon les dispositions du nouveau droit égyptien de commerce n° 17/1999* », Dar Alnahda Alarabeya, Caire, 1ère éd., 1999/2000.

MONEIM MISHAL (S). « *La protection juridique de savoir-faire (étude comparative)* », thèse de doctorat, Faculté de droit – Université Al-Nahrain, Bagdad, 2003.

MOUBARAK (A). Droit de Marque selon la loi Palestinienne - Mémoire - Faculté de droit - Université nationale AL-Najah, 2006.

MUHAMMAD AHMED (A.-F). Produits et services publicitaires d'un point de vue juridique, Bibliothèque Al-Jalaa1991.

NAKHLE (J). La concurrence déloyale -Une étude juridique comparative – Fondation, Ez Al-Din pour l'impression et l'édition ,Liban, 1991.

QALYOUBI (S). Propriété industrielle, Maison de la Renaissance arabe. Égypte, 5è éd. 2005 .

QAMAN AL-SAYYID (A). Tendances modernes en matière des marques renommée, une étude comparative entre les lois égyptiennes et françaises, Dar Al-Nahda, Le Caire 2016.

QARMAN (A). Quoi de neuf dans les actes de concurrence déloyale, Concurrence parasitaire, Dar Al-Nahda, Égypte, 2017.

ALQALUBI (S). « Propriété industrielle ». Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Le Caire I 5, 2009.

ALQALUBI (S). « *La propriété industrielle* », dixième édition, Dar al-nadha alarabia , 2016.

SALAH (Z). La propriété industrielle et commerciale, Dar de publication et distribution, Amman Jordan.

SALAH (Z). La propriété industrielle et commerciale, Dar de publication et distribution, Amman Jordan, p. 391.

SHAHEEN (B). « l'internet Web », révisé par Magdy Muhammad Abu Al-Atta, 2e édition 1996.

SULEIMAN (M). Responsabilité civile des fournisseurs d'accès Internet, thèse de doctorat, Université Ain Shams, Caire., 2019.

Y. SARKHOU, « *La système juridique des marques* », Dar Al salasil , Koweït ,1993.

Z. AL-SAFFAR. La concurrence déloyale de la propriété industrielle, Amman, Dar Al-Hamed, 2007.

III-Articles, chroniques et études

ABDULBAKI (A). « Le degré de la nécessité à promulguer le Code civil à l'État du Koweït », *RJD*, 3è, année, n°2, juin 1979, 2è éd., 1994, p. 193

AL-HASSAN ABDEL KARIM (N). une étude analytique des précédents judiciaires en matière de droits de propriété intellectuelle dans la région arabe, en coopération avec l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 2020.

ALSAGHIR ABDEL-GHANI (H.-D). : « Protéger les informations non divulguées et les défis auxquels sont confrontées les industries pharmaceutiques dans les pays en développement, une étude de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », Dar Al-Fikr Al-Jami'i 2003.

ABO AL-LAIL (I.-D). Aspects juridiques des transactions électroniques, Conseil de l'édition scientifique, Université du Koweït, 2006.

AL JALY (B). *La jurisprudence de l'école de la pensée hanéfite dans la Majallat al ahkam al adlia*, Maison d'édition Ibn Hazem, 2011.

AL SHAMMERI (T) , Les règles de concurrence déloyale en droit koweïtien, Revue juridique de l'université du Koweït, 1988.

AL-AHMAR (K). Colloque national de l'OMPI sur la propriété industrielle pour l'entrepreneuriat, le commerce, la recherche et le développement, en coopération avec le Ministère du commerce et de l'économie de la République arabe syrienne, mai 2014.

AL-AHWANI (H.-A). Protection des droits de propriété intellectuelle sur Internet, Guide électronique du droit arabe.2019.

AL-ENEZI (I). « *La protection internationale des marques et leur impact sur les systèmes juridiques nationaux des pays du Conseil de coopération du Golfe* », Journal de la faculté internationale de droit, année 7, n°16, Juin 2019.

AL-KHAIR (H). *Le phénomène de la similitude littéraires .,* Journal Al Thawra, Syrie, 11 décembre 2005.

AL-KISWANI (N)et AL-SHAZLY (Y). « *Le droit de parodie des marques entre licéité et restriction* », Une étude en applications judiciaires comparées, Journal de la faculté internationale de droit, année 22, n°2, Juin 2020.

Al-KISWANY (N) et Al-SHAZLY (Y). Le droit de critique satirique des marques, Journal de la faculté de droit koweit , n° 2, 6e année, juin 2018.

Al-QURASHI (Z), « *La protection juridique des secrets des affaires : une analyse comparative des réglementations saoudiennes et américaines sur les secrets des affaires à la lumière de l'accord sur les ADPIC* », Université King Abdulaziz, Faculté de droit,Journal Sharia et droit, Octobre 2014.

Al-TTAYYAR (S) . « Contrats internationaux pour le transfert de technologie », Le Caire, 1992.

ALAHMAR (K). Séminaire national de l'OMPI sur l'application des droits de propriété intellectuelle pour les juges en collaboration avec le Conseil judiciaire suprême jordanien etle Département de la Bibliothèque Nationale / Ministère de l'Industrie et du Commerce Centre Roi Abdallah pour la propriété intellectuelle., Amman, 4-5 avril 2004.

ALBASMAN (M). *Concurrence déloyale et monopole*, Institut koweitien d'études judiciaires, 2007.

ALOBIADAN (H). « *Marché de l'édition scientifique commerciale : entre protection de la propriété intellectuelle et plagiat Le cas du droit koweïtien »,* Journal de recherche juridique approfondie, n°45.

ALSHAMMARI (M). « *La protection de la marque notoire dans l'Accord ADPIC et dans certaines législations comparées* », Arabie Saoudite, sans année de publication ni lieu de publication.

ALYAKOB (B). Le droit civil koweitien, son passé et son présent, Coll. Les études spéciales, n°41, 1988.
CEVDET PASHA (A), Al-Majalla al-Ahkam al-Adaliyyah, Tht ottoman courts manual, IHAYA PRESS, 2016.

El BADRAWI (H). « *Rôle des autorités judiciaires dans L'application des droits de propriété intellectuelle* ». 4 juin 2004.

ESSA IBRAHIM (S.H). Protéger la marque des attaques électronique , L'Egypte contermporaine, revue scientifique arbitrée, quart annuel, octobre 2021.

HAMZA (S). « *protéger la marque contre les risques d'attaques de noms de domaine, l'Égypte contemporaine* », revue scientifique arbitrée quart annuel de la société égyptienne d'économie politique de statistique et de législation, octobre 2021.

ISSA (H). « *Transfert de technologie (étude) dans les mécanismes juridiques de la dépendance internationale* », Dar Al-Mustaqbal Alarabi, Cairo, 1998.

LUQMAN (F). La concept de publicité commerciale, Koweït, Revue de la Faculté de droitdu Koweït, édition 3, septembre 2020.

LUQMAN (F). Obligations du fournisseur de services dans le système saoudien de commerce électronique, Journal of the International College of Law, huitième année n° 3, septembre 2020.

MAHMOD (S), Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2007.

MELHEM (B) et AL-KISWANI (N). *Le problème de la multiplicité des systèmes juridiques dans la protection du titre de l'œuvre littéraire et artistique*, étude comparative, Revue de la Faculté de droit, septembre 2017.

MOHAMED GHANNAM (SH). « *Protection de marque et les sites en ligne*», Journal de la faculté de droit , université du Koweït, V° 28, n° 4, 2004.

NAKHLE (J), La concurrence déloyale - Une étude juridique comparative - Fondation Ez Al-Din pour l'impression et l'édition – Liban.

SHAFIQ (M). « *Transfert de technologie d'un point de vue juridique* », Le Caire : Centre de recherche, d'études et de formation juridiques - Presse universitaire du Caire, 1984.

Sherif Mohamed Ghannam, « *Protection des marques en ligne et ses relations avec les noms du domaines* », Egypte, 2007 .

IV-Notes de jurisprudence et observations

ALAWSHAZ (A). Trib. Com. Kow.N°151/1982, Commercial, 9 février 1982. Voir plus N°180 / 1988, Commercial, 20 février 1980 et N°157 / 1989, Commercial, 15 Octobre 1989.

ALAWSHAZ (A). Trib. Com. Kow.N°151/1982, Commercial, 9 février 1982. Voir plus N°180 / 1988, Commercial, 20 février 1980 et N°157 / 1989, Commercial, 15 Octobre 1989.
ALSHAMMARI (T), Trib. Com. Kow. 13 janvier 1979, n°4200.

FERNAN (S). Tribunal de Première Instance du Mont-Liban – Troisième chambre 3/9/1998.

JOURNAL JUDICIARE ET DROIT, Ministère koweïtien de la Justice - Q. 26, P1, p. 140. Arrêt de la Cour de Cassation koweitienne, chambre Commercial, appel N° 97/74 Commercial, Le 22/02/1998.

JOURNAL JUDICIARE ET DROIT, Ministère koweïtien de la Justice, Q. 35 - P 1, p. 120. Arrêt de la Cour de cassation koweïtienne - chambre commercial - Appel n° 956, 986/ 2005 Commercial, Le 2 /11/2007.

V-Sites Internet

L'Organisme Général De L'Information PORTAIL POUR L'EGYPTE « Histoire de la Bibliothèque d'Alexandrie » sur web site : https://www.sis.gov.eg/section/10/338?lang=fr.

QASIM FARAH (A). « Recherche et étude analytique comparative intitulée Le système juridique des fournisseurs de services Internet », mai 2023, publiée en ligne. https://www.mohamah.net/law/.

site Web (www.mohamoon-kw.com).

Site Web di Conseil de coopération di Golf . https://www.gcc-sg.org/en-us/Pages/default.aspx

Y. Arab. Le régime juridique de la concurrence déloyale en droit jordanien - recherche publiée sur le site WWW.HARABLAW.ORG.

Histoire et Evolution des Codes civils français et égyptien, site de l'ambassade de France au Caire, [En ligne], Disponible sur : http://www.ambafrance-eg.org/L-histoire-et-l-evolution-des .

La constitution du Koweït traduite en français, [En ligne], Disponible sur : http://mjp.univ-perp.fr/constit/kw1962.htm .

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES EN LANGUE ANGLAISE

I-Ouvrages généraux

BORGES (J.-L). « The Library of Babel », Labyrinths, 1970.

NIMMER (D) . *Nimmer on copyright*. LexisNexis, 2013.

II-Monographies et ouvrages spéciaux

BERNERS-LEE (T) et FISCHETTI (M) . Weaving the Web: the past and present and future of the World Wide Web by its inventor. *(No Title)*, 1999.

ECKSTROM (L.-J). "Licensing in Domestic and Foreign Operations", New York, 1974, Foreign Operations Service.

STANGRET (L.-A). The legalities of linking on the World Wide Web. *Tolley's communications law*, 1997, vol. 2, n° 6.

III-Articles, chroniques et études

BENTLY (L) et SHERMAN (B). Intellectual Property Law, Oxford University Press, Oxford 2009.

DOGAN (S.-L) . Infringement once removed: The perils of hyperlinking to infringing content. *Iowa L. Rev.*, 2001, vol. 87.

MOULTHROP (S). The politics of hypertext. *Hawisher and Selfe*, 1991, vol. 1991.

NELSON (T. H) . Opening Hypertexte: A Memoire in Tuman. *Literacy Online*.

O'ROURKE (M.-A). Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world. *Minn. L. Rev.*, 1997, vol. 82.

SENFTLEBEN (M). « *The Trademark Tower of Babel-Dilution Concepts in International, US et EC Trademark Law* », IIC 2009, vo1. 40.

SNYDER (I). *« Hypertexte - The Electronic Labyrinth »,* New York University Press, 1996.

V-Sites Internet

BERNERS-LEE (T). « Axioms of Web Architecture, Links and Laws - Myths », accessible à : http://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html.

SPINDLER (G) and T. VERBIEST (T). « Study on the Liability of Internet Intermediaries », 12 novembre 2007, accessible à http://ec.europa.eu/internal_market/ecommerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf.

l'Autorité des communications et des technologies de l'information de l'État du Koweït Law N°. 20 of 2014 sur le site : Communication & Information Technology Regulatory Authority Home et https://cyrilla.org/en/entity/doplobfh504wtlwnilhht1emi?page=1

Copyright and Related Rights Law sur site: https://nlk.gov.kw/Upload/Bibligra/Binder1(1)1102021104047AM.pdf.

The Trademark Act of the Member States of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf Conseil des ministres saoudien sur le site: https://laws.boe.gov.sa/Files/Download/?attId=ca43dc49-dc74-4135-812b-adbb0123a629

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

Acte de concurrence déloyale

31, 61, 63, 75, 77, 78, 81, 85, 90. 94, 98, 100, 101.117, 118, 130, 134, 136, 140, 147, 149, 154, 161, 164, 166, 178, 182, 187, 194, 196, 197, 199, 201, 203, 206, 224, 249, 251, 257, 259, 306, 308, 320, 346, 422, 441, 502, 503, 530, 535 ;

Acte de déloyauté

103, 104, 107, 324,

Action en concurrence déloyale

104 , 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 122, 123, 124, 125, 126, 131, 132, 133, 134, 141, 143, 144, 148, 150, 151, 157, 163, 166, 178, 187, 195, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218,220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 240, 242, 243, 244, 245, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 260, 275, 275, 277, 282, 283, 288, 290, 293, 302, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 328, 329, 330, 333, 336, 338, 343, 347, 348, 349, 365, 370, 371, 379, 386, 390, 393, 294, 399, 416, 422, 423, 442, 444, 458, 261, 515, 529, 537, 544, 600, 605, 607, 609,

Action en contrefaçon

109, 118, 122, 123, 132, 151, 163, 186, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 141, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249, 250, 522, 260, 263, 270, 274, 281, 282, 283, 284, 287, 288, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 303, 305, 306, 308, 310, 319, 323, 324, 327, 335, 336, 352, 389, 390, 396, 404, 405, 409, 413, 442, 443, 457, 458, 460, 461, 493, 494, 497, 523, 543

Agissements parasitaires

99, 134, 166, 258, 268, 294, 295, 399, 418, 439, 444, 503, 599

Annonceur

191, 199, 347, 347, 505, 511, 512, 513, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 529, 531, 532, 534, 536, 537, 538, 539

Antériorité

142, 150, 307, 315, 316, 321, 326, 328, 330, 332, 336, 343, 348, 350, 351, 389,

Appellation d'origine

155, 156

Atteinte

32, 37, 39, 42, 44, 47, 48, 56, 59, 62, 65, 69, 72, 81, 98, 195, 114, 121, 122, 162, 163, 170, 179, 182, 185, 200, 202, 205, 208, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 221, 223, 226, 227, 229, 231, 234, 236, 239,

240, 243, 248, 251, 252, 255, 259, 260, 262, 263, 265, 268, 269, 271, 272, 275, 276, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 288, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 300, 301, 303, 304, 306, 308, 315, 149, 368,

372, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 383, 386, 390, 392, 396, 397, 398, 399, 402, 404, 405, 408, 410, 415, 416, 421, 422, 447, 458, 460, 461, 462, 464, 465, 468, 470, 474, 484, 486, 500, 501, 502, 504, 505, 504, 505, 506, 507, 508, 510, 512, 516, 518, 519, 520, 521, 522, 524, 526, 527, 529, 530, 537, 537, 538, 541, 608 ;

Cause de la demande

207

Cause juridique

207, 211, 2015, 202

Comportement contrefacteur

227, 228, 229, 230, 239, 248, 250, 252,

Concurrence illégale

36, 40, 41, 42, 43, 44, 47, 50, 51, 52, 53, 88

Concurrence interdite

36, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 52, 53, 88, 93, 134, 194, 235, 299, 417

Concurrence parasitaire

134, 135, 165, 166, 167, 168, 169, 175, 179, 180, 193, 202, 206, 229, 241, 244, 258, 260, 261, 263, 289, 293, 384, 399, 502, 503, 531, 541

Confusion

9, 38, 40, 44, 50, 52, 75, 86, 93, 101, 102, 117, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 173, 174, 177, 178, 180, 192, 199, 202, 206, 214, 223, 224, 226, 228, 235, 236, 240, 241, 242, 246, 247, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 264, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 295, 297, 302, 304, 305 , 306, 307, 308, 309, 310, 312, 314, 315, 317, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 337, 342, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 389, 390, 395, 396, 399, 406, 408, 409, 413. 415, 420, 421, 442, 444, 446, 455, 456, 501, 503, 508, 515, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 527, 531, 534, 536, 537, 541, 582,

Création

8, 9, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32,33, 34, 36, 56, 57, 75, 87, 132, 157, 169, 175, 176, 178, 203, 204, 206, 212, 231, 214, 206, 212, 213, 214, 217, 218, 227, 229, 230, 236, 238, 245, 246, 248, 249, 251, 252, 256, 257, 258, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 272, 273, 290, 292, 295, 297, 298, 300, 305, 306, 307, 309, 320, 323, 324, 342, 347, 357, 390, 392, 393, 394, 395, 406, 415, 423, 426, 427, 433, 434, 437, 438, 441, 444, 446, 447, 448, 449, 454, 455, 457, 458, 463, 466, 468, 476, 477, 479, 482, 484, 485, 486, 487, 490, 491,492, 496, 498, 500, 501, 503, 541, 543, 544, 568, 569, 571, 573, 575, 595, 569, 571, 573, 595, 596, 598, 599, 601, 602, 621, 652

Création immatérielle

15, 19, 56, 206, 217, 218, 307

Déloyauté

89, 99, 100, 101, 103, 104, 106, 107, 108, 113, 117, 120, 124, 164, 176, 186, 199, 209, 252, 255, 257, 361, 267, 271, 272, 288, 289, 293, 304, 324, 393, 461, 537, 543

Dénigrement

31, 38, 61, 75, 78, 86, 93, 94, 95, 98, 101, 102, 117, 127, 134, 135, 167, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 184, 186, 187, 189, 202, 206, 271, 272, 297, 417, 418, 419, 420, 501, 614, 615

Dénomination sociale

141, 142, 145, 227, 255, 308, 309, 311, 312, 313, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 337, 340, 341, 346, 347, 348, 531, 536, 541, 600, 609, 612, 616

Désorganisation

31, 61, 75, 78, 86, 98, 117, 134, 135, 179, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 200, 202, 206, 271, 272, 297

Distinctivité

144, 159, 164, 322, 327, 328, 348

Droits secondaires

310, 322

Fait distincts

92, 93, 104, 138, 206, 207, 220, 221, 223, 224, 226, 229, 231, 233, 234, 235, 236, 240, 241, 244, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 253, 256, 258, 259, 264, 266, 269, 272, 286, 291, 192, 297, 442

Fonction accessoire

243, 283, 284, 302, 396, 405, 513

Fonction d'exclusivité

280, 281, 283, 284, 286, 295, 513, 521, 526

Fonction essentielle

283, 284, 393, 396, 511, 512, 520, 522

Fonctions de la marque

281, 283, 284, 285, 295, 396, 415, 416, 512, 519, 520, 522, 525, 527,

Fournisseurs de services Internet

492, 493, 505, 514, 515, 517

Hyperlien

467, 473, 474, 475, 477, 479, 481, 483, 484, 486, 496, 498, 500, 502, 502, 599

Image de marque

189, 285, 298, 300, 399

Influenceurs

509, 605

Innovation

18, 19, 20, 175, 220, 385, 429, 431, 436, 437, 438, 445, 451, 527, 558

L'abus de droit

126, 127, 128, 129, 130, 131, 143, 237, 394

L'imitation

139, 141, 146, 147, 148, 149, 150, 154, 162, 171, 206, 224, 235, 247, 308, 326, 396

Lien hypertexte

180, 199, 473, 474, 476, 479, 494, 498, 499, 501, 504, 540, 608

Lien retour

540, 542

Loyauté -abstention

36, 37, 58, 60, 64, 70, 89, 99, 100, 101, 124, 140, 160, 161, 185, 208, 261, 262, 267, 271, 282, 388, 392, 393, 394, 397, 398, 399, 458, 459, 504, 531, 542

Marque notoirement

297, 397, 400, 405, 406, 408, 409, 410, 411

Marque renommée

297, 397, 399, 400, 402, 403, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 539,

Moteur de recherche

477, 481, 511, 519, 525, 536, 538, 540

Nom commercial

59, 69, 78, 141, 142, 144, 145, 146, 162, 170, 227, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 326, 327, 327, 329, 330, 331, 332, 337, 341, 346, 347, 348

Parasitisme

32, 93, 99, 105, 106, 117, 134, 137, 150, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 175, 176, 185, 208, 221, 223, 227, 228, 239, 250, 251, 252, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 293, 294, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 383, 414, 417, 418, 419, 420, 424, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 457, 458, 461, 493, 501, 502, 528, 529, 533, 534, 534, 536 , 537, 538, 539, 540, 542, 543

Parasitisme artistique

443, 446, 448, 450, 452, 453, 454

Plagiat

140, 443, 444, 445, 446, 447, 449, 451, 452

Préjudice

30, 31, 32, 37, 38, 47, 53, 54, 55, 57, 59, 60, 62, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 77, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 91, 103, 107, 108, 115, 117, 118, 123, 126, 128, 130, 131, 132, 133, 146, 150, 152, 173, 178, 204, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 217, 218, 220, 225, 227, 228, 229, 230, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 244, 245, 248, 249, 250, 251, 255, 257, 259, 261, 262, 263, 269, 272, 281, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 306 , 307, 317, 322, 369, 377, 378, 379, 381, 390, 393, 399, 404, 409, 415, 416, 417, 422, 430, 442, 444, 415, 452, 457, 458, 468, 470, 471, 514, 525, 536, 537, 539, 541, 542, 543, 550, 553, 556, 558, 559, 565, 541, 575, 577, 578, 579, 592,

Préjudice distinct

228, 289, 290, 291, 293, 294, 297, 298, 299, 390

Prestataires de référencement

505, 512, 514, 515 529, 533, 534

Principe de spécialité

143, 227, 309, 311, 313, 314, 315, 318, 321, 324, 327, 330, 331, 332, 333, 344, 398, 407, 528

Protection absolue

160, 395, 520, 521

Public nouveau

488, 494, 496, 497, 498, 499, 500

Publication

25, 57, 62, 63, 79, 85, 86, 87, 95, 158, 159, 160, 181, 186, 187, 377, 379, 422, 429, 446, 483, 487, 489, 500, 501, 509, 515, 518, 545, 547, 548, 552, 553, 557, 561, 563, 566, 580, 584, 486, 587,

Publicité

148, 149, 150, 160, 161, 170, 172, 173, 183, 185, 189, 190, 191, 192, 194, 200, 241, 263, 284, 285, 295, 311, 321, 325, 396, 438, 454, 456

Références

151, 161, 162, 312, 452, 493

Reproduction

138, 139, 140, 162, 163, 167, 175, 176, 177, 221, 242, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 263, 265, 273, 274, 279, 285, 286, 291, 292, 296, 396, 404, 406, 409, 410, 434, 435, 439, 444, 465, 470, 471, 474, 479, 503, 505, 507, 509, 521, 522, 524, 547, 554, 561, 563, 598

Risque de confusion

9, 38, 117, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 148, 149, 150, 151, 156, 158, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 174, 177, 214, 223, 224, 226, 240, 241, 242, 246, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 264, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 290, 291, 292, 297, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 314, 315, 317, 320, 321, 322, 423, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331. 332. 333, 334, 346, 347, 348, 349, 389, 390, 399, 408, 409, 415, 420, 455, 456, 503, 508, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 527, 534, 536, 537

Savoir-faire

197, 301, 307, 308, 352, 354, 355, 356, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 376, 383, 384, 389, 390, 452, 453, 456, 596, 598, 599

Signes distinctifs

125, 140, 141, 142, 143, 150, 151, 160, 161, 169, 170, 189, 226, 227, 252, 274, 308, 309, 310, 311, 313, 316, 320, 321, 324, 326, 327, 329, 330, 331, 334, 335, 337, 339, 343, 344, 349, 351, 352, 383, 386, 389, 389, 395, 418, 531, 537, 596

Situation de concurrence

51, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 103, 143, 150, 166, 168, 183

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS IV
SOMMAIRE V
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS VII
INTRODUCTION 2
Partie I : Les fondements juridiques de la protection des créations immatérielles au moyen de l'action en concurrence déloyale 20
Titre I : La nature juridique de l'action en concurrence déloyale 21
Chapitre I : L'émergence de l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection des créations immatérielles 22
Section 1 : Le domaine de la concurrence déloyale 22
§ 1 : La notion de concurrence déloyale 22
A. Une libre concurrence n'est légitime que si elle est loyale 22
B. Que faut-il entendre par comportement déloyal ? 23
C. Le comportement vu comme moralement répréhensible appréhendé par le droit 24
§ 2 : Les relations entre le concept de concurrence déloyale et les notions voisines : d'une interopérabilité à une autonomie grandissante de la notion de concurrence déloyale 26
A. De réels points de convergence entre concurrence déloyale et les deux autres types de concurrence 26
1. La concurrence déloyale et la concurrence illégale 26
2. La concurrence déloyale et la concurrence interdite : La convergence des droit français et koweitien 30
3. Les contrats de distribution exclusive et la concurrence interdite 35
B. Les points de divergence décisifs entre concurrence déloyale et les deux autres types de concurrence 36
1. la concurrence illégale ne se réduit pas à la concurrence déloyale et ne saurait donc y être assimilée 36
2. Tout comme la concurrence illégale, la concurrence interdite ne se réduit pas à la concurrence déloyale et ne saurait y être assimilée 39
Section 2 : Le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale 41
§1-un fondement juridique commun aux deux systèmes français et koweitien 41
A. En droit français : une construction jurisprudentielle 44
1. En droit interne 44
2. En droit international français 45
B. En droit koweitien : une construction législative 46
§ 2 : .La mise en œuvre de l'action en. concurrence déloyale 51
A. La mise en œuvre des critères de l'intérêt à agir en justice 51
1. Un intérêt à agir légitime 51

2. Un intérêt né et actuel 53
3. Un intérêt direct et personnel 56
4. Un intérêt moral 57
B. Les critères liés à la compétence des tribunaux en matière de concurrence déloyale en droit comparé 57
1. Compétence d'attribution 58
2. Compétence territoriale 62
3. La prescription de l'action en concurrence déloyale 63
§ 3 : Les effets de l'action en concurrence déloyale 65
A. La cessation du comportement déloyal 65
B. La réparation du préjudice par l'octroi de dommages et intérêts 69
C. La publication de la décision de condamnation 72
Chapitre II : la consécration de l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection 75
Section 1 : Les critères juridiques distinctifs spécifiques à l'action en concurrence déloyale 75
§ 1 : Le critère de la concurrence 75
A. La condition de l'existence d'une clientèle commune 76
B. L 'abandon du critère de clientèle commune en jurisprudence française ……78
1. Un abandon justifié par l'évolution des concurrents dans des branches d'activités distincts 78
2. Un abandon justifié par l'évolution des concurrents dans des secteurs d'activités distincts 78
3. Le souci de protection globale de la libre-concurrence 80
C. Le maintien du critère de clientèle commune en droit koweitien 82
§2 : L'élément de déloyauté 85
A. La notion d'acte ou de comportement déloyal : entre la violation des lois et règlements et celle des usages professionnels 86
B. L'évolution de la notion de déloyauté en droit français : de la mauvaise foi aux fautes non intentionnelles 93
C. La permanence du double-critère de la notion de déloyauté en droit koweïtien : la mauvaise foi et la faute non-intentionnelle 93
Section 2 : L'affirmation progressive de l'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale 94
§1 : La construction jurisprudentielle et doctrinale du fondement juridique de l'action en concurrence déloyale 95
A. Une contestation doctrinale minoritaire de l'action en responsabilité civile comme fondement juridique de l'action en concurrence déloyale 96
B. Un courant doctrinal majoritaire favorable à l'action en responsabilité civile comme fondement juridique de l'action en concurrence déloyale 97

C. La reconnaissance progressive d'une autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale 98
1. Une action en responsabilité au même titre que l'action en responsabilité civile 99
2. Une action en responsabilité d'un type spécial : une faute même en l'absence de tout préjudice 101
§2 : Les critères qui fondent l'autonomie juridique de l'action en concurrence déloyale 104
A. Genèse de l'action en concurrence déloyale ; l'encadrement de la liberté du commerce et de l'industrie 104
1. Le principe : la liberté du commerce et de l'industrie 105
2. la pratique : une liberté limitée par le risque d'atteinte aux règles de la concurrence 106
B. L 'objet de l'action en concurrence déloyale : faire cesser un trouble 108
1. L'action en concurrence déloyale vise à faire cesser un trouble 108
2. L'action en responsabilité a pour objet de réparer un préjudice 111
a-Un préjudice du fait d'une atteinte à l'intégrité physique et morale d'une personne 111
b-Un préjudice du fait d'une atteinte aux biens 111
C. Le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale : sanctionner l'abus de droit en matière de liberté de concurrence et non le principe de la libre concurrence 112
1. L'abus de droit et la concurrence déloyale 112
2. Les différentes définitions de l'abus de droit 115
a-La définition doctrinale : deux principaux types d'abus de droit 115
b-La définition jurisprudentielle 115
Titre II : Les conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale 118
Chapitre I : La caractérisation du fait générateur de l'action en concurrence déloyale 119
Section 1 : La concurrence déloyale visant les actifs immatériels 122
§ 1 : La confusion : les divergences d'approche entre la France et le Koweït 122
A. La confusion visant les actifs de l'entreprise 125
1. L'imitation des signes distinctifs de l'entreprise 126
2. L'imitation de la présentation de l'entreprise 131
3. L'imitation de la publicité de l'entreprise 133
B. La confusion visant les produits ou les services 135
1. L'imitation des signes distinctifs des produits ou services 135
a- Les marques 136
b- Les appellations d'origine et les indications de provenance 139
c- Les titres 142
d- Les références 146

2. L'imitation des produits eux-mêmes ou de leur présentation 147
§ 2 : La concurrence parasitaire 150
A. L'usurpation de la notoriété 154
B. L 'usurpation des efforts intellectuels et financiers 159
Section 2 : Les actes de concurrence déloyale visant la personne morale 164
§ 1 : Le dénigrement 164
A. Les conditions de fond du dénigrement 167
B. Les différentes formes de dénigrement 169
§ 2 : La désorganisation 177
A. La désorganisation d'une entreprise concurrente 178
1. L'embauche d'un ancien salarié d'un concurrent lié par une obligation de non- concurrence 179
2. L'embauche d'un ancien salarié d'un concurrent libre de tout engagement 181
B. La désorganisation du marché 185
Chapitre II : La délimitation des domaines de l'action en concurrence déloyale et de l'action en contrefaçon 188
Section 1 : La concurrence déloyale et la contrefaçon : une connexité et non une similarité 189
§1. La distinction de principe entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon 190
A. La différence de cause juridique : une situation juridique objective tant en France qu'au Koweït 192
B. La différence d'objet juridique 196
§ 2. Des actions toutefois comparables par leur cause et objet pratiques 200
A. L'identité de cause « pratique » 200
B. L'identité d'objet « *pratique* » 201
1. L'identité d'objet lorsqu'il existe un droit privatif 201
2. L'identité d'objet en l'absence d'un droit privatif 204
Section 2 : L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale 206
§1 La concurrence déloyale en l'absence de contrefaçon 207
§2 La concurrence déloyale en présence d'actes de contrefaçon 210
A. La question du libre choix de l'une ou l'autre des actions en lieu et place de leur exercice cumulatif 213
B. La recevabilité du cumul d'actions successives à l'aune de la prohibition de nouvelles prétentions en cause d'appel. 216
Partie II : La complémentarité de protection des créations immatérielles 223
Titre I : Les conditions de recevabilité intrinsèques à chacune des deux actions 228
Chapitre I : L'exigence de faits distincts en cas de créations immatérielles protégées 233
Section 1 : La notion de « *faits distincts* » 234

§1-Le risque de confusion par déloyauté : une distinction de principe mais difficile à mettre en œuvre 237
§2-Des faits distincts sous forme de parasitisme : une distinction par exception mais admise par la jurisprudence 242
A. Parasitisme de la notoriété et contrefaçon 245
1. La distinction malaisée 248
2. La distinction facilitée 249
B. Parasitisme des investissements et contrefaçon 251
Section 2 : un régime de réparation incertain 257
§1-Une approche jurisprudentielle restrictive 257
A. En matière de risque de confusion 258
1. En droit des marques 258
2. En matière de concurrence déloyale 260
3. Le risque de confusion et la contrefaçon en cas de reproduction à l'identique 264
B. En matière de parasitisme 267
1. La fonction de la marque 268
2. Un risque de « chevauchement » avec l'action en parasitisme? 269
§2- Une approche législative extensive : une réparation du préjudice facilitée ? 272
A. La réparation de la déloyauté par confusion en France et au Koweït .. 274
B. La réparation de la déloyauté par parasitisme en France 278
1. La réparation du préjudice moral né de la contrefaçon ou du parasitisme de notoriété 283
2. La réparation du préjudice né du parasitisme d'investissements et la prise en compte des économies du contrefacteur 286
Chapitre II : Le critère subsidiaire du risque de confusion pour les créations non couvertes par un droit privatif 291
Section 1 : Les signes distinctifs non couverts par un droit privatif 293
§1 : le régime juridique des signes distinctifs non protégés 295
A. La nature juridique hybride des signes distinctifs non couverts par un droit privatif 296
1. Formalité de publicité 296
2. Le principe de spécialité 298
3. Le signe distinctif 300
4. La notoriété 303
5. La valeur du signe distinctif 303
B. Une protection par défaut, au moyen de l'action en concurrence déloyale 304
1. Des différences notables entre le droit des marques et les autres signes distinctifs 305

2. Une action en concurrence déloyale classique 306
§2 : Le régime juridique de la protection des signes distinctifs non protégés par l'action en contrefaçon : l'action en concurrence déloyale 308
A. Les conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale 308
1. le principe de spécialité 309
2. Le risque de confusion 311
a) La distinctivité. 312
b) L'antériorité. 313
B. La mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale 314
1. En matière de de signes distinctifs classiques 314
a) Nom commercial et enseigne. 314
b) Dénomination sociale. 316
c) Marque d'usage « Absence de dépôt » 320
2. En matière de signes distinctifs sur Internet : les noms de domaine : le recours à l'action en concurrence déloyale à titre complémentaire 322
a) Fondement de la protection : 324
b) La mise en œuvre de la protection, propre aux noms de domaine 328
c) Modalités de la protection 328
Section 2 : Les techniques non brevetées ou secrètes 336
§1 : Les techniques non brevetées ou secrètes 337
A. Le secret des affaires 337
1. La protection du secret des affaires 337
a) Une information secrète 338
b) Information ayant une valeur commerciale. 338
c) Information protégée. 340
2. Cas d'appropriations du secret des affaires 342
a) Appropriation licite 342
b) Appropriation illicite 343
B. Le savoir-faire 344
1. Information technique (ou commerciale) transmissible 348
2. Information non accessible au public 349
3. Information non brevetée 351
§2 : fondements juridiques de la protection des techniques non brevetées 352
§3 : Le régime juridique de protection des techniques non brevetées ou secrètes 355
A. La responsabilité civile et pénale de l'auteur du délit 357
1. Les conditions de fond de la mise en œuvre de la responsabilité civile et pénale de l'auteur du délit 357
A. Le contenu de la protection accordée. 358

B. La durée de la protection. 360
C. La prévention des atteintes au secret des affaires 360
a) Les mesures probatoires 360
b) Les mesures provisoires et conservatoires 361
D. Les sanctions applicables le cas échéant 361
a) Les sanctions civiles 361
b) Les sanctions pénales des atteintes au secret des affaires 364
2. Le régime procédural lui-même 365
3. La question du cumul les actions en concurrence déloyale et en responsabilité civile et pénale 368
B. La responsabilité contractuelle de l'auteur du délit 370
1. La valorisation contractuelle du secret 372
2. La protection contractuelle du secret 373
Titre II : La concurrence déloyale remède aux limites des droits de propriété intellectuelle 377
Chapitre I : les limites intrinsèques classiques des droits de propriété intellectuelle. 378
Section 1 : Les conditions de l'action en responsabilité civile concernant le droit des marques 382
Sous-section 1 : un usage déloyal en ce qu'il porte atteinte à la règle de spécialité de la marque 384
§1-En droit français 386
A . La marque renommée 386
1- Notions 386
a) Définition qualitative de la marque renommée 388
b) Définition quantitative de la marque renommée. L'exigence de connaissance du signe par le public. 389
2- Régime de protection 390
B. La marque notoirement connue 391
1- Notion 391
2- Régime de protection 394
§2-En droit koweitien 396
1. La fusion entre les notions de *marque renommée* et de *marque notoirement connue* 397
2. Régime de protection 398
a- Situation avant la loi n° 13 de 2015 GCC. 399
b- Situation après la loi n° 13 de 2015 GCC. 399
Sous-section 2 : Un usage déloyal commis dans le cadre de la « *vie des affaires* » 401
§1-Situation en France 403
§2-Situation au Koweït 407

Section 2 : Les conditions de l'action en responsabilité civile concernant les autres créations 409
Sous-section 1 : la problématique de la protection des idées en principe non protégeables 410
§1-Le principe de la non-protection des idées 411
1. En France 411
2. Au Koweït 414
§2-la pratique 419
1. La mise en œuvre jurisprudentielle : le principe quasi-intangible de non-protection des idées 419
A. En France le principe de non-protection des idées : une construction prétorienne en France 419
a) En droit d'auteur 419
b) En droit des brevets 422
B. Au Koweït : peu d'arrêts malgré un principe de non protection d'origine légale 423
2. La critique du caractère intangible du principe 426
3. Protection de certaines idées par le droit civil 427
Sous-section 2 : les limites du principe de non-protection des idées, le cas du plagiat et du parasitisme artistique 430
1. La qualification juridique du plagiat 433
2. La mise en œuvre jurisprudentielle du plagiat : le « *parasitisme artistique* ». 435
A. L'action en parasitisme artistique : un recours efficace pour les auteurs 435
B. Les critères jurisprudentiels du parasitisme artistique 440
Chapitre II : Les limites extrinsèques nouvelles des droits de propriété intellectuelle : un risque d'affaiblissement 447
Section 1 : Atteintes au droit d'auteur sur internet « L'exemple des liens hypertexte » (ou hyperliens) 449
§1-L'admission du principe de l'applicabilité du droit d'auteur à l'internet 450
A. L 'applicabilité de principe du droit d'auteur à l'internet 451
1. L'applicabilité du droit d'auteur à Internet 451
2. L'application du droit d'auteur à l'internet 452
a) Par la jurisprudence 452
b) Par le législateur 453
B. …Cependant nécessairement circonscrite afin de préserver la liberté de créer et d'entreprendre 454
1. Les limites externes au droit d'auteur 454
2. Les limites internes au droit d'auteur 455
a- prévues par les législations 455

b- La limitation du champ d'application des exceptions par le triple test 458
§2- le régime juridique des liens hypertextes 461
A. Le principe de la liberté d'établir des liens 462
B. Justifications du principe de la liberté d'établir des liens hypertextes 464
1. L'hésitation jurisprudentielle initiale 464
2. L'absence d'autorisation préalable de lier 466
C. Mise en œuvre pratique de l'établissement d'hyperliens 469
1. L'indifférence de la nature du lien 469
2. La légalité des liens vers des contenus légaux 472
D. Les exceptions au principe, à peine de contrefaçon 473
1. La création manuelle de liens 474
a) Les liaisons interdites à peine de contrefaçon 475
b) L'obligation de contrôle 478
2. La création automatique de liens..... 481
§2-l'action en responsabilité civile comme substitut à l'action en contrefaçon 483
A. La nature juridique complexe des liens hypertextes 484
1. Communication à un *public nouveau*..... 484
2. Communication au public sans autorisation de l'ayant-droit : « l'*arrêt GS Media* »..... 490
3. Communication au public d'une œuvre protégée en connaissance de cause491
B. Le recours à la concurrence déloyale ou au parasitisme 492
Section 2 : atteintes au droit des marques sur internet : l'exemple des liens sponsorisés 495
§1-L'approche juridique complexe de l'atteinte au droit de marque face aux usages nouveaux sur Internet 496
A. La prolifération de formes nouvelles d'atteintes au droit de marque . 496
B. L'impact sur les critères classiques de l'atteinte au droit des marques 499
§2-L'approche jurisprudentielle restrictive de la notion de contrefaçon des marques sur internet 501
A. L'exonération de contrefaçon pour les prestataires de référencement 505
B. La qualification restrictive de contrefaçon au bénéfice des annonceurs 509
C. Une approche devenue restrictive de l'atteinte à la fonction de garantie d'origine..... 511
D. Une dévitalisation de la fonction de publicité de la marque 515
E. Un assèchement de la fonction d'investissement de la marque..... 516
§3-Le recours subsidiaire à l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme 520

A. L'irresponsabilité de principe des prestataires de référencement 520
B. La responsabilité par défaut des annonceurs. 525
C. L'élément moral : un risque de confusion délibéré de l'annonceur 525
D. Un parasitisme de *notoriété* pourtant justifié par la Cour de justice de l'Union européenne..... 529
E. Les « *liens retours* » (« *backlinks* ») et la condamnation du parasitisme d'investissements : un dernier espoir pour les titulaires de marques ?..... 531
CONCLUSION..... 536
ANNEXE 1 (en anglais)..... 541
ANNEXE 2 (en anglais)..... 564
ANNEXE 3 (en anglais)..... 577
BIBLIOGRAPHIE 600
OUVRAGES EN LANGUE FRANÇAISE 600
I-Ouvrages généraux 600
II-Monographies et ouvrages spéciaux 601
III-Articles, chroniques et études 609
IV-Notes de jurisprudence et observations 628
V-Sites Internet 647
OUVRAGES EN LANGUE ARABE..... 649
I-Ouvrages généraux 649
II-Monographies et ouvrages spéciaux 651
III-Articles, chroniques et études 653
IV-Notes de jurisprudence et observations 656
V-Sites Internet 656
OUVRAGES EN LANGUE ANGLAISE 657
I-Ouvrages généraux 657
II-Monographies et ouvrages spéciaux 657
III-Articles, chroniques et études 657
V-Sites Internet 658
INDEX ALPHABÉTIQUE 659
TABLE DES MATIERES..... 651

Ahmad ALAWSHAZ

La protection civile des créations immatérielles.

Approche de droit comparé français et koweïtien

RÉSUMÉ de la thèse

Notre travail de recherche est une étude comparative des droits français et koweitien, en matière de protection civile des créations immatérielles. Il s'agissait notamment d'examiner l'action en concurrence déloyale comme moyen de protection des créations immatérielles, complémentaire à l'action en contrefaçon. La question étant plus précisément de savoir si le cumul des deux actions était possible. Nous avons pu constater que celui-ci était admissible dans son principe. L'action en concurrence déloyale peut en particulier, être exercée à titre complémentaire de l'action en contrefaçon, sauf en matière de techniques non brevetées ou secrètes. Le secret étant par définition caché, il ne saurait y avoir ici matière à concurrence déloyale, mais plutôt la mise en cause de la responsabilité civile et pénale de l'auteur de l'atteinte au secret des affaires.

RÉSUMÉ en anglais: ABSTRACT

Our research work is a comparative study of French and Kuwaiti rights, in terms of civil protection of intangible creations. Our purpose was in particular examining unfair competition action as a way of protecting intangible creations, complementary to counterfeiting action. The question being more precisely whether the combination of the two actions was possible. We were able to see that this was admissible in principle. The action for unfair competition may in particular be brought in addition to the action for infringement, except in matters of non-patented or secret techniques. Since secrecy is by definition hidden, there cannot be any ground for unfair competition in this field, only civil and criminal liability of the author of the violation of business secrecy.