

RAPPORT SUR L'ÉTAT D'AVANCEMENT DE LA PROTECTION CONTRE LA CONCURRENCE DÉLOYALE DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'OMPI*

établi par M. Martin Senftleben, professeur et directeur de l'Institute for Information Law (IViR) à l'Université d'Amsterdam, aux Pays-Bas

* Les avis exprimés dans le présent rapport relèvent exclusivement de la responsabilité des auteurs. Ils ne reflètent pas nécessairement ceux des États membres ou du Secrétariat de l'OMPI.

AVIS AU LECTEUR

Le rapport sur l'état d'avancement de la protection contre la concurrence déloyale dans les États membres de l'OMPI a été établi à la demande de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) par M. Martin Senftleben, enseignant et directeur de l'*Institute for Information Law (IViR)* à l'Université d'Amsterdam, aux Pays-Bas, en collaboration avec un groupe de spécialistes internationaux qui ont rédigé les rapports par pays ou par région. Il présente un bilan et une analyse des catégories de concurrence déloyale (c'est-à-dire des pratiques déloyales sur le marché) qui sont visées par la législation et la pratique en matière de concurrence déloyale dans les différentes régions du monde. Il précise la manière dont l'article 10*bis* de la Convention de Paris est appliqué dans les législations et les jurisprudences nationales. Il met en lumière les différentes catégories de pratiques déloyales (celles qui sont énumérées dans l'article 10*bis* de la Convention de Paris mais aussi d'autres catégories éventuellement observées à l'échelle nationale) définies dans la jurisprudence et la législation de chaque région. Les rapports par pays ou par région ont été rédigés par les auteurs suivants :

M. Rodrigo V. Bermeo Andrade, conseil en propriété intellectuelle et directeur pour l'Amérique latine du cabinet Bermeo & Bermeo, Quito, Équateur (rapport sur la communauté andine)

Mme Tammy L. Bryan, M. Akeem D. Rowe et Mme Okera N. Hill, avocats, George Walton Payne & Co., Bridgetown, la Barbade (rapport sur la région des Caraïbes)

Mme Irene Calboli, professeure, Texas A&M University School of Law, Fort Worth, États-Unis d'Amérique; maître de conférences, Melbourne Law School, Melbourne, Australie; professeure invité, Singapore University of Social Science, Singapour (rapport sur l'ASEAN)

Mme Christine Haight Farley, professeure et co-directrice de faculté, Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP), American University Washington College of Law, Washington, D.C., États-Unis d'Amérique (rapport sur le Canada et les États-Unis d'Amérique)

M. Dev Saif Gangjee, professeur, Faculty of Law, University of Oxford, Royaume-Uni; professeur invité, National Law University, Delhi, Inde (rapport sur l'Inde et rapport sur le Royaume-Uni)

M. Roberto Garza Barbosa, professeur, Tecnológico de Monterrey, School of Social Science and Government, Monterrey, Mexique (rapport sur l'Amérique centrale)

M. Michael Handler, professeur, School of Private and Commercial Law, Faculty of Law and Justice, University of New South Wales, Australie (rapport sur l'Australie et le Pacifique Sud)

Mme Natalia Kapyrina, chargée de cours, Department of Integration Studies, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO), Moscou, Fédération de Russie (rapport sur la CEI)

M. Pierre El Khoury, conseil en propriété intellectuelle et en technologies de l'information et professeur, Université La Sagesse, Beyrouth, Liban (rapport sur la région arabe)

M. Milton Lucídio Leão Barcellos, Associé, Leão Intellectual Property, et professeur, Antonio Meneghetti School of Law, Porto Alegre, Brésil (rapport sur le MERCOSUR)

Mme Nari Lee, professeure, Hanken School of Economics, Helsinki, Finlande (rapport sur le Japon et la République de Corée)

Mme Xiuqin Lin, professeure, School of Law, et doyenne, Intellectual Property Research Institute (IPRI); et M. Xuan Wang, doctorant, IPRI, Xiamen University, Xiamen, Chine (rapport sur la Chine)

M. Patrick Juvet Lowé Gnintedem, chargé de cours, Université de Dschang, Cameroun (rapport sur l'OAPI)

M. Tobias Schonwetter, chargé de cours, Department of Commercial Law, et directeur, Intellectual Property Unit, University of Cape Town, Afrique du Sud (rapport sur l'ARIPO et l'Afrique du Sud)

M. Martin Senftleben, professeur et directeur, Institute for Information Law (IViR), University of Amsterdam, Pays-Bas (rapport sur l'Union européenne)

Table des matières

I.	RÉSUMÉ ANALYTIQUE	7
II.	INTRODUCTION.....	10
III.	CADRE INTERNATIONAL DE LA PROTECTION.....	11
A.	Évolution historique de l'article 10 <i>bis</i> de la Convention de Paris	12
B.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale	14
C.	Relation de concurrence	17
D.	Exemples d'actes interdits par l'article 10 <i>bis</i> de la Convention de Paris	18
E.	Détermination d'autres actes de concurrence déloyale	21
F.	Pertinence des évolutions à l'échelle nationale et régionale	23
IV.	DROIT ET PRATIQUE DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'OMPI	25
A.	Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) et Afrique du Sud*	25
1.	Cadre législatif	27
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	31
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	32
4.	Autres actes de concurrence déloyale	33
B.	Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)*	34
1.	Cadre législatif	34
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	37
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	38
4.	Autres actes de concurrence déloyale	41
C.	Canada et États-Unis d'Amérique*	45
1.	Cadre législatif	45
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	51
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	52
4.	Autres actes de concurrence déloyale	54
D.	Région des Caraïbes*	55
1.	Cadre législatif	55
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	57
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	59
4.	Autres actes de concurrence déloyale	61
E.	Amérique centrale*	63
1.	Cadre législatif	63
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	66

3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	67
4.	Autres actes de concurrence déloyale	72
F.	Communauté andine*	73
1.	Cadre législatif	73
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	74
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	75
4.	Autres actes de concurrence déloyale	79
G.	Marché commun du Sud (Mercosur)*	82
1.	Cadre législatif	82
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	83
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	86
4.	Autres actes de concurrence déloyale	90
H.	Région arabe*	95
1.	Cadre législatif	96
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	99
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	100
4.	Autres actes de concurrence déloyale	104
I.	Chine*	105
1.	Cadre législatif	105
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	107
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	109
4.	Autres actes de concurrence déloyale	112
J.	Inde*	117
1.	Cadre législatif	117
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	118
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	119
4.	Autres actes de concurrence déloyale	121
K.	Japon et Corée*	122
1.	Cadre législatif	122
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	125
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	126
4.	Autres actes de concurrence déloyale	130
L.	Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN)*	133
1.	Cadre législatif	135
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commercial.....	137
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	140

4.	Autres actes de concurrence déloyale	143
M.	Australie et Pacifique Sud*	146
1.	Cadre législatif	146
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	152
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	153
4.	Autres actes de concurrence déloyale	157
N.	Communauté des États indépendants (CEI)*	158
1.	Cadre législatif	158
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	162
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	163
4.	Autres actes de concurrence déloyale	168
O.	Union européenne (UE)*	172
1.	Cadre législatif	172
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	173
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	175
4.	Autres actes de concurrence déloyale	179
P.	Royaume-Uni*	185
1.	Cadre législatif	185
2.	Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.....	187
3.	Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit.....	189
4.	Autres actes de concurrence déloyale	194
V.	SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS	195
A.	Base juridique de la protection	196
B.	Raisons d'être de la protection	198
C.	Notion d'usages honnêtes	198
D.	Interdiction des actes déloyaux énumérés à l'article 10 <i>bis</i> .3) de la Convention de Paris 200	
E.	Autres actes de concurrence déloyale	203
F.	Impact des technologies modernes	205
G.	Interaction avec les droits de propriété intellectuelle	206

I. RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Les mécanismes juridiques choisis par les États membres de l'OMPI pour offrir une protection contre la concurrence déloyale découlent des différentes traditions juridiques et des sources historiques de la législation en la matière. Les stratégies de mise en œuvre à l'échelle nationale et régionale vont de l'application des règles générales de la responsabilité civile et de la substitution jusqu'à des lois et des réglementations spécifiques portant sur certains aspects particuliers des pratiques commerciales loyales. Selon le contexte de mise en œuvre choisi à l'échelle nationale ou régionale, les règles propres à la lutte contre la concurrence déloyale peuvent faire partie de la législation en matière de propriété intellectuelle (et notamment des marques), du code de commerce, du droit du consommateur ou de la législation sur la concurrence d'un pays, ou encore de réglementations régionales visant à promouvoir la concurrence libre et loyale. Plusieurs pays ont adopté des lois exhaustives pour protéger les concurrents mais aussi les consommateurs contre la concurrence déloyale. Cette méthode ne s'est toutefois pas suffisamment répandue pour pouvoir dire que la mise en place d'une législation complète dans ce domaine s'inscrit dans une tendance générale.

Bien que des différences demeurent dans la conception de la réponse du régulateur, le présent rapport montre clairement que les éléments de base du modèle de régulation cités dans l'article 10*bis* de la Convention de Paris se retrouvent, sous une forme ou une autre, dans tous les pays et régions examinés : la protection effective contre la concurrence déloyale (paragraphe 1) semble nécessiter la combinaison d'une clause universelle et ouverte de nature générale (c'est le rôle que joue le paragraphe 2 à l'échelle internationale) et de plusieurs dispositions plus précises (ou des textes spécifiques) portant sur certaines formes particulières de pratiques déloyales (dont des exemples sont fournis au paragraphe 3).

Outre l'objectif principal consistant à protéger les commerçants contre des pratiques concurrentielles déloyales, l'objectif de protection du consommateur progresse dans la législation en matière de concurrence déloyale sur l'ensemble de la planète. Tous les rapports font état d'une intention de protéger le consommateur contre des pratiques commerciales visant à l'induire en erreur. Dans les régimes juridiques qui disposent d'une loi régissant spécialement la concurrence déloyale, il peut être indiqué de manière explicite que la protection du consommateur est l'une des raisons d'être de cette loi. En outre, on peut faire valoir qu'une concurrence loyale et non faussée est dans l'intérêt du public pour établir les fondements de l'octroi de cette protection. Dans le contexte de la substitution d'un produit ou d'une marque, on peut dire que la législation est axée sur les intérêts des commerçants, dont la défense profite indirectement aux consommateurs. En cherchant à interdire les indications frauduleuses sur le marché, la législation vise surtout un comportement ayant une incidence néfaste sur les commerçants comme sur les consommateurs, mais elle défend aussi de manière plus générale le fait qu'une concurrence loyale et non faussée est dans l'intérêt du public. Pour résumer, peut conclure que le droit et la pratique des différents pays et régions visent à protéger :

- les concurrents contre les préjudices commerciaux découlant d'actes déloyaux;
- les consommateurs contre les pratiques commerciales trompeuses; et
- plus généralement le public en favorisant une concurrence loyale et non faussée.

Compte tenu de ces motifs de protection, les méthodes choisies pour déterminer si des pratiques industrielles ou commerciales sont honnêtes reposent sur des critères d'évaluation généraux et ouverts qui peuvent relever de différentes catégories. Les autorités compétentes peuvent adopter une méthode centrée sur la conformité à la législation et fondée sur les coutumes et les perceptions de ce qui est honnête dans le secteur commercial concerné, ou elles peuvent s'efforcer d'optimiser le fonctionnement du marché. La notion d'"usages

honnêtes” a évolué à des degrés divers dans les législations et les pratiques nationales ou régionales et comporte désormais les éléments suivants :

- des critères du droit positif (respect de la législation); ou
- des critères empiriques (respect des coutumes ou des perceptions de ce qui est juste dans le secteur concerné); ou
- des critères fonctionnels (respect de conditions économiques préalables permettant à une concurrence non faussée de s'exercer sur un marché qui fonctionne bien).

Outre la notion globale de pratiques honnêtes, le rapport précise aussi la manière dont l'interdiction des actes déloyaux énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris a été appliquée aux échelles nationale ou régionale. L'analyse montre clairement que les exemples de comportement déloyal cités dans ce paragraphe offrent des points de référence importants aux législateurs et aux juges qui s'efforcent de définir les comportements concurrentiels inacceptables.

S'agissant de la première catégorie d'actes interdits énoncés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, à savoir le fait de créer une confusion avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent, le rapport montre tout d'abord qu'il existe une tendance à intégrer dans cette catégorie un large éventail d'indices concernant des entreprises et des produits, notamment des caractéristiques distinctives de produits ou de services, des indications géographiques, des noms de marque descriptifs, des habillages commerciaux, des styles d'emballage, l'apparence générale de marchandises, des associations de couleurs, des personnages fictifs, (certains aspects de) l'image de personnes connues, des thèmes de marketing et l'aspect général de sites Web. Il montre ensuite que la probabilité d'une confusion peut fonder une action en justice lorsque le public pourrait croire que les produits ou services proviennent d'une entreprise concurrente, ou faire des hypothèses erronées quant aux qualités ou caractéristiques d'un produit, ou encore penser qu'il existe avec le concurrent un rapport économique, par exemple que celui-ci dispose d'une autorisation ou d'un contrat de licence, ou de toute autre forme d'association commerciale, notamment un parrainage, une affiliation ou une approbation.

La deuxième catégorie d'actes énoncés au paragraphe 3, c'est-à-dire les allégations fausses de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent, peut recouvrir dans la pratique nationale ou régionale les allégations fausses qui concernent les produits ou services d'un concurrent et visent leur qualité ou leur prix, ou un avertissement concernant les dangers que leur utilisation est censée présenter, ou le fait d'affirmer que ces produits ou services ne sont pas conformes aux caractéristiques annoncées, ou que les produits sont des contrefaçons ou sont impropres à la consommation. S'agissant des entreprises et des activités des concurrents, l'interdiction peut viser par exemple des allégations fausses selon lesquelles le concurrent est proche de la faillite, qu'il a pris sa retraite ou qu'il a commis des actes criminels. La protection peut aussi être invoquée en cas de déclaration discriminatoire concernant la nationalité, les convictions religieuses ou d'autres éléments de la vie privée du concurrent. Outre les déclarations fausses, la pratique nationale ou régionale peut également prendre en compte les jugements de valeur subjectifs. On peut observer une certaine souplesse vis-à-vis du critère de caractère déloyal lorsqu'il s'agit de déterminer s'il faut démontrer que les allégations sont fausses, qu'elles ont été formulées dans une intention malveillante ou qu'elles ont provoqué un type de préjudice précis, par exemple une perte pécuniaire. Enfin, un tribunal peut conclure à un discrédit, un dénigrement ou une diffamation s'il constate que des informations pertinentes ont été omises. Pour pondérer l'octroi de cette protection, il convient de comparer l'objectif d'interdiction des conduites préjudiciables et l'importance de la liberté d'expression (commerciale).

S'agissant de la troisième catégorie d'actes de concurrence déloyale interdits par le paragraphe 3, soit l'usage d'indications ou d'allégations susceptibles d'induire le public en

erreur à l'égard des marchandises d'un commerçant, l'enquête montre que l'acte susceptible d'induire le public en erreur peut porter sur différents éléments, qui ne concernent pas nécessairement les caractéristiques d'un produit mais peuvent être liés au commerçant ou au fabricant, ou encore aux droits du consommateur. Toutefois, pour qu'un tribunal puisse considérer qu'une allégation ou une indication induit le public en erreur, la législation nationale ou régionale prévoit généralement des critères de déloyauté supplémentaires. Ces critères peuvent découler de la double justification de la protection inhérente à l'interdiction des allégations et indications concernées, à savoir que la protection doit s'appliquer à la fois aux concurrents et aux consommateurs. Dès lors, on peut considérer premièrement qu'une pratique commerciale induit le public en erreur si elle modifie le comportement économique du consommateur en raison de sa nature fallacieuse. Deuxièmement, l'allégation ou l'indication peut donner lieu à une action en justice si elle porte ou risque de porter atteinte à un concurrent en raison de ses conséquences. La protection contre les pratiques qui induisent le public en erreur recouvre aussi les omissions, c'est-à-dire les situations dans lesquelles un commerçant a omis des informations importantes ou qu'il les a présentées de manière peu claire, inintelligible, ambiguë ou inopportune, ou encore s'il n'a pas montré l'intention commerciale de sa pratique lorsque cette intention ne ressort pas clairement du contexte.

Pour établir qu'il y a eu un acte de concurrence déloyale relevant des exemples énoncés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, il peut être nécessaire de démontrer l'existence d'une relation de concurrence. Cependant, certaines évolutions observées dans les pays et régions examinés semblent s'orienter vers plus de souplesse dans l'établissement de ce critère de concurrence. Au-delà des actes de concurrence directe, il peut suffire qu'un commerçant se soit placé en situation de concurrence d'une manière indirecte. Il peut également suffire que l'acte contesté ait porté atteinte à un éventail plus large d'acteurs du marché. À un degré d'abstraction encore plus élevé, il peut être jugé suffisant que l'acte contesté ait exercé une influence sur l'état de la concurrence.

S'agissant des types de protection supplémentaires qui ne relèvent pas des exemples cités au paragraphe 3, l'analyse des cas d'appropriation frauduleuse conduit à des résultats hétérogènes. Dans plusieurs pays et régions, on observe une tendance à offrir une protection contre la concurrence parasite, par exemple en interdisant l'emploi non autorisé de résultats d'investissements ou d'efforts substantiels d'une autre personne à des fins personnelles et de manière déloyale. Néanmoins, l'analyse des méthodes adoptées à l'échelle nationale et régionale ne montre pas de convergence sur les questions d'appropriation frauduleuse. On peut trouver des éléments communs dans le domaine de la protection contre l'imitation servile, dans lequel il est possible d'établir un lien entre le critère de confusion d'origine évitable, qui relève des systèmes de droit romain, et le critère d'indication frauduleuse, qui fait partie de l'analyse de substitution de produits ou de services dans les systèmes de la *common law*. Par ailleurs, l'évolution observée dans le domaine de la protection contre le marketing sauvage, qui a donné lieu à des lois spécifiques dans certains pays, peut aussi constituer un point de départ pour élaborer des solutions permettant de réduire les différences entre les différentes traditions juridiques en matière de législation sur la concurrence déloyale.

Enfin, l'analyse des méthodes nationales et régionales révèle des évolutions majeures dans le domaine de l'appropriation frauduleuse des secrets d'affaires. Il existe un consensus sur la nécessité d'offrir une protection contre l'emploi frauduleux de secrets d'affaires dans l'ensemble des pays et régions examinés. Cependant, les instruments juridiques employés à cette fin vont des clauses expresses ou implicites dans les contrats et des actions en equity en cas d'abus de confiance jusqu'à l'adoption de régimes réglementaires destinés à protéger ces secrets. En vertu de ces régimes réglementaires, tout acte ou pratique peut constituer une concurrence déloyale s'il conduit à la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation par un tiers non autorisé d'informations confidentielles sans le consentement de leur détenteur légitime. Ces régimes de protection peuvent en particulier viser :

- l'espionnage industriel ou commercial;
- le manquement au contrat;
- l'abus de confiance;
- l'incitation à commettre un acte d'espionnage industriel ou commercial, de manquement à un contrat ou d'abus de confiance;
- l'acquisition d'informations confidentielles par un tiers conscient du fait que cette acquisition nécessitait l'un des actes précités, ou dont l'ignorance de ce fait constituait une négligence grave.

S'agissant des nouvelles technologies et des outils de marketing qui en découlent, le rapport révèle une prise de conscience croissante quant à la nécessité d'instaurer des obligations de transparence robustes, par exemple des règles de transparence régissant de manière spécifique la publicité qui exploite les mots-clés ou qui cible le comportement, ainsi que le marketing fondé sur les influenceurs. Cette recherche de réponses réglementaires à l'évolution technologique peut aussi mener à de nouvelles initiatives dans le domaine de la protection contre l'appropriation frauduleuse. Pour accompagner l'économie fondée sur les données et prendre en compte l'importance et la valeur commerciale croissantes des données créées par des machines, il est par exemple concevable d'instaurer une protection contre l'appropriation frauduleuse de données visant l'acquisition, la divulgation et l'utilisation illicites de données brutes agrégées qui ne respecteraient pas les obligations découlant des secrets d'affaires ou de la protection du droit d'auteur.

S'agissant de la relation entre la protection contre la concurrence déloyale et la législation en matière de propriété intellectuelle, on peut envisager différentes méthodes d'interaction. D'une part, cette législation peut exclure, dans son champ d'application propre, le recours à des mécanismes juridiques généraux destinés à protéger contre la concurrence déloyale. En effet, dans le cas contraire les normes de protection générale dans ce domaine risqueraient de remettre en cause les exigences plus précises que le droit de la propriété intellectuelle a établies au fil du temps pour accorder une protection ou établir une atteinte. D'autre part, la protection contre la concurrence déloyale peut interagir avec les droits de propriété intellectuelle de différentes manières. Premièrement, elle peut les compléter. Le point de départ d'une réglementation visant l'interaction entre deux régimes locaux peut être l'indépendance, c'est-à-dire que la protection contre la concurrence déloyale s'applique indépendamment de la protection de la propriété intellectuelle et qu'elle s'ajoute à celle-ci. Dès lors, une atteinte à un droit de propriété intellectuelle peut simultanément être qualifiée d'acte de concurrence déloyale. Deuxièmement, certaines notions découlant du droit de la concurrence déloyale, comme la conduite de nature à induire en erreur ou un "acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" (paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris) peuvent servir à délimiter la portée de la protection dans un domaine particulier de la propriété intellectuelle, notamment le droit des marques. Inversement, des notions dont le périmètre a déjà été défini de manière précise dans le droit de la propriété intellectuelle, comme le modèle de consommation ou la confusion, qui ont connu une évolution dans le domaine du droit des marques, peuvent aussi être appliquées en droit de la concurrence déloyale.

II. INTRODUCTION

Une économie de marché se caractérise en particulier par l'exercice d'une concurrence entre les différents acteurs du marché. Savoir où tracer la ligne entre concurrence loyale et comportement compétitif inacceptable est un problème qui a été abondamment débattu et a fait

l'objet de nombreux écrits¹. L'article 10*bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (ci-après "la Convention de Paris") est la norme internationale fondamentale en matière de droit de la concurrence déloyale. Comme la Convention de Paris est citée en référence à l'alinéa 1) de l'article 2 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"), elle crée aussi l'obligation pour les membres de l'OMC d'offrir une protection contre la concurrence déloyale au titre de cet accord. L'alinéa 2) de l'article 39 du même accord définit cette obligation internationale de manière plus concrète au regard de la protection des secrets d'affaires.

Dans les années 1990, l'OMPI a lancé un certain nombre d'activités en matière de protection contre la concurrence déloyale. Une étude sur la situation mondiale en matière de protection contre la concurrence déloyale a été publiée en 1994². L'OMPI a ensuite rédigé des *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale* en 1996³. Néanmoins, le droit de la concurrence déloyale et sa relation avec la protection de la propriété intellectuelle ont évolué depuis. D'une part, la protection générale contre la concurrence déloyale peut offrir une protection plus précise en complément des droits de propriété intellectuelle. D'autre part, la notion de loyauté dans les domaines industriels et commerciaux peut éclairer l'interprétation et l'application des droits de propriété intellectuelle. Il existe donc une interaction complexe entre la protection de la propriété intellectuelle et le droit général en matière de concurrence déloyale. En outre, l'évolution technologique a fait naître de nouvelles stratégies dans les domaines du marketing et de la publicité, notamment dans l'environnement numérique. Ces nouvelles formes de comportement concurrentiel peuvent cependant poser des problèmes de loyauté complexes et nécessiter une réponse réglementaire adéquate. L'emploi de données sur le consommateur issues de son comportement ou produites par des machines, les systèmes de recommandation de produits et l'amélioration de l'efficacité des produits nous conduisent en outre à nous demander si les nouveaux actifs immatériels qui échappent aux domaines visés par les droits particuliers de la propriété intellectuelle, notamment certains types de données, peuvent prétendre à une protection au titre du droit de la concurrence déloyale.

Dans ce contexte, on trouvera ci-après une analyse du cadre juridique international de la protection contre la concurrence déloyale (chapitre III), puis un examen de la législation et de la pratique des membres de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (chapitre IV). Enfin, le chapitre V présente un résumé des principales conclusions du rapport.

III. CADRE INTERNATIONAL DE LA PROTECTION

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'article 10*bis* de la Convention de Paris constitue la norme internationale fondamentale dans le domaine du droit de la concurrence déloyale⁴. Comme la Convention de Paris est citée en référence à l'alinéa 1) de l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC, elle crée aussi l'obligation pour les membres de l'OMC d'offrir une protection contre la concurrence déloyale au titre de cet accord. Dans le document intitulé *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à*

¹ Cf. S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property – A Commentary*, Oxford : Oxford University Press 2015, para. 13.34; M. Pflüger, "Article 10*bis*", in: T. Cottier/P. Véron (eds.), *Concise International and European IP Law*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, 296.

² OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, Publication de l'OMPI n° 725, OMPI : Genève 1994, para. 28-29.

³ OMPI, *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale*, Publication de l'OMPI n° 832, Genève : OMPI 1996.

⁴ Cf. S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property – A Commentary*, Oxford : Oxford University Press 2015, para. 13.33; M. Pflüger, "Article 10*bis*", in: T. Cottier/P. Véron (eds.), *Concise International and European IP Law*, 3rd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, 295-296.

leur emballage (“Australie – Emballage neutre”), les Groupes spéciaux de l’OMC chargés des questions liées à l’emballage neutre de produits du tabac ont précisé, à l’égard de l’obligation des membres de l’OMC d’appliquer l’article 10*bis* de la Convention de Paris, qu’aucune distinction ne devait être établie entre des actes de concurrence déloyale concernant des marques, des indications géographiques ou d’autres secteurs spécifiques de la propriété intellectuelle et les autres actes de concurrence déloyale. Une telle distinction n’existe pas dans l’article 10*bis* de la Convention de Paris, qui impose aux parties à la Convention d’assurer une protection effective contre la concurrence déloyale, sans autre précision⁵. En particulier, l’expression “pour ce qui est des” figurant à l’alinéa 1) de l’article 2 de l’Accord sur les ADPIC n’a pas pour effet de subordonner la portée de l’incorporation de l’obligation, au titre de l’article 10*bis*, de couvrir uniquement les actes de concurrence déloyale qui concernent les types d’objets traités dans les Parties II, III ou IV dudit Accord⁶. La référence à l’article 10*bis* apparaissant à l’alinéa 1) de l’article 2 de l’Accord sur les ADPIC permet donc aussi de lutter contre la concurrence déloyale au titre de la protection de la propriété industrielle au sens général, sans que l’obligation internationale ne soit limitée de manière inhérente à des actes concernant les droits de propriété intellectuelle ou à d’autres sujets traités dans l’Accord sur les ADPIC.

Pour jeter les bases de l’analyse présentée ci-après des évolutions observées dans différents États membres de l’OMPI, il est important d’offrir un aperçu du cadre international global de la protection contre la concurrence déloyale. C’est pourquoi la section A ci-dessous contient une description de la manière dont l’article 10*bis* de la Convention de Paris a évolué au fil du temps. On trouvera dans la section B une analyse de la notion fondamentale des “usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale” au sens du paragraphe 2 dudit article. La question de la relation de concurrence est examinée dans la section C, puis nous étudierons, dans la section D, les exemples d’actes interdits cités au paragraphe 3 de cet article.

A. ÉVOLUTION HISTORIQUE DE L’ARTICLE 10*BIS* DE LA CONVENTION DE PARIS

La protection contre la concurrence déloyale fait officiellement partie de la protection de la propriété industrielle depuis plus d’un siècle⁷. En 1900, les participants à la Conférence de Bruxelles pour la révision de la Convention de Paris sont convenus que “[l]es ressortissants de la Convention [...] jouiront, dans tous les États de l’Union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale”⁸. La nouvelle norme internationale a été définie dans

⁵ Groupes spéciaux de l’OMC, 28 juin 2018, rapports WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R, Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d’emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage, para. 7.2630.

⁶ Groupes spéciaux de l’OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2631. Cf. W.R. Meier-Ewert, “The WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging – Selected TRIPS Findings from the Panel Stage”, in: C. Heath/A. Kamperman Sanders (eds.), *Intellectual Property and International Dispute Resolution*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2019, 211 (241-242). On trouvera des interprétations plus restrictives dans Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 180, qui est une publication antérieure à la décision des groupes spéciaux de l’OMC.

⁷ On trouvera un bref aperçu de cette évolution historique dans Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.37-13.43; G.H.C. Bodenhausen, “Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, publication de l’OMPI n° 611, Genève : BIRPI 1969, 142-143. Une description plus détaillée est proposée dans S. Ladas, “Patents, Trademarks, and Related Rights – National and International Protection”, Volume III, Cambridge, Massachusetts 1975, 1678-1685. Pour une analyse des différentes sources juridiques sur le plan historique en matière de droit national de la concurrence déloyale, voir F. Henning-Bodewig, “International Protection Against Unfair Competition – Art. 10*bis* Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 1999, 166 (169-170).

⁸ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la Conférence réunie à Bruxelles du 1^{er} au 14 décembre 1897 et du 11 au 14 décembre 1900*, Berne 1901, 164 (proposition de la France), 187-188, 310, 382-383 (débat et adoption).

l'article 10*bis*. Au cours des conférences diplomatiques suivantes, les participants sont allés au-delà du principe de traitement national⁹.

À la Conférence de révision de Washington en 1911, les participants sont parvenus à s'entendre sur une obligation incombant aux pays de la Convention de garantir une protection effective¹⁰. En 1925, la Conférence de révision de La Haye a défini cette obligation en termes plus précis en ajoutant une définition et deux exemples d'actes de concurrence déloyale à l'article 10*bis*. Le premier exemple précisait que tous les faits de nature à créer une confusion avec les produits d'un concurrent devaient être interdits. Le second indiquait que les allégations fausses discréditant les produits d'un concurrent devaient être considérées comme des actes interdits car ils constituaient une concurrence déloyale¹¹. Lors de la Conférence de Londres de 1934, la portée de ces exemples a été élargie en remplaçant la référence aux produits d'un concurrent par "l'établissement, les produits ou les activités industrielles ou commerciales d'un concurrent"¹². Une proposition de l'Allemagne visant à interdire certaines formes de publicité comparative n'a pas été acceptée¹³. Une autre proposition présentée par le Danemark, la France, la Norvège, la Suède et la Suisse en vue d'interdire les allégations fausses qui se rapportent à l'origine, à la nature, à la fabrication, à la vente des produits ou la qualité de l'établissement commercial ou à des récompenses industrielles a également été rejetée¹⁴. Néanmoins, à la Conférence de Lisbonne de 1958, une proposition analogue présentée par l'Autriche a été adoptée, ce qui a conduit à intégrer des exemples supplémentaires d'actes de concurrence déloyale, en l'occurrence l'emploi d'indications ou d'allégations susceptibles d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises¹⁵.

Dans sa forme actuelle, le libellé de l'article 10*bis* reflète les étapes de son élaboration décrites ci-dessus¹⁶. Le premier paragraphe énonce l'obligation d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale. Dans le deuxième paragraphe, les actes de concurrence déloyale sont définis comme "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Le troisième paragraphe contient des exemples d'actes devant être tout particulièrement interdits : le fait de créer une confusion avec l'établissement, les produits ou les activités d'un concurrent (1°), le fait de discréditer l'établissement, les produits ou les activités d'un concurrent (2°), et le fait d'induire le public en erreur sur la nature ou d'autres caractéristiques des marchandises (3°). Les dispositions de l'article 10*bis* sont complétées par celles de l'article 10*ter*, qui définit les recours légaux permettant de réprimer efficacement les actes de concurrence déloyale.

⁹ En tant que tel, le principe de traitement national n'impose pas d'obligation aux membres de l'Union de Paris d'offrir une protection contre des actes de concurrence déloyale. Cf. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1678.

¹⁰ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la conférence réunie à Washington du 15 mai au 2 juin 1911*, Berne 1911, 53 (proposition), 105, 224, 255, 305, 310 (observations et adoption).

¹¹ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la conférence réunie à La Haye du 8 octobre au 6 novembre 1925*, Berne 1926, 252, 255 (proposition), 348, 351, 472, 478, 525, 546-547, 578, 581 (observations et adoption).

¹² Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la conférence réunie à Londres du 1^{er} mai au 2 juin 1934*, Berne 1934, 197-198 (proposition), 418-419 (débat et adoption).

¹³ Actes de Londres, 419.

¹⁴ Actes de Londres, 419.

¹⁵ Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, *Actes de la conférence réunie à Lisbonne du 6 au 31 octobre 1958*, Genève 1963, 725, 784 (proposition de l'Autriche), 106, 118, 725-727, 789-790, 852 (débat et adoption).

¹⁶ Cf. Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 170-173.

B. USAGES HONNÊTES EN MATIÈRE INDUSTRIELLE OU COMMERCIALE

L'article 10*bis* de la Convention de Paris établit une norme minimale souple et ouverte en matière de protection contre la concurrence déloyale¹⁷. Au cœur de cette disposition globale, on trouve la notion ouverte des "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale", sur laquelle repose la définition des actes de concurrence déloyale énoncée au paragraphe 2 dudit article. On a coutume de distinguer la notion d'usage honnête et les normes empiriques qui renvoient à des normes de comportement comme la loyauté et la décence, celles-ci ayant évolué au sein d'une communauté donnée¹⁸. Dans l'affaire *Australie – Emballage neutre*, les Groupes spéciaux de l'OMC ont conclu dans le même esprit qu'un acte de concurrence était contraire aux usages honnêtes "s'il est exécuté d'une manière qui est contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein d'un certain marché"¹⁹.

Toutefois, les Groupes spéciaux ont concédé que cette démarche empirique finissait par aboutir à une notion des "usages honnêtes" qui dépendait de paramètres liés au temps et au marché : "la manière dont les affaires commerciales sont habituellement réalisées varie d'un marché à l'autre et change au cours du temps"²⁰. Les perceptions des usages honnêtes et les normes permettant de déterminer ces usages en matière industrielle ou commerciale peuvent donc différer d'un marché à l'autre et selon le pays²¹. Il peut y avoir "une certaine diversité dans la manière dont les systèmes juridiques intérieurs envisagent la répression de la concurrence déloyale et dans les types d'actes qu'ils prennent en considération"²². Dans une étude intitulée "*Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*" publiée par l'OMPI en 1994 (ci-après "l'étude de l'OMPI"), la souplesse des démarches empiriques à l'égard des "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" est décrite de la manière suivante :

Assurément, le fait de définir les actes de concurrence déloyale comme des actes contraires aux "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale", à la "bonne foi", etc., ne permet pas de dégager des normes de comportement explicites et universellement admises, car le sens de ces termes est assez vague. En matière de concurrence, le critère de "loyauté" ou d'"honnêteté" n'est que le reflet des valeurs sociologiques, économiques, morales et éthiques d'une société donnée et peut, de ce fait, varier d'un pays à l'autre (et parfois même à l'intérieur d'un même pays). Ce critère peut aussi évoluer avec le temps²³.

L'incidence de la situation propre à un marché donné n'est cependant pas le seul aspect d'une démarche empirique qui nécessite une attention particulière. La démarche empirique a également été critiquée par certains commentateurs qui la trouvaient imprécise. D'autres estiment que la détermination des normes de comportement pertinentes dépend dans une large mesure de la manière dont on définit la sphère commerciale dont les coutumes et les habitudes serviront de base à l'analyse. En outre, certains font valoir que les sphères commerciales dont

¹⁷ Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.33; Pflüger, article 10*bis*, 298.

¹⁸ Cf. E. Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Vol. I, Munich 1965, 42-43; Cf. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1685-1686.

¹⁹ Groupes spéciaux de l'OMC, 28 juin 2018, rapports WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R, *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*, para. 7.2666.

²⁰ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2666. Cf. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.48.

²¹ Cf. Meier-Ewert, *WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging*, 242-243.

²² Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2671-7.2672 et 7.2675. Cf. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.34.

²³ OMPI, *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, Publication de l'OMPI n° 725, OMPI : Genève 1994, para. 28-29.

les pratiques servent de point de référence pour déterminer les usages honnêtes définissent *de facto* les normes juridiques à la lumière desquelles leur propre comportement sera jugé²⁴.

Pour échapper à ce risque de circularité, il est raisonnable de faire en sorte que la notion d'“usages honnêtes” soit cohérente avec l'objectif consistant à garantir le fonctionnement efficace de la concurrence en tant qu'instrument central des économies de marché. Outre la protection des concurrents et des consommateurs, il faut aussi tenir compte du fait que le fonctionnement efficace de la concurrence, au sens de la protection de la liberté d'action et de décision des acteurs du marché, est dans l'intérêt du public²⁵. Dans cet esprit, l'étude de l'OMPI de 1994 porte tout particulièrement sur les démarches prévoyant “la protection du public au sens large, et notamment de l'intérêt que présente pour lui la liberté de concurrence”²⁶. On peut considérer que la définition souple des usages honnêtes énoncée au paragraphe 2 de l'article 10*bis* offre une marge suffisante pour que les législateurs et les tribunaux nationaux adoptent cette démarche fonctionnelle²⁷. En conséquence, les normes d'intégrité et de loyauté sur le marché doivent être déduites de l'exigence de répondre à certaines conditions en vue de protéger la concurrence en tant qu'institution de toute économie de marché libre²⁸. Dans cette conception particulière de la notion d'“usages honnêtes”, il n'est pas nécessaire d'exclure les normes éthiques et comportementales, comme la responsabilité personnelle face aux actes effectués sur le marché, le respect des besoins des autres acteurs du marché et le respect du principe d'égalité des droits sur le marché. Tant que ces normes éthiques sont jugées adéquates pour atteindre le but global de concurrence efficace et non faussée, elles peuvent être reprises dans une démarche fonctionnelle sans trop de difficulté²⁹.

À l'échelle internationale, les Groupes spéciaux de l'OMC chargés de l'affaire de l'emballage neutre des produits du tabac ont prévu une certaine marge permettant de définir les “usages honnêtes” de manière pragmatique et fonctionnelle en reconnaissant que la protection contre la concurrence déloyale “sert à protéger les concurrents aussi bien que les consommateurs, en même temps que l'intérêt public”³⁰. Selon ces Groupes spéciaux, cette approche

est compatible avec l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé “Objectifs”, qui rend compte de l'intention d'établir et de maintenir un équilibre entre les objectifs sociétaux qui y sont mentionnés. En conséquence, une détermination de ce qui équivaut à un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale peut, selon les circonstances, refléter une mise en équilibre de ces intérêts³¹.

²⁴ Cf. Pflüger, article 10*bis*, 300. On trouvera un aperçu général de ce débat dans M. Höpperger et M. R. F. Senftleben, “Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organization”, in: R.M. Hilty and F. Henning-Bodewig (eds.), *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin/Heidelberg: Springer 2007, 61 (65-68).

²⁵ Cf. Pflüger, article 10*bis*, 300-301; F. Henning-Bodewig, “A New Act Against Unfair Competition in Germany”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 36 (2005), 421 (426). Cf. E. Ullmann, “Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2003, 820 (821), qui évoque un filet de sécurité supplémentaire.

²⁶ Étude de l'OMPI, 24-25.

²⁷ Cf. l'étude de l'OMPI, 11-13, qui contient des considérations de cette nature au regard du cadre international.

²⁸ Cf. Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 58-59.

²⁹ Cf. K.-N. Peifer, “Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?”, in: R. M. Hilty and F. Henning-Bodewig (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 125.

³⁰ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2680.

³¹ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2680. Cf. Meier-Ewert, *WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging*, 243.

La conception des “usages honnêtes” qui intègre l’objectif de protéger le consommateur³² peut aussi s’appuyer sur les *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale* que l’OMPI a présentées en 1996 (ci-après “les Dispositions types de l’OMPI”)³³. Ces dispositions, qui visent à mettre en œuvre l’article 10*bis* de la Convention de Paris³⁴, renforcent la notion d’“usages honnêtes”. Aux termes de l’alinéa 1) a) de l’article premier des Dispositions types, tout acte ou pratique “contraire aux usages honnêtes” constitue un acte de concurrence déloyale.

Cependant, cet alinéa place la formule classique dans un contexte plus large. Si le paragraphe 2 de l’article 10*bis* de la Convention de Paris indique que la norme des “usages honnêtes” ne s’applique qu’aux actes de concurrence, cette restriction n’apparaît pas dans l’alinéa 1) a) de l’article premier des Dispositions types. Celui-ci précise au contraire que “la suppression de la condition de “concurrence” fait qu’il est clair que les consommateurs sont protégés eux aussi”³⁵.

L’intégration de la protection du consommateur peut avoir des conséquences sur la garantie de disposer de recours légaux appropriés qui est prévue au paragraphe 1 de l’article 10*ter* de la Convention de Paris. Dès lors que les intérêts du consommateur sont reconnus par le droit de la concurrence déloyale, il semble souhaitable d’autoriser les organisations de consommateurs à prendre des mesures contre les actes de concurrence déloyale en agissant en justice ou auprès des autorités administratives, comme le prévoit le paragraphe 2 de l’article 10*ter* à l’égard des syndicats et associations représentant les industriels, producteurs ou commerçants intéressés³⁶. L’alinéa 1)b) de l’article premier des Dispositions types de l’OMPI, qui définit les personnes disposant des recours légaux, a été libellé de manière à être cohérent avec cette démarche. Ses dispositions visent de manière globale “[t]oute personne physique ou morale lésée ou susceptible d’être lésée par un acte de concurrence déloyale”. Il ressort de cette démarche que les recours légaux sont ouverts non seulement aux concurrents et à leurs syndicats, mais aussi aux consommateurs et à leurs associations³⁷.

Les Dispositions types de l’OMPI ne constituent ni un traité international ni un instrument non contraignant. Elles ont été présentées par le Bureau international mais n’ont pas été officiellement adoptées par l’Assemblée de l’Union de Paris ou l’Assemblée générale de l’OMPI. Comme le suggère leur titre, elles ont pour but de servir de modèle au législateur et de point de référence pour les tribunaux³⁸. Leur application peut donc avoir un effet pratique analogue à celui de l’application des recommandations conjointes qui ont été adoptées dans le domaine du droit des marques³⁹, quoique leur statut juridique soit différent. Sur le fond, les Dispositions

³² On trouvera un aperçu des différents avis au sein du débat sur l’intégration de la protection du consommateur dans Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.36; Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 170.

³³ OMPI, *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale*, Publication de l’OMPI n° 832, Genève : OMPI 1996. Ces dispositions ont été rédigées par le Bureau international de l’OMPI à la lumière du document intitulé *Protection contre la concurrence déloyale. Analyse de la situation mondiale actuelle*, publication de l’OMPI n° 725, OMPI : Genève 1994.

³⁴ Dispositions types de l’OMPI, 6, note 1.01; Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 182-183.

³⁵ Dispositions types de l’OMPI, 10, note 1.06. Cf. Pflüger, article 10*bis*, 297.

³⁶ Étude de l’OMPI, 74.

³⁷ Dispositions types de l’OMPI, 12, note 1.10.

³⁸ Cf. Pflüger, article 10*bis*, 297.

³⁹ En matière de droit des marques, trois recommandations dites communes ont été présentées et adoptées par l’Assemblée de l’Union de Paris et l’Assemblée générale de l’OMPI. Cf. 1999, *Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires*, publication de l’OMPI n° 833, Genève : OMPI 2000; 2000 *Recommandation commune concernant les licences de marques*, publication de l’OMPI n° 835, Genève : OMPI 2000; 2001 *Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l’Internet*, publication de l’OMPI n° 845, Genève : OMPI 2001. Ces recommandations sont disponibles sur l’Internet à l’adresse suivante :

types visent à offrir une orientation. En présentant un exemple convaincant de la manière de respecter les obligations internationales en matière de protection contre la concurrence déloyale, elles contribuent à harmoniser les démarches nationales et à promouvoir l'élaboration de principes communs supplémentaires à l'échelle internationale.

C. RELATION DE CONCURRENCE

La mention permanente à des "actes de concurrence" dans l'article 10*bis* de la Convention de Paris semble limiter dans une certaine mesure la portée de celui-ci⁴⁰. Cette mention apparaît au paragraphe 2, qui contient la définition générale des actes de concurrence déloyale, et elle réapparaît dans les premier et deuxième exemples du paragraphe 3. À chaque fois, l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale "d'un concurrent" se retrouvent au centre de l'analyse. En s'appuyant sur des définitions du dictionnaire, les Groupes spéciaux de l'OMC chargés de l'affaire de l'emballage neutre des produits du tabac en Australie ont estimé que le terme "concurrence" signifiait "rivalité sur le marché, efforts déployés par ceux qui ont les mêmes produits à écouler pour obtenir une clientèle"⁴¹. Ils ont conclu que l'expression "acte de concurrence" faisait "référence à quelque chose qui est fait par un acteur du marché pour concurrencer d'autres acteurs du marché"⁴². Il ressort de cette démarche que le libellé des paragraphes 2 et 3 de l'article 10*bis* ne semble pas exclure une interprétation restrictive exigeant une concurrence directe entre la partie qui commet l'acte de concurrence déloyale et la partie dont les intérêts sont lésés. Cependant, il semble également possible d'atténuer l'incidence de l'exigence de concurrence. Si l'on dépasse la notion de concurrence directe sur le même segment de marché, une relation de concurrence entre des commerçants intervenant dans différentes branches d'un secteur économique ou commercial, voire une relation de concurrence indirecte peuvent être jugées suffisantes⁴³.

Les Dispositions types de l'OMPI offrent un exemple de cette démarche plus souple. Comme nous l'avons déjà indiqué, la disposition générale interdisant tout acte "contraire aux usages honnêtes" à l'alinéa 1) de l'article premier ne fait nullement référence à des "actes de concurrence"⁴⁴. En outre, la liste des pratiques expressément interdites dans les articles 2 à 6 des Dispositions types ne laisse pas non plus entendre qu'une relation de concurrence doit obligatoirement être présente. Dès lors, la protection contre la concurrence déloyale n'est plus limitée aux relations entre concurrents. L'obligation de relation de concurrence qui, comme nous l'avons indiqué, peut être interprétée de manière plus ou moins restrictive dans le contexte de l'article 10*bis* de la Convention de Paris a été abandonnée dans les Dispositions types. Il découle de cette démarche que la protection contre la concurrence déloyale peut désormais être accordée dans des situations où il n'y a pas de concurrence directe entre la partie qui commet l'acte de concurrence déloyale et la partie dont les intérêts sont lésés par l'acte⁴⁵.

http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/. Cf. C. Wichard, "The Joint Recommendation Concerning Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet", in: J. Drexler and A. Kur (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, IIC Studies Vol. 24, Oxford and Portland, Oregon 2005, 257 (263).

⁴⁰ Cf. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.47.

⁴¹ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2664.

⁴² Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2665 et 7.2698.

⁴³ Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.47; Pflüger, article 10*bis*, 299; Bodenhausen, *Application of the Paris Convention*, 144; Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1689.

⁴⁴ Cf. Pflüger, article 10*bis*, 297.

⁴⁵ Dispositions types de l'OMPI, 10, note 1.06; Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 183.

D. EXEMPLES D'ACTES INTERDITS PAR L'ARTICLE 10BIS DE LA CONVENTION DE PARIS

Les exemples cités au paragraphe 3 de l'article 10bis de la Convention de Paris concernent des actes de concurrence déloyale qui sont notamment interdits à l'échelle nationale⁴⁶. L'Étude de l'OMPI publiée en 1994 indique que l'élément commun entre ces exemples est "la tentative (par un entrepreneur) de l'emporter sur ses concurrents sans s'appuyer sur ses propres efforts en termes de qualité ou de prix de ses produits et services, mais plutôt en tirant indûment parti des travaux d'une autre personne ou en influençant le consommateur par des déclarations fausses ou trompeuses"⁴⁷. Quant au but de la protection, il est défini, à la lumière de la référence au "concurrent" figurant aux 1° et 2° du paragraphe 3 de l'article 10bis, de la manière suivante : "le droit de la concurrence déloyale a d'abord été conçu pour protéger l'homme d'affaires honnête"⁴⁸. Compte tenu du fait que le 3° du paragraphe 3 de l'article 10bis mentionne un "public" de consommateurs, l'Étude indique que depuis lors, "la protection du consommateur a été reconnue comme un élément tout aussi important"⁴⁹.

Au cours des débats ayant conduit à l'adoption de la liste de formes de comportements inacceptables figurant au paragraphe 3 de l'article 10bis, il est apparu que cette liste n'impliquait pas d'obligation d'instaurer une législation nationale particulière⁵⁰. De plus, le paragraphe 3 ne limite pas la portée de la définition générale donnée au paragraphe 2. Comme il est indiqué dans le document *Australie – Emballage neutre*, les usages énumérés au paragraphe 3 de l'article 10bis sont des exemples d'usages malhonnêtes. Ils constituent un "minimum convenu au niveau international"⁵¹ concernant les types d'usages malhonnêtes qui doivent être interdits. La liste de prototypes de comportement déloyal figurant au paragraphe 3 est sans préjudice du fait que

(...) le paragraphe 2 établit le champ de la définition d'un "acte de concurrence déloyale" comme incluant "tout" acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Les pays de l'Union sont, par conséquent, tenus d'assurer une protection effective contre tous actes de concurrence déloyale relevant de la définition donnée au paragraphe 2. Cela doit comprendre – au minimum – les catégories d'usages mentionnées au paragraphe 3⁵².

Compte tenu des travaux préparatoires qui sous-tendent le paragraphe 3 de l'article 10bis, les Groupes spéciaux de l'OMC ayant analysé les exemples de conduite déloyale énoncés dans cette disposition se sont déclarés convaincus que bien que les négociateurs n'aient pas entrepris d'indiquer d'autres catégories spécifiques d'usages contre lesquels tous les pays seraient tenus d'assurer une protection effective, ils ont eu l'intention de traiter la concurrence déloyale "sous toutes ses formes", et que les situations spécifiques indiquées au paragraphe 3 ont été présentées "seulement comme un exemple minimum"⁵³.

L'analyse des trois "exemple[s] minimum[s]" cités au paragraphe 3 de l'article 10bis nous aide à mieux comprendre la notion internationale de protection. Le premier exemple atteste de l'importance que les membres de l'Union de Paris accordaient à la reconnaissance explicite d'une norme en matière de concurrence déloyale à l'égard de l'établissement, des produits ou de l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent⁵⁴, bien que la Convention de Paris

⁴⁶ Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.49. L'auteur parle d'actes "présumés déloyaux".

⁴⁷ Étude de l'OMPI, 24, para. 31.

⁴⁸ Étude de l'OMPI, 24, para. 33.

⁴⁹ Étude de l'OMPI, 24, para. 33.

⁵⁰ Actes de La Haye, 472. Cf. Pflüger, article 10bis, 298.

⁵¹ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2678.

⁵² Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2678.

⁵³ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2678.

⁵⁴ On peut faire valoir que l'expression générale "activité industrielle ou commerciale" figurant au 1° du paragraphe 3 de l'article 10bis peut être interprétée de manière à viser aussi la prestation de services. L'exemple de

fasse spécifiquement obligation d'assurer la protection d'identificateurs d'activités et de produits classiques tels que les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service et les noms commerciaux⁵⁵. S'agissant de la notion sous-jacente de "confusion", les Groupes spéciaux de l'OMC ont indiqué dans *Australie – Emballage neutre* que l'interdiction devait porter principalement sur les actes de nature à créer une confusion avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent. Le terme "confusion", dans son sens ordinaire, s'entendait du "fait de confondre une chose avec une autre ou de prendre une chose pour une autre; le fait de ne pas faire de distinction"⁵⁶. Dès lors, le 1° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* pouvait être interprété de manière à viser des situations "dans lesquelles un acte de concurrence déloyale est de nature à aboutir à une confusion au sens de prendre un produit pour un autre ou de ne pas faire de distinction entre les produits"⁵⁷. Les notes des Dispositions types de l'OMPI précisant ce qui peut causer une confusion (notes relatives à l'article 2 des Dispositions types) décrivent une notion de la confusion qui s'étend à l'affiliation et au parrainage⁵⁸. Les Dispositions types confirment par ailleurs l'objectif de protéger les droits d'utilisation publicitaire et d'exploitation commerciale contre des actes de nature à créer une confusion⁵⁹. L'article 2 des Dispositions types fait non seulement référence à des identificateurs d'activités classiques tels que les marques de fabrique ou de commerce et les noms commerciaux, mais aussi à l'apparence et la présentation d'un produit ainsi qu'à des techniques de marketing reposant sur une personne célèbre ou un personnage de fiction connu⁶⁰.

S'agissant du deuxième exemple, qui concerne le discrédit de l'établissement, des produits ou de l'activité d'un concurrent, il est utile de noter qu'une proposition de l'Allemagne visant à interdire certaines formes de publicité comparative n'a pas été acceptée lors de la Conférence de Londres en 1934⁶¹. En l'absence de règles régissant la publicité de manière spécifique à l'échelle internationale, une solution peut être mise en place à l'échelle nationale en s'inspirant du deuxième exemple figurant au paragraphe 3 de l'article 10*bis* et de la clause générale sur les "usages honnêtes" figurant au paragraphe 2 dudit article. À l'inverse d'une interdiction de la publicité comparative, ce cadre international souple offre la marge de manœuvre nécessaire pour modifier les démarches en matière de réglementation et autorise même une tendance potentielle à accepter davantage la publicité comparative en raison de certaines garanties constitutionnelles comme la liberté d'expression commerciale⁶². S'agissant des actes de dénigrement, les exemples présentés dans les Dispositions types de l'OMPI concernent plus particulièrement la publicité ou la promotion et visent les allégations concernant certaines caractéristiques des produits ou services, ainsi que les conditions de vente (alinéa 2)) de

conduite déloyale couvre donc aussi bien la confusion à l'égard de produits qu'à l'égard de services. Cf. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.50; Pflüger, article 10*bis*, 301.

⁵⁵ Actes de La Haye, 476; Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1706-1707. Cf. le paragraphe 2 de l'article 1 de la Convention de Paris. On trouvera une analyse de la relation entre ces différents moyens d'obtenir une protection contre la confusion dans Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 174-176.

⁵⁶ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2714.

⁵⁷ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2714.

⁵⁸ On trouvera une analyse plus détaillée de ce point dans Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 185-186.

⁵⁹ Dispositions types de l'OMPI, 16 et 20, notes 2.04 et 2.11. Cf. H. Ruijsenaars, "The WIPO Report on Character Merchandising", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 25 (1994), 532; voir aussi les commentaires essentiels de P. Jaffey, "Merchandising and the Law of Trade Marks", *Intellectual Property Quarterly* 1998, 240-266 (1998); M. R. F. Senftleben, *The Copyright/Trademark Interface – How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2020, 152-163 and 202-205.

⁶⁰ Cf. Pflüger, article 10*bis*, 301.

⁶¹ Actes de Londres, 419. Cf. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.57.

⁶² Étude de l'OMPI, para. 92. Cf. A. Ohly, "Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2004, 889 (892-894).

l'article 5). Ce texte précise en outre que les actes de concurrence déloyale concernés peuvent aussi être commis par des associations de consommateurs ou des médias⁶³.

Le troisième exemple implique un changement de point de vue. Si les 1° et 2° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* visent la confusion ou les allégations fausses à l'égard des produits d'un concurrent, le 3° ne fait pas expressément référence aux produits d'un concurrent. Il porte au contraire sur des indications ou allégations qu'un acteur du marché formule au sujet de ses propres marchandises⁶⁴. Après avoir analysé le sens courant de l'expression "induire en erreur", les Groupes spéciaux de l'OMC chargés de l'affaire de l'emballage neutre de produits du tabac ont conclu que l'interdiction concernait des actes destinés à "tromper en donnant des informations inexactes ou une impression fausse"⁶⁵. Plus précisément, on peut comprendre que le troisième exemple vise les allégations trompeuses qui soit ont induit le public en erreur, soit sont de nature à le faire. Outre les actes consistant à donner des indications ou à formuler des allégations, l'omission de certaines informations peut équivaloir à une indication ou allégation trompeuse. Tel est le cas "lorsqu'une telle omission, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le consommateur en erreur, au sens de le tromper en lui donnant un renseignement inexact ou une impression fausse"⁶⁶. Ainsi, il peut y avoir tromperie si le public, en l'absence de renseignements exprès, s'attendait à ce qu'une certaine caractéristique soit présente⁶⁷. Une note sur les actes de tromperie figurant dans les Dispositions types de l'OMPI (à l'article 4) précise qu'outre les affirmations inexactes en elles-mêmes, les déclarations littéralement exactes et l'omission d'informations doivent être interdites si elles donnent une impression fausse. En revanche, des exagérations manifestes formulées au cours d'un argumentaire de vente ne doivent pas nécessairement être considérées comme fallacieuses⁶⁸. Les exemples fournis à l'alinéa 2) de l'article 4 des Dispositions types concernent les activités de publicité et de promotion. La liste des caractéristiques des produits ou services contient une référence à l'origine géographique⁶⁹. En revanche, l'article 4 ne précise pas la manière de définir l'impression que ressent la cible d'une déclaration fallacieuse. À cet égard, selon l'Étude de l'OMPI de 1994, la Convention de Paris laisse les États membres trancher cette question et offre un aperçu de différentes démarches possibles à cet égard, par exemple le fait de distinguer entre le consommateur moyen et le consommateur naïf, ou encore la définition des effets d'une déclaration fallacieuse au regard de données empiriques ou selon l'estimation générale d'un juge⁷⁰.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'emploi du terme "public" au 3° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* implique que l'interdiction s'applique aux situations dans lesquelles les indications ou allégations fallacieuses visent le consommateur⁷¹. Compte tenu du libellé de cette disposition, le troisième exemple permet de mieux comprendre les objectifs sous-jacents de la protection contre la concurrence déloyale dans le contexte de la Convention de Paris. Il est difficile de contester que l'article 10*bis* concerne essentiellement le comportement des concurrents entre eux⁷². L'ajout du troisième exemple, qui traite des actes induisant le public en erreur sur la nature ou d'autres caractéristiques des marchandises, atteste cependant du fait que les participants à la Conférence de Lisbonne en 1958 ne se sont plus limités aux intérêts

⁶³ Dispositions types de l'OMPI, 44, note 5.05.

⁶⁴ Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.52; Pflüger, article 10*bis*, 304.

⁶⁵ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2750.

⁶⁶ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2752.

⁶⁷ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2752.

⁶⁸ Dispositions types de l'OMPI, 30, note 4.02.

⁶⁹ Les Dispositions types de l'OMPI, 38, note 4.11, fournissent des précisions quant à cet exemple et précisent son interfonctionnement avec les lois protégeant spécifiquement les indications géographiques et les appellations d'origine.

⁷⁰ Étude de l'OMPI, 39-40.

⁷¹ Étude de l'OMPI, 24, para. 33; Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2750.

⁷² Pflüger, article 10*bis*, 299; Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1687.

des concurrents⁷³. Cet exemple permet d'accorder une pondération en faveur de la protection du consommateur, qui comme nous l'avons déjà indiqué aussi, est un objectif permettant d'éclairer la définition des usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale⁷⁴. Comme les exemples du paragraphe 3 de l'article 10*bis* concernent des actes qui doivent être spécifiquement considérés comme de la concurrence déloyale⁷⁵, ils illustrent la portée de la clause générale figurant au paragraphe 2 dudit article. Dès lors, il semble cohérent d'interpréter la notion générale d'"usages honnêtes" présentée dans ce paragraphe 2 non seulement à la lumière de l'objectif de protection des intérêts des concurrents (qui correspond aux exemples des 1° et 2° du paragraphe 3), mais aussi au regard d'un objectif de protection du consommateur (qui ressort de l'exemple final cité dans le 3°).

E. DÉTERMINATION D'AUTRES ACTES DE CONCURRENCE DÉLOYALE

Compte tenu de la nature polymorphe de la concurrence et de ses comportements, il n'est guère raisonnable de considérer que la liste des actes interdits figurant au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (qui contient trois exemples) couvre tous les cas susceptibles d'être visés par une protection effective contre la concurrence déloyale⁷⁶. Il est donc important de garder à l'esprit que le cadre international de protection exige non seulement d'interdire les trois types spécifiques d'actes indiqués au paragraphe 3, mais aussi d'assurer une protection effective contre d'autres actes relevant de la notion générale de concurrence déloyale énoncée au paragraphe 2⁷⁷.

S'agissant des domaines d'application concrets, l'Accord sur les ADPIC contient d'importants éléments de référence⁷⁸. En matière d'indications géographiques, l'alinéa 2)b) de l'article 22 dudit Accord établit une obligation de prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher "toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967)". L'article 4 du Traité de 1989 sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, tel que repris dans l'Accord sur les ADPIC par une référence figurant à l'article 35 de celui-ci, fait mention de la législation sur la concurrence déloyale parmi d'autres formes juridiques de la protection que les membres de l'OMC peuvent employer pour assurer la protection des schémas de configuration des circuits intégrés. De plus, l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC dispose, dans son alinéa 1), que

[e]n assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), les membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.

Cette référence à l'article 10*bis* de la Convention de Paris dans le contexte de la protection des secrets d'affaires est particulièrement utile pour trouver d'autres exemples d'actes de concurrence déloyale à l'échelle internationale. Aux termes de l'alinéa 2) de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, "[l]es personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux

⁷³ Actes de Lisbonne", 725, 784 (proposition de l'Autriche), 106, 118, 725-727, 789-790, 852 (débat et adoption). Cf. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1687.

⁷⁴ Cf. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.52; Pflüger, article 10*bis*, 299; Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights*, 1735.

⁷⁵ Bodenhausen, *Application of the Paris Convention*, 143.

⁷⁶ On trouvera un aperçu d'autres formes de conduite déloyale qui ont été examinées lors des conférences de révision de la Convention de Paris dans Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.54-13.59.

⁷⁷ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2679.

⁷⁸ Cf. Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2629; Meier-Ewert, *WTO Disputes Regarding Tobacco Plain Packaging*, 241; Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 179-181.

honnêtes”. Cette protection contre la concurrence déloyale est assurée sous réserve que les renseignements soient secrets, qu’ils aient une valeur commerciale parce qu’ils sont secrets et qu’ils aient fait l’objet de dispositions raisonnables destinées à les garder secrets (alinéas 2)a), b) et c) de l’article 39). Si l’on ajoute ce périmètre conceptuel à l’obligation générale de protéger les détenteurs de secrets d’affaires contre la concurrence déloyale, on peut considérer que l’alinéa 2) de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC constitue une norme internationale offrant un exemple supplémentaire de comportements interdits qui représentent des actes de concurrence déloyale⁷⁹.

Dans leur définition des principaux actes ou pratiques contre lesquels une protection doit être assurée, les Dispositions types de l’OMPI visent aussi à offrir une orientation sur d’autres actes de concurrence déloyale susceptibles de nécessiter une attention particulière. Elles traitent des actes qui créent une confusion avec l’entreprise d’autrui ou ses activités (article 2), qui portent atteinte à l’image ou à la réputation d’autrui (article 3), de la tromperie à l’égard du public (article 4), du dénigrement de l’entreprise d’autrui ou de ses activités (article 5) et enfin de la concurrence déloyale portant sur de l’information confidentielle (article 6). De plus, l’alinéa 1) de l’article premier contient une clause générale établissant une base pour la protection contre tous les autres actes de concurrence déloyale qui ne sont pas expressément mentionnés dans les dispositions suivantes⁸⁰.

Le système établi par les Dispositions types de l’OMPI est donc conforme au modèle proposé dans l’article 10*bis* de la Convention de Paris. Des actes devant tout particulièrement être interdits (paragraphe 3 de l’article 10*bis* et articles 2 à 6 des Dispositions types de l’OMPI) sont cités en complément d’une clause globale (paragraphe 2 de l’article 10*bis* et alinéa 1) de l’article premier des Dispositions types). Le nombre d’actes de concurrence déloyale expressément cités est toutefois légèrement supérieur dans les Dispositions types. Outre les trois cas de concurrence déloyale énumérés au paragraphe 3 de l’article 10*bis*, les Dispositions types présentent deux catégories d’actes supplémentaires⁸¹. Aux termes de l’alinéa 1) de l’article 3 des Dispositions types, ces deux catégories comprennent

[t]out acte ou pratique qui, dans l’exercice d’activités industrielles ou commerciales, porte atteinte ou est de nature à porter atteinte à l’image ou à la réputation de l’entreprise d’autrui, que cet acte ou cette pratique crée ou non une confusion.

Le fondement de cet exemple supplémentaire a été établi dans l’Étude de l’OMPI de 1994, qui portait tout particulièrement sur les actes de parasitage et analysait notamment “l’amoindrissement du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire” d’une marque⁸². Cette dernière formulation se retrouve dans l’alinéa 2)b) de l’article 3 des Dispositions types de l’OMPI, où elle constitue l’élément central d’une définition de l’affaiblissement, celle-ci reprenant en outre des exemples d’actes concernés énumérés à l’alinéa 2)a) dudit article 3. Selon cette définition, “on entend par “affaiblissement de l’image ou de la réputation” l’amoindrissement du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire d’une marque, d’un nom commercial ou autre signe distinctif d’entreprise, de l’aspect extérieur d’un produit ou de la présentation de produits ou services, ou d’une personne célèbre ou d’un personnage de fiction connu”. L’article 3 des Dispositions types offre ainsi une protection étendue contre le parasitage et l’affaiblissement. Il vise à couvrir le domaine de la publicité et de l’exploitation commerciale⁸³.

Le second exemple supplémentaire est énoncé à l’article 6 des Dispositions types de l’OMPI et traite de la concurrence déloyale portant sur de l’information confidentielle. Cette disposition

⁷⁹ On trouvera une analyse plus détaillée de la relation entre l’article 10*bis* de la Convention de Paris et l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC dans Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.61-13.65.

⁸⁰ Dispositions types de l’OMPI, 6, note 1.01.

⁸¹ Cf. Pflüger, article 10*bis*, 297.

⁸² Étude de l’OMPI, 54-58, en particulier le para. 109.

⁸³ Cf. Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 186.

repose sur l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. La définition de l'expression "information confidentielle" figurant à l'alinéa 3 de l'article 6 des Dispositions types est identique à celle des "renseignements secrets" figurant aux alinéas 2)a), b) et c) de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. De même, l'alinéa 1) de l'article 6 des Dispositions types paraphrase le principe général établi à l'alinéa 2 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC :

[c]onstitue un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, entraîne la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation par des tiers d'information confidentielle sans le consentement de la personne légalement habilitée à disposer de cette information [...] et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes.

Les exemples d'actes concernés figurant à l'alinéa 2) de l'article 6 des Dispositions types portent sur l'espionnage industriel ou commercial, la rupture de contrat, l'abus de confiance et d'autres actes connexes. Ils peuvent être analysés dans le contexte de la note de bas de page n° 10 de l'Accord sur les ADPIC, qui suit la mention des "usages commerciaux honnêtes" figurant à l'alinéa 2 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC :

[a]ux fins de cette disposition, l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant⁸⁴.

Les Dispositions types de l'OMPI ne précisent pas quels efforts le titulaire de l'information doit déployer pour préserver la confidentialité de celle-ci. À cet égard, il est suggéré dans l'Étude de l'OMPI de 1994 de déterminer si l'information contient des éléments qui ne sont pas confidentiels lorsqu'ils sont considérés de manière isolée, si cette information doit obligatoirement être acquise par des employés pour que ceux-ci puissent travailler de manière efficace, et si elle est réservée aux cadres supérieurs⁸⁵. S'agissant des anciens employés, il est rappelé dans les notes de l'article 6 des Dispositions types qu'il est souvent difficile de tracer la limite entre l'utilisation légitime des compétences, de l'expérience et des connaissances acquises en cours d'emploi et la divulgation ou l'utilisation déloyale de l'information confidentielle de l'ancien employeur⁸⁶.

En résumé, les Dispositions types de l'OMPI semblent indiquer qu'il convient d'aller au-delà de la liste d'exemples figurant actuellement dans la Convention de Paris en ajoutant l'acquisition sans consentement de secrets d'affaires⁸⁷ et les actes d'affaiblissement ou de parasitage aux cas déjà prévus de manière expresse au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris⁸⁸.

F. PERTINENCE DES ÉVOLUTIONS À L'ÉCHELLE NATIONALE ET RÉGIONALE

Compte tenu de la nature souple et ouverte du cadre international de protection⁸⁹ et de l'apparition constante de nouvelles formes de comportement concurrentiel, il est tout particulièrement important d'examiner comment la législation et la jurisprudence ont évolué à la lumière des normes et des directives internationales décrites⁹⁰. C'est pourquoi nous avons recensé et examiné, dans l'aperçu des changements intervenus à l'échelle nationale et

⁸⁴ On trouvera une analyse de l'incidence de la note de bas de page n° 10 sur l'interprétation du Traité dans Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.77.

⁸⁵ Étude de l'OMPI, 51, para. 99.

⁸⁶ Dispositions types de l'OMPI, 50, note 6.08.

⁸⁷ Article 39 de l'Accord sur les ADPIC.

⁸⁸ On trouvera un aperçu des actes non mentionnés de manière expresse à l'article 10*bis* dans l'Étude de l'OMPI, 48-68.

⁸⁹ Cf. Étude de l'OMPI, para. 28-29.

⁹⁰ Cf. Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.48.

régionale qui est proposé ci-après, les différentes catégories de comportement déloyal observées sur le marché qui ont joué un rôle dans l'élaboration de la législation et de la jurisprudence actuelles en matière de concurrence déloyale. Nous avons ainsi tenté de préciser comment l'article 10*bis* de la Convention de Paris était appliqué dans les législations et les jurisprudences nationales ou régionales.

Plus précisément, les rapports concernant un pays ou une région particuliers visent à mettre en lumière la mise en œuvre de plusieurs éléments du cadre international de protection et à recenser les nouveautés pertinentes, en particulier les nouvelles formes de concurrence déloyale qui découlent de l'évolution technologique. Ces rapports visent à préciser :

- le fondement juridique de la protection contre la concurrence déloyale prévue au paragraphe 1 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Cette protection repose-t-elle sur les règles générales de la responsabilité civile ou de la substitution de produits ou de services? Des lois particulières ont-elles été mises en œuvre pour offrir une protection contre la concurrence déloyale⁹¹? Quels arguments en faveur de la protection ont-ils été retenus dans les différents pays ou régions de la planète? Les intérêts du consommateur ont-ils été pris en compte parallèlement à l'objectif de protection des concurrents? Le fait qu'une concurrence loyale et non faussée est dans l'intérêt général du public a-t-il été reconnu?
- la relation entre la protection contre la concurrence déloyale et des lois particulières protégeant les droits de propriété intellectuelle. Quelles sont les interactions entre les droits de propriété intellectuelle et les normes générales de protection contre la concurrence déloyale? La protection contre la concurrence déloyale complète-t-elle les droits de propriété intellectuelle? L'existence d'une législation propre au domaine de la propriété intellectuelle empêche-t-elle de recourir aux mécanismes juridiques généraux qui offrent une protection contre la concurrence déloyale?
- la manière dont la notion d'"acte contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" définie au paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris est appliquée dans les différents pays et régions. La définition des usages honnêtes a-t-elle évolué dans la jurisprudence ou la législation? Quelle démarche a-t-elle été choisie pour déterminer si ces usages sont respectés? Une démarche empirique fondée sur les coutumes du secteur a-t-elle été privilégiée? Des considérations économiques, telles que la recherche d'une optimisation du fonctionnement du marché, sont-elles prises en compte?
- la manière dont l'interdiction des actes déloyaux énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* est appliquée. Comment les "exemples d'usages malhonnêtes constituant un minimum"⁹² ont-ils été interprétés à l'échelle nationale ou régionale? Quelle est la portée de la protection découlant de cette interprétation? À quels critères faut-il répondre pour pouvoir prétendre à cette protection? Un type particulier de relation de concurrence est-il nécessaire?
- si la protection contre la concurrence déloyale assurée dans un pays ou une région recouvre aussi d'autres types de protection qui se trouvent en dehors du périmètre des exemples cités au paragraphe 3 de l'article 10*bis*. Les technologies modernes, qui donnent naissance à de nouvelles formes de comportement concurrentiel,

⁹¹ Sur la question des racines historiques de cette question de mise en œuvre, voir Ricketson, *The Paris Convention*, para. 13.44.

⁹² Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, para. 7.2678.

ont-elles conduit à reconnaître la nécessité de prévenir de nouveaux types de pratiques déloyales?

IV. DROIT ET PRATIQUE DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'OMPI

Pour répondre aux questions qui découlent de l'analyse du cadre international de protection figurant au chapitre précédent (voir notamment la section III.F), nous présenterons ci-après un aperçu des évolutions permettant de faire le point sur la mise en œuvre de plusieurs éléments du cadre juridique international à l'échelle nationale et régionale; nous examinerons les différentes catégories de comportement déloyal qui interviennent dans le droit et la pratique actuels des États membres de l'OMPI en matière de concurrence déloyale, et nous mettrons en lumière les évolutions pertinentes, notamment les nouvelles formes de concurrence déloyale consécutives aux nouvelles technologies. La section A porte sur les nouveautés dans les États membres de l'ARIPO et en Afrique du Sud. La section B traite du droit et de la pratique en matière de concurrence déloyale dans les États membres de l'OAPI. La section C concerne le droit et la pratique en matière de concurrence déloyale au Canada et aux États-Unis d'Amérique. La section D offre un aperçu des évolutions intervenues dans la région des Caraïbes. La section E traite du droit et de la pratique en matière de concurrence déloyale en Amérique centrale. La section F contient une analyse de la protection contre la concurrence déloyale dans la Communauté andine. La section G porte sur le droit de la concurrence déloyale dans les États membres du MERCOSUR. La section H offre un aperçu des évolutions observées dans la région arabe. La section I concerne le droit et la pratique en matière de concurrence déloyale en Chine. La section J concerne la protection contre la concurrence déloyale en Inde. La section K met en lumière le droit et la pratique en matière de concurrence déloyale au Japon et en République de Corée. La section L traite du droit de la concurrence déloyale dans les États membres de l'ASEAN. La section M contient un examen des nouveautés intervenues en Australie et dans le Pacifique Sud. La section N porte sur le droit et la pratique en matière de concurrence déloyale dans les États membres de la CEI. La section O offre un aperçu des évolutions observées dans l'Union européenne. Enfin, la section P traite du droit et de la pratique en matière de concurrence déloyale au Royaume-Uni.

A. ORGANISATION RÉGIONALE AFRICAINE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (ARIPO) ET AFRIQUE DU SUD*

Le présent rapport vise à offrir un aperçu de la situation actuelle dans vingt pays d'Afrique dans le domaine de la protection contre la concurrence déloyale. La définition très générale de la concurrence déloyale figurant à l'article 10*bis* de la Convention de Paris permet de couvrir un large éventail d'activités illicites. Si peu de travaux ont été consacrés à ce sujet dans la région visée par ce rapport, celui-ci offre néanmoins l'occasion d'illustrer la manière dont la protection contre les différents modes de concurrence déloyale est assurée dans les pays concernés. Toutefois, nous avons établi dès le début du rapport une distinction nette entre d'une part les règles de droit privé qui régissent la relation entre les concurrents et d'autres acteurs du secteur privé et du marché, et d'autre part les règles de droit public qui protègent et favorisent la concurrence, notamment en interdisant certaines fusions et en luttant contre des pratiques anticoncurrentielles comme la constitution de cartels et l'abus de position dominante⁹³. Le présent rapport est clairement consacré à la première catégorie. Il contient une analyse de la situation actuelle en Afrique du Sud et dans les 19 États membres suivants de l'Organisation

* M. Tobias Schonwetter, chargé de cours, Department of Commercial Law, et directeur, Intellectual Property Unit, University of Cape Town (Afrique du Sud). L'auteur tient à remercier Mme Nathalie Baumgart, Mme Shréya Dabideen, M. Hanani Hlomani (LL.M.) et M. Gabriel Rybko (LL.B.) pour leur participation précieuse à ses recherches.
⁹³ Si elle est nette en théorie, cette distinction entre les règles de droit privé et de droit public n'est pas toujours clairement préservée dans l'élaboration des législations nationales.

régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) : Botswana; Gambie; Ghana; Kenya; Libéria; Malawi; Maurice; Mozambique; Namibie; Ouganda; Royaume d'Eswatini; Royaume du Lesotho; Rwanda, Sao Tomé-et-Principe; Sierra Leone; Soudan; Tanzanie; Zambie et Zimbabwe. Quant à la Somalie, si elle est bien membre de l'ARIPO, elle n'est pas partie à la Convention de Paris et n'est pas un État membre de l'OMC (et n'est par conséquent pas soumise à l'article 10*bis* de la Convention de Paris en vertu de l'Accord sur les ADPIC)⁹⁴.

Le présent rapport a plus précisément pour but de a) mettre en lumière les différentes démarches adoptées par les pays étudiés pour s'acquitter de leur obligation d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale énoncée au paragraphe 1 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris; b) examiner la manière dont la notion d'"usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" énoncée au paragraphe 2 de l'article 10*bis* est interprétée et appliquée dans les pays étudiés; c) analyser la manière dont les exemples d'actes de concurrence déloyale interdits qui sont énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* sont appliqués dans les pays étudiés; et d) déterminer si d'autres actes sont couverts par cette protection dans les pays étudiés (notamment des actes favorisés par les technologies modernes). Le rapport s'achève par quelques remarques sur le rôle des règles de responsabilité civile. Si la rédaction de ce rapport a nécessité une analyse des sources d'information principales et, lorsqu'elles étaient disponibles, de sources secondaires dans chaque pays, nous avons présenté nos conclusions en regroupant les observations communes à plusieurs pays pour mettre en évidence des démarches et des catégories générales. Cette méthode permet de présenter un aperçu plus succinct et facilite la lecture du document.

La protection contre la concurrence déloyale et la réglementation de celle-ci en dehors des régimes de protection propres aux droits de propriété intellectuelle restent un sujet qui a peu été étudié en détail dans la plupart des pays considérés et par les organismes et organisations supranationaux dont ils font partie. Cette situation met en évidence la pertinence du présent rapport, qui donne un aperçu général du sujet et offre un point de départ potentiel à de futures recherches approfondies en la matière dans cette partie du monde. Il semble que quelques-unes des études juridiques les plus solides sur la question aient été menées en Afrique du Sud; néanmoins, les auteurs du présent rapport n'ont pas cédé à la tentation de trop mettre en avant les conclusions de ce pays du fait que celui-ci a choisi une démarche relativement unique. Dans la plupart des autres pays examinés, les publications et la jurisprudence restent quelque peu limitées⁹⁵. Il est donc peu surprenant (compte tenu également de la portée délibérément étendue de la notion de "concurrence déloyale" définie au paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, qui permet d'intégrer les différentes démarches adoptées par les pays et les régions dans ce domaine du droit) que la portée de ce type de protection reste souvent difficile à définir même pour les spécialistes de la propriété intellectuelle de ces pays. C'est pourquoi il est difficile d'établir une comparaison significative. Cependant, les conclusions de Mme Frauke Henning-Bodewig publiées en 1999⁹⁶, selon lesquelles les pays développés offrent généralement une certaine forme de protection juridique pour préserver la loyauté des pratiques dans le secteur du commerce, semblent s'appliquer également aux pays en développement étudiés ici. Il n'en reste pas moins que ces pays ont choisi des démarches différentes, comme nous allons l'expliquer plus en détail ci-après.

⁹⁴ Voir l'alinéa 1) de l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁹⁵ S'il a été difficile de trouver des jurisprudences pertinentes dans la plupart des pays, nous avons trouvé des affaires liées à la question de la concurrence déloyale dans environ un quart des pays étudiés.

⁹⁶ Henning-Bodewig, F. "International Protection Against Unfair Competition – Art. 10*bis* Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions" in *IIC* 1999, 166.

1. Cadre législatif

1.1 Cadres régionaux et sous-régionaux

Le droit de la concurrence déloyale n'est pas harmonisé entre les vingt pays d'Afrique examinés. Toutefois, plusieurs de ces pays sont membres d'une ou de plusieurs⁹⁷ communautés économiques de la région Afrique ou unions douanières qui ont mis en place des régimes régionaux ou sous-régionaux en matière de concurrence pour faire progresser l'intégration régionale dans ce domaine. Certains pays sont même membres de plusieurs communautés économiques de ce type. Les communautés économiques et unions douanières pertinentes sont examinées ci-dessous.

Le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA)⁹⁸, en particulier, a adopté en vertu de l'alinéa 3) de l'article 55 de son Traité un régime régional en matière de concurrence qui se compose du Règlement du COMESA de 2004 sur la concurrence⁹⁹, complété par les Règles du COMESA sur la concurrence et par des directives¹⁰⁰. L'alinéa 2) de l'article 10 du Traité du COMESA dispose que le règlement est contraignant dans son intégralité pour tous les États membres¹⁰¹. La Commission de la concurrence du COMESA¹⁰² veille au respect du régime de concurrence établi par cet organisme. Ce régime permet surtout de contrôler les fusions transfrontalières d'entreprises et d'interdire les pratiques commerciales restrictives ainsi que l'abus de position dominante; cependant, le règlement de la concurrence contient aussi, dans sa 5^e partie, des dispositions relatives à la protection du consommateur, notamment contre la présentation fautive ou frauduleuse de produits ou de services¹⁰³ et la "conduite inadmissible" dans les transactions avec des consommateurs et des entreprises¹⁰⁴. L'article 27 du Règlement sur la concurrence établit 11 catégories d'indications fausses ou frauduleuses. Selon une note explicative publiée par la Commission de la concurrence du COMESA, "les dispositions du règlement relatives à la conduite inadmissible visent à interdire les comportements manifestement déloyaux, qu'il s'agisse de vente ou d'achat de produits et de services. Le règlement comprend des Directives définissant ce qui est considéré comme inadmissible afin que les circonstances du comportement puissent être prises en compte."¹⁰⁵

Dans la région de la Communauté de développement de l'Afrique australe (CDA)¹⁰⁶, l'article 25 ("Politique en matière de concurrence") du Protocole de 1996 sur le commerce dans

⁹⁷ On trouvera un aperçu instructif de ce chevauchement d'adhésions de pays africains à des communautés économiques de la région et à des unions douanières dans Dawar and Lipimile "Africa: Harmonising competition policy under the AfCFTA" *Concurrences Competition Law Review* vol 2 (2020) pp244-245.

⁹⁸ Les pays étudiés suivants sont membres du COMESA : Eswatini, Kenya, Malawi, Maurice, Ouganda, Rwanda, Soudan, Zambie et Zimbabwe.

⁹⁹ Disponible à l'adresse

https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2014/04/2012_Gazette_Vol_17_Annex_12-COMESA-Competition-Regulations-as-at-December-2004.pdf [consulté le 13 septembre 2021].

¹⁰⁰ Disponible à l'adresse https://www.comesacompetition.org/?page_id=393 [consulté le 13 septembre 2021].

¹⁰¹ Néanmoins, les États membres se sont interrogés sur la nécessité d'adapter le Traité et le Règlement du COMESA sur la concurrence aux législations nationales. Voir par exemple Kigwiri et Mwemba "The COMESA Competition Commission (CCC), Earlier Experiences and Lessons for Regional Competition Regimes in the Global South, *AfronomicsLAW Analysis* (30 août 2021), disponible à l'adresse

<https://www.afronomicslaw.org/category/analysis/comesa-competition-commission-ccc-earlier-experiences-and-lessons-regional> [consulté le 13 septembre 2021].

¹⁰² Voir la 2^e partie du Règlement du COMESA sur la concurrence.

¹⁰³ Voir l'article 27 du Règlement du COMESA sur la concurrence.

¹⁰⁴ Voir les articles 28 et 29 du Règlement du COMESA sur la concurrence.

¹⁰⁵ Commission de la concurrence du COMESA, *Consumer Protection – Explanatory Note*, disponible à l'adresse https://www.comesacompetition.org/?page_id=294 [consulté le 13 septembre 2021].

¹⁰⁶ Les pays étudiés suivants sont membres de la CDA : Afrique du Sud, Botswana, Eswatini, Lesotho, Malawi, Maurice, Mozambique, Namibie, Tanzanie, Zambie, Zimbabwe.

la région de la Communauté de développement de l'Afrique australe (CDAA) dispose de manière générale que "les États membres doivent prendre des mesures au sein de la Communauté pour interdire les pratiques commerciales déloyales et favoriser la concurrence". Pour donner suite à cet article, la CDAA a adopté en 2009 une Déclaration non contraignante sur les politiques en matière de concurrence et de consommation¹⁰⁷. Au lieu d'instaurer une législation régionale sur la concurrence, la Déclaration prévoit un cadre de coopération permettant à terme d'harmoniser la législation et la politique régionales en la matière. Elle encourage notamment les États membres à établir "un cadre transparent contenant des mesures de protection adéquates pour protéger les informations confidentielles des parties et un mécanisme approprié de révision des lois nationales"¹⁰⁸.

En 2006, la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE)¹⁰⁹ a promulgué une Loi de la CAE sur la concurrence pour promouvoir et protéger la libre concurrence dans la Communauté et assurer le bien-être des consommateurs, et elle a adopté en 2010 un Règlement de la CAE sur la concurrence¹¹⁰. La partie VIII ("Bien-être du consommateur") de la Loi de la CAE sur la concurrence, qui est presque identique aux articles 27 et 28 du Règlement du COMESA sur la concurrence évoqué plus haut, interdit "les indications frauduleuses"¹¹¹ et "les conduites inadmissibles dans les transactions avec les consommateurs"¹¹². Depuis que la Loi de la CAE sur la concurrence est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2014, il existe au moins deux régimes juridiques parallèles sur la concurrence dans la région, à savoir le cadre régional de la CAE concernant les affaires transfrontalières et les lois nationales¹¹³ régissant les affaires de concurrence à l'échelle nationale.

D'autres cadres sous-régionaux semblent présenter moins d'importance aux fins de la présente étude. Si la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)¹¹⁴ a également établi un Cadre politique régional de la concurrence et des règles de concurrence communautaire¹¹⁵, ces instruments ne semblent pas s'étendre aux questions touchant à la concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Dans la 8^e partie de l'Accord de 2002 de l'Union douanière d'Afrique australe (SACU)¹¹⁶, les États membres s'engagent à établir des politiques nationales en matière de concurrence et à mener une coopération pour faire respecter ces politiques¹¹⁷. En outre, l'article 41 fait obligation aux États membres d'élaborer et d'adopter des politiques et des instruments pour régir les pratiques de commerce déloyal entre eux. La Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC)¹¹⁸ ne dispose pas de régime régional opérationnel régissant la concurrence, et plus particulièrement la concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

¹⁰⁷ Disponible à l'adresse

https://www.sadc.int/files/4813/5292/8377/SADC_Declaration_on_Competition_and_Consumer_Policies.pdf [consulté le 13 septembre 2021].

¹⁰⁸ Voir l'alinéa e) de l'article 1 de la Déclaration.

¹⁰⁹ Les pays étudiés suivants sont partenaires de la CAE : Kenya, Ouganda, Rwanda et Tanzanie.

¹¹⁰ En outre, le Protocole de 2004 sur l'établissement de l'union douanière de la CAE dispose dans son article 21 que "les États partenaires doivent interdire toute pratique ayant une incidence néfaste sur le libre-échange, notamment tout accord, engagement ou pratique concertée ayant pour but ou pour effet d'empêcher, de limiter ou de fausser la concurrence au sein de la Communauté. [...] Le présent article doit être mis en œuvre conformément à la politique et à la législation de la CAE sur la concurrence."

¹¹¹ Article 28 de la Loi de la CAE sur la concurrence.

¹¹² Article 29 de la Loi de la CAE sur la concurrence.

¹¹³ Dans la mesure où elles existent.

¹¹⁴ Les pays étudiés suivants sont membres de la CEDEAO : Gambie, Ghana, Libéria, Sierra Leone.

¹¹⁵ Ces documents peuvent être consultés sur le site Web de l'Autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO : <https://www.arcc-erca.org/> et ici : <https://www3.nd.edu/~ggoertz/rei/rei260/rei260.35tt1.pdf> [consulté le 13 septembre 2021].

¹¹⁶ Les pays étudiés suivants sont membres de la SACU : Afrique du Sud, Botswana, Namibie, Royaume d'Eswatini et Royaume du Lesotho.

¹¹⁷ Article 40.

¹¹⁸ Les pays étudiés suivants sont membres de la CEEAC : Sao Tomé-et-Principe et Rwanda.

À l'échelle continentale, les pays africains ont commencé à mener des échanges commerciaux dans le cadre de la nouvelle Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) au début de 2021. L'alinéa c) de l'article 4 de l'Accord de l'Union africaine de 2018 portant création de la zone de libre-échange continentale africaine (Accord de la ZLECAf) stipule que les États parties¹¹⁹ coopèrent notamment en matière de politique de concurrence. Les négociations menées au titre de l'Accord de la ZLECAf se déroulent en plusieurs phases. Selon l'article 7 de l'Accord de la ZLECAf, les questions relevant de la politique de concurrence (et des droits de propriété intellectuelle) font partie de la phase II des négociations. Celles-ci donneront lieu à l'établissement d'un Protocole sur la politique de concurrence. Une fois achevé, ce Protocole fera partie intégrante de l'Accord de la ZLECAf. Les négociations ont pris du retard en raison du COVID-19. Néanmoins, la phase II devrait débiter cette année. Il est encore difficile de savoir à ce stade si le Protocole sur la politique de concurrence ira au-delà des questions centrales de la législation sur la concurrence comme les cartels, les fusions et les abus de position dominante pour toucher aussi à d'autres domaines comme les "actes de concurrence contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" mentionnés à l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Il est toutefois essentiel de noter que selon l'article 5 de l'Accord de la ZLECAf, cet accord prend en compte les meilleures pratiques au sein des communautés économiques régionales, comme nous l'avons indiqué plus haut. En cas de conflit, les dispositions de l'Accord de la ZLECAf prévalent en principe, sauf si des États parties ont déjà atteint entre eux des niveaux d'intégration régionale plus élevés¹²⁰.

1.2 Cadres nationaux

À l'échelle nationale, il convient de noter que les pays disposent de systèmes juridiques très divers (qu'il s'agisse de droit civil, de *common law*, d'une combinaison des deux ou de droit religieux). Ces systèmes ont en outre une incidence sur la manière dont les pays gèrent les problèmes de concurrence déloyale, que ce soit sur le plan technique ou sur le fond. Les pays se sont donc acquittés de leurs obligations au titre du paragraphe 1 de l'article 1*bis* de la Convention de Paris de différentes manières, qui peuvent être résumées de la manière présentée ci-après.

La plupart des pays disposent de différents instruments juridiques pour gérer les différents aspects de la concurrence déloyale. L'éventail de ces instruments va généralement de législations spécifiques (mais pas nécessairement exhaustives) offrant une protection contre certains types de concurrence déloyale jusqu'à des lois sur la concurrence, des lois sur la protection du consommateur, des lois protégeant la propriété intellectuelle, des lois sectorielles ou à une combinaison de ces lois. En outre, les règles générales de la responsabilité civile et le droit des délits jouent aussi un rôle à cet égard dans certains pays, comme nous l'expliquons dans la section 6 du présent rapport. Le raisonnement à l'appui de cette protection diffère donc également, l'accent étant apparemment mis sur la protection du consommateur.

Plus précisément, la plupart des pays ne disposent pas actuellement de législation portant exclusivement sur la protection contre la concurrence déloyale. Seuls quatre des pays étudiés

¹¹⁹ Les "États parties" sont les États membres de l'Union africaine qui ont ratifié l'Accord de la ZLECAf ou qui y ont adhéré (voir l'alinéa v) de l'article 1^{er} de l'Accord de la ZLECAf). Les pays étudiés suivants sont des États parties : Afrique du Sud; Gambie; Ghana; Kenya; Malawi; Maurice; Namibie; Ouganda; Royaume d'Eswatini; Royaume du Lesotho; Rwanda, Sao Tomé-et-Principe; Sierra Leone; Zambie et Zimbabwe.

¹²⁰ Voir l'article 19 de l'Accord de la ZLECAf.

(Eswatini, Ghana, Maurice et Namibie) disposent de lois à cet égard¹²¹. Le Malawi dispose d'une Loi mixte sur la concurrence et le commerce loyal¹²². Plusieurs pays comme le Kenya, le Libéria, le Soudan et le Zimbabwe ne mentionnent pas de la même manière les actes de concurrence ou de commerce loyaux ou déloyaux dans le titre de leur législation sur la concurrence; néanmoins, ils couvrent bien les questions de concurrence déloyale dans leurs textes de loi¹²³. D'autres pays (notamment le Rwanda et la Zambie) ont adopté des lois protégeant à la fois la concurrence et le consommateur qui traitent généralement de questions de concurrence déloyale sous l'angle de la protection du consommateur¹²⁴. De même, plusieurs pays, en particulier l'Afrique du Sud, le Botswana, la Gambie, le Kenya, le Malawi et le Mozambique¹²⁵ traitent de certains aspects de la concurrence déloyale. Par ailleurs, différents éléments de la protection contre la concurrence déloyale peuvent aussi se trouver dans la législation en matière de propriété intellectuelle de plusieurs pays¹²⁶.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'Afrique du Sud dispose d'un régime juridique en matière de concurrence déloyale relativement développé au regard de la plupart des autres pays¹²⁷. Cependant, à la différence des autres pays, ce régime repose principalement sur la *common law*¹²⁸. Il reste néanmoins important de noter qu'à l'instar d'autre pays, l'Afrique du Sud gère aussi différents éléments de la concurrence déloyale au moyen de plusieurs instruments comme la loi sur les marques et la loi sur la protection du consommateur. Selon la *common law* sud-africaine, la concurrence déloyale constitue un acte délictuel (relevant de la responsabilité civile)¹²⁹ en vertu de la *lex Acquilia*¹³⁰. Pour déterminer si la

¹²¹ Eswatini : Loi sur les pratiques commerciales loyales de 2001; Ghana : Loi sur la protection contre la concurrence déloyale de 2000; Maurice : Loi sur la protection contre les pratiques déloyales (droits de propriété industrielle) de 2002; Namibie : Loi sur les pratiques commerciales de 1976. À première vue, la Loi de la République-Unie de Tanzanie de 2003 sur la concurrence déloyale semble aussi relever de cette catégorie; toutefois, si elle traite bien de questions de concurrence déloyale dans ses parties III à V, elle aborde ces questions de manière plus générale et ne peut donc pas être considérée comme une loi spécifique visant exclusivement la protection contre la concurrence déloyale. Le Libéria, pour sa part, semble avoir élaboré une telle législation en 2014; néanmoins, il semble que ce projet de loi n'ait jamais été promulgué.

¹²² Loi sur la concurrence et le commerce loyal n° 43 de 1998; le "commerce déloyal" est traité à l'article 43.

¹²³ Ainsi, l'article 55 de la loi du Kenya sur la concurrence de 2010 traite des indications frauduleuses ou susceptibles d'induire en erreur, et les articles 56 et 57 traitent de la "conduite inadmissible"; voir aussi l'article 7 ("Déclarations fallacieuses", partie III ("Pratiques commerciales déloyales")) de la loi du Libéria de 2016 sur la concurrence, le chapitre 3 ("Protection du consommateur") de la loi du Soudan de 2009 sur la concurrence et antitrust], et l'article 42 ("Pratiques commerciales déloyales") de la loi du Zimbabwe de 1996 sur la concurrence.

¹²⁴ Voir la loi du Rwanda n° 36/2021 relative à la concurrence et à la protection du consommateur (chapitre V : Protection du consommateur, notamment les articles 37 et 39) et la loi de la Zambie de 2010 sur la concurrence et la protection du consommateur (partie VII "Protection du consommateur"), en particulier les articles 45 à 47 qui traitent des pratiques de concurrence déloyale et des indications fausses ou frauduleuses).

¹²⁵ Voir par exemple l'article 11 de la loi de la Gambie de 2014 sur la protection du consommateur, les articles 43 et 44 de la loi du Malawi de 2003 sur la protection du consommateur, l'article 20 de la loi du Mozambique de 2009 sur les droits du consommateur, et la partie F de la loi de l'Afrique du Sud de 2008 sur la protection du consommateur.

¹²⁶ Voir par exemple l'article 114 de la loi du Botswana de 2010 sur la propriété industrielle, l'article 34 (partie VI) de l'ordonnance du Lesotho de 1989 sur la propriété industrielle, l'article 10.2 de la loi du Libéria de 2016 sur la propriété intellectuelle, les articles 212 et 213 du Code du Mozambique de 2015 sur la propriété industrielle, l'article 194 de la loi de la Namibie de 2012 sur la propriété industrielle, le titre III ("Protection contre la concurrence déloyale") de la loi du Rwanda n° 31/2009 sur la protection de la propriété intellectuelle, les articles 277 et 278 du Code de la propriété intellectuelle de Sao Tomé-et-Principe de 2016, et la partie III de la loi de la Sierra Leone de 2014 sur les marques.

¹²⁷ Pour une analyse approfondie de ce sujet, voir Johann Neethling, *Unlawful Competition*, LexisNexis 2015.

¹²⁸ Plusieurs autres pays étudiés, notamment le Lesotho, la République-Unie de Tanzanie et le Zimbabwe s'appuient aussi sur la *common law* pour régir certains aspects de la concurrence déloyale, en particulier la substitution de produits ou de services. Cette situation s'explique aussi du fait que d'un point de vue historique, le système juridique de plusieurs autres pays étudiés est fondé sur la *common law* anglaise ou sur le droit sud-africain.

¹²⁹ Owen Dean & Alison Dyer, *Introduction to Intellectual Property Law*, Oxford University Press South Africa (2014) at 3.1.

¹³⁰ Pour que la responsabilité puisse être engagée au titre de la *lex Acquilia*, il faut établir l'existence d'un acte ou d'une omission frauduleux, d'un lien de causalité, d'une faute ou encore d'un préjudice patrimonial.

concurrence est déloyale, l'un des éléments essentiels est le critère du *boni mores*¹³¹, qui est notamment fondé sur l'équité, l'honnêteté, le caractère raisonnable de l'acte et les bonnes mœurs. Cet élément sera examiné plus en détail au chapitre 3 du présent rapport. Le régime juridique de la concurrence déloyale met l'accent sur la protection des intérêts des concurrents car il vise avant tout à gérer les atteintes au droit d'attirer le consommateur. Les tribunaux sud-africains ont déjà reconnu plusieurs formes particulières de concurrence déloyale dans le cadre de la *common law*, notamment la substitution de produits ou de services, l'assimilation d'un produit à celui d'un concurrent, certaines allégations frauduleuses, l'acquisition frauduleuse de secrets d'affaires, ou le fait de répandre des rumeurs fausses ou malveillantes. En outre, l'atteinte à tout texte de loi (par exemple la loi de l'Afrique du Sud sur la protection du consommateur) peut aussi donner lieu à des poursuites au titre de la concurrence déloyale au sens de la *common law*¹³², ces poursuites étant souvent menées parallèlement aux voies de recours prévues par la loi concernée¹³³.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Plusieurs pays, notamment le Botswana, la Gambie, le Ghana, le Lesotho, Maurice, le Mozambique, la Namibie, le Rwanda, Sao Tomé-et-Principe et la Sierra Leone mentionnent tout particulièrement les "usages honnêtes" en matière commerciale¹³⁴ dans leur législation pertinente. Maurice est l'un des pays ayant cherché à définir l'expression "contraire aux usages honnêtes en matière commerciale". Selon sa loi de 2002 sur la protection contre les pratiques déloyales (droits de propriété industrielle), "ce terme (...) recouvre toute pratique susceptible de constituer une rupture de contrat, un abus de confiance, une incitation au délit ou l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant"¹³⁵.

Toutefois, l'expression "usages honnêtes" n'est généralement pas définie plus en détail dans la législation nationale. En revanche, certaines activités précises sont souvent considérées comme des actes de concurrence déloyale ou illicite et sont donc par extension contraires aux usages honnêtes en matière commerciale¹³⁶.

L'alinéa 2) de l'article 114 de la loi du Botswana sur la propriété industrielle dispose par exemple que "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale constitue un acte de concurrence déloyale". L'alinéa 3) du même article comporte une liste de formes précises d'actes relevant explicitement de la concurrence déloyale, qui reprend les termes du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. De même, la loi du Ghana sur la protection contre la concurrence déloyale stipule à l'article 7 que "outre les actes mentionnés aux articles 1 à 6, tout acte ou pratique effectués dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales qui est contraire aux usages honnêtes constitue un acte de concurrence déloyale". Les articles 1 à 6 font mention des actes suivants :

- créer une confusion avec l'établissement ou l'activité d'autrui;
- porter atteinte à l'image ou la réputation d'autrui;
- induire le public en erreur;
- discréditer l'établissement ou l'activité d'autrui;
- commettre un acte de concurrence déloyale au regard d'informations confidentielles; et

¹³¹ Voir *Phumelela Gaming and Leisure Ltd c. Gründlingh and Others* 2007 (6) SA 350 (CC), 361-362.

¹³² Dean & Dyer, *Introduction to Intellectual Property Law*, 3.5.2.

¹³³ La relation entre d'une part le droit de la concurrence déloyale selon la *common law* et d'autre part les autres droits de propriété intellectuelle est un peu plus complexe : voir par exemple *Payen Components SA Ltd c. Bovis Gaskets CC and Others* 1995 (4) SA 441 (A) 29.

¹³⁴ Certains de ces pays, mais pas tous, font aussi spécifiquement référence au domaine "industriel".

¹³⁵ Voir l'alinéa 4) de l'article 4 de la loi de 2002 sur la protection contre les pratiques déloyales (droits de propriété industrielle).

¹³⁶ Voir par exemple le Botswana, la Gambie et le Lesotho.

- commettre un acte de concurrence déloyale au regard d'obligations nationales et internationales.

D'autres pays étudiés emploient l'expression "pratique déloyale", "pratique commerciale déloyale", "pratique concurrentielle déloyale" ou simplement "concurrence déloyale" au lieu de l'expression "acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" dans leur législation pertinente. Là encore, ces termes ne sont généralement pas définis; cependant, le texte mentionne souvent plusieurs formes de comportement à titre d'exemple. Ainsi, la loi de l'Eswatini de 2001 sur les pratiques commerciales loyales ne contient pas l'expression "usages honnêtes" mais fait référence à des pratiques déloyales. Dans sa deuxième partie, cette loi rend illicites certaines formes de comportement commercial, notamment le fait d'induire le public en erreur, les indications trompeuses ou les comportements frauduleux. De même, la législation du Malawi fait mention de pratiques concurrentielles déloyales et non d'usages honnêtes en matière commerciale, et l'article 43 de sa loi sur la concurrence et les échanges commerciaux loyaux énumère les cas dans lesquels il y a pratique concurrentielle déloyale, notamment la description fallacieuse de faits et les comportements susceptibles d'induire le public en erreur.

En Afrique du Sud, les tribunaux considèrent depuis longtemps déjà que si les critères de loyauté et d'honnêteté en matière de commerce et de concurrence sont vagues et élastiques, ils restent essentiels pour déterminer si un comportement est illicite. Cependant, le critère plus nuancé de *boni mores* a évolué depuis et met davantage l'accent sur la moralité et l'éthique ainsi que sur des considérations de politique publique. Dans son analyse de l'affaire *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd c. Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd and Others*¹³⁷, le juge Van Dijkhorst indique que "les intérêts des parties en concurrence doivent être appréciés en tenant compte également des intérêts de la société et du bien de la collectivité. Comme cette norme ne saurait exister *in vacuo*, il est essentiel, pour pouvoir la déterminer, de prendre en compte la moralité sur le marché et la déontologie commerciale dans la partie de la communauté où cette norme doit s'appliquer".

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

Plusieurs pays se sont efforcés de mettre en œuvre les dispositions du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris en intégrant dans leur législation nationale un libellé identique ou très proche; cette démarche est fréquente lorsque la question de la concurrence déloyale est traitée dans la législation sur la propriété intellectuelle ou dans une loi particulière offrant une protection contre la concurrence déloyale¹³⁸. Néanmoins, comme nous l'avons indiqué dans la section 2.b du présent rapport, certains aspects de la législation sur la concurrence déloyale sont aussi souvent régis par d'autres types de lois, notamment des lois sur la protection du consommateur et sur la concurrence. Il devient alors complexe de retrouver les cas de conduite déloyale énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* dans les différents cadres juridiques nationaux, qui comportent de nombreuses couches et dont les dispositions se chevauchent même parfois. La tâche est encore plus compliquée du fait que dans la plupart des pays, la jurisprudence pertinente reste trop rare pour a) permettre de déterminer dans quelle mesure la protection nationale correspond à celle qui est prévue au paragraphe 3 de l'article 10*bis* (en particulier si le libellé employé dans les textes nationaux est différent de celui dudit article), et b) permettre de déterminer la portée précise de la protection nationale.

¹³⁷ 1981 (2) SA 173 (T). Le critère du *boni mores* a été confirmé par la suite par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *Phumelela Gaming and Leisure Ltd c. Gründlingh and Others* (2007 (6) SA 350 (CC)).

¹³⁸ Les pays suivants ont notamment repris dans leur législation des dispositions très proches du libellé du paragraphe 3 de l'article 10*bis* : Botswana; Gambie; Lesotho; Mozambique; Sao Tomé-et-Principe; Sierra Leone.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Les membres de l'Union de Paris peuvent aller au-delà des normes minimales définies à l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Beaucoup de pays ont agi de la sorte et un large éventail d'actes supplémentaires de concurrence déloyale a été observé dans l'ensemble de ces juridictions.

Certains pays ont élargi les catégories d'allégations et d'indications fausses ou frauduleuses. Ainsi, la loi de l'Eswatini sur les pratiques commerciales loyales énonce d'autres types d'indications fausses¹³⁹ ou frauduleuses, et par conséquent d'actes de concurrence déloyale correspondants. Si beaucoup de ces formes de conduite relèvent du cadre du paragraphe 3 de l'article 10*bis*, certaines le dépassent, notamment les suivantes :

- les fausses indications concernant le sol (article 8);
- les indications fausses ou susceptibles d'induire le public en erreur concernant le fait d'offrir des cadeaux ou de décerner des prix (article 11);
- le fait de fournir ou de recevoir des bons de remise (article 12);
- la publicité fondée sur des produits d'appel (article 13); et
- l'interdiction des systèmes pyramidaux (article 18).

Le Ghana en offre également un exemple dans sa loi sur la protection contre la concurrence déloyale, qui énumère un certain nombre de formes de conduite échappant à la portée du paragraphe 3 de l'article 10*bis*, en particulier les suivantes :

- le fait de porter atteinte à l'image d'une personne ou d'un établissement, que cet acte crée ou non une confusion (article 2);
- les actes contraires aux obligations nationales et internationales ou aux obligations découlant de traités régionaux ou internationaux (article 6).

Par ailleurs, il convient de noter que les autres actes de concurrence déloyale suivants sont tout particulièrement reconnus dans plusieurs pays :

- certains usages d'indications géographiques¹⁴⁰; et
- l'emploi ou la divulgation d'informations confidentielles¹⁴¹.

Le rôle de la responsabilité civile

Avant de régir les questions de concurrence déloyale par des lois particulières, de nombreux pays ont commencé par adapter leurs notions juridiques existantes à cette fin. Si la plupart des pays se sont désormais dotés d'une législation portant spécifiquement sur certains types de concurrence déloyale, les règles générales de la responsabilité civile ou le droit des délits continuent de jouer un certain rôle, y compris dans les pays étudiés ici. Il convient de noter qu'aucun de ces pays n'a abrogé ou annulé ses règles de responsabilité civile ou son droit des délits en vigueur lorsqu'il s'est doté de lois plus spécialisées.

Dans certains pays, les règles de responsabilité civile ou le droit des délits régissant les actes de concurrence déloyale servent à interpréter les dispositions de la législation examinées dans le présent rapport; tel est par exemple le cas au Ghana et en République-Unie de Tanzanie.

¹³⁹ De même, l'alinéa 3) de l'article 41 ("Indications fausses, frauduleuses ou de nature à induire le public en erreur") de la loi de l'Afrique du Sud sur la protection du consommateur contient une longue liste de ces représentations.

¹⁴⁰ Par exemple au Botswana, au Libéria et à Sao Tomé-et-Principe.

¹⁴¹ Par exemple au Botswana, à Maurice, au Ghana, au Libéria et en Namibie.

Plus précisément, un tribunal du Ghana a disposé que la conduite d'un défendeur¹⁴² était contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, et qu'en conséquence elle constituait un acte de concurrence déloyale. Pour parvenir à cette décision, il s'est fondé dans une large mesure sur le droit des délits visant la substitution de produits ou de services¹⁴³. Dans l'affaire *Tanzania Cigarette Company Ltd c. Mastermind Tobacco*¹⁴⁴, un tribunal a examiné une plainte formée au titre de la loi sur la concurrence loyale à la lumière du droit des délits visant la substitution de produits ou de services, et il a conclu qu'aucun acte déloyal n'avait été commis.

Dans d'autres pays, notamment à Maurice et en Namibie, de nouvelles lois ont été promulguées parallèlement aux règles de responsabilité civile et au droit des délits. Comme nous l'avons vu plus haut, le droit de la concurrence déloyale à Maurice repose sur la loi de 2002 sur la protection contre les pratiques déloyales (droits de propriété industrielle). Dans l'affaire *The Polo/Lauren Company c. Regent Ltd & Ors*¹⁴⁵, par exemple, un tribunal mauricien a reconnu que la notion de substitution de produits ou de services était non seulement définie par la *common law*, mais qu'elle l'était également par le droit législatif puisqu'il existait une loi sur les pratiques déloyales¹⁴⁶. Pour sa part, la Haute Cour de Namibie, dans l'affaire *Southern Sun Africa c. Sun Square Hotel*¹⁴⁷, a examiné la plainte d'un hôtelier qui accusait un concurrent d'utiliser son image dans un acte de substitution. Elle a donné raison au plaignant au titre de la substitution de produits ou de services (droit des délits) sans invoquer la loi de 1976 sur les pratiques commerciales ni la loi de 2012 sur la propriété industrielle. En s'abstenant complètement de s'appuyer sur la législation, elle semble avoir montré que le droit des délits et sa notion de substitution continuaient à jouer un rôle majeur dans le droit namibien, ce rôle n'étant pas complémentaire au droit législatif mais parallèle à lui.

B. ORGANISATION AFRICAINE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OAPI)*

1. Cadre législatif

Plusieurs législations sont en vigueur en matière de concurrence dans les pays de l'OAPI. Cette situation semble découler d'un mouvement général¹⁴⁸. De fait, ce sont les particularités de la région qui permettent d'expliquer cette situation. L'OAPI compte 17 États membres¹⁴⁹.

¹⁴² Le défendeur importait et distribuait une liqueur de plantes dont le plaignant avait le monopole de la distribution.

¹⁴³ Voir *Georgina Achiaa c. Don Emilio Company Limited*, procès n° IPR / 16/ 2010.

¹⁴⁴ Affaire n° 11 de 2005 de la Haute Cour de République-Unie de Tanzanie.

¹⁴⁵ 2004 SCJ 24.

¹⁴⁶ Au demeurant, dans l'affaire *Emtel Ltd (Emtel) c. The Information and Communication Technologies Authority (ICTA) et al* (2017 SCJ 294), la Cour suprême de Maurice qui examinait la question de l'exclusivité d'un service de téléphonie mobile cellulaire a pris une décision touchant à la concurrence déloyale et à l'application des règles de responsabilité civile dans le pays. En s'appuyant sur l'article 1382 du Code civil mauricien, elle a statué que le défendeur avait commis un acte de concurrence déloyale au titre de la responsabilité civile. Elle a estimé que le demandeur ne pouvait être tenu de baisser ses prix afin de s'aligner sur ceux du défendeur.

¹⁴⁷ [2018] NAHCMD 105.

* *M. Patrick Juvet Lowé Gnintedem, chargé de cours, Université de Dschang (Cameroun).*

¹⁴⁸ T. Büthe et V. K. Kigwiru, "The Spread of Competition Law and Policy in Africa: A Research Agenda", *African Journal of International Economic Law*, volume 1 (automne 2020), 41-83. Voir également Baker McKenzie, *Overview of Competition and Antitrust Regulations in Africa*, 2019, Johannesburg, Baker McKenzie, 156, disponible à l'adresse <https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/guides/2019/overview-of-competition-and-antitrust-regulations-in-africa.pdf> [consulté en août 2021].

¹⁴⁹ Ces États membres sont les suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, République centrafricaine, Sénégal, Tchad et Togo.

Ces États sont également membres d'autres organisations régionales qui disposent de leurs propres réglementations et politiques en matière de concurrence. Deux organisations régionales ont adopté des dispositions générales dans ce domaine.

L'une de ces organisations régionales est la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC)¹⁵⁰, qui a récemment établi un nouveau cadre dans ce domaine en vertu du Règlement n° 06/19-UEAC-639-CM-33 du 7 avril 2019 relatif à la concurrence¹⁵¹. Ce règlement¹⁵² a pour objet de définir les règles communes de la concurrence pour promouvoir le libre jeu du marché, en contrôlant ou éliminant les pratiques anticoncurrentielles ayant pour effet de porter préjudice au commerce entre les États membres, à leur développement et au bien-être des consommateurs¹⁵³. Elle rassemble en un seul texte des dispositions sur les accords anticoncurrentiels, sur l'abus de position dominante, sur les fusions¹⁵⁴ et sur les aides publiques. Elle prévoit l'établissement, au sein de la Commission de la CEMAC, d'un Conseil communautaire de la concurrence (CCC), un organisme technique chargé de présenter des recommandations à cette Commission¹⁵⁵. Le règlement est complété par la Directive n° 01-19-UEAC-639-CM-33 du 8 avril 2019 relative à l'organisation institutionnelle dans les États membres de la CEMAC pour l'application des règles communautaires de la concurrence.

L'autre organisation régionale est l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA)¹⁵⁶. Plusieurs lois définissent le régime de la concurrence dans ce cadre régional. Le principal est le Traité de Dakar de 1994 constituant l'UEMOA (le Traité de l'UEMOA). Cet instrument contient des dispositions concernant la concurrence. Sur le fond, ces dispositions constituent l'essentiel du droit de la concurrence et prévoient l'interdiction des accords anticoncurrentiels et de l'abus de position dominante¹⁵⁷; elles confèrent à la Commission les compétences nécessaires pour faire respecter le droit communautaire¹⁵⁸. D'autres règlements et directives établissent le droit fondamental de la concurrence¹⁵⁹. Ces règlements sont notamment le Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 sur les pratiques commerciales anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, le Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA, et le Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux

¹⁵⁰ La CEMAC compte six États membres : Cameroun, Congo, Guinée équatoriale, Gabon, République centrafricaine et Tchad.

¹⁵¹ Avant l'instauration de ce règlement unifié, le droit de la concurrence était principalement régi par deux instruments : le Règlement de la CEMAC n° 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 tel que modifié par le Règlement n° 12-05-UEAC-639 du 27 juin 2005, et le Règlement n° 4/99-UEAC-639 du 18 août 1999.

¹⁵² Article 2, Règlement de la CEMAC du 7 avril 2019.

¹⁵³ Le cadre réglementaire offrant une protection aux consommateurs est établi en vertu de la Directive n° 02/19-UEAC-639-CM-18 du 22 mars 2019 sur l'harmonisation de la protection des consommateurs au sein de la CEMAC.

¹⁵⁴ Tamara Dini, "Merger Notification Under the CEMAC Competition Law Regime", 18 janvier 2021, disponible à l'adresse

https://www.bowmanslaw.com/insights/competition/merger-notification-under-the-cemac-competition-law-regime/#_ftnref4 [consulté en août 2021].

¹⁵⁵ BOWMANS, *Africa Guide – Competition*, Bowmans Law Firm, 2021, 4. Disponible à l'adresse https://www.bowmanslaw.com/wp-content/uploads/2021/07/Competition_Digital.pdf

¹⁵⁶ L'UEMOA compte huit États membres : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

¹⁵⁷ Articles 88 et 89 du Traité de l'UEMOA.

¹⁵⁸ Article 90 du Traité de l'UEMOA. À noter que la Cour de Justice a disposé que les dispositions des articles 88, 89 et 90 du Traité constitutif de l'UEMOA relevaient de la compétence exclusive de l'Union et que les États membres ne pouvaient exercer de compétences partagées ou concomitantes dans le domaine de la concurrence. Avis n° 003/2000 du 27 juin 2000 relatif à l'interprétation des articles 88, 89, 90 du Traité sur les règles de la concurrence dans l'Union, in Cour de Justice de l'UEMOA, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 119–132.

¹⁵⁹ M. Bakhoun et J. Molestina, "Institutional Coherence and Effectivity of a Regional Competition Policy: The Case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)" *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-17*, 2011, 3.

aides d'État à l'intérieur de l'UEMOA et aux modalités d'application de l'article 88 c) du Traité. Les directives sont notamment la Directive n° 01/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la transparence des relations financières d'une part entre les États membres et les entreprises publiques et d'autre part entre les États membres et les organisations internationales ou étrangères, et la Directive n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA.

Il est intéressant de noter que tous les États membres de l'UEMOA sont également membres de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)¹⁶⁰. La CEDEAO a instauré une législation en matière de concurrence en établissant l'Acte additionnel A/SA.1/06/08 du 19 décembre 2008 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO¹⁶¹. Cet Acte vise notamment à interdire toute pratique commerciale anticoncurrentielle ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence à l'échelle régionale afin de garantir le bien-être du consommateur. Il prévoit aussi l'établissement d'une Autorité de la concurrence de la CEDEAO chargée de veiller à l'application des règles de la concurrence de la Communauté. Pour favoriser la convergence des interventions de l'UEMOA et de la CEDEAO, il faudra procéder à des adaptations institutionnelles qui représenteront indiscutablement l'un des défis majeurs du processus d'intégration régionale en Afrique de l'Ouest¹⁶².

Outre les règles de concurrence établies par des unions régionales, l'OAPI dispose de ses propres règles¹⁶³ en matière de droit de la concurrence. De fait, les législateurs de l'OAPI considèrent qu'il est souhaitable d'établir "un système uniforme de protection contre la concurrence déloyale"¹⁶⁴. C'est pourquoi l'Accord de Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)¹⁶⁵ est assorti d'une annexe VIII qui concerne la "protection contre la concurrence déloyale"¹⁶⁶.

S'agissant des législations nationales des pays membres de l'OAPI¹⁶⁷, la mise en œuvre des lois et des politiques en matière de concurrence varie d'un pays à l'autre. Certains pays disposent d'une législation en vigueur et d'une autorité opérationnelle dans le domaine de la concurrence; d'autres ont promulgué une loi sur la concurrence mais n'ont pas encore établi d'autorité compétente en la matière; et d'autres n'ont pas encore établi de législation ou se trouvent encore à un stade précoce de l'élaboration de celle-ci¹⁶⁸. Par ailleurs, lorsque des

¹⁶⁰ Les 15 États membres composant la CEDEAO sont les suivants : Bénin, Burkina Faso, Cabo Verde, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, Sénégal, Sierra Leone et Togo.

¹⁶¹ Elle a également établi l'Acte additionnel n° A/SA.2/06/08 portant création, attributions et fonctionnement de l'autorité régionale de la concurrence de la CEDEAO.

¹⁶² CNUCED, *Rapport préparatoire de l'examen ex post de la politique de concurrence de l'Union économique et monétaire ouest-africaine*, publication des Nations Unies, 2020, 60.

¹⁶³ L'UEMOA comme la CEMAC ne font absolument aucune distinction entre les pratiques anticoncurrentielles et la concurrence déloyale. Dès lors, tout règlement est accepté s'il ne contrevient pas aux règles de ces entités régionales. Atchiman Joséphine Naara Koutouan, *Contribution à l'étude des droits régionaux de la concurrence en Afrique de l'Ouest : cas de l'union économique et monétaire Ouest-Africaine et de la communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest*, thèse de doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2018, 223.

¹⁶⁴ Préambule de l'Accord de Bangui.

¹⁶⁵ OAPI est l'acronyme d'Organisation africaine de la propriété intellectuelle. L'Accord de Bangui a été modifié le plus récemment à Bamako le 14 décembre 2015.

¹⁶⁶ L'annexe VIII est l'une des quatre annexes qui sont en vigueur depuis le 14 novembre 2020, conformément à la *Décision n° 003/OAPI/PCA du 27 octobre 2020 portant date d'entrée en vigueur de certaines annexes de l'Accord de Bangui, Acte du 14 décembre 2015*.

¹⁶⁷ On trouvera des informations sur certains de ces pays dans CNUCED, *Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal*, Nations Unies, New York et Genève, 2007.

¹⁶⁸ Voir K. Dawar et G. Lipimile, "Africa: harmonising competition policy under the AfCFTA", *Concurrences/Competition Law Review*, 2-2020, 244-245.

législations nationales coexistent avec des réglementations régionales, il est manifestement nécessaire de définir la portée de chaque texte¹⁶⁹.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Le premier Accord de Bangui instituant l'OAPI le 2 mars 1977 comportait déjà des dispositions relatives à la concurrence déloyale. Ces dispositions se trouvaient toutes dans l'article 17 du titre II de l'annexe V relatif aux noms commerciaux et à la protection contre la concurrence déloyale. Aux termes de cet article, est considéré comme déloyal tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes dans le domaine industriel, commercial, artisanal ou agricole. Le paragraphe 2 du même article contient une liste non exhaustive d'actes de concurrence contraire aux usages honnêtes.

Dans le premier amendement à l'Accord de Bangui du 24 février 1999, une annexe entière, l'annexe VIII, a été consacrée à la protection contre la concurrence déloyale¹⁷⁰. La révision de l'Accord de Bangui du 14 décembre 2015 n'a pas modifié ce cadre juridique de manière notable¹⁷¹.

On peut constater que la notion d'"usages honnêtes" au sens du paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris est associée à la concurrence déloyale dans toutes les versions de l'Accord de Bangui. Les auteurs continuent de considérer que "constitue un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, est contraire aux usages honnêtes"¹⁷². De plus, l'expression "activités industrielles ou commerciales" s'entend également d'activités libérales¹⁷³. Enfin, l'expression "pratique" s'entend non seulement d'un acte stricto sensu mais aussi de tout comportement par omission¹⁷⁴.

L'Accord de Bangui de 2015 (et celui de 1999) diffère de l'accord initial de 1977 dans la mesure où il précise la relation entre la protection générale contre la concurrence déloyale et l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Si l'annexe VIII contient une liste des actes considérés comme de la concurrence déloyale¹⁷⁵, il est précisé, à titre de principe général, que les articles énumérant ces actes "s'appliquent indépendamment et en sus de toute disposition législative protégeant les inventions, les dessins et modèles industriels, les marques, les œuvres littéraires et artistiques et autres objets de propriété intellectuelle"¹⁷⁶. Cela signifie-t-il que des actes de concurrence déloyale pourraient être analogues à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle?

¹⁶⁹ M. Bakhoun et J. Molestina, "Institutional Coherence and Effectivity of a Regional Competition Policy: The Case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)" *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-17*, 2011, 3-4; M. S. Gal et I. Faibish Wassmer, "Regional Agreements of Developing Jurisdictions: Unleashing the Potential", in J. Drexler, M. Bakhoun, E. Fox, M. Gal and D. Gerber (eds.), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Edward Elgar, 2012, 311-313.

¹⁷⁰ L'Accord, qui ne contenait qu'un seul article sur la protection contre la concurrence déloyale en 1977, en consacre huit à ce sujet dans sa version révisée.

¹⁷¹ Il convient de souligner que des précisions sur les dommages ont été ajoutées, et qu'un nouvel article 9 indique clairement que l'annexe VIII de l'Accord de Bangui du 24 février 1999 est abrogée.

¹⁷² Alinéa 1) de l'article 17 de l'Accord de Bangui (1977); alinéa 1)a) de l'article premier de l'Accord de Bangui (1999); alinéa 2)a) de l'article premier de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015).

¹⁷³ Alinéa 1)b) de l'article premier de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015). Les professions libérales s'entendent des professions qui ne sont pas soumises au droit commercial. Toutefois, elles constituent un secteur concurrentiel du fait qu'elles s'adressent à des clients et en raison des moyens techniques et des formes juridiques adoptés, ainsi que de la nature de leurs activités. Les structures de conseil juridique ou de consultants pourraient également relever de cette catégorie. En revanche, les services et les structures philanthropiques sont exclus de la définition des professions libérales au sens de cet article.

¹⁷⁴ Alinéa 1)e) de l'article premier de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015).

¹⁷⁵ Articles 2 à 6 de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015).

¹⁷⁶ Alinéa 3) de l'article premier de l'annexe VIII.

D'une manière générale, il est possible d'intenter une action en justice pour atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Il n'existe pas de différence évidente et clairement définie entre une action en atteinte de droit de propriété intellectuelle et l'interdiction d'un comportement illicite fondée sur un acte de concurrence déloyale au sens général¹⁷⁷. Les tribunaux des États membres de l'OAPI ont émis différents avis à cet égard. D'un côté, il est clair que ces deux actions ne sont pas cumulatives; une décision de justice en matière de concurrence déloyale ne saurait reposer sur des actes ou faits qui auraient justifié une action en atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Tel est l'avis de la Haute Cour de Douala, qui dans une affaire¹⁷⁸ a disposé que l'atteinte à la marque Lancôme par la société Soparca ne constituait pas un acte de concurrence déloyale car celle-ci consiste à commettre des actes malhonnêtes contraires aux pratiques commerciales pour induire des clients en erreur. Le défendeur a donc été condamné pour contrefaçon au titre de la loi sur les marques applicable. D'un autre côté, et contrairement à l'avis précédent, certains considèrent qu'une action en justice peut être intentée au titre de la concurrence déloyale parallèlement à l'atteinte de droits de propriété intellectuelle ou à des actes de contrefaçon. La Haute Cour de Ouagadougou¹⁷⁹ a disposé à cet égard que dans la situation où une marque était légalement enregistrée et protégée tandis qu'une autre ne l'était pas, la seconde marque plus récente constituait une contrefaçon de la première plus ancienne car elle imitait certaines caractéristiques distinctives. Simultanément, la Cour a estimé que cet acte de contrefaçon constituait aussi un acte de concurrence déloyale parce qu'il créait une confusion et pouvait induire le public en erreur¹⁸⁰. Ce second avis semble partagé par la majeure partie des tribunaux des États membres de l'OAPI¹⁸¹.

Le libellé choisi par les législateurs de l'OAPI à l'alinéa 3) de l'article premier de l'annexe VIII, tel qu'interprété par la plupart des tribunaux, offre un choix supplémentaire à une partie victime d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Cette partie peut soit mener une action cumulant la concurrence déloyale et l'atteinte à la propriété intellectuelle, soit ne choisir que l'un de ces motifs. Toutefois, il est évident qu'une action en concurrence déloyale ne peut être menée que si des actes constituant une atteinte ont été commis. Bien entendu, il ne peut y avoir ni double condamnation ni doubles dommages. Quoi qu'il en soit, les actions en concurrence déloyale semblent offrir un éventail de possibilités plus large (puisqu'elles peuvent être introduites aussi bien pour une atteinte à la propriété intellectuelle que pour d'autres motifs) que des actions motivées exclusivement par l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

L'article 10*bis* de la Convention de Paris contient, au paragraphe 3, une liste de trois actes précis constituant de la concurrence déloyale. La protection contre l'ensemble de ces actes

¹⁷⁷ J. Schmidt-Szalewski, "La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence", *RTD com*, 1994, 455 et s.

¹⁷⁸ T. G. I. DOUALA, jugement civil n° 013 du 6 oct. 1986, *Aff. Lancôme Parfums et Beauté Cie c/ Société Soparca*. Inédit.

¹⁷⁹ TGI de Ouagadougou, jugement n° 139/2005 du 23 mars 2005, *Revue africaine de Propriété Intellectuelle*, n° 4, décembre 2013, 39 et s., Observations Kouliga Nikiéma.

¹⁸⁰ Plus précisément, la Cour dispose ce qui suit : "Attendu en l'espèce que des pièces versées au dossier, les produits de la marque MIMO présentent des similitudes autant sur les inscriptions que sur les couleurs des emballages avec ceux de la marque OMO; que la marque OMO étant une marque légalement enregistrée et protégée, alors que la marque MIMO ne l'est pas, ces actes d'imitation constituent une contrefaçon, et par la confusion et la tromperie que les produits de la marque MIMO pouvaient occasionner au sein du public, ces actes constituent même des actes de concurrence déloyale".

¹⁸¹ Voir aussi TGI du Wouri, jugement civil n° 192 du 15 décembre 2000, *Affaire Moulinex S.A. c/ Vapsan Trading Cie, Éts Monique, Sté ONASHI SARL, SOCOPRAMAC*, Observations Ndema Elongué Max-Lambert, in *La Gazelle, Revue scientifique de la Propriété industrielle en Afrique*, n° 001, novembre 2007, 57 et s.

déloyaux est principalement assurée au titre de l'Accord de Bangui dans les pays de l'OAPI¹⁸². Elle comprend une protection contre la confusion (1° du paragraphe 3), les allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent (2° du paragraphe 3) et les pratiques susceptibles d'induire le public en erreur (3° du paragraphe 3).

3.1 Créer une confusion

Aux termes de l'Accord de Bangui, constitue un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, crée ou est de nature à créer une confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités, en particulier avec les produits ou services offerts par cette entreprise¹⁸³. Cet article est intitulé "Confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités". Il contient des exemples d'éléments susceptibles de créer une confusion s'ils sont imités de manière déloyale. Ces éléments sont notamment les suivants¹⁸⁴ :

- une marque, enregistrée ou non;
- un nom commercial;
- un signe distinctif d'entreprise autre qu'une marque ou un nom commercial;
- l'aspect extérieur d'un produit;
- la présentation de produits ou de services;
- une personne célèbre ou un personnage de fiction connu.

Il convient de noter que selon l'annexe VIII, il n'est pas nécessaire que la marque soit enregistrée. Aux fins de la protection contre la concurrence déloyale, la notion de "marque" s'entend des marques relatives à des produits, des marques relatives à des services et des marques relatives à la fois à des produits et à des services¹⁸⁵. Cette définition ne vise pas à modifier la notion de marque dans les législations spécialement consacrées à ce sujet. Elle vise au contraire à préciser les différents types de marques susceptibles d'être concernés par des actes de concurrence déloyale entraînant une confusion. Les marques et le régime juridique qui les concerne sont régis par l'annexe III de l'Accord de Bangui (2015)¹⁸⁶.

Lorsque la marque est enregistrée, il ressort de l'annexe III de l'Accord de Bangui (2015) qu'elle peut être protégée à la fois au titre de la contrefaçon et de la concurrence déloyale. Les parties font souvent valoir que la confusion créée constitue un acte de concurrence déloyale¹⁸⁷. Cependant, elles n'invoquent pas l'annexe VIII de l'Accord de Bangui et se concentrent principalement sur l'atteinte à la marque. Dans toutes ces affaires, c'est aux juges qu'il revient d'apprécier la confusion. Sous le régime de la précédente version de l'Accord de Bangui (1999), une présomption de confusion était établie au bénéfice du titulaire de la marque. Aux termes de cet accord, "[e]n cas d'usage d'un signe identique pour des produits et services identiques, un risque de confusion sera présumé exister"¹⁸⁸. Cette disposition laisse toutefois intact le pouvoir d'appréciation des juges. Dans plusieurs décisions, la Commission supérieure

¹⁸² I. Zougrana, *Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (français)*, thèse de doctorat en Droit, Université de Perpignan, 2016, 196-198.

¹⁸³ Alinéa 1) de l'article 2 de l'annexe VIII.

¹⁸⁴ Alinéa 2) de l'article 2 de l'annexe VIII.

¹⁸⁵ Alinéa 1) d) de l'article premier de l'annexe VIII.

¹⁸⁶ L'annexe III est intitulée "Marques de produits ou de services".

¹⁸⁷ Voir la décision de la Commission supérieure de recours (CSR), Décision OAPI/CSR du 25 avril 2013, *Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 06/01/2012 de Monsieur le directeur général de l'OAPI portant radiation de l'enregistrement de la marque "YES + Logo" n° 60839*.

¹⁸⁸ Dernière partie de l'article 7, alinéa 2) de l'annexe III de l'Accord de Bangui (1999); OAPI/CSR du 29 avril 2011, *sur le Recours en annulation de la décision n° 00210/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 22 juin 2010 portant radiation de l'enregistrement de la marque "EXCELLENCE" n° 56866*.

de recours (CSR) de l'OAPI a reconnu soit l'existence¹⁸⁹ de la confusion, soit son absence¹⁹⁰. C'est pourquoi la disposition a été abandonnée.

L'Accord de Bangui tel que modifié en 2015¹⁹¹ interdit spécifiquement certains actes lorsque ceux-ci risquent de créer une confusion dans l'esprit du public :

- la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement;
- l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

Lorsque la marque n'est pas enregistrée, aucun droit subjectif de propriété intellectuelle n'est reconnu. Dans ce cas, le plaignant ne peut fonder son action en justice que sur la concurrence déloyale.

Cette compréhension de la notion de confusion peut également s'appliquer à d'autres droits de propriété intellectuelle. S'agissant des noms commerciaux, l'annexe V de l'Accord de Bangui (2015) stipule qu'"[i]l est illicite d'utiliser, sur le territoire national de l'un des États membres, un nom commercial enregistré pour la même activité commerciale, industrielle, artisanale ou agricole que celle du titulaire du nom commercial enregistré, si cette utilisation est susceptible de créer une confusion entre les entreprises en cause"¹⁹². Cette interdiction vise tout signe distinctif qui, dans le contexte de la concurrence déloyale, recouvre toute la gamme des signes, symboles, emblèmes, logos, slogans, etc., qu'utilise une entreprise pour conférer, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, une certaine identité à l'entreprise et aux produits qu'elle fabrique ou aux services qu'elle fournit¹⁹³.

3.2 Allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent

L'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris interdit les allégations fausses "dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer (...) un concurrent". Dans l'esprit de cette disposition internationale, l'article 5 de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015), intitulé "Dénigrement de l'entreprise d'autrui ou de ses activités", dispose que "[c]onstitue un acte de concurrence déloyale, toute allégation fausse ou abusive dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, qui discrédite ou est de nature à discréditer l'entreprise d'autrui ou ses activités, en particulier des produits ou services offerts par cette entreprise"¹⁹⁴. Les législateurs de l'OAPI interdisent non seulement les *allégations fausses* mais aussi les *allégations abusives*. Ils vont donc au-delà des conséquences découlant strictement du 2° du paragraphe 3 de l'article 10*bis*, bien qu'il ait été admis, dans l'interprétation de cette disposition,

¹⁸⁹ Commission supérieure de recours, Décision n° 232/OAPI/CSR du 31 octobre 2017, *Sur le recours en annulation de la décision n° 143/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 8 juin 2015 portant rejet de l'opposition à l'enregistrement n° 74288 de la marque "SUPER CLEAN"*; OAPI/CSR du 25 avril 2013, *Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0025/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 6 janvier 2012 de Monsieur le directeur général de l'OAPI portant radiation de l'enregistrement de la marque "SINOPEC (stylisé)" n° 60549*; Décision OAPI/CSR du 25 avril 2013, *Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 06/01/2012 de Monsieur le directeur général de l'OAPI portant radiation de l'enregistrement de la marque "YES + Logo" n° 60839*.

¹⁹⁰ Commission supérieure de recours, Décision n° 228/OAPI/CSR du 31 octobre 2017, *Sur le recours en annulation de la décision n° 0265/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 31 décembre 2015 portant rejet de l'opposition à l'enregistrement n° 75160 de la marque "LUCA BOSSI + Logo"*; OAPI/CSR du 25 avril 2013, *Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0087/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 29/06/2011 de Monsieur le directeur général de l'OAPI portant rejet de l'opposition à l'enregistrement de la marque "GOLD COW + Logo" n° 58469*.

¹⁹¹ Article 6.3) de l'annexe III de l'Accord de Bangui (2015).

¹⁹² Article 5.1) de l'annexe V.

¹⁹³ Article premier, alinéa 1)g) de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015).

¹⁹⁴ Article 5.1) de l'annexe VIII.

que des allégations qui entraînent un discrédit mais ne sont pas fausses au sens strict du terme peuvent néanmoins constituer des actes de concurrence déloyale. Dès lors, dans les pays de l'OAPI, toute allégation qui est vraie mais qui discrédite ou est de nature à discréditer l'entreprise d'autrui ou ses activités est interdite si elle est jugée abusive. Il s'agit là d'une application de l'une des règles d'or en matière de publicité : "ne pas s'occuper du voisin"¹⁹⁵.

Le dénigrement peut résulter de la publicité ou de la promotion et porter notamment sur les éléments suivants :

- le procédé de fabrication d'un produit;
- l'aptitude d'un produit ou d'un service à un emploi particulier;
- la qualité, quantité ou autre caractéristique d'un produit ou d'un service;
- l'origine géographique d'un produit ou d'un service;
- les conditions auxquelles un produit ou un service est offert ou fourni; et
- le prix d'un produit ou d'un service ou son mode de calcul¹⁹⁶.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

La protection contre les pratiques susceptibles d'induire le public en erreur dans les pays de l'OAPI concerne tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, induit ou est de nature à induire le public en erreur au sujet d'une entreprise ou de ses activités, en particulier des produits ou services offerts par cette entreprise¹⁹⁷. Comme dans le contexte d'autres pratiques de concurrence déloyale, le terme "pratique" s'entend non seulement d'un acte *stricto sensu* mais aussi de tout comportement par omission¹⁹⁸.

Le public peut être induit en erreur par la publicité ou la promotion, notamment à propos des éléments suivants¹⁹⁹ :

- le procédé de fabrication d'un produit;
- l'aptitude d'un produit ou d'un service à un emploi particulier;
- la qualité, quantité ou autre caractéristique d'un produit ou d'un service;
- l'origine géographique d'un produit ou d'un service;
- les conditions auxquelles un produit ou un service est offert ou fourni; et
- le prix d'un produit ou d'un service ou son mode de calcul.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Au-delà de la protection prescrite au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, les législateurs de l'OAPI ont prévu une protection contre des actes portant atteinte à l'image ou à la réputation d'autrui (voir section 4.1 ci-après), des actes portant sur une information confidentielle (section 4.2) et des actes de désorganisation d'une entreprise concurrente et du marché (section 4.3). La jurisprudence de la Commission supérieure de recours (CSR) mentionne souvent l'imitation servile (section 4.4).

¹⁹⁵ M. Chavanne, *Chronique* (1969), 22 *Rev. trim. dr. com.* 76, cité par M. Goudreau, "La publicité comparative au Québec : est-ce une faute de comparer?", *Revue générale de droit*, 17(3), 1986, 464.

¹⁹⁶ Alinéa 2) de l'article 5 de l'annexe VIII.

¹⁹⁷ Alinéa 1) de l'article 4 de l'annexe VIII.

¹⁹⁸ Alinéa 1)e) de l'article premier de l'annexe VIII.

¹⁹⁹ Alinéa 2) de l'article 4 de l'annexe VIII.

4.1 Actes portant atteinte à l'image ou à la réputation d'autrui

Aux termes de l'article 3 alinéa 1) de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015), "[c]onstitue un acte de concurrence déloyale, tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, porte atteinte ou est de nature à porter atteinte à l'image ou à la réputation de l'entreprise d'autrui, que cet acte ou cette pratique crée ou non une confusion". En général, les actes portant atteinte à l'image ou la réputation d'autrui découlent d'allégations ayant pour effet de discréditer ou de dénigrer un concurrent. Comme ces actes sont interdits par différentes dispositions²⁰⁰, nous présumons qu'il est possible de porter atteinte à l'image ou la réputation d'autrui sans dénigrement. La présence d'une confusion n'est pas pertinente. L'acte portant atteinte à la réputation d'autrui peut donc avoir pour but de détourner des clients sans nécessairement chercher à les accaparer de manière exclusive.

Cette atteinte à l'image ou la réputation d'autrui peut résulter notamment d'un "affaiblissement de l'image ou de la réputation"²⁰¹. Cette notion est définie dans l'annexe VIII. Elle s'entend de "l'amointrissement du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire d'une marque, d'un nom commercial ou autre signe distinctif d'entreprise, de l'aspect extérieur d'un produit ou de la présentation de produits ou services, ou d'une personne célèbre ou d'un personnage de fiction connu"²⁰². Les éléments concurrentiels bénéficiant de la protection sont donc identiques à ceux de la protection contre la confusion.

4.2 Informations confidentielles

Lors de la révision de l'Accord de Bangui en 1999, l'OAPI a créé des règles de protection des informations confidentielles. La révision de l'Accord intervenue par la suite en 2015 n'a pas modifié ces règles. Dès lors, constitue un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, entraîne la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation par des tiers d'une information confidentielle sans le consentement de la personne légalement habilitée à disposer de cette information (le "détenteur légitime") et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes²⁰³. Conformément à l'alinéa 3) de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, l'information est considérée comme "confidentielle" lorsque a) elle n'est pas, dans sa globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de ses éléments, généralement connue des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du type d'information en question ou ne leur est pas aisément accessible, b) elle a une valeur commerciale parce qu'elle est confidentielle; et c) elle a fait l'objet, de la part de son détenteur légitime, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, pour la garder confidentielle²⁰⁴.

L'Accord de Bangui définit en outre deux actes de concurrence déloyale précis. Il s'agit de tout acte ou pratique qui constitue ou entraîne :

- l'exploitation déloyale dans le commerce de données confidentielles résultant d'essais ou d'autres données confidentielles, dont l'établissement nécessite un effort considérable et qui ont été communiquées à une autorité compétente aux fins de l'obtention de l'autorisation de commercialiser des produits pharmaceutiques ou des produits chimiques pour l'agriculture comportant des entités chimiques nouvelles²⁰⁵; ou

²⁰⁰ Voir l'article 5 de l'annexe VIII, qui est présenté plus haut.

²⁰¹ Alinéa 2) de l'article 3 de l'annexe VIII.

²⁰² Alinéa 1)a) de l'article premier de l'annexe VIII.

²⁰³ Alinéa 1) de l'article 6 de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015).

²⁰⁴ Alinéa 3) de l'article 6 de l'annexe VIII.

²⁰⁵ Alinéa 4)a) de l'article 6 de l'annexe VIII.

- la divulgation de telles données, sauf si elle est nécessaire pour protéger le public ou à moins que des mesures ne soient prises pour garantir que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce²⁰⁶.

Les actes susceptibles d'être considérés comme déloyaux et faisant intervenir un tiers sont énumérés à l'alinéa 2) de l'article 6 de l'annexe VIII. Ainsi, la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation d'une information confidentielle par des tiers sans le consentement du détenteur légitime peut notamment résulter des actes suivants :

- l'espionnage industriel ou commercial;
- la rupture de contrat;
- l'abus de confiance;
- l'incitation à commettre un acte d'espionnage industriel ou commercial, de rupture de contrat ou d'abus de confiance;
- l'acquisition d'une information confidentielle par un tiers qui savait que cette acquisition impliquait l'un des actes précités ou dont l'ignorance à cet égard résultait d'une négligence grave.

4.3 Désorganisation d'une entreprise concurrente et du marché

Tout acte ou pratique qui est de nature à désorganiser l'entreprise concurrente, son marché ou le marché de la profession concernée constitue un acte de concurrence déloyale²⁰⁷. Il n'est pas nécessaire que cet acte ou pratique ait déjà produit un effet quelconque pour qu'il soit considéré comme de la concurrence déloyale. Il suffit qu'il ait le potentiel de désorganiser une entreprise concurrente, son marché ou le marché de la profession concernée.

Aux termes de l'alinéa 2) de l'article 7 de l'annexe VIII, la désorganisation peut se réaliser par a) la suppression de la publicité, b) le détournement de commandes, c) la pratique de prix anormalement bas, d) la désorganisation du réseau de vente, e) le débauchage du personnel, f) l'incitation du personnel à la grève, et g) le non-respect de la réglementation relative à l'exercice de l'activité concernée.

Selon le droit communautaire de la CEMAC, la pratique de prix anormalement bas relève aussi des dispositions régissant l'abus de position dominante. Le Règlement du 7 avril 2019 relatif à la concurrence interdit l'acte d'offrir ou de pratiquer des prix de vente à un niveau anormalement élevé ou anormalement bas pour éliminer d'un marché ou empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits²⁰⁸.

S'agissant de la désorganisation du réseau de vente²⁰⁹, un tribunal ivoirien a disposé dans une affaire que l'acte d'une entreprise consistant à stocker intentionnellement les bouteilles de gaz d'un concurrent pendant plusieurs jours afin d'empêcher leur utilisation constituait un acte de concurrence déloyale²¹⁰. Le tribunal a expliqué que cet acte désorganisait le réseau de distribution du concurrent en ce sens qu'en raison du stockage de plusieurs de ses bouteilles, celui-ci ne pouvait pas satisfaire sa clientèle²¹¹.

²⁰⁶ Alinéa 4)b) de l'article 6 de l'annexe VIII.

²⁰⁷ Article 7.1) de l'annexe VIII de l'Accord de Bangui (2015).

²⁰⁸ Article 33, troisième paragraphe, alinéa i) du Règlement de la CEMAC relatif à la concurrence.

²⁰⁹ Alinéa 2)d) de l'article 7 de l'annexe VIII.

²¹⁰ Tribunal de commerce d'Abidjan, Jugement contradictoire du 31 juillet 2015, *La société AIR LIQUIDE Côte d'Ivoire SA c/ La Société d'oxygène et d'Acétylène de Côte d'Ivoire dite SOA-CI* (inédit).

²¹¹ *Ibid.* : cet "acte déloyal désorganise le réseau de distribution de la société AIR LIQUIDE en ce sens qu'en raison du stockage de plusieurs de ses bouteilles, celle-ci ne peut pas satisfaire sa clientèle contrairement à la SOA-CI qui, disposant d'une quantité importante de bouteilles, pourra faire face aux besoins de ses clients à elle".

Le débauchage du personnel²¹² est régi de manière spécifique par le Code du travail de plusieurs pays de la région²¹³. Selon l'annexe VIII, le débauchage "peut" désorganiser une entreprise concurrente. Pour déterminer si une conduite constitue un acte de désorganisation interdit, il est nécessaire de prendre en compte la législation nationale définissant les actes de concurrence déloyale de manière plus précise. Ainsi, le débauchage peut être illicite parce qu'il cause des préjudices à l'entreprise concurrente, ou parce qu'il résulte d'une violation d'obligations contractuelles²¹⁴.

4.4 Imitation servile

Il n'existe pas de disposition juridique accordant de manière spécifique une protection contre l'imitation servile dans l'Accord de Bangui (2015). Néanmoins, cet acte de concurrence déloyale est reconnu dans le cadre juridique général²¹⁵. L'imitation servile dans les pays de l'OAPI est en outre mentionnée dans plusieurs décisions de la Commission supérieure de recours. Celle-ci a disposé que la radiation de l'enregistrement d'une marque était valable lorsqu'il y avait imitation servile d'une marque précédemment enregistrée, cette imitation étant caractérisée par le fait que la marque présentait des similitudes susceptibles de créer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne qui n'avait pas les deux marques sous les yeux en même temps²¹⁶. Toutefois, l'imitation servile n'est pas toujours interprétée dans ce sens²¹⁷. Tel est le cas surtout lorsque la reproduction ou l'imitation peut être à ce point identique à une marque précédemment enregistrée que l'action en atteinte peut remettre en cause la validité même de ladite marque. Par ailleurs, le fondement juridique invoqué par le plaignant n'est pas toujours l'imitation servile. Souvent, la règle générale déterminante dispose qu'une marque ne peut être valablement enregistrée si elle est identique à une marque appartenant à un autre titulaire et qui est déjà enregistrée, ou dont la date de dépôt ou de priorité est antérieure, pour les mêmes produits ou services ou pour des produits ou services similaires, ou si elle ressemble à une telle marque au point de comporter un risque de tromperie ou de confusion²¹⁸.

²¹² Alinéa 2)e) de l'article 7 de l'annexe VIII.

²¹³ Voir par exemple l'alinéa 7) de l'article 14 du Code du travail de la Côte d'Ivoire (Loi n° 2015-532 du 20 juillet 2015) et l'article 57 du Code du travail du Sénégal (Loi n° 97-17 du 1^{er} décembre 1997).

²¹⁴ Voir les législations ivoirienne et sénégalaise précitées.

²¹⁵ L. Ndangwa et L. Talla Fotsing, "Le consommateur camerounais face à la contrefaçon : une approche typologique", *Recherches en sciences de gestion*, n° 122, 2017/5, 77-101.

²¹⁶ Commission supérieure de recours, Décision n° 0014/18/OAPI/CSR du 9 mars 2018, *Sur le recours en annulation de la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 29 avril 2016, portant radiation de l'enregistrement de la marque "FOSTER CLARK'S + vignette" n° 76808*; Décision n° 192/OAPI/CSR du 23 octobre 2015, *Sur le recours en annulation de la décision n° 0053/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 19 décembre 2014, portant radiation de l'enregistrement de la marque "SADAGHA THE VERT DE CHINE" n° 69086*; Décision OAPI/CSR du 25 avril 2013, *Sur le recours en annulation formé contre la décision n° 0033/OAPI/DG/DAJ/SAJ du 06/01/2012 de Monsieur le directeur général de l'OAPI portant radiation de l'enregistrement de la marque "YES + Logo" n° 60839*; Décision OAPI/CSR du 29 avril 2011, *Recours en annulation de la décision n° 00210/OAPI/DG/DGA/DAJ/SAJ du 22 juin 2010 portant radiation de l'enregistrement de la marque "EXCELLENCE" n° 56866*.

²¹⁷ Décision n° 060/CSR/OAPI du 28 octobre 2005, *Sur le recours en annulation de la décision n° 0091/OAPI/DG/DPG/SSD/SCAJ du 24 juin 2004 portant radiation de l'enregistrement de la marque "999LORD KRISHNA PUJA 999" n° 45924*.

²¹⁸ Article 3.b) de l'annexe III de l'Accord de Bangui (2015).

C. CANADA ET ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE* **

1. Cadre législatif

1.1 *Éléments communs aux cadres législatifs des États-Unis d'Amérique et du Canada*

Les États-Unis d'Amérique et le Canada ont adopté une démarche relativement analogue en matière de droit de la concurrence déloyale et sont pourtant parvenus à des résultats différents. Bien entendu, les deux pays sont parties au récent Accord États-Unis d'Amérique-Mexique-Canada²¹⁹ qui est entré en vigueur en 2020, mais cet accord ne contient aucune disposition relative à la concurrence déloyale et ne fait même pas mention de cette expression.

La similitude entre les deux démarches peut s'expliquer en partie par le fait que les systèmes juridiques des deux pays ont de nombreux éléments en commun. Ils reposent tous deux sur un système de gouvernement fédéral en vertu duquel les lois sont élaborées à l'échelle nationale mais aussi à l'échelle de l'État ou de la province. Les deux pays sont aussi essentiellement régis par la *common law*, chacun d'eux n'ayant qu'un seul État ou province soumis au système du droit romain.

Il est important de noter que les États-Unis d'Amérique et le Canada ont aussi en commun le fait qu'aucun d'eux ne dispose de législation fédérale exclusivement consacrée à définir le droit de la concurrence déloyale. Les deux pays régissent ce droit au moyen d'une combinaison d'instruments juridiques et s'appuient surtout sur les dispositions de leurs lois fédérales sur les marques.

En outre, dans ces deux pays les législateurs nationaux n'ont qu'une compétence limitée pour légiférer dans les domaines des marques et de la concurrence déloyale. En comparaison, ils ont pourtant toute compétence pour légiférer en matière de brevets et de droit d'auteur. Le fait que la réglementation fédérale doit être liée aux compétences en matière de commerce dans le domaine des marques et de la concurrence déloyale a deux conséquences majeures. Premièrement, la portée de la protection doit être limitée de telle sorte qu'elle ne concerne que les actes relevant de la compétence commerciale. Deuxièmement, cela signifie qu'en matière de droit de la concurrence déloyale, il existe un espace dans lequel ce sont les législateurs étatiques et provinciaux qui sont compétents.

Le droit des marques ayant évolué à partir du droit anglais dans les deux pays, ce sont les règles générales de la responsabilité civile et de la substitution de la *common law* qui constituent le fondement de la protection contre la concurrence déloyale dans ces juridictions. Le principe de la substitution énoncé dans la *common law* anglaise repose sur la notion qu'un commerçant ne doit pas tromper ou induire en erreur le consommateur en lui faisant croire que ses produits ou services sont ceux d'un autre commerçant. Dès lors, le droit de la concurrence déloyale vise, dans les deux juridictions, à protéger l'image des commerçants contre les

* Mme Christine Haight Farley, professeure et codirectrice de faculté, Program on Information Justice and Intellectual Property (PIJIP), American University Washington College of Law, Washington, D.C. (États-Unis d'Amérique)

** Le présent texte exprime l'avis et l'analyse des auteurs. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique ne l'a pas agréé.

²¹⁹ Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis du Mexique et le Canada (*Canada-United States-Mexico Agreement*) du 13 décembre 2019, Office of the U.S. Trade Representative, disponible à l'adresse <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement> [<https://pema.cc/F2SS-J766>]. Cet accord est appelé Accord Canada-États-Unis d'Amérique-Mexique par l'État du Canada et *Tratado entre Mexico, Estados Unidos y Canada* par l'État du Mexique.

indications frauduleuses. Si les États-Unis d'Amérique et le Canada se sont tout d'abord inspirés de la jurisprudence anglaise en matière de substitution pour rédiger leurs lois respectives, ces lois ont ensuite évolué de manière indépendante dans des directions différentes, la législation canadienne restant toutefois plus cohérente avec l'évolution du droit du Royaume-Uni. Néanmoins, la législation anglaise en matière de substitution reste le socle de la protection contre la concurrence déloyale dans les deux pays.

La logique politique qui sous-tend la protection contre la concurrence déloyale aux États-Unis d'Amérique et au Canada est également comparable. Comme la législation des deux pays en matière de concurrence déloyale a évolué à partir des principes de substitution, elle vise principalement à protéger les commerçants lésés et ne protège que de manière secondaire le consommateur et le grand public. Les lois sur la substitution sont destinées à protéger contre les indications frauduleuses sur le marché, qui entraînent des conséquences néfastes pour les commerçants et les consommateurs, mais aussi pour le grand public puisqu'elles faussent la concurrence. En ce sens, la lutte contre la substitution favorise l'efficacité de la concurrence économique. Cependant, la législation est axée sur les intérêts des commerçants, dont la demande de réparations profite indirectement au consommateur. Plutôt que de chercher à établir un préjudice subi par le marché, la législation sur la substitution exige des commerçants qu'ils apportent la preuve du préjudice subi au regard de leur capacité de vendre leurs produits ou services. Lorsque les commerçants protègent leurs intérêts de cette manière, le consommateur bénéficie d'une meilleure fiabilité des informations circulant sur le marché. On peut donc considérer que les deux juridictions cherchent à protéger les concurrents contre des préjudices commerciaux découlant d'actes déloyaux, mais aussi à protéger les consommateurs contre des pratiques commerciales frauduleuses et plus généralement le public en préservant une concurrence loyale et non faussée.

Un second objectif important, mais bien entendu subordonné à la concurrence, de la logique politique qui sous-tend la législation en matière de concurrence aux États-Unis d'Amérique et au Canada est la liberté d'expression. Celle-ci est considérablement protégée par la constitution dans les deux juridictions²²⁰. Elle a une incidence sur le droit de la concurrence déloyale dans la mesure où elle établit une distinction entre la valeur d'un discours vrai et faux, et elle limite la portée de la protection dans les deux pays, comme en témoigne de manière évidente, par exemple, la législation sur la publicité mensongère.

1.2 États-Unis d'Amérique

Si les États-Unis d'Amérique ont signé la Convention de Paris en 1887, cet instrument n'est pas considéré comme directement applicable dans le pays. La Loi sur les marques de 1946 ("loi Lanham") est l'instrument fédéral régissant le plus directement ce domaine juridique²²¹. Elle indique explicitement qu'elle a pour but "de protéger les personnes effectuant [des échanges commerciaux sous le contrôle du Congrès] contre la concurrence déloyale"²²².

L'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham est généralement considéré comme la disposition régissant la concurrence déloyale, quoique les termes "concurrence" et "déloyale" n'apparaissent nulle part dans ce texte. Il prévoit une protection contre certaines pratiques de concurrence déloyale, notamment la substitution, les indications frauduleuses, les fausses appellations d'origine et la publicité mensongère²²³. Le sous-alinéa 1)A) de cet alinéa a) porte sur les fausses appellations d'origine, tandis que le sous-alinéa 1)B) traite de la publicité mensongère.

²²⁰ Constitution des États-Unis d'Amérique telle qu'amendée, I; Charte canadienne des droits et libertés, s 2, 1^{re} partie de la Loi constitutionnelle de 1982, in Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, c 11 (R-U).

²²¹ "Trademark Act" de 1946 (Lanham Act), Pub. L. No. 79-489, 60 Stat. 427 (codifiée telle qu'amendée dans le titre 15 du Code des États-Unis d'Amérique (U.S.C.), §§ 1050-1129.

²²² 15 U.S.C. § 1127.

²²³ 15 U.S.C. § 1125 a).

La Loi portant révision de la loi sur les marques (“TLRA”) de 1988 constitue l’une des premières grandes modifications de la loi Lanham. Elle a notamment étendu la portée de la protection contre la concurrence déloyale. Elle a élargi la catégorie des “indications frauduleuses” en lui ajoutant les atteintes aux marques de produits et de services et à l’habillage commercial au sens de la *common law*. Elle a aussi précisé la portée des revendications effectuées au titre de la publicité mensongère. En vertu de la version révisée de l’alinéa a) de l’article 43, toute indication fallacieuse de la part d’un concurrent relative aux produits du plaignant mais aussi du défendeur peut être contestée. Enfin, il est établi clairement dans la version révisée que toute compensation demandée au titre des dispositions de la loi Lanham concernant la réparation doit reposer sur les dispositions de l’alinéa a) de l’article 43. Cet alinéa porte principalement sur différents types d’indications frauduleuses concernant en particulier le lieu d’origine, l’origine géographique, les approbations obtenues, ou encore la qualité ou les caractéristiques d’un produit.

Outre la clause de l’intention mentionnée ci-dessus, le seul endroit où l’expression “concurrence déloyale” apparaît dans la loi Lanham est l’article 44, dans lequel elle est mentionnée quatre fois²²⁴. On peut considérer que cet article intègre dans la loi Lanham les accords internationaux qui touchent au droit des marques et dont les États-Unis d’Amérique sont signataires²²⁵. L’alinéa h) de l’article 44, qui reprend le libellé de la Convention de Paris, prévoit que certaines personnes définies peuvent bénéficier d’une “protection effective contre la concurrence déloyale”, et dispose que “les recours prévus dans le présent chapitre en cas d’atteinte aux marques peuvent être invoqués dès lors qu’ils permettent de lutter de manière adéquate contre des actes de concurrence déloyale”²²⁶. L’alinéa b) de l’article 44 indique que les bénéficiaires des mesures de protection prévues à l’alinéa h) sont les ressortissants de pays signataires à l’une des conventions concernant les marques ou la lutte contre la concurrence déloyale²²⁷. C’est pourquoi l’on peut considérer que l’article 44 de la loi Lanham reprend les dispositions de la Convention de Paris en matière de concurrence déloyale.

Il convient de noter que les États-Unis d’Amérique ont ratifié d’autres traités dont les dispositions sur la concurrence déloyale peuvent être reprises de la même manière. La Convention générale interaméricaine pour la protection des marques et du commerce²²⁸, qui est entrée en vigueur aux États-Unis d’Amérique en 1931, contient un chapitre traitant de la concurrence déloyale²²⁹. On considère que cet accord est directement applicable dans ce pays²³⁰.

²²⁴ 15 U.S.C. § 1126.

²²⁵ “Le présent chapitre a pour but (...) de reprendre les droits et les voies de recours prévus dans les traités et conventions qui concernent le droit des marques, les noms commerciaux et la concurrence déloyale et que les États-Unis d’Amérique ont conclus avec des nations étrangères.” 15 U.S.C. § 1127.

²²⁶ 15 U.S.C. § 1126(h) (“Toute personne qui, aux termes de l’alinéa b) du présent article, est concernée par les droits et obligations des dispositions du présent chapitre peut bénéficier d’une protection effective contre la concurrence déloyale, et peut invoquer les recours prévus dans le présent chapitre en cas d’atteinte à des marques dès lors que ces recours permettent de lutter de manière adéquate contre des actes de concurrence déloyale.”)

²²⁷ “Toute personne dont le pays d’origine est partie à une convention ou un traité relatifs aux marques, aux noms commerciaux ou à la lutte contre la concurrence déloyale et dont les États-Unis d’Amérique sont également signataires, ou dont le pays dispose d’une loi accordant la réciprocité des droits aux ressortissants des États-Unis d’Amérique, bénéficie des avantages découlant du présent article aux conditions énoncées ici dans la mesure nécessaire pour donner effet aux dispositions dudit traité, convention ou loi réciproque, en plus des droits dont bénéficie par ailleurs tout titulaire de marque en vertu du présent chapitre.” 15 U.S.C. § 1126(b) (les italiques ont été ajoutés par l’auteur).

²²⁸ *General Inter-American Convention for Trade-mark and Commercial Protection*, 20 février 1929, 46 Stat. 2907, 124 L.N.T.S. 357.

²²⁹ Voir Christine Haight Farley, *The Lost Unfair Competition Law*, 110 Trademark Rep. 739 (2020).

²³⁰ *Bacardi Corp. of America c. Domenech*, 311 U.S. 150, 162–163 (1940) (“[c]e traité a été intégré dans notre législation après sa ratification. Aucune législation particulière n’a été nécessaire aux États-Unis d’Amérique pour qu’il puisse prendre effet.”)

Toutefois, les tribunaux des États-Unis d'Amérique sont en désaccord sur le fait que l'article 44 de la loi Lanham²³¹ intègre directement tout droit matériel découlant d'un traité dans la législation nationale de ce pays, certains estimant au contraire que cet article ne fait que garantir un traitement national aux bénéficiaires d'un traité²³². Jusqu'à présent, ces tribunaux étaient peu enclins à accorder des protections contre la concurrence déloyale qui aillent au-delà de la portée de l'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham. Cette attitude peut s'expliquer par le fait qu'ils sont peu enclins à considérer que les traités sont équivalents au droit écrit du pays.

L'avis selon lequel l'article 44 n'accorde qu'un traitement national semble contradictoire avec le libellé de cet article, qui accorde aux ressortissants étrangers les droits découlant d'un traité "en plus des" droits énoncés dans la loi Lanham²³³. Lorsque le droit découlant d'un traité porte en particulier sur la protection contre la concurrence déloyale, ou la question du traitement national, certains tribunaux des États-Unis d'Amérique ont conclu que bien que l'article 44 reconnaisse les droits matériels découlant de traités, l'article 10*bis* de la Convention de Paris ne créait aucun droit nouveau en matière de lutte contre la concurrence déloyale parce que son libellé était trop général²³⁴. Le débat va probablement se poursuivre pour déterminer si l'article 10*bis* de la Convention de Paris élargit la portée du droit des États-Unis d'Amérique en matière de concurrence déloyale, et dans quelle mesure.

Outre la loi Lanham, l'article 5 de la loi sur la Commission fédérale du commerce (FTC) rend celle-ci compétente pour faire appliquer l'interdiction des "méthodes déloyales de concurrence et les actes ou pratiques déloyaux ou frauduleux dans le commerce"²³⁵. Comme pour la loi Lanham, le Congrès n'a pas défini les "méthodes déloyales de concurrence" ni les actes ou pratiques qui constituaient une atteinte. Les actes interdits sont notamment la non-divulgaration de faits pertinents, la description fautive ou frauduleuse de produits, la publicité mensongère et les fausses approbations. Les particuliers ne peuvent intenter d'action au titre de l'article 5 car seule la FTC peut demander l'application de cette loi. La FTC est peu intervenue à ce titre, peut-être parce qu'elle préfère consacrer ses ressources à la lutte antitrust et à d'autres questions que les commerçants et les consommateurs ne sont pas en mesure de régler par d'autres voies.

La loi sur les aliments, les médicaments et les produits cosmétiques interdit l'utilisation frauduleuse de marques pour ces trois types de produits²³⁶. Les actes interdits à cet égard sont notamment l'emploi d'étiquettes fausses ou frauduleuses ainsi que d'étiquettes ne contenant pas les informations obligatoires, en particulier le mode d'emploi et les avertissements de risques sanitaires potentiels.

Outre ces lois et d'autres lois fédérales, il existe aussi des protections contre la concurrence déloyale à l'échelle des États ainsi que des lois de la *common law*. Celles-ci tendent à s'appliquer en parallèle de la jurisprudence établie au titre de l'article 43 a) de la loi Lanham. Cette dernière s'applique sans préjudice des revendications équivalentes formulées au titre des

²³¹ Voir par exemple *BP Chemicals Ltd. c. Jiangsu Sopo Corporation (Group) Ltd.*, 429 F. Supp. 2d 1179, 1188 (E.D. Mo. 2006) ("J'en conclus que la loi Lanham reprend le droit matériel découlant des traités auquel il fait référence, en l'occurrence la Convention de Paris, et accorde aux ressortissants étrangers les droits existant en vertu dudit traité"); *General Motors Corp. c. Ignacio Lopez de Arriortua*, 948 F. Supp. 684 (E.D. Mich. 1996).

²³² Voir par exemple *Mattel, Inc. c. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894, 908 (9th Cir. 2002) ("Tout ressortissant étranger peut bénéficier d'une "protection effective contre la concurrence déloyale" identique à celle qui est accordée aux ressortissants des États-Unis d'Amérique"); *Eli Lilly & Co. c. Roussel Corp.*, 23 F. Supp. 2d 460 (D.N.J. 1998).

²³³ 15 U.S.C. § 1126 b).

²³⁴ Voir par exemple *BP Chemicals Ltd. c. Jiangsu Sopo Corporation (Group) Ltd.*, 429 F.Supp.2d 1179, 1188 (E.D. Mo. 2006) (dans cet arrêt, le tribunal considère que "la loi Lanham, même en combinaison avec la Convention de Paris, ne fournit pas le fondement nécessaire pour intenter un procès fédéral au titre de l'appropriation illicite de secrets commerciaux".)

²³⁵ 15 U.S.C. § 45.

²³⁶ 21 U.S.C. ch. 9 § 301 et suivants.

lois des États et de la *common law*. Ces revendications sont souvent formulées dans l'attente d'une décision concernant une revendication déposée au titre de la loi Lanham²³⁷. Néanmoins, ces affaires sont le plus souvent jugées exclusivement sous le régime de la loi fédérale.

La loi harmonisée sur les pratiques commerciales frauduleuses (UDTPA), qui a été promulguée dans 12 États, est relativement proche des protections accordées au titre de l'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham. Elle codifie les dispositions de la *common law* en matière de concurrence déloyale et permet d'intenter une action en justice lorsqu'une "pratique commerciale frauduleuse" a été commise dans les États qui l'ont adoptée. Les pratiques interdites sont notamment la substitution et la probabilité de créer une confusion ou un malentendu quant à l'origine, au parrainage, à l'approbation ou à l'agrément d'un produit ou d'un service au moyen de présentations ou d'indications d'origine géographique frauduleuses, ou encore le dénigrement des produits d'autrui.

D'autres lois concernant la concurrence déloyale à l'échelle de l'État s'inspirent de l'article 5 de la loi sur la Commission fédérale du commerce. Outre les lois régissant la publicité mensongère de manière indépendante, la majeure partie des États régissent les cas d'appropriation frauduleuse du droit de publicité par le droit écrit.

1.3 Canada

Le Canada a ratifié la Convention de Paris en 1925, soit l'année de sa création mais avant la révision de l'article 10*bis*. Comme aux États-Unis d'Amérique, la Convention de Paris n'a pas force de loi dans le système juridique canadien en l'absence de loi d'application.

Le délit de substitution de la *common law* sous-tend la législation canadienne en matière de concurrence déloyale. Dans l'esprit du droit anglais, la loi canadienne régissant la substitution exige généralement du plaignant qu'il démontre l'existence de son image et d'une indication frauduleuse susceptible de créer la confusion dans l'esprit du public, ainsi que la probabilité qu'il subisse un préjudice. Comme pour l'article 43 a) de la loi Lanham aux États-Unis d'Amérique, la faute dépend de l'indication frauduleuse.

Tout comme le droit des États-Unis d'Amérique accorde une protection contre les cas classiques de substitution mais va également au-delà en intégrant les dispositions de l'alinéa a) de l'article 43 en prévoyant le cas d'une confusion "quant à l'affiliation, le rapport ou l'association de cette personne avec une autre personne quant à l'origine, au parrainage ou à l'approbation de ses produits, services ou activités commerciales par une autre personne", le droit canadien en matière de substitution a aussi progressivement accordé, par la législation sur la concurrence déloyale, une protection contre une notion de confusion plus étendue.

L'article 7 de la Loi fédérale du Canada sur les marques de commerce contient les dispositions fédérales les plus récentes offrant un équivalent sur le fond de la loi sur la substitution²³⁸. Cet article porte le titre pertinent de "Concurrence déloyale et signes interdits". La version actuelle de la loi succède à une version antérieure de 1932, intitulée Loi sur la concurrence déloyale, qui étonnamment était en fait la loi régissant les marques de commerce. À l'instar de son équivalent aux États-Unis d'Amérique, qui est l'article 43 a) de la loi Lanham, l'article 7 de la Loi sur les marques de commerce du Canada prévoit des recours à l'échelle fédérale lorsque des marques non déposées sont utilisées dans le commerce.

²³⁷ Aux termes de l'alinéa b) de l'article 1338, "[l]es tribunaux de district sont compétents en première instance pour connaître de toute affaire civile fondée sur une plainte en concurrence déloyale lorsque celle-ci est assortie d'une plainte concrète et connexe relevant de la législation sur le droit d'auteur, les brevets, la protection des obtentions végétales ou les marques." 28 U.S.C. § 1338 b).

²³⁸ R.S.C., 1985, c. T -13.

Les éléments les plus importants de l'article 7 de la Loi sur les marques de commerce sont les alinéas b) et c). On peut considérer que l'alinéa a) fournit le motif d'une action en justice pour atteinte à l'image au sens de la *common law*. Considérés ensemble, les alinéas b) et c) offrent un recours contre différentes formes de substitution. L'alinéa d) semble prévoir le cas de la tromperie selon la définition de la *common law*.

L'article 7 de la Loi sur les marques comporte un alinéa supplémentaire, numéroté e), qui a été abrogé en 2014²³⁹. Il convient de noter que le libellé de cet alinéa était proche de celui du paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, à savoir : "faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada".

La constitutionnalité de cet alinéa e) a été contestée dans un certain nombre d'affaires. En fin de compte, dans l'affaire *MacDonald c. Vapor Canada*, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'il était inconstitutionnel parce qu'il avait été promulgué en dehors de la juridiction fédérale²⁴⁰. Cette affaire reposait sur une plainte en violation de contrat et en appropriation frauduleuse de renseignements confidentiels²⁴¹. Ces domaines juridiques et l'objet de l'alinéa e) de l'article 7 relèvent de la compétence des tribunaux provinciaux et en tant que tels échappent à la compétence du Parlement du Canada.

Bien que l'alinéa e) de l'article 7 ait été abrogé depuis, cette décision reste pertinente pour déterminer la portée de la protection accordée au titre des autres alinéas dudit article. D'une manière générale, la Cour suprême entretenait des doutes à l'égard de l'ensemble de l'article 7, mais elle a fini par considérer que les autres alinéas passaient avec succès l'examen constitutionnel. Ces alinéas avaient été conservés en raison de leur lien avec le système fédéral de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement avec le droit des marques. De fait, la Cour a réduit ainsi l'interprétation de l'article 7 en disposant que toute action en concurrence déloyale formée au titre de cet article devait avoir un lien quelconque avec la protection des marques²⁴². Elle a de nouveau examiné la constitutionnalité de l'article 7 dans l'affaire *Kirkbi AG c. Ritvik Holdings Inc.*, à l'occasion de laquelle elle a disposé que l'alinéa b) de l'article 7, en particulier, était constitutionnel parce qu'il était suffisamment intégré dans le régime de réglementation fédéral en matière de protection des marques de commerce²⁴³. Cette décision semble indiquer que le plaignant a l'obligation d'établir un lien entre sa plainte en substitution et une marque. Il découle de la décision prise dans cette affaire que tout plaignant demandant une protection contre la concurrence déloyale dans une affaire sans lien avec un quasi-droit des marques doit former son recours au titre du droit écrit ou de la *common law* des provinces.

L'alinéa a) de l'article 7 peut être invoqué pour fonder une plainte en diffamation commerciale. Le plaignant n'est pas tenu de démontrer la malveillance ou la mauvaise foi pour gagner son procès. En revanche, une action en diffamation commerciale menée au titre de l'alinéa b) de l'article 7 nécessite qu'il y ait concurrence, affirmation objective fautive ou de nature à induire en erreur, probabilité de diffamation du plaignant et probabilité de préjudice causé au plaignant. Ce dernier doit aussi démontrer que l'atteinte est discernable dans la déclaration du défendeur, quoiqu'elle puisse être discernable simplement par implication²⁴⁴.

²³⁹ R.S., 1985, c. T-13, s. 7; 2014, c. 32, ss. 10, 53, 56(F)

²⁴⁰ (1977) 2 S.C.R. 134 ("Puisque l'al. e) de l'art. 7 n'a pas trait aux marques de commerce, sa présence dans la Loi sur les marques de commerce n'est pas une garantie de validité (...").

²⁴¹ *Id.*

²⁴² *MacDonald c. Vapor Canada*, (1977) 2 S.C.R. 134 (Les dispositions de l'article 7 sont conservées "dans la mesure où l'on peut les considérer comme un complément des systèmes de réglementation" protégeant les marques de commerce.).

²⁴³ (2005), 43 C.P.R.4th 385 (C.S.C.).

²⁴⁴ *UL Canada Inc. c. Procter & Gamble Inc.* (1996), 65 C.P.R. (3d) 534 (Ont. Gen. Div.).

L'alinéa b) de l'article 7 constitue le fondement de toute plainte en substitution. Comme nous l'avons indiqué plus haut, cette plainte doit concerner une marque de commerce enregistrée ou relevant de la *common law* pour des raisons constitutionnelles. Il est possible d'intenter une action concernant un habillage commercial au titre de l'alinéa b) de l'article 7 dès lors que l'habillage commercial a acquis une notoriété propre. Les plaignants qui invoquent l'alinéa b) doivent aussi indiquer les marques qui sont utilisées dans le commerce. Les actions menées en vertu de l'alinéa b) diffèrent de celles qui concernent la substitution au sens de la *common law*, car celles-ci ne nécessitent pas la présence d'une marque valable mais seulement la présence d'une image, et par ailleurs le commerce peut intervenir uniquement à l'intérieur d'une province.

Si le plaignant invoque l'article 7, il doit démontrer qu'il a subi ou risque de subir un préjudice réel et important. S'il gagne son procès, il peut prétendre à des dommages et des indemnités pour perte de bénéfice, et il peut demander des injonctions.

Tout comme les États-Unis d'Amérique, le Canada dispose d'une Loi sur la concurrence²⁴⁵, qui établit surtout un droit antitrust, mais dont l'alinéa 1) de l'article 52 interdit la publicité mensongère. Cette loi définit aussi bien des infractions pénales que civiles dans ce domaine. Comme les États-Unis d'Amérique, le Canada a établi plusieurs lois et réglementations fédérales en matière de publicité mensongère, mais la Loi sur la concurrence traite plus particulièrement de la protection contre la concurrence déloyale. Toute indication fautive ou trompeuse sur un point important est visée par ce texte. Pour répondre à l'exigence d'importance, il faut montrer qu'un consommateur serait incité à faire un achat en se fondant sur cette indication. Outre les poursuites pénales, les dispositions civiles interdisent de manière spécifique les indications de rendement infondées, les garanties frauduleuses, les témoignages ou résultats d'épreuves faux, frauduleux ou non autorisés, la vente à prix d'appel, la vente au-dessus du prix annoncé et les concours pour lesquels les informations requises n'ont pas été publiées.

Le Canada dispose par ailleurs d'une loi fédérale sur les aliments et drogues qui régit l'étiquetage des produits pharmaceutiques et alimentaires et la publicité les concernant²⁴⁶. Les indications figurant sur les étiquettes et dans les publicités ne doivent pas être fausses ou frauduleuses au regard de la qualité ou des caractéristiques des produits, et les indications de rendement ou d'efficacité doivent être étayées.

Comme aux États-Unis d'Amérique, la protection en matière de concurrence déloyale est également assurée à l'échelle des provinces. Certaines provinces disposent de lois détaillées pour assurer la protection contre la concurrence déloyale. Ainsi, la IIIe partie de la Loi de l'Ontario sur la protection du consommateur protège les particuliers contre certaines pratiques de concurrence déloyale. Le Québec, pour sa part, dispose non seulement d'une Loi sur la protection du consommateur mais aussi de l'article 1457 de son Code civil, qui établit l'équivalent législatif de la substitution en *common law*.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

2.1 États-Unis d'Amérique

La loi Lanham ne contient pas de définition de la concurrence déloyale et n'emploie nulle part l'expression "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Dans ce pays, l'histoire législative et la jurisprudence de la *common law* en matière de concurrence déloyale regorgent de déclarations selon lesquelles il est peu réaliste de définir les termes techniques propres à ce domaine. Il est préférable de conserver une certaine souplesse à l'égard de ces notions afin de

²⁴⁵ L.R.C. 1985, c. C -34.

²⁴⁶ L.R.C., 1985, c. F-27.

pouvoir prendre en compte de manière efficace l'évolution des marchés et des pratiques commerciales.

Si les États-Unis d'Amérique ne permettent pas de porter plainte au seul motif d'un "acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale", pour toutes les autres plaintes relevant de la concurrence déloyale, ils adoptent une démarche économique plutôt qu'une démarche normative ou empirique pour déterminer la responsabilité. L'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham vise l'emploi d'une présentation, d'une fausse indication d'origine ou de descriptions ou présentations fausses ou frauduleuses susceptibles de causer une confusion justifiant une action en justice. Cet article fait obligation de démontrer que le plaignant va probablement subir un préjudice. En d'autres termes, le plaignant doit prouver que la pratique frauduleuse de défendeur lui cause un préjudice économique ou porte atteinte à sa réputation. En général, les tribunaux lui donnent raison lorsque la tromperie du consommateur conduit celui-ci à ne pas acheter le produit du plaignant.

2.2 Canada

Le droit canadien ne définit pas non plus les termes techniques du droit de la concurrence déloyale. Cependant, à la différence du droit des États-Unis d'Amérique, le droit fédéral canadien prévoyait, à l'article 7.e) de la Loi sur les marques de commerce, la possibilité d'intenter une action en justice en cas de violation des "usages honnêtes". Comme cette disposition a désormais été abrogée (voir la section précédente), il n'existe plus de doctrine juridique en vigueur associée à cette expression.

Comme aux États-Unis d'Amérique, la jurisprudence canadienne est essentiellement axée sur une démarche économique dans les affaires de concurrence déloyale. En témoigne notamment le fait que les tribunaux insistent pour que le préjudice économique subi par le plaignant soit démontré. Il découle de l'article 7 de la Loi sur les marques de commerce que la tromperie doit avoir causé un préjudice réel ou risque d'en causer un. Le préjudice peut prendre la forme d'une perte de bénéfices, d'une perte de parts de marché ou d'une perte de contrôle sur une marque de commerce ou un nom commercial.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

3.1 États-Unis d'Amérique

Les actes qui doivent "notamment" être interdits aux termes du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris semblent tous être cohérents avec les protections prévues à l'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham. Toutefois, la portée de cet alinéa est peut-être légèrement plus restreinte.

L'alinéa a)1) de l'article 43 contient trois restrictions pertinentes. Premièrement, les plaintes déposées au titre de l'article 43.a), comme toutes celles qui sont formulées au titre de la loi Lanham, doivent concerner des actes effectués "dans le commerce", c'est-à-dire les échanges commerciaux entre des États du pays, avec des pays étrangers ou avec une tribu indienne. Le commerce strictement effectué à l'intérieur d'un État du pays en est exclu au même titre que les activités non commerciales. Dans ce cas, la protection peut être obtenue en vertu de la législation ou la *common law* des États concernant la concurrence déloyale. Deuxièmement, les actes interdits doivent avoir été effectués "sur ou pour des produits ou services". Enfin, ces actes doivent être fondés sur un signe ("le mot, le terme, le nom, le symbole, le dessin" ou toute combinaison de ceux-ci), une fausse indication d'origine ou une description ou représentation des faits qui soit fausse ou frauduleuse.

S'agissant des actes de concurrence déloyale énumérés au 2° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, le corollaire le plus proche se trouve à l'alinéa a)2) de l'article 43. Outre les restrictions déjà présentées plus haut, cette disposition prévoit que les actes interdits doivent comporter un élément "de publicité ou de promotion commerciales". Tout acte interdit en vertu de cet article doit aussi "fournir des indications frauduleuses sur la nature, les caractéristiques, les qualités ou l'origine géographique de ses produits, services ou activités commerciales, ou de ceux d'une autre personne".

Certaines restrictions mentionnées au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris ne sont pas reprises dans l'alinéa a) de la loi Lanham. Ainsi, selon l'alinéa a)1) de l'article 43, il n'est pas nécessaire qu'une description ou indication fausse ou frauduleuse ait spécifiquement pour effet de "discréditer" un tiers, contrairement au 2° du paragraphe 3 de l'article 10*bis*. Cet acte peut donner lieu à une plainte dès lors que la description ou indication cause un préjudice au concurrent d'une manière qui n'est pas précisée. En outre, un acte de concurrence déloyale au sens de l'alinéa a) de l'article 43 ne nécessite pas la présence d'un "concurrent".

L'alinéa a) de l'article 43 prévoit par ailleurs qu'un acte interdit doit être susceptible de prêter à confusion, d'engendrer une erreur ou de tromper "quant à l'affiliation, le rapport ou l'association de cette personne avec une autre personne quant à l'origine, au parrainage ou à l'approbation de ses produits, services ou activités commerciales par une autre personne". Ce libellé peut être considéré comme plus étendu que la simple indication de "confusion" apparaissant au 1° du paragraphe 3 de l'article 10*bis*.

3.2 Canada

L'article 7 de la Loi du Canada sur les marques de commerce est encore plus proche des dispositions de l'article 10*bis* de la Convention de Paris que l'article 43 a) de la loi Lanham des États-Unis d'Amérique. Le 1° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* correspond à l'alinéa b) de l'article 7 de la Loi sur les marques de commerce, ces deux dispositions mettant l'accent sur la probabilité d'une confusion. Cependant, l'alinéa b) de l'article 7 peut avoir une portée plus restreinte que le 1° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* car il prévoit le cas inhabituel d'un contrevenant cherchant à "appeler l'attention du public" directement sur ses produits, ses services ou son entreprise afin de susciter un intérêt pour eux. L'alinéa c) de l'article 7, qui prévoit le cas de la substitution de produits ou de services, peut aussi régir les actes mentionnés au 1° du paragraphe 3 de l'article 10*bis*.

Le 2° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris correspond à l'alinéa a) de l'article 7 de la Loi du Canada sur les marques de commerce, car les deux dispositions concernent les déclarations fausses tendant à "discréditer" l'entreprise d'un concurrent. Le 2° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* vise les actes "de nature à discréditer", tandis que l'alinéa a) de l'article 7 porte sur les actes "tendant à discréditer". Il est donc possible que la preuve soit plus difficile à apporter au titre de l'alinéa a) de l'article 7.

Le 3° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* correspond à l'alinéa d) de l'article 7, car les deux alinéas concernent les indications de nature à induire le public en erreur sur la qualité ou les caractéristiques des produits. Si le 3° du paragraphe 3 de l'article 10*bis* ne fait mention que des marchandises, l'alinéa d) de l'article 7 vise également les services. En revanche, l'alinéa d) de l'article 7 peut prévoir une condition qui est absente du 3° du paragraphe 3 de l'article 10*bis*. En effet, il dispose que la désignation doit être fausse "sous un rapport essentiel", c'est-à-dire qu'elle doit être susceptible d'influencer un consommateur de telle sorte qu'il achète ou utilise un produit, ou qu'il modifie son comportement de toute autre manière.

4. Autres actes de concurrence déloyale

4.1 États-Unis d'Amérique

Le droit des États-Unis d'Amérique en matière de concurrence déloyale s'est étendu bien au-delà de la substitution, qu'il s'agisse du droit écrit ou de la *common law*. L'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham dispose qu'il convient de contester devant une instance fédérale de nombreux actes de concurrence déloyale comme l'atteinte à des marques non enregistrées ou à l'habillage commercial, la substitution et la substitution inverse²⁴⁷, la publicité mensongère, les atteintes au droit de publicité, l'utilisation commerciale frauduleuse de personnages fictifs, la fausse attribution de la paternité d'un texte, l'utilisation et la vente de contrefaçons par des preneurs de licence et l'importation frauduleuse de produits du marché gris dans le contexte de l'après-vente.

Aux termes de l'alinéa 1) de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, pour assurer une protection effective contre la concurrence déloyale "conformément à l'article 10bis", les membres ont l'obligation de protéger "les renseignements non divulgués (...) et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes (...)". Si les secrets d'affaires sont désormais protégés à la fois par le droit des États et le droit fédéral aux États-Unis d'Amérique, ils ne le sont pas au titre de la législation fédérale sur la concurrence déloyale. Que ce soit en droit des États ou en *common law*, ou encore en vertu de la Loi de 2016 sur la défense des secrets d'affaires²⁴⁸, la protection des secrets d'affaires ne peut être invoquée que s'il y a appropriation illicite d'un secret d'affaires, l'objet du litige relevant alors du droit civil privé. Un secret d'affaires est une information qui possède une valeur économique propre réelle ou potentielle du fait qu'elle n'est pas connue publiquement, qu'elle présente un intérêt pour des personnes qui ne peuvent l'obtenir de manière légitime et qu'elle fait l'objet d'efforts raisonnables visant à préserver sa confidentialité.

Bien que l'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham vise explicitement l'utilisation de fausses indications d'origine et de fausses descriptions ou présentations, certains tribunaux ont appliqué ses dispositions à un éventail plus large de délits commerciaux. Néanmoins, à ce jour les tribunaux ne l'ont pas appliqué à l'ensemble des pratiques commerciales déloyales. Ces pratiques, en particulier la corruption, l'entente sur les prix et l'appropriation illicite d'un secret d'affaires n'ont pu donner lieu à des procès au titre de cet alinéa.

Deux affaires au moins ont directement posé la question de la manière dont les secrets d'affaires étaient protégés par la législation fédérale sur la concurrence déloyale. L'affaire *Eli Lilly & Co. c. Roussel Corp*²⁴⁹ concernait le dépôt d'informations fausses et frauduleuses pour obtenir de la *Food and Drug Administration* l'agrément d'un médicament. Le plaignant demandait des réparations au titre de l'article 10bis de la Convention de Paris en faisant valoir que cette disposition était reprise dans l'article 44 de la loi Lanham, qui en faisait mention (voir la section 1.2 ci-dessus); toutefois, le tribunal a refusé d'aller au-delà de la portée de l'alinéa a) de l'article 43. L'affaire *General Motors Corp. c. Ignacio Lopez De Arriortua*²⁵⁰ concernait un cas d'appropriation frauduleuse de secrets d'affaires. À l'inverse, le tribunal a disposé que la loi Lanham reprenait effectivement "les dispositions de fond de la Convention de Paris", notamment l'article 10bis. Bien que la validité de l'article 44 puisse être contestée à l'avenir, puisque les secrets d'affaires sont protégés par la Loi sur la défense des secrets d'affaires²⁵¹ depuis 2016, il est peu probable que les litiges portent sur des droits matériels découlant de traités dans le domaine de la protection des secrets d'affaires.

²⁴⁷ Il y a substitution inverse lorsqu'une personne retire la marque originale d'un produit pour revendre celui-ci.

²⁴⁸ *Defend Trade Secrets Act*, Pub. L. 114-153, [130 Stat. 376-386 \(2016\)](#).

²⁴⁹ 23 F. Supp. 2d 460 (D.N.J. 1998).

²⁵⁰ 948 F. Supp. 684 (E.D. Mich. 1996).

²⁵¹ 1 S. 1890, 114th Cong. (2015-2016).

L'habillage commercial et les marques non traditionnelles, notamment celles qui sont perceptibles visuellement, bénéficient d'une forte protection au titre de l'alinéa a) de l'article 43 de la loi Lanham. Quant au droit de publicité, s'il n'est pas protégé par le droit fédéral des États-Unis d'Amérique, il bénéficie d'une forte protection du droit écrit des États et de la *common law*.

4.2 Canada

L'article 7 de la Loi du Canada sur les marques de commerce prévoit une protection des marques non enregistrées, et en particulier de l'habillage commercial dès lors que celui-ci a acquis un sens secondaire.

Il est intéressant de noter qu'un procès en diffamation commerciale intenté au titre de l'alinéa b) de l'article 7 a été gagné dans le contexte d'une menace de poursuites judiciaires pour atteinte à la propriété intellectuelle²⁵². Le plaignant avait fait valoir qu'une accusation de comportement illicite portait préjudice à la réputation de l'entreprise.

À la différence de la loi Lanham, la Loi du Canada sur les marques de commerce dispose d'un article consacré à la protection des indications géographiques. Il protège notamment les indications géographiques liées aux vins et spiritueux, aux produits agricoles et aux aliments. La loi interdit l'adoption et l'utilisation d'une indication géographique protégée, y compris sa traduction dans une autre langue, si le produit n'est pas originaire du territoire, ou s'il est originaire du territoire mais qu'il n'a pas été fabriqué selon les normes de ce territoire.

Un certain nombre d'exceptions à cette protection ont été prévues. Il existe par exemple des exceptions au titre de l'utilisation antérieure de certaines indications, des droits acquis et de certains termes considérés comme génériques. La protection des indications géographiques n'est en outre accordée que pour des utilisations dans la même catégorie; ainsi, le terme "Bordeaux" peut être employé par exemple pour des biscuits salés.

Les droits de publicité sont également protégés au Canada par le droit écrit et la *common law* des provinces. La protection au titre de la *common law* vise le délit d'appropriation frauduleuse de personnalité. Ces lois accordent à certaines personnes le droit de contrôler l'usage commercial de leur nom, leur image, leur voix, leur apparence et leur signature. Ce délit a été reconnu du fait qu'il était difficile, pour les plaignants, d'intenter des procès en substitution car les plaignants devaient avoir un domaine d'activité en commun avec les défendeurs; néanmoins, cette exigence a été assouplie et il est désormais possible de mener une action en justice au titre de la fausse approbation.

D. RÉGION DES CARAÏBES*

1. Cadre législatif

Si certains pays des Caraïbes régissent la concurrence déloyale au moyen d'une législation spécialisée accordant la protection nécessaire prévue au paragraphe 1 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, la majeure partie des pays de cette région ne disposent pas d'une législation particulière dans ce domaine²⁵³. Ils emploient leur législation en matière de

²⁵² Rowell c. S & S. Industries Inc. (1966) S.C.R. 419, 56 D.L.R. (2d) 501, 48 C.P.R. 193 (S.C.C.).

* Mme Tammy L. Bryan, M. Akeem D. Rowe et Mme Okera N. Hill, avocats, George Walton Payne & Co., Bridgetown (Barbade)

²⁵³ Saint-Vincent-et-les Grenadines, Jamaïque, Guyana, Bermudes, Grenade, Saint-Kitts-et-Nevis et les Bahamas.

protection du consommateur pour établir une certaine forme de protection contre la concurrence déloyale. La législation sur la protection du consommateur, qui est davantage axée sur les intérêts de celui-ci, peut offrir une protection moins étendue que des lois protégeant de manière plus générale contre la concurrence déloyale, qui visent à préserver des pratiques loyales entre les concurrents. Cependant, dans certains pays la législation protégeant le consommateur est renforcée par des dispositions concernant le délit de substitution.

Le Belize et la Dominique ne disposent ni d'un cadre législatif spécialement consacré à la concurrence déloyale, ni de la protection annexe offerte par la législation sur la protection du consommateur. Ces deux pays s'appuient la protection prévue dans la législation sur la propriété intellectuelle²⁵⁴. Antigua-et-Barbuda ne dispose pas non plus d'une législation propre à la concurrence. Cependant, leur Loi sur les indications géographiques de 2003 autorise toute personne intéressée ou tout groupe de producteurs ou de consommateurs à mener une action en justice pour empêcher un acte susceptible d'induire le public en erreur ou un acte de concurrence déloyale dans le domaine des indications géographiques. Cette protection s'ajoute à celle du délit général de substitution.

La protection contre la concurrence déloyale était régie par les lois sur la substitution dans les Caraïbes anglophones avant que ces pays n'adoptent une loi spécialement consacrée à la concurrence déloyale ou à la protection du consommateur. Pour pouvoir intenter une action judiciaire en substitution, un plaignant doit montrer que 1) il s'est constitué une certaine forme d'image ou de réputation sur le marché, 2) le défendeur a commis un certain acte d'indication frauduleuse sur le marché, et 3) cet acte a porté préjudice au plaignant.

Les différents pays²⁵⁵ qui disposent d'une loi sur la protection contre la concurrence déloyale accordent cette protection aussi bien aux concurrents qu'aux consommateurs. La protection des concurrents émane des dispositions relatives à la confusion et au discrédit, tandis que les dispositions concernant les indications frauduleuses protègent à la fois les concurrents et les consommateurs²⁵⁶.

En revanche, dans les pays qui ne disposent que d'une loi sur la protection du consommateur²⁵⁷, seul ce type de protection est prévu.

La raison d'être des lois protégeant contre la concurrence déloyale dans les différents pays qui les ont adoptées est également exposée dans la jurisprudence :

- *Protection des consommateurs* : cette protection a été illustrée dans l'affaire *Mazawattee Tea Co Ltd c. Psaila Ltd*²⁵⁸ au Guyana, dans laquelle le juge Berkeley a disposé que l'emballage du produit du défendeur était à ce point semblable à celui des plaignants qu'il était destiné à tromper les personnes (...) qui ne savaient pas lire ou ne comprenaient pas l'anglais. Ces personnes auraient parfaitement pu acheter le thé du défendeur en croyant acheter celui des plaignants.
- *Protection des concurrents* : cette protection a été examinée dans l'affaire *Lyford Cay Company Ltd c. Lyford Cay Real Estate Company Ltd*²⁵⁹ aux Bahamas, dans laquelle le plaignant pouvait invoquer le délit de substitution du fait que le défendeur

²⁵⁴ *Belize Trade Marks Act*, chapitre 257 du droit matériel du Belize, édition révisée de 2000; *Marks, Collective Marks and Trade Name Act* 1999 du droit de la Dominique.

²⁵⁵ Anguilla, la Barbade, Trinité-et-Tobago et Sainte-Lucie.

²⁵⁶ Bureau international de l'OMPI, *Protection against unfair competition*, publication de l'OMPI n° 725 (anglais) (1994).

²⁵⁷ Jamaïque et Dominique.

²⁵⁸ [1925] LRBG 56,

²⁵⁹ BS 1989 SC 53.

avait utilisé le nom de l'entreprise du plaignant, ce qui avait créé de la confusion dans l'esprit du public concerné. Cependant, si le motif de la substitution avait été accepté, la plainte avait été rejetée pour des raisons de forclusion.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Les différentes lois assurant une protection contre la concurrence déloyale dans les pays anglophones des Caraïbes prévoient en général que “les actes et pratiques (...) qui sont effectués dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales et sont contraires aux usages honnêtes constituent des actes de concurrence déloyale”²⁶⁰. Ces lois énumèrent ensuite les “actes et pratiques”²⁶¹ qui relèvent de la concurrence déloyale et représentent donc, par défaut, l'antithèse des “usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale” au sens du paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Si certains actes particuliers sont définis, la législation ne contient aucune définition de l'expression “contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale”.

Certaines juridictions comme celles d'Anguilla, de la Trinité-et-Tobago et de Sainte-Lucie disposent de lois libellées de manière analogue. La Loi sur la protection contre les actes de concurrence déloyale de la Barbade est quant à elle rédigée différemment, mais les actes et pratiques qu'elle définit comme de la concurrence déloyale sont semblables.

Dans la plupart des territoires, la législation prévoit des sanctions pénales en cas d'acte de concurrence déloyale ou de pratique commerciale déloyale, tandis que la législation de la Barbade et d'Anguilla prévoit soit des recours civils, soit les deux. En raison de la nécessité de prendre en compte à la fois les droits des concurrents sur le marché et les normes acceptées à l'échelle internationale, il est nécessaire d'interpréter les “usages honnêtes” au sens large.

Selon le titre complet de la Loi sur la protection contre la concurrence déloyale de la Barbade, cette loi a pour but d'assurer “une protection contre la concurrence déloyale pour remplir les obligations de la Barbade découlant de l'Accord sur les ADPIC de l'Organisation mondiale du commerce”. Dans l'affaire *Digicel (St Lucia) Ltd and others c. Cable & Wireless plc and others*²⁶², le juge a disposé que “T&T était signataire de la Convention de Paris et la Loi sur la protection contre la concurrence déloyale était notamment invoquée en vue de donner effet aux obligations internationales incombant à T&T au titre de la Convention”. Toutefois, comme l'ont révélé les débats parlementaires concernant la Loi sur la protection contre la concurrence déloyale à la Trinité-et-Tobago, l'interprétation de cette loi dépend des instances judiciaires. La loi en question n'ayant pas été contestée en bonne et due forme, son interprétation reste à étudier²⁶³.

L'affaire *Digicel (St Lucia) Ltd and others c. Cable & Wireless plc and others*²⁶⁴ portait sur une violation de contrats et de la législation sur les télécommunications de la part de la société Digicel à Sainte-Lucie, la Barbade, Grenade, Trinité-et-Tobago et Saint-Vincent-et-les Grenadines, et a offert l'occasion de définir les usages honnêtes. Dans cette affaire, les juges ont adopté une démarche souple face à la notion d’“usages honnêtes” afin de pouvoir intégrer un large éventail d'actes ou d'omissions constituant de la “concurrence déloyale”. Cette démarche était nécessaire pour pouvoir tenir compte de tous les actes qui n'étaient pas cités dans les lois et des différentes manières de désigner les actes. Le tribunal n'a pas suivi la jurisprudence, qui limitait l'interprétation des textes, et il a en outre pris en compte le style de

²⁶⁰ La Barbade, *Protection Against Unfair Competition Act*, chapitre 329A, section 4.1) a); Trinité-et-Tobago, *Protection Against Unfair Competition Act*, chapitre 82:36, section 4.1); Sainte Lucie, *Protection Against Unfair Competition Act*, 2001, Section 4.1).

²⁶¹ Ces actes sont mentionnés plus loin dans l'article.

²⁶² [2010] EWHC 774 (Ch).

²⁶³ *Digicel (St Lucia) Ltd and others c. Cable & Wireless plc and others* [2010] EWHC 774 (Ch) para 470

²⁶⁴ [2010] EWHC 774 (Ch).

rédaction de la loi, les arguments présentés au Parlement avant l'adoption de celle-ci, et les habitudes ou les comportements acceptés dans chaque secteur économique.

Le paragraphe 474 du jugement indique que le sens courant des termes "contraire aux usages honnêtes" est le suivant :

Limité aux actes ou omissions comportant un élément de malhonnêteté (...). Dès lors, cette expression désigne tout acte effectué dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales qui comportent un élément de malhonnêteté au sens donné à ce terme dans l'arrêt *Royal Brunei Airlines Sdn Vhd c. Tan*²⁶⁵.

Le juge a également renvoyé à l'affaire *Reed Executive Plc c. Reed Business Information Limited*²⁶⁶, dans laquelle le juge Jacob avait cité en référence l'affaire *Gerolsteiner Brunnen c. Putsch*²⁶⁷ et avait indiqué que "la mention des usages honnêtes constitue fondamentalement l'expression d'un devoir de se comporter de manière loyale à l'égard des intérêts légitimes du titulaire de la marque"²⁶⁸. C'est au tribunal national qu'il incombe d'évaluer l'ensemble des circonstances de manière globale, et notamment de déterminer si l'on peut considérer que le défendeur "a commis un acte de concurrence déloyale à l'égard du titulaire de la marque"²⁶⁹.

Les dispositions ci-dessus sont contraires à l'avis des tribunaux concernant le délit de substitution. Un tribunal n'est pas censé se préoccuper du point de vue moral et n'a pas à démontrer qu'il y a eu fraude, malhonnêteté ou intention de tromper le consommateur ou de créer une confusion dans son esprit. Il a pour mission de déterminer si les éléments fondamentaux de la substitution sont présents. Tel était notamment l'avis des juges dans certains cas cités en référence dans l'affaire Digicel (voir plus haut)²⁷⁰. Le juge chargé de l'affaire Digicel a également examiné la démarche objective ou moraliste à l'égard des "usages honnêtes" et s'est longuement entretenu avec les autorités européennes et britanniques, qui en avaient également étudié l'interprétation d'un point de vue moral²⁷¹.

Apparemment, les tribunaux semblent prendre en compte l'intention et les actes des concurrents ainsi que les pratiques du secteur et des consommateurs pour déterminer si un acte est "contraire aux usages honnêtes".

Le juge a constaté que la démarche moraliste avait une portée très étendue et a conclu que l'expression "contraire aux usages honnêtes" risquait d'exclure un large éventail de comportements, ce qui ne serait pas équitable compte tenu des "intérêts légitimes en jeu dans les activités commerciales en question"²⁷². Dès lors, il a disposé que l'expression "contraire aux usages honnêtes" s'entendait des actes ou omissions comportant un élément de malhonnêteté. Cette analyse ne se limitait pas au point de vue subjectif du concurrent, elle reposait aussi sur une démarche objective.

Il semble que le tribunal entende toutefois enrichir l'analyse par des réflexions empiriques en prenant en compte les tentatives de la partie contrevenante afin de déterminer si le comportement est ou non négligent. La distinction entre comportement négligent et comportement malhonnête implique qu'il est possible à des concurrents de se défendre s'ils ont pris des mesures pour éviter ce qui est considéré comme un "comportement malhonnête". Dès lors, il est préférable d'adopter une démarche souple dans l'interprétation de l'expression

²⁶⁵ Digicel (St Lucia) Ltd and others c. Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774 (Ch) para 474

²⁶⁶ [2004] RPC 40.

²⁶⁷ [2004] RPC 39.

²⁶⁸ Id., para. 23.

²⁶⁹ Id. para. 26.

²⁷⁰ [2010] EWHC 774 (Ch).

²⁷¹ Cable & Wireless Plc c. British Telecommunications Plc [1998] FSR 383; L'Oreal c. Bellure [2007] EWCA Civ 968; Hotel Cipriani c. Cipriani (Grosvenor Street) Limited [2008] EWHC 3032 (Ch). [143]

²⁷² Digicel (St Lucia) Ltd and others c. Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774 (Ch) para 470

“usages honnêtes”. Les tribunaux examineront toute forme de malhonnêteté, mais aussi les pratiques en vigueur sur le marché pour s’assurer de tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées.

Les lois sur la protection contre la concurrence déloyale prévoient par ailleurs que les “activités industrielles et commerciales” doivent comprendre les activités des professionnels et d’autres personnes de cette catégorie. La Barbade va plus loin et intègre dans sa définition des “activités industrielles et commerciales” les entreprises ou les services, et plus particulièrement l’achat et la vente de ces produits et services”. La définition recouvre donc aussi bien les entreprises et les consommateurs ainsi que les relations entre eux, que les concurrents et les relations entre eux. Les autorités ont par ailleurs établi que la notion de “comportement illicite” pouvait s’étendre à un ensemble d’actes mais aussi à un acte unique qui ne se poursuivait pas et ne se répétait pas²⁷³.

Le tribunal a également examiné la manière d’établir la notion d’affaire “de prime abord bien fondée”²⁷⁴. Cependant, l’attribution de la charge de la preuve était incertaine. Cette situation était entièrement due au fait que certaines lois²⁷⁵ en vigueur dans les différents territoires prévoyaient une responsabilité pénale.

La jurisprudence et les enseignements découlant de l’interprétation de l’expression “contraire aux usages honnêtes” sont limités dans les Caraïbes. Ces enseignements proviennent donc surtout de l’autorité persuasive d’autres juridictions.

3. Mise en œuvre de la notion d’acte expressément interdit

Les actes expressément interdits énumérés dans les lois sur la concurrence déloyale²⁷⁶ de la Barbade, de la Trinité-et-Tobago, de Sainte-Lucie et d’Anguilla sont notamment ceux qui :

- créent ou sont de nature à créer une confusion avec l’entreprise ou les activités d’une autre personne, ou les produits ou services offerts par cette personne;
- portent ou sont de nature à porter préjudice à l’image ou la réputation de l’entreprise d’une autre personne, que l’acte ait créé ou non une confusion;
- induisent ou sont de nature à induire le public en erreur à l’égard de l’entreprise ou des activités d’une autre personne, ou des produits ou services offerts par cette personne; et
- constituent des allégations ou indications fausses susceptibles de discréditer ou de nature à discréditer l’entreprise ou les activités d’une autre personne.

Les actes précités sont analogues aux actes interdits qui sont énoncés au paragraphe 3) de l’article 10*bis* de la Convention de Paris.

²⁷³ Digicel (St Lucia) Ltd and others c. Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774 (Ch) para 447

²⁷⁴ Digicel (St Lucia) Ltd and others c. Cable & Wireless plc and others [2010] EWHC 774 (Ch) para 431

²⁷⁵ *Protection Against Unfair Competition Act*, alinéas 3) et 4) de l’article 4, la Barbade. L’alinéa 4) stipule que “[t]out officier de l’autorité compétente qui contrevient à l’alinéa 2) est coupable de délit et risque, en cas de condamnation correctionnelle, une amende de 10 000 dollars ou une peine de prison de deux ans, ou les deux.” 4) L’instruction de l’accusation pénale envers une personne en vertu du présent alinéa n’affecte pas l’ouverture de l’action au civil auprès de la Haute cour envers cette personne.

Loi de Grenade de 2018 sur la protection des consommateurs, article 74.9).

²⁷⁶ *Protection against Unfair Competition Act*, chap. 82:36, Trinité-et-Tobago; *Protection Against Unfair Competition Act*, chap. 329A, la Barbade; *Protection Against Unfair Competition Act*, chap. P112, Anguilla; *Protection Against Unfair Competition Act*, chap. 13.38, 2001, Sainte-Lucie.

Ces lois sur la concurrence déloyale²⁷⁷ disposent que l'acte consistant à induire le public en erreur peut découler d'une publicité ou d'une campagne promotionnelle concernant le procédé de fabrication d'un produit ou d'un service, ainsi que l'adéquation de ceux-ci à un but particulier, leur qualité, leur quantité ou d'autres caractéristiques, ou encore leur origine géographique et leur prix ou la manière de calculer celui-ci.

En outre, selon les lois sur la concurrence déloyale²⁷⁸, tout acte déloyal qui peut créer ou est de nature à créer une confusion ou un préjudice peut porter sur le nom commercial, les marques de commerce de l'entreprise, la présentation des produits ou services, l'apparence d'un produit, un signe commercial distinct de la marque et l'association d'un produit, d'un service ou d'une activité à une personne célèbre ou un personnage de fiction connu.

Il ne semble exister actuellement qu'une seule affaire dans les Caraïbes anglophones dans laquelle un acte spécifiquement interdit par la législation sur la protection contre la concurrence déloyale a été interprété; il s'agit de l'affaire *Free Telecom Incorporated (t/a Flow (Barbados), Flow Communications, Flow Talk, Flow Internet, Flow TV and Flow Mobile) and Vet2vu (Barbados) Incorporate (t/a Flow (Barbados), Flow Communications, Flow Talk, Flow Internet, Flow TV and Flow Mobile) c. Tele (Barbados) Incorporated*²⁷⁹. Dans cette affaire, le plaignant avait fait valoir qu'un acte avait créé et était de nature à créer une confusion entre son entreprise de télécommunications, dont le nom commercial était "FLOW", et l'emploi du terme "FLOW" par le défendeur dans le même domaine d'activités. Selon le juge Cornelius, bien que le plaignant n'ait que la charge de prouver que l'acte était "de nature à créer" une confusion avec "son entreprise, ses activités et le produit ou les services", on pouvait déduire que l'expression "son entreprise et ses activités" avait une portée plus étendue que le délit de substitution. Toutefois, il restait à démontrer qu'il y avait confusion, au-delà du simple fait que les deux entités employaient le même nom sur le marché.

Au demeurant, il n'était pas nécessaire d'établir un type particulier de relation de concurrence, car la législation prévoyait aussi une protection du consommateur en cas d'acte interdit ou de nature à induire le public en erreur prévu dans les lois sur la protection contre la concurrence déloyale dans les Caraïbes anglophones.

Ces lois sont perçues comme des compléments à la protection offerte par les droits de propriété intellectuelle énoncés dans des législations distinctes²⁸⁰. L'article 5 du chapitre 319 de la Loi de la Barbade sur les marques de commerce interdit l'enregistrement d'une marque qui ressemble à une marque enregistrée au point de risquer d'induire le public en erreur. Cette disposition vise un acte analogue à l'acte spécifiquement interdit consistant à induire le public en erreur qui est énoncé dans les lois sur la protection contre la concurrence déloyale. Cependant, ces lois offrent une protection des droits de propriété intellectuelle plus étendue que les lois sur les marques de commerce. Ainsi, pour pouvoir bénéficier de la protection au titre des lois sur les marques de commerce, ces marques doivent avoir été enregistrées ou être notoires²⁸¹, tandis que les lois sur la protection contre la concurrence déloyale protègent les marques sans ces conditions.

²⁷⁷ *Protection against Unfair Competition Act*, article 7, chap. 82:36, Trinité-et-Tobago; *Protection Against Unfair Competition Act*, article 7, chap. 329A, la Barbade; *Protection Against Unfair Competition Act*, article 6, chap. P112, Anguilla; *Protection Against Unfair Competition Act*, article 6, chap. 13.38, 2001, Sainte-Lucie.

²⁷⁸ *Protection against Unfair Competition Act*, alinéa 2) de l'article 5, chap. 82:36, Trinité-et-Tobago; *Protection Against Unfair Competition Act*, article 5, chap. 329A, la Barbade; *Protection Against Unfair Competition Act*, alinéa 2) de l'article 4, chap. P112, Anguilla; *Protection Against Unfair Competition Act*, alinéa 2) de l'article 4, chap. 13.38, 2001, Sainte-Lucie.

²⁷⁹ BB 2013 HC 24

²⁸⁰ Christopher Morcom Q.C., "Govevers: a glimmer of hope for UK compliance with Article 10bis of the Paris Convention" [2007] EIPR 125-127.

²⁸¹ *Trade Marks Act*, alinéa d)1) de l'article 8 du chap. 319, la Barbade; *Trade Marks Act* No. 8 de 2015, alinéa 3)c) de l'article 9, Trinité-et-Tobago; *Trade Marks Act*, alinéa e) de l'article 4, R.S.A. c. T30, Anguilla.

En outre, les lois sur la protection contre la concurrence déloyale prévoient qu'il y a acte de concurrence déloyale si des signes qui ne sont pas une marque sont employés par une autre entreprise et créent une confusion. Il existe par ailleurs une protection contre la divulgation illicite de secrets d'affaires, qui est examinée ci-après.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Parallèlement à la protection de base offerte dans de nombreux pays anglophones des Caraïbes contre les actes susceptibles de créer une confusion, un dénigrement ou un discrédit, ou d'induire le public en erreur, il existe d'autres actes de concurrence déloyale tels que 1) l'imitation servile, 2) le parasitage, et 3) les secrets d'affaires. Il convient de noter que la protection offerte par les lois sur la protection contre la concurrence déloyale²⁸² est plus étendue que celle des différentes législations relatives à la propriété intellectuelle.

4.1. *Imitation servile*

L'imitation servile est expressément traitée par la législation sur la concurrence déloyale de certains pays de l'Union européenne comme l'Allemagne²⁸³. En revanche, les pays anglophones des Caraïbes n'ont pas de dispositions particulières régissant ces actes au titre de la protection contre la concurrence déloyale et la protection du consommateur. Les seules dispositions spéciales contre toute forme d'imitation apparaissent dans la législation sur les marques de commerce de ces pays. Toutefois, la protection prévue à ce titre ne s'applique qu'aux titulaires de marques de commerce enregistrées et aux titulaires de marques notoires.

Nonobstant l'absence de dispositions concernant l'imitation servile de manière spécifique, la protection générale prévue par les différentes législations sur la concurrence déloyale peut recouvrir certains cas d'imitation servile. Ces cas relèvent alors des dispositions générales de la législation sur la concurrence déloyale.

L'absence de législation régissant spécialement l'imitation servile laisse pourtant certains groupes de créateurs sans protection, notamment ceux i) qui ne sont pas titulaires de droits sur un dessin ou modèle industriel enregistré, ii) qui ne répondent pas au critère d'originalité requis pour pouvoir disposer de la protection du droit d'auteur, ou iii) dont la durée de protection est parvenue à son échéance²⁸⁴. En raison de son caractère général, la législation sur la concurrence déloyale risque de ne pas couvrir l'ensemble des cas d'imitation servile et ces personnes créatives pourraient voir leurs créations intellectuelles imitées sans disposer de recours.

En conséquence, les pays anglophones des Caraïbes sont actuellement contraints de s'appuyer sur les dispositions générales de la législation concernant la concurrence déloyale et les droits de propriété intellectuelle pour offrir une protection contre les imitations.

4.2. *Parasitage*

Les actes de parasitage ont un certain nombre d'éléments en commun avec les autres actes de concurrence déloyale. Cependant, si le parasitage peut créer une confusion et induire le public en erreur, il concerne de manière exclusive les actes d'appropriation frauduleuse. Il peut être

²⁸² "Fields of intellectual property protection", 2.819.

²⁸³ Alinéa 3)a) de l'article 4 de la loi de l'Allemagne sur la concurrence déloyale.

²⁸⁴ Notamment ceux 1) qui ne sont pas titulaires de droits sur un dessin ou modèle industriel, 2) qui ne répondent pas au critère d'originalité requis pour pouvoir disposer de la protection du droit d'auteur, ou 3) dont la durée de protection est parvenue à son échéance.

considéré comme la forme la plus large de concurrence par imitation, et à ce titre il relève clairement de la concurrence déloyale.

Le parasitage offre un avantage déloyal au contrevenant car celui-ci profite de la réputation d'une marque existante²⁸⁵. La plupart des pays des Caraïbes protègent les marques notoires contre des actes consistant à retirer un avantage déloyal du caractère distinctif de la marque ou de sa réputation²⁸⁶. Néanmoins, d'autres pays des Caraïbes ont choisi d'autoriser l'enregistrement défensif pour les marques notoires²⁸⁷.

La possibilité d'invoquer la notion de parasitage est limitée lorsqu'il n'existe aucun lien commercial entre les deux marques. Il ne suffit pas d'évoquer la marque, il faut en outre qu'il y ait "exploitation claire ou parasitage d'une marque notoire, ou intention de faire du commerce en s'appuyant sur sa réputation, même dans des circonstances où aucun préjudice ne serait porté au caractère distinctif ou à la réputation de la marque"²⁸⁸. Cette limite a pour but de trouver un équilibre entre les règles de la concurrence déloyale et les principes du marché libre.

4.3. *Secrets d'affaires*

Anguilla²⁸⁹, Sainte-Lucie²⁹⁰, la République de la Trinité-et-Tobago²⁹¹ et la Barbade²⁹² sont des pays des Caraïbes qui offrent explicitement une protection contre la divulgation illicite de secrets d'affaires. Cette protection est assurée en vertu de leur législation sur la concurrence déloyale.

Ces dispositions législatives correspondent à l'alinéa 2) de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. La protection prévue par la législation sur la concurrence déloyale est étendue et protège aussi bien les secrets de fabrication que les secrets commerciaux. En raison de cette définition très générale de ce qui constitue un renseignement secret, la décision finale de protéger ou non un renseignement particulier dépend des faits et circonstances propres à l'affaire examinée.

Nonobstant le caractère général de la définition, les protections accordées aux secrets d'affaires sont clairement définies dans les différentes lois sur la protection contre la concurrence déloyale. En outre, ces protections sont soumises à un certain nombre de limites. Les limites prévues sont les suivantes : i) les actes doivent être malhonnêtes; ii) la divulgation ne doit pas avoir été nécessaire pour protéger le public; et iii) aucune mesure n'a été prise pour protéger les essais et les données contre une utilisation commerciale déloyale.

Ces limites permettent de faire un usage adéquat des secrets d'affaires et de divulguer ceux-ci dans le cadre d'activités commerciales légitimes. Elles visent donc à trouver un équilibre raisonnable entre la protection contre la concurrence déloyale et des actes de concurrence loyale ou des usages honnêtes qui sont dans l'intérêt général du public.

²⁸⁵ 3M Company c. Manufacturera 3M SA DE CV [2017] JMCA Civ 21 para 131.

²⁸⁶ *Trade Marks Act*, alinéas d)i) et ii) de l'article 8, chap. 319, la Barbade; *Trademark Act*, article 49, Jamaïque; *Trade Marks Act*, alinéas 3)c) et d) de l'article 9, 2015 (loi n° 8 de 2015), Trinité-et-Tobago; *Trade Marks Act*, article 61, chap. 257, Belize.

²⁸⁷ *Trademarks Act*, alinéa 1) de l'article 29, chap. 90:01, Guyana; *Trademark Act*, alinéa 1) de l'article 35, chap. 322, Bahamas.

²⁸⁸ 3M Company c. Manufacturera 3M SA DE CV [2017] JMCA Civ 21 para 131.

²⁸⁹ *Protection Against Unfair Competition Act*, article 8.

²⁹⁰ *Protection Against Unfair Competition Act*, article 8.

²⁹¹ *Protection Against Unfair Competition Act*, article 9.

²⁹² *Protection Against Unfair Competition Act*, article 8.

E. AMÉRIQUE CENTRALE*

1. Cadre législatif

Les pays d'Amérique centrale n'ont pas établi de démarche commune dans le domaine de la réglementation de la concurrence déloyale. Il n'existe pas de traité transnational ou régional ni d'autre type de transposition juridique analogue. Chaque système juridique définit les usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ou détermine quels sont les actes interdits en fonction de son propre contexte. Bien que ces notions soient établies par des lois ou reconnues par la jurisprudence, il semble qu'en réalité le paragraphe 1 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris ait été repris sous autant de versions qu'il existe de pays dans la région.

Au Honduras, la protection contre la concurrence déloyale est prévue par les articles 170 à 173 de la loi sur la propriété industrielle. Ces dispositions mettent en application les principes de l'article 10*bis* dans le système juridique hondurien. On trouve aussi des dispositions concernant la concurrence déloyale dans les articles 425 à 429 du Code du commerce de ce pays. Les articles 75 à 78 de la loi sur la propriété industrielle contiennent des dispositions visant à protéger les secrets d'affaires contre la concurrence déloyale. Des réparations sont prévues en droit pénal, civil et administratif en cas de concurrence déloyale. Le Code de procédure civile du Honduras dispose que les actes de concurrence déloyale doivent être jugés par un tribunal civil de première instance. Par ailleurs, certaines procédures administratives permettent de signaler des actes de concurrence déloyale auprès de l'Office d'enregistrement des droits de propriété industrielle²⁹³, qui peut imposer des amendes.

Au Salvador, la concurrence déloyale est régie par l'article 491 du Code du commerce, qui est très détaillé et définit plusieurs actes à cet égard. Cet article semble aller au-delà des cas énumérés dans l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Il distingue les actes consistant à tromper le consommateur, à discréditer les concurrents, à recruter d'anciens employés d'un concurrent et "tout autre acte analogue visant directement ou indirectement à détourner des clients d'un autre commerçant (...)". Les articles 493 et 497 du Code du commerce prévoient que les affaires de concurrence déloyale doivent être portées devant un juge commercial. L'article 240 du Code de procédure commerciale et civile du pays dispose qu'en première instance, les affaires de concurrence déloyale doivent être entendues par un juge commercial ou civil. De plus, les articles 100 à 103 de la loi sur les marques et les signes distinctifs du Salvador disposent que les actes de concurrence déloyale et les actes malhonnêtes sont ceux qui sont contraires aux pratiques honnêtes et à la législation en général. Ces dispositions restent donc fondées sur une démarche ouverte et reposent sur une définition négative.

La loi sur les marques et les signes distinctifs du Costa Rica²⁹⁴ ne définit pas la concurrence déloyale. Toutefois, l'alinéa k) de son article 8 interdit d'enregistrer une marque qui pourrait constituer un acte de concurrence déloyale. L'alinéa f) de son article 62 énonce la même interdiction, mais dans le cas d'expressions ou de signes publicitaires de nature commerciale, qui en quelque sorte correspondent à des marques de commerce. Enfin, l'article 71 de cette loi interdit l'emploi de toute indication géographique s'il constitue un acte de concurrence déloyale au sens du paragraphe 1 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

* *M. Roberto Garza Barbosa, professeur, Tecnológico de Monterrey, School of Social Science and Government, Monterrey, Mexique.*

²⁹³ *Oficina de Registro de Propiedad Industrial.*

²⁹⁴ *Acte législatif n° 7978.*

Le Costa Rica dispose d'une loi différente pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Bien qu'il s'agisse d'un texte applicatif, il contient des définitions en matière de concurrence déloyale. L'article 28 de la loi n° 8039 relative aux procédures d'application des droits de propriété intellectuelle²⁹⁵ définit la concurrence déloyale comme "tout acte effectué dans le cadre ou à l'occasion d'une activité commerciale qui est contraire aux usages et aux pratiques honnêtes en matière commerciale". Cette disposition contient une liste explicite d'actes qui sont considérés comme une concurrence déloyale. L'article 28 renvoie en outre à l'article 17 de la loi sur la promotion de la concurrence et la défense effective du consommateur, qui définit un ensemble d'actes relevant de la concurrence déloyale²⁹⁶.

En droit du Mexique, la disposition fondamentale offrant une protection contre la concurrence déloyale est l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle²⁹⁷. Toutefois, l'article 10*bis* de la Convention de Paris peut aussi être invoqué et appliqué directement dans toutes les procédures judiciaires. La disposition la plus importante permettant d'invoquer l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle est son alinéa I). Celui-ci est généralement interprété comme une clause non indépendante. Dès lors, pour être applicable, il faut aussi que toutes les autres conditions définissant une infraction dans les autres alinéas soient respectées. Ce raisonnement permet de répondre à la question qui se pose ensuite et qui consiste à définir ce qui constitue un usage honnête en matière industrielle ou commerciale. Selon cette loi, la réponse peut se résumer par le fait de ne commettre aucun acte contraire au droit, ce qui est un peu simpliste. L'alinéa I) est considéré comme la disposition générale permettant d'invoquer la concurrence déloyale.

Ce même article 386 établit par ailleurs des conditions précises pour qu'il y ait concurrence déloyale. À la différence de l'alinéa I), ces conditions sont indépendantes. Dès lors, le fondement des procédures judiciaires menées au titre de la concurrence déloyale en droit du Mexique se trouve aux alinéas I), II), III), XIV), XV) et XXIV) de l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle²⁹⁸. Ces dispositions reprennent celles de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

²⁹⁵ Acte législatif n° 9524.

²⁹⁶ Acte législatif n° 7472.

²⁹⁷ Il s'agit d'une nouvelle loi publiée au Journal officiel de la Fédération le 1^{er} juillet 2020 et entrée en vigueur le 5 novembre 2020. Elle porte abrogation de la loi sur la propriété industrielle du Mexique du 27 juin 1991. L'article portant désormais le numéro 386 est très proche de l'ancien article 213. Il définit 33 actes constituant une infraction. S'agissant de la concurrence déloyale, la nouvelle loi prévoit, en plus des dispositions existantes, une protection des informations non divulguées.

²⁹⁸ "Article 386.- Les actes suivants constituent des infractions administratives :

(...)

I.- Commettre des actes contraires aux bons usages et pratiques dans le domaine de l'industrie, du commerce et des services qui impliquent une concurrence déloyale et qui sont liés au domaine régi par la présente loi;

II.- Effectuer, dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales, des actes qui induisent le public en erreur ou qui entraînent une confusion ou une tromperie en amenant le public à croire ou à supposer de manière injustifiée à l'un des éléments suivants :

a) l'existence d'une relation ou d'une association entre un établissement donné et l'établissement d'un tiers;

b) le fait que des produits soient fabriqués selon les indications, sous la licence ou avec l'accord d'un tiers;

c) le fait que des services soient fournis ou des produits soient vendus avec l'accord, sous la licence ou selon les spécifications d'un tiers; ou

d) le fait que le produit considéré provienne d'un territoire, une région ou une localité différents de son lieu

d'origine réel, de sorte que le public est trompé quant à l'origine géographique du produit;

III.- Tenter de ou parvenir à discréditer les produits, les services, l'activité industrielle ou commerciale ou

l'établissement d'autrui. Échappent à cette disposition la comparaison de produits ou services protégés par une

marque qui est effectuée aux fins d'informer le public, dès lors que cette comparaison n'est pas tendancieuse, fausse ou exagérée au sens de la loi fédérale de protection du consommateur;

(...)

XIV.- S'approprier de manière indue des informations qui sont considérées comme des secrets d'affaires, sans le consentement de la personne titulaire du droit sur ces informations ou autorisée à les employer, pour obtenir un

De même, l'article 6*bis* du Code du commerce du Mexique reprend presque littéralement les deuxième et troisième paragraphes de l'article 10*bis* de la Convention de Paris²⁹⁹. Selon cet article, un usage est honnête en matière industrielle ou commerciale s'il ne relève pas des actes interdits par le paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Enfin, l'article 32 de la loi sur la protection du consommateur du Mexique énonce les règles régissant la publicité comparative.

La plupart des procédures judiciaires relevant de la concurrence déloyale reposent sur l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle, et plus particulièrement sur les alinéas précités. Comme cette loi est relativement récente, la jurisprudence en vigueur se fonde sur la loi de 1991 relative à la propriété industrielle, qui est désormais abrogée. Cependant, en matière de protection contre la concurrence déloyale, aucune modification de fond n'a été apportée par la nouvelle législation. Celle-ci comporte simplement quelques dispositions supplémentaires visant à protéger les informations non divulguées contre des actes de concurrence déloyale, comme le prévoit l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"). Aussi l'analyse fondée sur la jurisprudence actuelle reste-t-elle valable, quand bien même elle renvoie aux dispositions d'une loi abrogée.

À la différence d'autres systèmes juridiques, dans lesquels les procédures judiciaires en matière de concurrence déloyale et de propriété intellectuelle sont intentées devant une juridiction de première instance relevant du système judiciaire, en droit du Mexique les affaires relatives à des infractions ou à la concurrence déloyale sont portées devant l'Institut mexicain de la propriété industrielle (IMPI), qui est l'organe administratif chargé de délivrer les brevets et d'enregistrer les marques. Cependant, comme l'IMPI ne pouvait accorder de réparations, les parties concernées devaient aussi entamer une procédure auprès d'un tribunal de première instance. À cette fin, elles devaient disposer d'une décision de l'IMPI attestant d'une infraction administrative ou d'un acte de concurrence déloyale. La nouvelle loi a réglé ce problème en conférant à l'IMPI le pouvoir d'accorder des réparations, et en disposant par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir une décision de l'IMPI pour pouvoir entamer une procédure judiciaire auprès d'un tribunal de première instance.

Avant l'adoption de la nouvelle loi, la procédure judiciaire ordinaire consistait déjà à porter plainte auprès d'un tribunal de première instance lorsque l'acte de concurrence déloyale était lié à une rupture de contrat, par exemple dans le cadre d'un contrat de franchise. La nouvelle procédure judiciaire laisse au plaignant le choix d'intenter le procès auprès de l'IMPI ou d'un tribunal de première instance. Elle harmonise ainsi les dispositions relatives à la concurrence déloyale avec les règles générales de la responsabilité civile.

avantage concurrentiel sur le marché, ou pour commettre des actes contraires aux bons usages et pratiques dans le domaine de l'industrie, du commerce et des services, ces actes constituant une concurrence déloyale;

XV.- Produire, offrir à la vente, vendre, importer, exporter ou stocker des produits ou des services qui utilisent un secret d'affaires lorsque la personne qui mène ces activités sait ou a des raisons valables de penser que le secret d'affaires est utilisé sans le consentement de la personne titulaire du droit sur ces informations ou autorisée à les employer, et d'une manière contraire aux bons usages et pratiques dans le domaine de l'industrie, du commerce et des services qui impliquent une concurrence déloyale;

(...)

XXIV.- Employer une combinaison de signes distinctifs, d'éléments fonctionnels ou d'images permettant de reconnaître des produits ou des services qui sont identiques ou analogues dans une certaine mesure à d'autres produits ou services protégés par la présente loi, et dont l'usage conduit ou incite le public à croire ou à supposer qu'il existe une association, en réalité fictive, avec le titulaire du droit; (...)"

²⁹⁹ Plusieurs alinéas de l'article 173 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle indiquent également que les demandes de marques présentant des signes distinctifs qui constituent une concurrence déloyale ne peuvent être enregistrées.

Selon l'article 1910 du Code civil du Mexique, "[q]uiconque cause, par un acte illicite ou contraire aux bons usages, un préjudice à autrui a l'obligation de le réparer (...)". Un acte est illicite lorsqu'il est contraire à la législation. Dès lors, tout acte considéré comme une concurrence déloyale au sens de l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle peut automatiquement donner lieu à des poursuites en vertu de l'article 1910 du Code civil. Hormis cette règle générale de la responsabilité civile, aucun changement n'est intervenu dans le domaine de la protection contre la concurrence déloyale, à l'exception des modifications reposant sur les dispositions de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle, de la Convention de Paris, de l'Accord sur les ADPIC et de la loi abrogée de 1991 relative à la propriété industrielle. En conclusion, aucun changement ne s'appuie uniquement sur des principes généraux de responsabilité délictuelle.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Dans les pays de la région, la notion d'usages honnêtes correspond au fait de ne commettre aucun acte interdit.

Ainsi, dans le système mexicain, la protection contre la concurrence déloyale est liée à l'obligation de ne pas avoir de conduite contraire à la législation et de ne commettre aucun des actes définis à l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle. Dans la plus grande affaire portée à ce sujet³⁰⁰ devant la Cour suprême du Mexique, celle-ci a dû se prononcer sur la constitutionnalité de l'alinéa I) de l'article 213 de la loi de 1991 relative à la propriété industrielle, qui est désormais abrogée. Bien que cette décision concerne une loi qui n'est plus en vigueur, elle reste pertinente car l'alinéa I) de l'article 213 de la loi de 1991 est précisément la disposition qui a été reprise dans l'alinéa I) de l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle. En outre, le libellé de ce dernier est très proche de celui du paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

L'argument principal tenait au fait que cette disposition juridique était contraire aux principes de légalité et de respect des procédures énoncés aux articles 14 et 16 de la Constitution du Mexique, car son libellé était trop vague : "les actes contraires aux bons usages et pratiques dans le domaine de l'industrie, du commerce et des services (...) "³⁰¹. En droit du Mexique, toute loi établissant qu'un acte est illicite ou criminel ne saurait être libellée de manière vague, ce qui signifie que le texte ne doit pas désigner plus d'un comportement. Dans le cas contraire, il doit être déclaré inconstitutionnel.

Néanmoins, malgré le caractère ouvert du libellé, la Cour suprême du Mexique a rejeté l'argument en faisant valoir que l'un des éléments indiqués à l'alinéa I) pour déterminer un acte de concurrence déloyale reposait sur sa relation avec le reste du système juridique examiné. Cet avis est intéressant car il confirme que l'alinéa I) n'est pas autonome, c'est-à-dire que son interprétation dépend d'autres alinéas du même article : "il devrait être interprété non pas de manière littérale et isolée, mais de manière systématique en veillant à la cohérence avec les autres alinéas (...) "³⁰². Selon cette interprétation, toute atteinte à une disposition juridique est considérée comme un acte de concurrence déloyale. Cet avis s'applique non seulement aux marques mais aussi aux brevets, aux dessins et modèles industriels, etc.

En droit du Mexique, aucune jurisprudence et aucune disposition juridique ne définit ce qui est considéré comme un usage honnête. Celui-ci peut donc être déterminé conformément à l'avis rendu par la Cour suprême, dès lors que la conduite n'est pas contraire à une disposition

³⁰⁰ Cour suprême du Mexique, Deuxième Chambre, *Amparo* en révision 2234/2009, 17 mars 2010. Disponible à l'adresse suivante : <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx> (consulté le 24 août 2021).

³⁰¹ Voir *id.* § 6.

³⁰² Voir *id.* § 16.

juridique. Cette démarche repose donc sur une définition négative : s'il n'y a pas atteinte à une disposition juridique (le plus souvent, l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle), il n'y a pas concurrence déloyale.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

En droit du Honduras, l'article 170 de la loi sur la propriété industrielle définit les actes considérés comme une concurrence déloyale de la manière suivante :

1) Tout acte (...) contraire aux règles de la bonne foi ou aux usages et pratiques honnêtes en matière commerciale; 2) Les actes de tous types susceptibles de créer une confusion à l'égard (...) d'un autre commerçant; 3) L'utilisation ou la diffusion d'indications (...) fausses susceptibles de porter préjudice à l'établissement, aux produits, aux services ou aux activités d'un autre commerçant, ou de les discréditer; 4) L'utilisation ou la diffusion d'indications ou d'allégations (...) susceptibles de créer une confusion à l'égard (...) de ses propres produits ou services ou de ceux d'un tiers; 5) L'utilisation directe ou immédiate d'un produit commercialisé par un tiers en vue de mouler, calquer, copier ou reproduire de toute autre manière et sans autorisation ce produit par tout moyen technique, afin de profiter sans contrepartie des résultats des efforts d'un tiers sur le plan commercial; et 6) L'accès à un secret d'affaires et à d'autres informations non divulguées, ou l'utilisation ou la divulgation de ce secret ou de ces informations sans le consentement de leur titulaire légitime (...).

Le droit du Honduras comporte ses propres définitions de ce qui constitue un acte de concurrence déloyale. L'article 425 du Code du commerce définit également un ensemble d'actes de concurrence déloyale. Cette disposition vise les actes destinés à attirer les clients de manière frauduleuse. Plus précisément, la corruption des employés d'un client, les fausses indications concernant l'origine ou la qualité des produits, la falsification de produits au moyen d'emballages ressemblant à un emballage connu, et le fait d'accorder de fausses remises de prix dans le cadre de liquidations, de faillites, etc., constituent des actes de ce type.

Dans l'affaire *Laboratorios Stein S.A c. Pfizer S.A.*, la Cour suprême du Honduras³⁰³ a analysé les interactions entre les dispositions du Code du commerce et celles de la loi sur la propriété industrielle relatives à la concurrence déloyale. Elle a inversé une décision par laquelle la Cour d'appel civile du département de Francisco Morazan avait disposé que l'article 425 du Code du commerce définissait les mêmes actes de concurrence déloyale que l'article 170 de la loi sur la propriété industrielle. C'est pourquoi la Cour d'appel n'avait pas pris en considération les actes de concurrence déloyale établis par l'article 425 du Code du commerce. La Cour suprême a établi clairement que les deux textes définissaient la concurrence déloyale en termes différents et que les deux étaient applicables à toutes les affaires relevant de ce domaine.

Dans le jugement portant le numéro de dossier 50-3CM-11-A, la Deuxième Chambre civile de la Cour d'appel de la Première Section du Salvador a déterminé si les affaires de concurrence déloyale relevaient du droit public ou privé. La question s'est posée en raison d'une clause prévoyant un arbitrage entre les parties concernées. Au cours de la procédure judiciaire de première instance, le défendeur avait fait valoir que le tribunal ne pouvait connaître de cette affaire en raison de l'existence de cette clause d'arbitrage. Le tribunal lui ayant donné raison, le plaignant avait fait appel. Le motif principal de cet appel tenait au fait que les actes de concurrence déloyale échappaient à la portée des procédures arbitrales et qu'ils relevaient du droit public car ils étaient visés par la réglementation antitrust³⁰⁴. Dans cet appel, le plaignant avait en outre fait valoir que la position dominante et les pratiques anticoncurrentielles de l'autre partie étaient contraires à la liberté économique et qu'elles étaient interdites par la loi antitrust.

³⁰³ Affaire civile n° CC-61-12 de la Cour suprême du Honduras, 11 juin 2013.

³⁰⁴ Selon l'article 23 de la loi sur la médiation, la conciliation et l'arbitrage du Salvador, ces questions ne peuvent faire l'objet d'un arbitrage.

L'affaire ne pouvait donc relever d'une procédure arbitrale, qui avait un caractère privé, et elle dépassait les engagements personnels des parties.

Néanmoins, la Cour d'appel de la Première Section du Salvador a rejeté cet argument et a confirmé la décision du tribunal selon laquelle "(...) notre système juridique prévoit que les actes de concurrence déloyale et les pratiques anticoncurrentielles relèvent de cas de figure entièrement différents, et il n'est pas possible d'affirmer (...) que la concurrence déloyale constitue une pratique anticoncurrentielle"³⁰⁵. Elle a donc conclu que les affaires de concurrence déloyale pouvaient être réglées par un arbitrage. Ce critère dominant a été approuvé par la Cour suprême du Salvador dans l'affaire 109-2016. Dans cette affaire, la Cour suprême a distingué les actes de concurrence déloyale des actes interdits par la loi antitrust du Salvador, et elle a conclu que les actes de concurrence déloyale ne dépassaient pas la portée du droit privé et qu'il était donc "impossible qu'ils aient une incidence sur l'ordre économique"³⁰⁶.

Au Costa Rica, l'article 28 de la loi relative aux procédures d'application des droits de propriété intellectuelle établit une interdiction générale et inconditionnelle de commettre des actes contraires aux usages et pratiques honnêtes, et définit en outre des actes précis de concurrence déloyale. Il s'agit des actes qui tendent à créer une confusion quant aux caractéristiques de produits ou de services, ou de la reproduction d'une marque, ou de tout élément protégé par la propriété intellectuelle, sans le consentement de son titulaire et en vue de retirer un avantage commercial des efforts et du prestige d'autrui, ainsi que de l'utilisation de signes dont l'enregistrement est interdit par la loi sur les marques et les signes distinctifs.

Par ailleurs, l'article 28 de la loi relative aux procédures d'application des droits de propriété intellectuelle renvoie à l'article 17 de la loi sur la promotion de la concurrence et la défense effective du consommateur, qui définit les actes de concurrence déloyale suivants :

- a) créer une confusion (...) concernant (...) des concurrents;
- b) diffuser de fausses allégations (...) pour discréditer (...) un concurrent;
- c) (...) inciter à croire à l'existence de prix ou de récompenses (...) au regard de fausses informations ou (...) faire naître (...) des espoirs excessifs (...);
- d) utiliser, imiter, reproduire, substituer ou modifier de manière frauduleuse des marques, des noms commerciaux, des appellations d'origine, des expressions publicitaires, des inscriptions, des emballages, des étiquettes, des conteneurs ou tout autre moyen d'identification correspondant à des produits ou des services appartenant à des tiers (...)

Bien que ces actes interdits par l'article 17 de la loi sur la promotion de la concurrence et la défense effective du consommateur soient précis, l'article reste ouvert dans son application car il interdit aussi tout autre acte de concurrence déloyale analogue qui fasse obstacle à la transparence du marché au détriment des consommateurs et des concurrents.

Dans une affaire de publicité comparative³⁰⁷, la Deuxième Cour d'appel civile de San José a donné une interprétation de cet article 17. La Commission nationale du consommateur³⁰⁸ avait disposé dans un premier temps que cette publicité comparative était inexacte, partielle et trompeuse car elle déformait des informations pour induire le consommateur en erreur.

³⁰⁵ Jugement 50-3CM-11-A, Deuxième Chambre civile de la Cour d'appel de la Première Section (El Salvador), 5 janvier 2012.

³⁰⁶ 109-2016, Cour suprême (El Salvador), 23 août 2019, 14.

³⁰⁷ Deuxième Chambre de la Deuxième Cour d'appel civile de San José, dossier n° 12-000088-0183-CI, 6 septembre 2021. La publicité comparative en question comportait le slogan suivant : "Utilisez-vous de l'eau de Javel? La plupart des étiquettes de vos vêtements vous l'interdisent. Le chlore endommage les fibres du tissu, ternit les couleurs et peut abîmer vos vêtements colorés. Il vaut mieux utiliser le produit V. en l'appliquant sur la tache ou en le mélangeant à la lessive; vous verrez que V. parvient à effacer les taches sans ternir les couleurs, car il ne contient pas de chlore (...)" Voir *id.*, 3. La marque du plaignant s'appelait "Clorox", et en espagnol le mot "cloro" signifie chlore. Dans cette publicité comparative, la différence entre Clorox et cloro était infime. La Cour n'a pas examiné le caractère distinctif de la marque.

³⁰⁸ *Comisión Nacional del Consumidor*.

Toutefois, la Deuxième Cour d'appel civile a partiellement inversé cette position en considérant qu'«[i]l serait erroné de généraliser le fait que toute inexactitude ou erreur dans une publicité doit faire l'objet d'une censure (...)». Elle a ensuite reconnu qu'il n'y avait concurrence déloyale que lorsque la publicité comparative avait une incidence sur des concurrents et induisait les consommateurs en erreur. Elle a néanmoins renvoyé l'affaire devant la Commission du consommateur pour que celle-ci ordonne au défendeur de modifier sa publicité comparative, de publier de nouvelles publicités comportant ces modifications, de n'employer à l'avenir que des informations vérifiables dans ses publicités et de régler les honoraires d'avocat du plaignant.

Si l'on compare les dispositions de la législation mexicaine avec celles de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, on peut dire que les garanties de protection générales prévues au paragraphe 1 de l'article 10*bis* ont été reprises dans l'alinéa II) de l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle, et que les dispositions du paragraphe 2 de l'article 10*bis* ont été reprises dans l'alinéa III) de ce même article 386³⁰⁹. Cependant, les exemples plus concrets énoncés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* ne se retrouvent dans aucune disposition de la législation nationale en matière de propriété intellectuelle. Ils sont en réalité repris dans la loi fédérale sur la protection du consommateur³¹⁰. Des procédures administratives sont prévues auprès d'un organisme fédéral appelé Office du procureur fédéral pour la protection du consommateur. En outre, comme pour toute atteinte à une disposition juridique, une action en justice visant à protéger les consommateurs au titre de l'article 1910 du Code civil peut être intentée auprès d'un tribunal d'État ou fédéral. Néanmoins, ces procédures de protection du consommateur sont généralement menées au titre de la loi fédérale sur la protection du consommateur et non au titre de la concurrence déloyale.

Aucune condition différente ou particulière n'est requise pour obtenir la protection contre la concurrence déloyale. Les procédures ne diffèrent en rien de celles qui régissent les autres atteintes à la législation, et les mesures de protection concrètes s'appliquent non seulement aux marques mais aussi aux brevets et à tout élément protégé par la propriété intellectuelle. Si l'on peut raisonnablement estimer que la nécessité d'évaluer une relation de concurrence est difficile à établir, la Cour a néanmoins disposé que cette évaluation était nécessaire dans l'affaire décrite ci-après.

Il s'agissait d'une atteinte à un brevet résultant de l'importation non autorisée d'une substance protégée³¹¹. Cependant, le Circuit fédéral a accepté l'argument du défendeur selon lequel aucune preuve de la concurrence déloyale n'avait été apportée. Plus précisément, le tribunal a noté qu'aucune preuve n'avait été formellement apportée pour montrer que le plaignant et le défendeur étaient concurrents. Cette question était devenue pertinente parce que le plaignant avait fait valoir qu'il n'importait pas la substance protégée à des fins commerciales. Le tribunal fédéral a estimé qu'il était nécessaire, pour pouvoir établir un acte de concurrence déloyale, de démontrer que les parties étaient des concurrents.

Néanmoins, cette décision n'est pas nécessairement définitive en la matière. Les affaires suivantes offrent une perspective plus large sur certains aspects de fond et de procédure de la protection contre la concurrence déloyale en droit du Mexique. Certaines décisions semblent indiquer qu'il n'est pas essentiel de démontrer que les parties sont des concurrents dans les affaires de concurrence déloyale.

³⁰⁹ Voir la note 6.

³¹⁰ Loi fédérale sur la protection du consommateur, alinéa VII) de l'article 1 et article 32.

³¹¹ Huitième Tribunal de circuit auxiliaire de la Troisième Région, *Amparo Directo* 653/2015, 21 janvier 2016. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.cjf.gob.mx> (consulté le 31 août 2021).

L'affaire de l'*Amparo* direct 406/2011 a donné lieu à un débat sur la concurrence déloyale et les accords de franchise³¹². Le tribunal a conclu à la responsabilité de l'actionnaire d'un franchisé au motif qu'il n'avait pas respecté un accord de franchise en créant une nouvelle société afin d'échapper à ses obligations contractuelles. Il s'agissait d'une franchise mexicaine de magasins de café. Après la résiliation du contrat de franchise, les défendeurs avaient poursuivi leur activité dans les locaux qui avaient servi à exploiter la franchise, mais sous une autre marque qu'ils avaient déposée. Selon la décision du tribunal, le défendeur était tenu, par un jugement de première instance, de respecter la clause de confidentialité et l'obligation de non-utilisation liées à la marque. Il devait en outre verser des réparations au titre des préjudices causés par la divulgation de secrets d'affaires et au titre de l'atteinte à la marque. Une tierce partie avait également été poursuivie. À ce titre, le tribunal avait ordonné de lever le "voile" du statut juridique de la société qui protégeait les actionnaires de l'ancien franchisé. Sa décision avait ainsi eu des conséquences sur la société défenderesse et sur ses actionnaires, qui avaient créé une entité juridique distincte afin d'échapper à leurs obligations contractuelles.

Le défendeur avait fait valoir que le plaignant n'avait nullement apporté la preuve d'un acte de concurrence déloyale. Il s'efforçait de montrer que la vente dans le nouvel établissement de produits tels que des pizzas, des laits frappés, des sandwiches ou des salades ne constituait pas un acte de concurrence déloyale puisque ces produits étaient licites et se trouvaient dans le domaine public. Néanmoins, le Tribunal du Circuit fédéral a rejeté cet argument au motif que la notion de concurrence déloyale découlait des accords de franchise. Par cette décision, il a reconnu que ces obligations contractuelles particulières entre les parties constituaient des règles de concurrence loyale entre elles.

Une autre affaire illustre cette question; il s'agit de l'*Amparo* direct 289/2016, qui concernait des importations, des dessins et modèles industriels et un acte de concurrence déloyale³¹³. Cette affaire avait permis de débattre de l'alinéa I) de l'article 213 de la loi sur la propriété industrielle³¹⁴, qui est désormais abrogée, dans le contexte de l'importation sur le territoire national de télécommandes qui, selon le plaignant, contrevenaient à un dessin industriel dont il était titulaire. Le tribunal s'était appuyé sur les articles 25 et 36 de cette loi³¹⁵. Le premier établissait les droits exclusifs des titulaires de brevets, notamment les droits de fabrication, d'utilisation, de vente, d'offre à la vente et d'importation de produits protégés. Le second disposait notamment que les droits exclusifs définis à l'article 25 s'appliquaient aussi aux dessins industriels. Ainsi, le tribunal a considéré que l'importation constituait un des droits exclusifs de dessins et modèles industriels. L'importation des télécommandes étant contraire à ces dispositions, l'atteinte à l'alinéa I) de l'article 213 de la loi (abrogée) sur la propriété industrielle était ainsi établie.

Une autre affaire encore, l'*Amparo* direct 218/2017, concernait un acte de concurrence déloyale lié à une publicité comparative et à des marques en trois dimensions³¹⁶. Le Tribunal de circuit a estimé que l'emballage employé dans la publicité comparative ne ressemblait à aucune des marques enregistrées par le plaignant. Pourtant, malgré quelques différences, notamment de couleurs, il était facile de voir au premier regard que la publicité visait à évoquer le produit du plaignant. Néanmoins, le Tribunal de circuit a conclu qu'il était "indéniable que dans cette affaire, on ne pouvait établir que les actes considérés correspondaient aux actes [de concurrence déloyale] interdits par les alinéas I) et X) de l'article 213 de la loi sur la protection

³¹² Troisième Tribunal de circuit civil du Premier Circuit, *Amparo Directo* 406/2011, 17 novembre 2011.

³¹³ Premier Tribunal de circuit administratif du Premier Circuit, *Amparo Directo* 289/2016, 7 juillet 2016.

³¹⁴ Cet alinéa est exactement identique à l'alinéa I) de l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle.

³¹⁵ Ces articles sont équivalents aux articles 55, 81 et 82 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle.

³¹⁶ Dixième Tribunal de circuit administratif du Premier Circuit, *Amparo Directo* 218/2017, 22 mars 2018.

industrielle³¹⁷. Loin de donner une indépendance à l'acte de concurrence déloyale défini à l'alinéa I), cette décision l'a au contraire rendu dépendant d'un acte d'atteinte à une marque de commerce.

L'affaire de l'*Amparo* direct 152/2016, quant à elle, concernait un acte de concurrence déloyale commis dans le contexte de médicaments génériques et d'une publicité comparative³¹⁸. Cet acte contrevenait aux alinéas I) et X) de l'article 213 de la loi sur la protection industrielle³¹⁹, désormais abrogée, et avait été commis par une entreprise pharmaceutique qui commercialisait des médicaments génériques. La publicité comparative contestée comportait notamment les slogans publicitaires suivants, qui avaient été enregistrés : "des médicaments analogues", "le même mais moins cher", et "jusqu'à 75% d'économie"³²⁰.

Le Tribunal de circuit s'est prononcé en faveur du plaignant en faisant valoir que la publicité comparative faisait spécifiquement référence à la marque de celui-ci. Cette décision s'appuyait sur certaines images des publicités comparatives en cause, et en particulier sur les marques de plusieurs entreprises pharmaceutiques internationales ainsi que sur la marque du plaignant. Selon le tribunal, l'examen confirmait que le défendeur avait eu l'intention de discréditer les produits du plaignant en établissant une comparaison que le tribunal jugeait biaisée, le défendeur ayant déclaré que ses produits étaient moins chers sans expliquer leur nature particulière. Le tribunal a notamment estimé que le défendeur n'avait pas précisé, dans sa publicité, que ses produits étaient génériques et interchangeables, et qu'ils étaient simplement analogues aux produits originaux du titulaire de la marque : "[c]es produits ne sont donc pas identiques à des médicaments novateurs (...) Or la publicité indique que les produits sont les mêmes mais qu'ils sont moins chers, ce qui constitue une information frauduleuse, biaisée et exagérée"³²¹.

Dans une autre affaire, une marque a obtenu une protection contre la concurrence déloyale avant même d'être enregistrée³²². Il s'agissait d'un contrat de franchise qui avait été conclu avant l'enregistrement de la marque. Le défendeur rejetait la faute en faisant valoir qu'au moment de signer le contrat de franchise, il n'existait pas de marque enregistrée. L'enregistrement était intervenu par la suite. Il se considérait comme une tierce partie qui avait utilisé de bonne foi la marque avant l'enregistrement. Toutefois, le Tribunal de circuit a estimé que le défendeur n'avait pas agi de bonne foi car en dehors de toute considération de la date d'enregistrement de la marque, celui-ci avait continué d'utiliser la marque après la rupture du contrat de franchise, ce qui rendait la bonne foi irrecevable.

Dans l'affaire de l'*Amparo* direct 443/2015, le tribunal a rejeté l'atteinte à une marque³²³. En revanche, il a estimé que le défendeur avait commis un acte de concurrence déloyale au titre de l'alinéa I) de l'article 213 de la loi sur la propriété industrielle, désormais abrogée, car le défendeur avait utilisé la marque du plaignant sur des tickets de vente qu'il avait publiés. Il est intéressant de noter que le tribunal a constaté un acte de concurrence déloyale en se fondant sur l'alinéa I) indépendamment des autres alinéas de l'article 213. Comme nous l'avons déjà indiqué, il peut être difficile de concilier cette démarche avec celle de la Cour suprême du Mexique présentée plus haut à propos de l'affaire de l'*Amparo* en révision 2234/2009.

³¹⁷ Voir *id.*, 42.

³¹⁸ Deuxième Tribunal de circuit auxiliaire de la Onzième Région, *Amparo Directo* 152/2016, 11 août 2016.

³¹⁹ Respectivement équivalent aux alinéas I) et III) de l'article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle.

³²⁰ Voir *id.*, 26 -27. Les slogans publicitaires constituent une catégorie particulière de marques de commerce qui, selon l'article 205 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle, sont précisément régies par les mêmes dispositions et principes juridiques que les marques de commerce. L'article 200 de la loi (abrogée) sur la propriété industrielle protégeait aussi les slogans publicitaires.

³²¹ Voir *id.*, 39.

³²² Seizième Tribunal de circuit administratif du Premier Circuit, *Amparo Directo* 388/2016, 6 octobre 2016.

³²³ Huitième Tribunal de circuit auxiliaire de la Troisième Région, *Amparo Directo* 154/2015, 26 juin 2015, 26.

Dans l'affaire de l'*Amparo* direct 413/2013, le Tribunal de circuit a exigé que la relation de concurrence soit démontrée³²⁴. L'affaire concernait Susana Zabaleta, chanteuse et actrice, qui avait été condamnée en instance inférieure pour atteinte à une marque et acte de concurrence déloyale. Elle avait créé une pièce de théâtre intitulée "*Kinky Retorcido*" ("Kinky tordu"), alors que le plaignant était titulaire de la marque "Kinky". Le Tribunal de circuit avait inversé le jugement et renvoyé l'affaire pour que les arguments de la défenderesse soient examinés à la lumière du fait que celle-ci avait créé une œuvre théâtrale et non une œuvre musicale : "[l]a nature du "spectacle" qu'elle offre (...) et les avis des spécialistes quant à ce qui constitue une œuvre de théâtre dramatique montrent que ledit spectacle revêt ce type de caractère (...) et ne constitue pas une œuvre musicale, contrairement à l'avis indûment émis (...) "³²⁵. Cette démarche consistant à distinguer des œuvres musicales et théâtrales semble cependant excessive, car les œuvres musicales et théâtrales constituent toutes deux des spectacles. Si cette interprétation devait prévaloir en matière de détermination de la relation de concurrence, il deviendrait difficile de prouver que les parties sont concurrentes.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Dans la législation et la jurisprudence des pays de la région, le terme "concurrence déloyale" est fréquemment employé à de nombreux égards, y compris dans des domaines sans rapport avec le sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Ainsi, une affaire au Costa Rica qui opposait des chauffeurs de taxi classiques et des chauffeurs travaillant dans le cadre de plateformes électroniques a fait intervenir la notion de "concurrence déloyale"³²⁶. À noter toutefois que cette affaire n'était pas liée à des droits de propriété intellectuelle ni à une situation dans laquelle le consommateur avait été induit en erreur.

Au Mexique, il existe d'autres types de protection contre la concurrence déloyale dans le domaine de l'habillement commercial et de la protection du secret d'affaires ou des informations non divulguées. Plusieurs affaires ont permis d'établir la protection de l'habillement commercial en se fondant sur des dispositions relatives à la concurrence déloyale. Dans l'affaire de l'*Amparo* direct en révision 5287/2014, la Cour suprême du Mexique a estimé que l'on pouvait déduire de l'article 10*bis* de la Convention de Paris que de l'habillement commercial était également protégé. Elle a disposé que "[l]e terme "habillement commercial" s'entend d'un ensemble d'éléments qui se traduisent par des signes visibles; les éléments qui sont réellement caractéristiques du produit doivent être soigneusement classés selon leur originalité et leur relation visuelle avec la commercialisation dudit produit (...) "³²⁷.

Plusieurs tribunaux d'instance inférieure ont suivi la Cour suprême du Mexique à cet égard. Dans l'affaire de l'*Amparo* direct 642/2014, le Tribunal de circuit a reconnu la protection de l'habillement commercial alors même que le défendeur était une entreprise disposant d'une marque enregistrée. La question consistait à savoir s'il était nécessaire d'annuler l'enregistrement de la marque du défendeur, car celui-ci avait principalement fait valoir qu'il ne pouvait avoir commis d'atteinte à une marque alors même qu'il agissait sous la protection d'une marque enregistrée. La Cour lui a cependant donné tort car le défendeur avait commis un acte

³²⁴ Quinzième Tribunal de circuit administratif du Premier Circuit, *Amparo Directo* 413/2013, 20 juin 2013.

³²⁵ *Id.*, 33.

³²⁶ Cour suprême du Costa Rica, Chambre constitutionnelle, dossier n° 21-018063-0007-CO, 14 septembre 2021. Dans cette affaire, le demandeur, un concessionnaire de taxis, affirmait que l'État du Costa Rica n'avait rien fait pour mettre un terme à la concurrence déloyale que représentait l'activité de transport effectuée par des chauffeurs utilisant illégalement des applications comme UBER ou NOVA, alors que cette activité lui causait un préjudice économique considérable. Ce préjudice était aggravé par le fait que le plaignant était atteint du COVID-19 et souffrait d'anxiété. La Cour suprême a rejeté l'appel en estimant que l'affaire n'avait pas pour objet de déterminer la situation juridique de ces plateformes.

³²⁷ Cour suprême du Mexique, Deuxième Chambre, *Amparo Directo en Revisión* 5287/2014, 30 et 33.

de concurrence déloyale. Elle a ensuite comparé les similitudes des produits de chaque partie et a conclu de surcroît que “les deux produits étant commercialisés dans des conditionnements de 200 grammes, il est évident que cette coïncidence produit une impression visuelle très semblable (...)”³²⁸. Ces affaires sont intéressantes car les textes invoqués pour rejeter l’argument ne contenaient aucune disposition concernant ou définissant l’habillage commercial.

Les alinéas XIV) et XV) de l’article 386 de la loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle prévoient une protection du secret d’affaires contre la concurrence déloyale. L’alinéa XIV) dispose que cette protection peut être invoquée en cas d’appropriation frauduleuse de secrets d’affaires en vue d’acquérir un avantage concurrentiel ou “d’effectuer des actes” impliquant une concurrence déloyale. L’objet du litige prévu à l’alinéa XV) concerne l’offre, la vente, l’importation ou l’exportation de produits et services utilisant un secret d’affaires. Pour pouvoir l’invoquer, le plaignant doit démontrer que le contrevenant savait ou qu’il existait des “motifs raisonnables” de penser qu’il savait que les informations étaient employées sans le consentement du titulaire du droit ou “d’une manière contraire aux usages et pratiques honnêtes dans le domaine de l’industrie, du commerce ou des services qui implique un acte de concurrence déloyale”³²⁹. Comme dans le reste des dispositions juridiques, aucune définition ou liste des usages honnêtes ou de la concurrence déloyale n’est fournie. L’accusation doit donc être argumentée dans chaque affaire. La jurisprudence n’a pas évolué à cet égard jusqu’à présent.

F. COMMUNAUTÉ ANDINE*

1. Cadre législatif

Les notions générales de commerce libre et de concurrence déloyale sont régies par des décisions de la Communauté andine, tandis que les législations nationales comportent des réglementations plus détaillées.

Dans sa Décision 608, la Communauté andine encourage et protège la libre concurrence entre les régions³³⁰. La portée de l’application de cette décision se limite aux pratiques ayant une origine et des effets dans un ou plusieurs pays de la Communauté. Les transactions locales à l’intérieur du pays doivent être conformes à la législation nationale. La question s’est posée de savoir si une partie pouvait faire deux fois l’objet d’une enquête pour la même conduite. À cet égard, la Cour de justice de la Communauté andine (“la Cour andine”), dans son Interprétation des préjudices 484-IP-2018, a défini la portée de l’application de lois andines transnationales pour éviter que des contrevenants n’élaborent des scénarios leur permettant de profiter d’avantages dans la région andine tout en échappant aux autorités locales. La Cour andine a conclu que les autorités locales pouvaient limiter leurs enquêtes aux pratiques n’ayant pas d’effet au-delà de leurs frontières. Cependant, ces enquêtes menées à l’échelle nationale ne remettaient pas en cause le fait que l’Autorité andine avait compétence pour enquêter sur des transactions transfrontières. Enfin, la Cour andine a recommandé aux entrepreneurs de ne pas commettre d’acte anticoncurrentiel s’ils ne voulaient pas avoir affaire à l’Autorité andine en plus des autorités locales.

³²⁸ Voir par exemple Dix-septième Tribunal de circuit administratif du Premier Circuit, *Amparo Directo* 642/2014, 3 septembre 2015.

³²⁹ Loi fédérale sur la protection de la propriété industrielle, alinéa XV) de l’article 386.

* *M. Rodrigo V. Bermeo Andrade, conseil en propriété intellectuelle et directeur pour l’Amérique latine du cabinet Bermeo & Bermeo, Quito, Équateur.*

³³⁰ Décision 608 de la Communauté andine du 29 mars 2005 concernant la Réglementation visant à protéger et promouvoir le libre commerce dans la Communauté.

La Décision andine 486³³¹ établit les dispositions communes en matière de propriété industrielle et autorise les offices de la propriété intellectuelle à rejeter une demande d'enregistrement d'une marque lorsqu'ils estiment que celle-ci constitue un acte de concurrence déloyale ou contribue à commettre un tel acte.

La Cour andine a expliqué qu'un acte de concurrence déloyale pouvait être commis à deux égards : "[d]" une part, il est nécessaire de protéger les intérêts des autres entreprises, qui peuvent subir un préjudice du fait de cet acte; et d'autre part, il est nécessaire d'assurer une protection effective des intérêts des consommateurs ou des destinataires d'une offre contre des pratiques déloyales (par exemple la publicité mensongère)³³². La Cour a défini un triple critère pour établir qu'il y a acte de concurrence déloyale :

- l'acte doit réellement constituer un acte de concurrence et le contrevenant ainsi que la victime doivent être concurrents dans le cadre d'une activité commerciale identique ou analogue;
- l'acte ou l'activité doit être répréhensible; et
- l'acte doit être susceptible de causer un préjudice, la possibilité de causer ce préjudice à un concurrent étant suffisante.

La Cour a conclu qu'une pratique était déloyale lorsque son but ou ses effets pouvaient réellement causer un préjudice à un concurrent.

En adoptant la loi de 1996 sur la concurrence déloyale, la Colombie a été le premier pays de la région à se doter d'une législation locale pour réglementer des pratiques susceptibles d'avoir une incidence sur le marché³³³. Le Pérou l'a imitée en 2008 en adoptant le Décret législatif 1044 relatif à la loi sur la concurrence déloyale³³⁴. L'Équateur a été le dernier en date à établir une réglementation en la matière en promulguant la loi fondamentale de réglementation et de contrôle du pouvoir du marché³³⁵, qui est entrée en vigueur en 2011. L'État plurinational de Bolivie ne dispose pas encore de cadre juridique global en la matière à l'échelle nationale. La protection contre la concurrence déloyale découle de notions générales énoncées dans la Constitution et dans plusieurs lois particulières.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Les réglementations de la Communauté andine s'appliquent aux transactions intervenant dans un ou plusieurs pays. La Décision andine 608 classe un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles dans la catégorie des restrictions au libre commerce et des abus de position dominante. La Décision andine 486 traite par ailleurs de pratiques déloyales en matière de propriété intellectuelle.

L'article 4 de la Décision andine 608 interdit et sanctionne les pratiques contraires au libre commerce et les abus de pouvoir sur le marché, dès lors qu'ils ont été commis par des agents économiques. Le Secrétariat général de la Communauté andine peut, dans le cadre d'une enquête, ordonner la cessation immédiate d'un comportement ayant un effet restrictif et éventuellement l'application de mesures correctives ou punitives.

³³¹ Décision 486 de la Communauté andine du 14 septembre 2000 concernant les Dispositions communes sur la propriété industrielle.

³³² Interprétation des préjudices, dossier 217-IP-2015, 24 août 2015.

³³³ Colombie, Loi 256 sur la concurrence déloyale (*Normas sobre competencia desleal*), 1996

³³⁴ Pérou, Décret législatif 1044 (*Ley de Represión de la Competencia Desleal*), 26 juin 2008

³³⁵ Équateur, Loi fondamentale de réglementation et de contrôle du pouvoir du marché (*Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*), 2011

En matière de transactions locales, la Colombie et l'Équateur ont adopté une classification analogue des pratiques déloyales, la législation locale définissant et régissant plus en détail chacune de ces pratiques.

Selon la législation nationale de l'Équateur, de la Colombie et du Pérou, il est déloyal d'obtenir un avantage concurrentiel notable en contrevenant à une règle de droit. Un tel avantage peut découler notamment d'un emploi abusif des procédures judiciaires ou administratives, du non-respect d'une règle de droit, ou encore de la violation de la réglementation en matière d'environnement, de publicité, de fiscalité, de travail, de sécurité sociale, de droits du consommateur ou dans d'autres domaines.

La Colombie a interdit de manière générale "tout acte contraire aux principes d'un commerce sain, de la bonne foi et des usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale"³³⁶.

Au Pérou, certains actes de concurrence peuvent être qualifiés de pratiques commerciales déloyales s'ils contreviennent aux principes de véracité, de loyauté, de légalité, d'authenticité et de conformité aux normes sociales. S'agissant de l'activité de publicité, l'article 17 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou sanctionne la diffusion de publicités et définit certaines pratiques contrevenant au principe de légalité. Ces pratiques sont notamment a) le fait de ne pas avertir le consommateur des risques que présente l'emploi ou la consommation de produits, b) le fait de ne pas indiquer le prix total d'un produit ou d'un service en lui retirant les taxes et les frais applicables, c) le fait de ne pas indiquer, dans des publicités annonçant une promotion, la durée réelle de celle-ci et le nombre minimum d'articles disponibles à prix réduit, etc.

Le chapitre V du Code du commerce de l'État plurinational de Bolivie³³⁷ régit les actes de concurrence déloyale. Tout acte contraire à la législation et aux bonnes pratiques commerciales, ainsi que tout acte contrevenant aux droits de propriété intellectuelle ou jetant un discrédit sur les produits ou services d'un concurrent est considéré comme une concurrence déloyale. L'article 66 du Code du commerce bolivien dispose que ces actes relèvent du Code pénal. De fait, le deuxième chapitre du Code pénal régit les infractions commises dans les domaines de l'industrie et du commerce, notamment la fraude, les actes de tromperie et le détournement de clients.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

L'article 259 de la Décision andine 486 énumère plusieurs actes de concurrence déloyale : a) tout acte susceptible de créer une confusion à l'égard de l'origine commerciale, des produits ou de l'activité d'un concurrent; b) les fausses allégations susceptibles de discréditer l'origine commerciale, les produits ou l'activité d'un concurrent; et c) les indications ou affirmations susceptibles d'induire le public en erreur quant à la nature, la méthode de fabrication, les caractéristiques, la qualité ou la quantité d'un produit.

3.1 Actes créant une confusion et actes d'imitation

La Cour de justice de la Communauté andine, dans l'affaire 217-IP-2015³³⁸, a distingué les actes de nature à créer une confusion qui relèvent de la protection de la propriété intellectuelle et ceux qui relèvent des pratiques déloyales. Les actes créant une confusion entre des marques ou des produits n'offrent pas, en tant que tels, un fondement juridique suffisant pour engager des poursuites au titre de la concurrence déloyale car ils sont régis par une législation différente qui vise plus particulièrement la propriété intellectuelle. Pour pouvoir établir qu'il y a

³³⁶ Article 7, Loi 256 (*Normas sobre competencia desleal*), 1996

³³⁷ Article 66, Décret-loi 14379 du 25 février 1977 (*Código de Comercio Boliviano*).

³³⁸ *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (TJCA), 24 août 2015, Interprétation des préjudices, dossier 217-IP-2015.

eu acte de concurrence déloyale, le consommateur doit avoir été induit en erreur et avoir été empêché de faire un choix adéquat au regard de ses besoins et de ses souhaits en raison de la confusion créée au regard de l'établissement, des produits ou de l'activité économique d'un concurrent.

De même, dans l'affaire 43-IP-2018³³⁹, la Cour andine a disposé qu'il y avait pratique déloyale lorsqu'une entreprise contrevenante attirait des clients sans déployer d'efforts commerciaux, par exemple en imitant l'emballage d'un concurrent dans le simple but d'économiser les frais afférents à la création de son propre emballage, ou lorsque cette imitation avait pour but d'induire le consommateur en erreur et donc de détourner des clients.

L'article 10 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie reprend de manière spécifique les dispositions du 1^o du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, qui interdit "tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent".

La Colombie interdit en outre, à l'article 14, l'imitation des produits ou des services d'un tiers lorsque celle-ci crée une confusion quant à l'origine de l'entreprise ou confère un avantage déloyal en portant préjudice à la réputation d'autrui. L'imitation systématique des initiatives d'une entreprise est également considérée comme une pratique déloyale lorsqu'elle est commise en vue d'empêcher un concurrent d'être présent sur le marché, ou de rendre sa présence plus difficile. L'Autorité de surveillance de l'industrie et du commerce de la Colombie a ainsi déclaré que la société Alpina S.A. avait exercé une pratique déloyale à l'encontre de la société Danone³⁴⁰ i) en enregistrant en Colombie un certain nombre de marques qui étaient semblables à celles que Danone utilisait dans le monde entier, ii) en diffusant des publicités télévisées qui reprenaient des éléments et des notions initialement créés par Danone, et iii) en développant la notoriété de leurs produits au moyen d'initiatives commerciales qui découlaient des efforts de Danone et non de ceux d'Alpina. Elle a conclu que cette imitation systématique empêchait de fait Danone d'exercer une concurrence en Colombie.

Aux termes de l'alinéa 1) de l'article 27 de la loi antitrust de l'Équateur, sont considérées comme déloyales toutes les pratiques qui visent à créer ou peuvent créer une confusion avec les activités, les caractéristiques, les produits ou l'établissement d'un tiers. L'utilisation ou l'imitation des marques, des étiquettes, des conteneurs ou de tout autre identifiant appartenant à un tiers est considérée comme un acte déloyal. Les imitations permanentes et systématiques ou les imitations d'initiatives commerciales sont également considérées comme des actes déloyaux³⁴¹.

Selon l'article 9 du Code de la concurrence déloyale du Pérou, les actes créant une confusion sont les pratiques ayant l'effet réel ou potentiel d'induire autrui en erreur par des allégations fausses quant à l'origine d'une entreprise, ou par l'imitation des caractéristiques de produits.

3.2 Actes de comparaison

L'alinéa 5) de l'article 27 de la loi antitrust de l'Équateur et l'article 13 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie qualifient tous deux de déloyal tout acte de comparaison des activités, des services commerciaux, des produits et des établissements, dès lors que cette comparaison repose sur des déclarations fallacieuses ou fausses ou qu'elle omet des informations exactes.

³³⁹ TJCA, 8 novembre 2018, Interprétation des préjudices, dossier 43-IP-2018.

³⁴⁰ *Colombia Superintendencia de Industria y Comercio* (SIC), 24 août 2015, affaire 1228-2015.

³⁴¹ Selon l'alinéa 3) de l'article 27, est considérée comme un acte d'imitation toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle ou violation de ce droit, ainsi que l'imitation d'une initiative commerciale (lorsqu'elle crée une confusion quant à l'origine de l'entreprise et permet de tirer parti du prestige ou de la réputation de celle-ci).

L'article 12 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou établit une distinction entre les actes de comparaison et les affirmations d'équivalence. Les actes de comparaison consistent à présenter les avantages d'un produit par rapport à ceux des concurrents. Les affirmations d'équivalence consistent à présenter les caractéristiques de son propre produit en citant ceux d'un produit tiers. Le Pérou autorise les déclarations établissant une comparaison ou une équivalence dès lors qu'elles reposent sur des arguments vrais, exacts, pertinents et non discriminatoires.

En Colombie, la comparaison des activités ou des avantages de différents établissements est considérée comme déloyale si elle repose sur des allégations fausses ou inexactes, ou si des faits véridiques ont été omis (article 13 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie).

En revanche, en Équateur, l'alinéa 5) de l'article 27 de la loi antitrust n'autorise aucun acte de comparaison. Il n'établit pas de distinction entre des affirmations vraies et fausses.

Enfin, s'agissant de l'utilisation des marques par des tiers dans la Communauté andine, la Décision andine 486 dispose que l'emploi de comparaisons ne relève pas de la protection des marques. Si la législation de la Communauté andine autorise la publicité comparative faisant référence aux marques de tiers, les lois locales doivent être respectées. Dès lors, toute comparaison peut être jugée déloyale au regard des règles nationales pertinentes.

3.3 Actes de dénigrement ou de discrédit

La Colombie a directement repris les dispositions du 2° du paragraphe 3 de l'article 10 de la Convention de Paris, qui concernent les actes de nature à discréditer un concurrent, tandis que pour le Pérou et l'Équateur ces actes relèvent du dénigrement.

En application de ces dispositions, la Colombie interdit "les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou les activités industrielles ou commerciales d'un concurrent".

L'article 12 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie établit plus en détail le profil conceptuel de cette pratique en précisant qu'un acte est considéré comme déloyal s'il a pour but ou pour effet de diffuser des allégations inexactes ou fausses, ou d'omettre des indications vraies, ou s'il peut jeter le discrédit sur l'activité, les avantages, l'établissement ou les relations commerciales d'un concurrent, sauf si les indications sont vraies, exactes et pertinentes.

L'Autorité de surveillance de l'industrie et du commerce (SIC) de la Colombie a disposé qu'un ancien distributeur de la société Duna Enterprises S.L. était coupable d'avoir discrédité les produits de la société GA.MA Italy en publiant des informations inexactes et non pertinentes³⁴². Le défendeur avait publié une déclaration affirmant que le titulaire de ces marques avait trompé les consommateurs du fait que les produits en question n'étaient pas originaires d'Italie mais qu'ils avaient été importés de Chine, d'Uruguay ou d'Argentine. Il avait affirmé en outre que les consommateurs pouvaient demander l'échange de ces produits contre les produits originaux fabriqués en Italie, ou demander un remboursement et le versement d'une indemnité au titre des dommages causés. La SIC a disposé que si le titulaire de ces marques avait été sanctionné par la suite, la déclaration du défendeur n'était qu'une allégation à la date à laquelle elle avait été formulée, et la sanction était due au fait que l'origine des produits n'était pas suffisamment bien indiquée. Dès lors, i) les affirmations n'étaient pas exactes, ii) elles n'étaient pas pertinentes pour le marché concerné parce qu'elles ne permettaient pas au consommateur de définir ses préférences et de faire un choix fondé sur les avantages des différents produits concurrents, et iii) elles avaient pour but de discréditer l'entreprise auprès de ses clients.

³⁴² Colombia Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), 30 août 2012, Décision 4851-2012.

L'alinéa 4) de l'article 27 de la loi antitrust de l'Équateur contient une définition semblable à celle qui a été adoptée en Colombie. Comme nous l'avons indiqué, cette définition qualifie ce type de pratiques déloyales d'actes de dénigrement. Cependant, cette définition est plus restreinte dans la mesure où elle n'admet pas de preuve du contraire lorsque les allégations peuvent être discriminatoires à l'égard de la nationalité, des croyances religieuses, de la vie privée ou de toute autre information personnelle de la partie critiquée. La même règle s'applique lorsque les allégations désobligeantes sont libellées de manière à ridiculiser le concurrent sur le marché.

Au Pérou, les actes de discrédit ou de dénigrement sont définis de manière analogue. Toutefois, la législation décrit de manière plus détaillée les pratiques autorisées. L'article 11 de la loi sur la concurrence déloyale n'autorise ce comportement que si les indications sont vraies, objectives, vérifiables et pertinentes au regard de la réalité; les informations sont exactes lorsqu'elles sont claires et pertinentes, qu'elles présentent des faits précis sans ambiguïté à l'égard d'un concurrent ou de son offre; l'acte doit éviter la satire, l'ironie ou le sarcasme; et il ne doit établir aucune discrimination au regard de la nationalité, des croyances religieuses, de la vie privée ou de toute autre circonstance strictement personnelle sans rapport avec l'efficacité économique.

3.4 Allégations fausses

Les allégations fausses et les actes de tromperie sont régis de manière expresse en Colombie, en Équateur et au Pérou.

La Colombie a également repris à cet égard le libellé du 3^o du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, qui interdit "les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises". Il y a présomption de pratique déloyale si des indications inexactes ou fausses sont employées, que des faits véridiques sont omis ou que toute autre pratique peut avoir pour effet d'induire le public en erreur (article 11 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie).

L'Équateur et le Pérou définissent les pratiques trompeuses comme toute conduite pouvant avoir pour but ou pour effet d'induire le public en erreur quant à la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'emploi, la qualité, la quantité, le prix, les conditions de vente, l'origine géographique ou tout avantage ou caractéristique d'un produit, d'un établissement ou d'une transaction³⁴³. Dans ces deux pays, l'annonceur a la charge de démontrer que toutes les affirmations sont vraies et il doit se procurer ces preuves avant d'annoncer les informations³⁴⁴. Au Pérou, les faux témoignages font également partie des actes de tromperie³⁴⁵. Ces pratiques relèvent des actes que le pays juge contraires au principe d'authenticité³⁴⁶.

L'Institut national de défense de la concurrence et de protection de la propriété intellectuelle (INDECOPPI, *Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*) du Pérou a expliqué l'application du principe d'authenticité dans le cadre d'une affaire ayant nécessité de déterminer si l'expression "sans graisses insaturées" était vraie lorsqu'elle apparaissait dans la publicité d'un produit qui contenait une quantité minimale de ces graisses. En vertu de l'alinéa 3) de l'article 8 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou, l'annonceur avait la charge de la preuve et devait se procurer ces preuves *avant* d'employer le terme. Les éléments de preuve ont montré que la quantité de graisses insaturées présentes

³⁴³ Alinéa 2) de l'article 27 de la loi antitrust de l'Équateur, et article 8 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou.

³⁴⁴ Alinéa 3) de l'article 8 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou.

³⁴⁵ Article 8 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou.

³⁴⁶ Article 16 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou.

dans le produit était inférieure aux normes internationales de la FDA et du Codex Alimentarius. Cependant, la vérification avait été effectuée en laboratoire après la date d'emploi du terme dans la publicité, ce qui contrevenait à l'alinéa 3) de l'article 8. Néanmoins, bien que l'infraction de comportement ait ainsi été établie, le Tribunal de la concurrence a levé la sanction et l'a remplacée par un avertissement au motif que les résultats du laboratoire avaient confirmé la véracité de l'affirmation et que ni les consommateurs ni le marché n'avaient subi de préjudice³⁴⁷.

La Commission de défense de la libre concurrence de l'INDECOPI a établi³⁴⁸ un principe de légalité permettant de définir une pratique déloyale dans son application de la loi n° 30021³⁴⁹ sur la promotion d'une alimentation saine des enfants et des adolescents et de son Règlement d'application³⁵⁰.

L'article 17 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou qualifie les actes suivants d'actes de concurrence déloyale contrevenant à ce principe de légalité : la diffusion de publicités qui ne respectent pas les normes obligatoires dans ce domaine (alinéa 1) de l'article 17); et l'atteinte à toute disposition régissant le déroulement de l'activité publicitaire à l'égard de son contenu, de sa diffusion ou de sa portée (alinéa 2) de l'article 17).

Le Secrétariat technique de la Commission de défense de la libre concurrence a imposé d'office une sanction à l'encontre d'une partie qui avait apparemment omis de joindre un avertissement concernant un produit de gélatine en violation de la loi sur la promotion d'une alimentation saine³⁵¹, aux termes de laquelle un tel avertissement est obligatoire lorsque les limites de sodium, de sucres et de graisses saturées ou insaturées sont dépassées dans des aliments ou des boissons non alcoolisées.

Le produit concerné (de la gélatine) semblait avoir une teneur en sodium supérieure aux quantités autorisées, ce qui a conduit la Commission à examiner toutes les normes pertinentes en vigueur. Comme ce produit devait être mélangé à de l'eau pour pouvoir être consommé, il ressortait de la réglementation applicable et de ses interprétations que l'analyse devait être effectuée sur le produit prêt à consommer. Dès lors, il n'y avait pas d'atteinte à la réglementation et la sanction a été supprimée.

4. Autres actes de concurrence déloyale

4.1 Parasitage

En matière de protection contre l'appropriation frauduleuse, la Cour andine a défini l'acte déloyal consistant à tirer parti de la réputation d'autres acteurs économiques dans l'affaire 67-

³⁴⁷ Institut national de défense de la concurrence et de protection de la propriété intellectuelle du Pérou (INDECOPI), 24 avril 2018, Décision n° 091-2015/SDC-INDECOPI.

³⁴⁸ Décision n° 108-2021/CCD-INDECOPI, 1^{er} juin 2021.

³⁴⁹ Pérou, Loi n° 30021 (*Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*), 2013.

³⁵⁰ Pérou, Décret suprême n° 017 2017 SA (*Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*), 2017.

³⁵¹ Article 10 de la loi sur la promotion d'une alimentation saine (avertissements dans le domaine de la publicité).

"Les publicités qui concernent des aliments et des boissons non alcoolisées contenant des graisses insaturées, un taux de sucre élevé ou des graisses saturées doivent comporter l'indication suivante, qui doit être affichée de manière claire, lisible et évidente et doit être compréhensible :

"Contient un taux élevé de (sodium-sucres-graisses saturées) : éviter une consommation excessive"

"Contient des graisses insaturées : éviter toute consommation"

Cet avertissement concerne les aliments et les boissons non alcoolisées dont les teneurs dépassent les paramètres techniques établis dans la réglementation."

IP-2015³⁵². Elle a réaffirmé une interprétation antérieure et a reconnu que “[l]a notoriété commerciale représente un effort logistique important. Permettre à un concurrent de profiter de cette notoriété sur le marché conduit à une érosion systématique de la réputation d’un entrepreneur. L’utilisation du prestige d’autres agents économiques doit être sanctionnée car elle provoque une détérioration de la notoriété d’une entreprise sur le marché”³⁵³.

La Colombie et le Pérou considèrent tous deux que le fait de tirer parti de la réputation d’un tiers constitue une pratique déloyale. L’article 15 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie dispose que l’exploitation de la réputation d’un tiers ou le fait d’en retirer un avantage personnel constitue une pratique déloyale. Font également partie de ces pratiques l’emploi sans autorisation de toute marque et l’emploi d’appellations d’origine fausses ou trompeuses, quand bien même l’étiquette du produit indique son origine réelle ou comporte des termes tels que “modèle”, “système”, “comme”, “catégorie”, “imitation” ou “semblable”.

L’Autorité de surveillance de l’industrie et du commerce (SIC) de la Colombie a disposé que l’un des principes fondamentaux à cet égard tenait au fait que “[l]es acteurs du marché construisent leur portefeuille de clients par leurs propres efforts et non en exploitant les efforts déployés auparavant par un concurrent”³⁵⁴.

L’article 10 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou définit les actes qui ne créent pas de confusion, y compris les actes ayant pour but ou effet de tirer parti de l’image, de la considération, de la notoriété, du prestige ou de la réputation professionnelle ou industrielle d’un tiers. Ces pratiques peuvent recouvrir l’emploi non autorisé d’éléments de la propriété intellectuelle.

En Équateur, ces pratiques sont régies par les règles générales de la protection de la propriété intellectuelle³⁵⁵ ou contre l’enrichissement frauduleux, qui les interdisent au titre du droit civil.

4.2 *Protection du secret d'affaires*

Dans la Communauté andine, les secrets d’affaires sont protégés par l’article 260 de la Décision andine 486. Ils bénéficient de cette protection dès lors qu’ils sont réellement secrets, qu’ils présentent une valeur commerciale du fait de ce secret et que le titulaire du droit a pris les mesures nécessaires pour les tenir secrets.

Les titulaires du droit sur des secrets d’affaires peuvent céder ceux-ci ou autoriser un tiers à les exploiter, mais la partie autorisée doit garder l’information secrète. Quiconque acquiert une information secrète en raison de son emploi, de sa fonction, de sa profession ou d’une relation d’affaires a le devoir de préserver ce secret et de n’employer l’information que dans un but justifié, même lorsque l’emploi ou la relation d’affaires a pris fin.

Les secrets d’affaires déposés auprès d’un service public dans le but d’obtenir une autorisation de vente doivent également être protégés. L’emploi de ces informations pour obtenir l’autorisation en question n’est pas considéré comme une pratique déloyale.

L’alinéa 7) de l’article 27 de la loi antitrust de l’Équateur est relativement analogue à la Décision andine mais prévoit de surcroît qu’un secret d’affaires peut être déposé sous pli cacheté auprès d’un notaire officiel à des fins de preuve.

³⁵² Cour de justice de la Communauté andine (TJCA), 13 mai 2015, Interprétation des préjudices, dossier 67-IP-2015.

³⁵³ TJCA, 24 juillet 2013, Interprétation des préjudices, dossier 54-IP-2013.

³⁵⁴ *Colombia Superintendencia de Industria y Comercio* (SIC), décembre 2005, affaire 009-2005.

³⁵⁵ Alinéa 3.a) de l’article 27 de la loi sur la concurrence déloyale de l’Équateur.

Les mécanismes permettant de faire appliquer la législation en Équateur, en Colombie et au Pérou sont très semblables. L'alinéa 7) de l'article 27 de la loi antitrust de l'Équateur, l'article 18 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie et l'article 13 de la loi sur la concurrence déloyale du Pérou définissent la violation du secret d'affaires comme l'acte consistant à divulguer ou à utiliser sans consentement le secret d'affaires d'un tiers alors même que l'accès à cette information secrète était illicite ou réservé. Ces juridictions punissent en outre l'acte consistant à acquérir un secret d'affaires par l'espionnage, l'incitation à divulguer un secret ou d'autres moyens encore.

4.3 *De nouvelles règles pour les technologies modernes*

En Colombie, la publicité en ligne est régie par la loi sur la concurrence déloyale dès lors que certains critères objectifs, subjectifs et territoriaux sont respectés. Les pratiques peuvent être jugées déloyales quel que soit le moyen de publication employé. Il en va de même pour l'emploi de l'intelligence artificielle et des nouvelles technologies. On peut considérer que la législation actuelle n'est pas adaptée pour réglementer de nouvelles pratiques qui évoluent rapidement. Néanmoins, certains actes reposant sur l'emploi de l'intelligence artificielle et des nouvelles technologies peuvent être punis s'ils répondent aux critères de déclenchement de la protection contre la concurrence déloyale ou s'ils produisent les effets prévus par ces critères, ou encore s'ils ont pour but de modifier la décision d'un acheteur ou d'un consommateur ou s'ils ont une incidence sur le marché.

4.4 *Pratiques préjudiciables à des concurrents*

Au Pérou, l'article 15 de la loi sur la concurrence déloyale interdit expressément le sabotage d'entreprises, qui est défini comme les pratiques ayant pour effet de porter un préjudice injustifiable à l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent en intervenant dans la relation contractuelle de celui-ci avec ses clients, ses fournisseurs ou son personnel.

En Équateur, l'alinéa 15) de l'article 11 de la loi antitrust interdit les pratiques de boycottage visant à limiter l'accès au marché de certaines entreprises ou la concurrence de celles-ci.

Le Pérou et l'Équateur autorisent tous deux les actes qui ne gênent pas ou n'entravent pas l'accès au marché de concurrents existants ou potentiels et qui reposent sur l'efficacité économique. Le Pérou étend cette autorisation au fait de proposer de meilleures conditions au personnel et aux fournisseurs.

La Colombie et l'Équateur considèrent par ailleurs que l'incitation à la rupture de contrat constitue une pratique illicite. L'article 17 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie dispose que le fait d'inciter le personnel, des fournisseurs, des clients ou toute autre partie à rompre un contrat avec un concurrent constitue une concurrence déloyale. La SIC, dans l'affaire précitée³⁵⁶, a d'ailleurs sanctionné l'ancien distributeur de la société GA.MA au motif qu'il avait favorisé une rupture de contrat; en effet, elle a considéré que i) il existait auparavant une relation contractuelle entre les parties, ii) les déclarations des détaillants constituaient des actes concrets visant à rompre leurs contrats, et iii) certains de ces détaillants avaient de fait rompu leur contrat lorsqu'ils avaient retiré les produits GA.MA de leurs rayons.

L'alinéa 8) de l'article 27 de la loi antitrust de l'Équateur est très proche de l'article 17 précité. Il précise cependant qu'un acte ne relève de la concurrence déloyale que s'il contrevient à une disposition essentielle du contrat, ou s'il a pour but de divulguer un secret d'affaires, ou encore s'il constitue une pratique trompeuse ou visant à éliminer un concurrent. Les deux juridictions autorisent l'incitation à mettre fin à un contrat de manière licite.

³⁵⁶ Colombia Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), 30 août 2012, Décision 4851-2012.

4.5 Entrave à la libre concurrence

En vertu de l'article 7 de la Décision andine 608, un accord est présumé faire entrave à la libre concurrence sur le plan juridique s'il a pour but ou pour effet d'entraîner a) une fixation des prix directe ou indirecte, b) une limitation de l'offre ou de la demande de produits ou de services, c) une division du marché des produits ou des services, d) un blocage de l'accès des concurrents, ou e) une perturbation des résultats d'un appel d'offres public.

La Colombie, l'Équateur et le Pérou ont prévu une disposition générale aux termes de laquelle toute pratique qui n'est pas expressément définie peut néanmoins être considérée comme un acte de concurrence déloyale.

Les pratiques anticoncurrentielles qui limitent la liberté de commerce sont définies à l'article 11 de la loi antitrust de l'Équateur. Certaines pratiques illicites énumérées dans cet article concernent des *accords* prévoyant par exemple l'attribution de clients ou de fournisseurs selon différentes zones géographiques, ou favorisant certaines tierces parties, ou visant à dissuader des concurrents d'entrer sur le marché ou de conclure des alliances, ou déterminant la qualité ou les caractéristiques de certains produits. D'autres pratiques déloyales consistent par exemple à prévoir des *limitations* visant notamment à perturber des processus de fabrication ou la distribution ou la commercialisation de certains produits, ou à limiter des sources d'approvisionnement ou des évolutions technologiques, ou à accroître les obstacles à la sortie, ou encore à suspendre des services dont le fournisseur a le monopole.

L'article 19 de la loi sur la concurrence déloyale de la Colombie interdit les clauses d'exclusivité dans les contrats d'approvisionnement lorsqu'elles ont pour but ou pour effet de limiter l'accès des concurrents au marché ou de monopoliser la distribution de certains produits ou services.

G. MARCHÉ COMMUN DU SUD (MERCOSUR)*

1. Cadre législatif

Le Mercosur n'a pas établi d'autorité supranationale. Le cadre législatif des différents pays du Mercosur n'est pas harmonisé. Chaque pays dispose donc de son propre cadre juridique en matière de concurrence déloyale. L'Argentine³⁵⁷, le Brésil³⁵⁸, le Paraguay³⁵⁹ et l'Uruguay³⁶⁰ ont établi leur propre démarche pour s'assurer d'être en conformité avec le paragraphe 1 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

Ainsi, le Brésil s'est doté d'un ensemble de clauses telles que "l'attribution d'une récompense ou d'une distinction non méritée comme moyen de publicité"³⁶¹ et de clauses générales régissant par exemple "les pertes provoquées par l'atteinte à des droits de propriété industrielle et par des actes de concurrence déloyale non visés par la présente loi, et qui tendent à porter préjudice à la réputation ou à entraver les activités commerciales d'autrui et à créer une confusion entre des entreprises commerciales ou industrielles, ou entre des prestataires de services, ou encore entre des produits et des services commercialisés"³⁶². L'Argentine a établi

* M. Milton Lucídio Leão Barcellos, Associé, Leão Intellectual Property, et professeur, Antonio Meneghetti School of Law, Porto Alegre, Brésil

³⁵⁷ Décret 274/2019 portant dérogation à la loi 22.802 sur les pratiques commerciales loyales.

³⁵⁸ Loi 9279/96 sur la propriété industrielle.

³⁵⁹ Loi 1294/98 sur les marques de commerce.

³⁶⁰ Décret-loi 14910 (portant ratification de l'article 10*bis* de la Convention de Paris).

³⁶¹ Alinéa VII) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle.

³⁶² Article 209 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle.

des dispositions spécifiques telles que “l’incitation à la rupture de contrat : incitation du personnel, des fournisseurs, des clients ou d’autres parties intéressées à rompre des obligations contractuelles établies avec un concurrent”³⁶³, tandis que le Paraguay dispose d’une combinaison de clauses générales comme “l’emploi direct ou indirect de tout moyen contraire aux principes de la déontologie et susceptible de porter préjudice au concurrent”³⁶⁴ et de clauses spécifiques comme “la diffusion d’informations ou de critiques concernant les produits ou l’activité d’un concurrent en vue de le discréditer ou de s’approprier les mérites des produits de ce concurrent”³⁶⁵.

Outre sa principale réglementation en matière de concurrence déloyale, le Brésil a adopté une démarche particulière à l’égard des comportements déloyaux, qui est définie dans la loi sur les consommateurs³⁶⁶, la loi sur la concurrence³⁶⁷ et la loi sur la publicité³⁶⁸. L’Argentine³⁶⁹, le Paraguay³⁷⁰ et l’Uruguay³⁷¹ ont aussi adopté des démarches spécifiques en matière de réglementation de la concurrence déloyale.

Bien que le cadre législatif sur la concurrence déloyale mis en place dans les différents pays du Mercosur ait principalement pour but de protéger les concurrents contre les comportements déloyaux sur le marché, il vise aussi à protéger le consommateur et cette protection est prise en compte dans les décisions des tribunaux³⁷².

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

La notion ouverte énoncée au paragraphe 2 de l’article 10*bis* de la Convention de Paris³⁷³ est reprise dans l’article 80 de la loi 1294/98 du Paraguay, aux termes duquel “tout acte contraire aux bonnes pratiques et aux usages honorables en matière industrielle ou commerciale” constitue un acte de concurrence déloyale. Outre cette disposition générale, l’article 81 de ladite loi énumère les formes classiques de conduite déloyale dans le domaine de la concurrence, notamment le fait de créer une confusion ou une association, les indications géographiques fausses et la publicité mensongère ou trompeuse.

Au Brésil, la protection contre la concurrence déloyale découle de l’énumération de 14 cas précis de conduite déloyale figurant à l’article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle³⁷⁴. De plus, l’article 209 de cette loi offre la souplesse nécessaire pour interdire

³⁶³ Alinéa k) de l’article 10 du Décret 274/2019.

³⁶⁴ Alinéa d) de l’article 108 de la loi 1034/83 sur le commerce.

³⁶⁵ Alinéa c) de l’article 108 de la loi 1034/83 sur le commerce.

³⁶⁶ Loi 8078/90 sur les consommateurs.

³⁶⁷ Loi 12529/2011 sur la concurrence.

³⁶⁸ Conseil national du Brésil pour l’autoréglementation de la publicité (CONAR).

³⁶⁹ Loi 24.240/93 sur les consommateurs; Loi 27.442/2018 sur la concurrence; Conseil de l’Argentine pour l’autoréglementation de la publicité (CONARP).

³⁷⁰ Loi 1034/83 sur le commerce.

³⁷¹ Loi 18159/07 sur la concurrence et Loi 17011/98 sur les marques de commerce.

³⁷² Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 23 mars 2021, affaire REsp 1679192/SP, *Editora Musical Amigos Ltda c. Imobiliária e Construtora Roberto Carlos*. Voir aussi STJ, 5 décembre 2013, affaire REsp 1190341/RJ, *Harrods Buenos Aires Ltd. c. Harrods Limited*.

³⁷³ “(...) tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.”

³⁷⁴ Ces 14 actes de concurrence déloyale peuvent se résumer de la manière suivante : I) de fausses déclarations, ou II) de fausses informations concernant un concurrent; III) l’emploi de moyens frauduleux pour détourner des clients; IV) l’emploi de slogans ou d’expressions visant à créer une confusion; V) l’emploi abusif de noms commerciaux appartenant à un concurrent; VI) le remplacement non autorisé d’un nom ou d’une raison sociale par son propre nom ou sa propre raison sociale; VII) la publicité de l’obtention d’un prix ou d’une distinction qui n’ont en réalité pas été remis; VIII) l’emploi de l’emballage ou du conteneur d’un tiers pour vendre un produit modifié ou contrefait; IX) le fait d’offrir de l’argent ou d’autres avantages (corruption) à un concurrent pour obtenir un avantage illicite; X) le fait de recevoir de l’argent ou d’autres avantages (corruption) de la part d’un concurrent pour obtenir un avantage illicite; XI) la divulgation ou l’emploi non autorisés de secrets d’affaires; XII) la divulgation ou l’emploi non autorisés de secrets d’affaires obtenus de manière illicite ou par un accès frauduleux; XIII) la fausse

“d’autres actes de concurrence déloyale non mentionnés dans la présente Loi”. La Convention de Paris étant elle-même considérée comme un instrument directement applicable en droit brésilien, aucune autre disposition générale n’a été ajoutée dans la législation du pays³⁷⁵. Au demeurant, différentes démarches législatives indépendantes, comme l’intégration des dispositions pertinentes de la loi sur les consommateurs, de la loi sur la concurrence et du Code d’autoréglementation de la publicité sont toutes axées sur la répression des comportements déloyaux sur le marché. Elles doivent être comprises comme des éléments complémentaires du but principal, qui consiste à adopter une démarche harmonisée afin d’encourager la concurrence, de protéger les droits de propriété industrielle et les droits du consommateur et de favoriser les comportements honnêtes des concurrents³⁷⁶.

L’Argentine a récemment adopté une démarche juridique visant à rassembler les dispositions relatives à la concurrence déloyale et au droit de la concurrence en un seul décret pour garantir l’équité et la transparence dans les relations commerciales et faire en sorte que les informations essentielles communiquées sur les produits soient claires³⁷⁷. Outre les dispositions générales des articles 8 et 9 du Décret 274/2019 de l’Argentine, l’article 10 interdit notamment les actes de tromperie et d’imitation et les actes susceptibles de créer une confusion, qui constituent des actes de concurrence déloyale. Les dispositions ouvertes et générales de l’article 9 interdisent tout “acte ou omission qui, par des moyens frauduleux, est objectivement susceptible d’avoir une incidence sur la capacité d’une personne d’exercer une concurrence ou sur le bon fonctionnement du processus de concurrence”.

Pour déterminer si les bons usages sont respectés, les membres du Mercosur ont adopté une démarche normative³⁷⁸. La Loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil³⁷⁹, le Décret 274/2019 de l’Argentine³⁸⁰, la loi 1034/83 sur le commerce du Paraguay³⁸¹ ainsi que la jurisprudence³⁸² et la doctrine³⁸³ reconnaissent le caractère ouvert de la notion d’acte “malhonnête” du fait qu’ils comportent des dispositions non exhaustives. En outre, l’influence

allégation que le produit est protégé par un brevet ou un dessin ou modèle industriel; XIV) l’emploi non autorisé de résultats d’essais ou d’autres données non divulguées.

³⁷⁵ Selon le droit du Brésil, la Convention de Paris a été adoptée et fait partie intégrante du système juridique du pays (Décret 635/1992); elle a d’ailleurs été directement invoquée par plusieurs tribunaux pour fonder leurs décisions. Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 15 octobre 2019, affaire *AgInt in REsp 1527232/SP, SS Industrial S/A. c. Natura Cosméticos S/A.*

³⁷⁶ Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 28 février 2014, affaire *REsp 1190341/RJ*, 21.

³⁷⁷ Avant la publication du Décret 274/2019, la doctrine de l’Argentine indiquait la nécessité d’une réglementation meilleure et plus profonde en matière de concurrence déloyale. Voir Guillermo Cabanellas, “*El derecho argentino de la competencia desleal*”, in: *Derechos Intelectuales*, n. 10, ASIPI, Buenos Aires, Astrea 2003, 113-133.

³⁷⁸ Article 195 de la loi sur la propriété industrielle du Brésil. Article 10 du Décret 274/2019 de l’Argentine. Article 81 de la loi 1294/98 du Paraguay sur les marques de commerce. Décret-loi 14910 de l’Uruguay (portant ratification de l’article 10bis de la Convention de Paris).

³⁷⁹ Voir l’article 209 : “La partie lésée se réserve le droit de recevoir des réparations et des dommages en contrepartie du préjudice causé par des actes portant atteinte aux droits de propriété industrielle et des actes de concurrence déloyale qui ne sont pas prévus dans la présente loi, mais que tendent à porter préjudice à la réputation ou aux affaires commerciales d’autrui ou à créer une confusion entre des établissements commerciaux ou industriels ou entre des prestataires de services, ou encore entre des produits et des services commercialisés.”

³⁸⁰ Voir la fin de l’article 10 : “(...) La liste d’actes ci-dessus est exhaustive aux fins de l’imposition de sanctions par la force publique, et indicative aux fins de l’ouverture d’actions en justice de la part des victimes; dans ce dernier cas, le juge peut en outre appliquer la clause générale prévue à l’article 9 du présent Décret si l’acte n’est pas expressément prévu dans le présent article.”

³⁸¹ Voir l’article 108 : “Nonobstant les dispositions des règles spéciales concernant les marques de commerce, les brevets et d’autres droits analogues, les actes de concurrence déloyale sont notamment les suivants : (...) d) l’emploi direct ou indirect de tout moyen contraire aux principes de la déontologie et susceptible de porter préjudice au concurrent.”

³⁸² Voir Cour d’appel d’État de São Paulo (TJSP), 12 mars 2020, affaire APC 1009266-14.2016.8.26.0008, *Seguroo Administradora e Corretora de Seguros Eirelli c. Alper Consultoria e Corretora de Seguros S/A.*

³⁸³ Wilson Pinheiro Jabur, “*Pressupostos do ato de concorrência desleal*”, in: Manoel J. Pereira dos Santos et Wilson Pinheiro Jabur, *Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*, São Paulo, Saraiva 2007, 335-386.

des usages courants dans le secteur et la dimension économique ont été prises en compte. Comme l'indique M. Barbosa, "(...) ce n'est pas le droit qui établit les limites de la concurrence, mais les usages après avoir été replacés dans le temps, l'espace et le marché visé par les concurrents, ces usages définissant ce qui est licite et illicite. Lorsqu'un concurrent entre sur un marché donné, il constate l'existence de certaines normes de concurrence qui sont plus ou moins brutales et qui définissent ses risques. Bien que ces normes puissent changer au fil du temps ou d'un lieu à l'autre, il existe des normes de concurrence qui sont acceptables et d'autres qui ne le sont pas. Ces normes constituent un cadre permettant d'établir une *estimation raisonnable des futurs revenus*³⁸⁴. La compréhension des usages communs dans un secteur donné permet généralement de renseigner la notion et la définition des usages honnêtes et a une incidence sur sa dimension négative, à savoir le recensement d'actes de concurrence déloyale, comme l'a observé M. Pontes de Miranda³⁸⁵.

Deux pays du Mercosur³⁸⁶ emploient une combinaison de listes fermées et exhaustives d'actes interdits dans les affaires pénales et s'appuient sur ces mêmes listes à titre d'exemples dans les affaires civiles concernant des actes de concurrence déloyale³⁸⁷. Quant à l'Uruguay, il a fait le choix législatif d'intégrer les dispositions de la Convention de Paris dans son droit national au lieu d'instaurer une législation propre au pays, ce qui lui permet de conserver l'ouverture des dispositions de l'article 10*bis* de la Convention de Paris à l'échelle nationale³⁸⁸.

En résumé, il est important de souligner que les pays du Mercosur accordent la priorité à l'évaluation des usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale pour interpréter des dispositions ouvertes comparables au paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, ainsi que plusieurs autres dispositions plus spécialisées qui contiennent la description de formes particulières de conduite déloyale. La législation de ces pays reflète donc la nature ouverte de la conduite déloyale et vise à mettre en œuvre des solutions réglementaires relativement souples dans le droit des États membres³⁸⁹. Les normes souples établies dans le domaine de la concurrence déloyale sont ensuite analysées plus en détail dans des décisions de justice³⁹⁰.

³⁸⁴ Denis Borges Barbosa, *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2e éd., Lumen Juris, Rio de Janeiro 2003, 258 (traduction de l'auteur).

³⁸⁵ M. Pontes de Miranda a déclaré en 1956 que "ce qui se produit dans l'évolution de la technique de répression pénale et privée de la concurrence déloyale est analogue à ce qui a été observé dans le champ connexe de la lutte entre les entreprises, qui présente de nombreux aspects différents. Il était nécessaire de partir du principe que cette lutte était autorisée. Progressivement, les attaques et les pratiques frauduleuses qui devaient être interdites ont été documentées afin que la lutte n'atteigne pas un stade extrême." (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Livre XVII, deuxième édition, Rio de Janeiro, Borsoi 1956, 272).

³⁸⁶ L'Argentine et le Brésil.

³⁸⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. "*Fundamentos jurídicos y económicos del régimen de competencia desleal*", in: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, (4-6).

³⁸⁸ Jorge Achard et Pablo Monsuárez, "*La competencia desleal en el Uruguay. Ámbito de aplicación, alcance, configuración y nuevas tendencias en materia de daños y perjuicios*", in: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, (629).

³⁸⁹ Alinéa III) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil. Alinéa a) de l'article 81 de la loi 1294/98 sur les marques de commerce du Paraguay. Alinéas b) et d) de l'article 108 de la loi 1034/83 sur le commerce du Paraguay. Articles 8 et 9 du Décret 274/2019 sur les pratiques commerciales loyales de l'Argentine.

³⁹⁰ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 27 mai 2015, affaire REsp 1237752/PR, *Auto Shopping Curitiba Administradora de Bens Ltda c. CM Comércio de Veículos Ltda*, dans laquelle la Cour a disposé que : "(...) [l]e cadre juridique pertinent pour traiter les affaires de concurrence déloyale accorde la priorité au comportement, adopté par un agent économique et révélé dans le domaine commercial propre au produit ou service considéré, qui contrevient au devoir de bonne conduite devant nécessairement être respecté dans la lutte pour la clientèle en s'appuyant sur des moyens dont l'adéquation au marché est douteuse, et qui cause de manière réelle ou potentielle un préjudice au concurrent. En effet, la détermination de la concurrence déloyale ou du parasitage, qui est fondée sur la notion d'enrichissement injuste définie à l'article 884 du Code civil, nécessite des éléments de preuve et doit être effectuée au cas par cas." (32-33). Voir également Comité national des recours de l'Uruguay, 10 juin 2019, affaire 99/219 (2-23472/2016), *Doralet S.A., Satenil S.A. y Motenix S.A (NETCOM) c. Mauricio Quintana, Juan Correa, Marcelo Ramírez, Miguel Otegui y Colkey S.A.* Dans cette affaire de concurrence déloyale, le Comité

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

Les trois types d'actes énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris sont intégrés dans la législation des pays du Mercosur soit de manière directe³⁹¹, soit par l'ajout d'une législation particulière qui reprend les dispositions du paragraphe 3 dans chaque État membre³⁹².

3.1 Création de confusion

La notion de création de confusion n'a pas été pleinement harmonisée dans le Mercosur. Cependant, les dispositions générales³⁹³ et les approfondissements de la doctrine juridique³⁹⁴, combinés à la jurisprudence, offrent quelques éclaircissements sur la notion de confusion. Ainsi, le Tribunal fédéral civil et commercial de l'Argentine, "après avoir examiné l'intégralité des emballages contestés en procédant de manière successive et non simultanée, et après avoir entendu l'avis de spécialistes et de concepteurs graphiques, a disposé que les similitudes entre ces emballages ne permettaient pas de conclure qu'il existait une probabilité raisonnable de confusion"³⁹⁵.

Étant donné que la législation sur la concurrence déloyale et la législation sur les marques présentent des similitudes dans le domaine de la protection contre la confusion, une analyse de même nature concernant la répression des actes créant une confusion a permis à la jurisprudence de progresser dans ce domaine³⁹⁶. Dans l'affaire *Peixe Urbano/Hotel Urbano*, la Cour supérieure de justice du Brésil (STJ) a reconnu que la concurrence déloyale qui découlait d'actes créant une confusion ne devait pas être considérée de manière abstraite mais à la lumière d'un comportement visant à créer une confusion, comme en a disposé le président de la Cour M. Ricardo Villas Bôas Cueva : "[I]a conclusion selon laquelle le défendeur a employé des moyens peu orthodoxes pour tirer parti du prestige dont jouit le plaignant (PEIXE URBANO) sur le marché en ligne, ou au moins de la notoriété de son nom, est également

des recours a disposé que "[p]our qu'il y ait concurrence déloyale, il est nécessaire d'être en présence a) d'une situation de concurrence entre les concurrents; b) d'une conduite contraire aux règles de loyauté commerciale (dénigrement, destruction interne de l'entreprise rivale); et c) d'une probabilité que cette conduite cause un préjudice au concurrent." Voir aussi Cour de justice suprême du Paraguay, 30 octobre 2020, affaire 99/2020, *Multilaser Industrial S.A. v Mohamad Moustapha Jebai*. Devant cette plainte en concurrence déloyale, la Cour a disposé que le plaignant "avait démontré de manière irréfutable que la conduite du défendeur était contraire aux bons usages en matière commerciale puisque les actes de celui-ci étaient susceptibles de créer une confusion ou présentaient au moins un risque d'association, quand bien même celle-ci était indirecte, au regard des produits de l'entreprise plaignante. (...) Dès lors, il est clair que l'acte de concurrence déloyale relève de l'alinéa a) de l'article 81 de la loi 294/98 sur les marques de commerce et de l'article 10*bis* de la Convention de Paris."

³⁹¹ L'Uruguay applique directement la Convention de Paris et ne s'est pas doté d'une autre législation en la matière.

³⁹² L'Argentine, le Brésil et le Paraguay se sont dotés de dispositions particulières dans leur législation nationale (Loi sur la propriété industrielle, Loi sur les consommateurs, Loi sur les marques de commerce, Loi sur le commerce, Loi sur la concurrence) pour se mettre en conformité avec le paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

³⁹³ Alinéas III) et IV) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil, alinéa b) de l'article 10 du Décret 274/2019 sur les pratiques commerciales loyales de l'Argentine, alinéa b) de l'article 108 de la loi 1034/83 sur le commerce du Paraguay.

³⁹⁴ Alberto Luis Camelier da Silva, *Concorrência desleal: atos de confusão*, São Paulo, Saraiva 2013, 54/135. Voir aussi José Henrique Pierangeli, *Crimes contra a Propriedade Industrial & Crimes de Concorrência Desleal*, São Paulo, Revista dos Tribunais 2003, 269/297. Voir également Hermano Duval, *Concorrência Desleal*, São Paulo, Saraiva, 1976, 224.

³⁹⁵ Voir Tribunal fédéral civil et commercial de l'Argentine, 26 mars 2018, affaire n° 11.864/2005, *General Sweet S.A. c. Victoria Cream S.A.*

³⁹⁶ Demetrio A. Chamatropulos, *La publicidad engañosa em el nuevo Régimen de Lealtad Comercial*, in: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, 307.

étayée par le contenu de l'entretien accordé par les créateurs du site Web de la société HOTEL URBANO"; la décision du Tribunal d'État a ainsi été confirmée par la STJ³⁹⁷.

La publicité comparative est autorisée dans le Mercosur dès lors qu'elle respecte les règles précises établies dans la Résolution du Mercosur relative à la publicité (clarté, véracité, publicité mensongère et publicité comparative)³⁹⁸. Les règles régissant la publicité visent notamment à garantir "a) que la publicité ne soit pas mensongère; b) que son objectif soit de clarifier des informations destinées au consommateur; c) qu'en règle générale, elle ait pour but de présenter une comparaison objective et non de promouvoir des éléments subjectifs ou des données psychologiques ou émotionnelles; d) que la comparaison repose sur des éléments de preuve vérifiables; e) qu'elle ne constitue pas un acte de concurrence déloyale en discréditant l'image des produits, des services ou des marques d'autres entreprises; f) qu'elle ne crée pas de confusion avec les produits, les services ou les marques d'autres entreprises"³⁹⁹.

En général, dans le domaine de la concurrence déloyale, la probabilité de confusion⁴⁰⁰ peut être établie lorsque le concurrent a "l'objectif et la capacité de créer une confusion quant à l'origine du produit afin de détourner des clients"⁴⁰¹.

Selon la Cour supérieure de justice du Brésil, la probabilité de confusion doit être déterminée au regard du consommateur dit "moyen", c'est-à-dire qu'il faut "se placer du point de vue de l'homme moyen (*homo medius*), qui est une personne raisonnablement prudente, informée et éclairée, ce qui n'exclut toutefois pas de procéder à une évaluation différente selon le degré de spécialisation du consommateur du produit ou service fourni."⁴⁰²

3.2 Allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent

D'une manière générale, les lois et textes connexes nationaux en matière de concurrence déloyale en Argentine, au Brésil et au Paraguay comportent des dispositions prévoyant spécialement les allégations de nature à discréditer ou à dénigrer dans un contexte de concurrence⁴⁰³, en application du 2^o du paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

Compte tenu des législations nationales des membres du Mercosur régissant les informations ou allégations fausses à l'égard d'un concurrent, qui constituent des actes de concurrence déloyale⁴⁰⁴, la jurisprudence a évolué au regard des allégations fausses formulées dans le cadre du commerce. Citons à titre d'exemple l'affaire *Oeste Gráfica c. Editora Imprensa*

³⁹⁷ Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 10 octobre 2016, affaire REsp 1606781/RJ, *Hotel Urbano Serviços Digitais S.A. c. Peixe Urbano Web Serviços Digitais Ltda.*

³⁹⁸ MERCOSUR/GMC/RES. 126/96, point III de l'annexe.

³⁹⁹ Voir aussi Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 26 mai 2017, affaire REsp 1668550/RJ, *The Gillette Company/Procter & Gamble do Brasil S/A c. Spectrum Brands Brasil Indústria e Comércio de Bens de Consumo Ltda.*, qui réaffirme l'application de la réglementation du Mercosur en matière de publicité comparative initialement énoncée dans l'affaire *Duracell/Rayovac* après un examen complet de la loi sur les consommateurs, du Code d'autoréglementation de la publicité, de la loi sur la propriété industrielle et de la loi sur la concurrence du Brésil.

⁴⁰⁰ Voir Cour d'appel d'État de São Paulo (TJSP), 25 août 2021, affaire APC 1002701-05.2019.8.26.0404, *Farmácia Orlândia Ltda EPP c. Roberta Garrido Manfio Morelli & Cia Ltda Me.*, 7.

⁴⁰¹ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 18 août 1997, affaire REsp 70015/SP, *Soppil Sociedade Paulista de Produtos Industriais Ltda. c. Apolo Objetos de Arte Ltda.*

⁴⁰² Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 7 novembre 2019, affaire REsp 1336164/SP, *Bombriil Mercosul S/A c. Tecbril Indústria Química Ltda.*

⁴⁰³ Alinéas I), II) et III) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil, alinéas i) et m) de l'article 10 du Décret 274/2019 sur les pratiques commerciales loyales de l'Argentine, alinéas c) et d) de l'article 108 de la loi 1034/83 sur le commerce du Paraguay.

⁴⁰⁴ Alinéas I) et II) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil, alinéa i) de l'article 10 du Décret 274/2019 sur les pratiques commerciales loyales de l'Argentine, alinéa c) de l'article 108 de la loi 1034/83 sur le commerce du Paraguay.

concernant l'emploi d'informations sélectives, imprécises et fausses sur la croissance commerciale d'une entreprise d'édition. Dans cette affaire, la Cour a examiné les faits et a conclu qu'en utilisant des travaux de recherche particuliers et une comparaison commerciale, le concurrent "n'avait indiqué ni les méthodes employées ni le fait que le plaignant était le leader incontesté sur le marché, et qu'il n'avait pas présenté de données comparatives fondées sur de précédentes enquêtes, le défendeur s'étant contenté de montrer une prétendue croissance par rapport à son principal concurrent"⁴⁰⁵. Il est interdit d'employer des allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent, quand bien même l'intention est de présenter des informations comparatives sur des produits ou des services, dès lors que la comparaison elle-même sert manifestement à mettre en valeur ses propres produits ou services par rapport aux autres⁴⁰⁶. En matière d'allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent, la nécessité de trouver un équilibre entre une liberté d'expression commerciale suffisante et la prévention de la concurrence déloyale a également joué un rôle majeur dans l'évaluation de campagnes publicitaires qui utilisaient la satire. Dans l'affaire *Rio Carioca c. Cervejaria Petrópolis*, le défendeur avait organisé une campagne publicitaire reposant sur une satire dont le slogan était "Si vous n'êtes pas sage, le père Noël va vous apporter une Itaipava", le terme "Itaipava" étant la marque concurrente. La Cour s'était finalement prononcée en faveur du plaignant et lui avait accordé une injonction et des réparations⁴⁰⁷. Le Conseil national du Brésil pour l'autoréglementation de la publicité a en outre traité d'autres affaires⁴⁰⁸ concernant des allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent, dans lesquelles des personnes étaient contrevenues à la fois aux règles de l'autoréglementation publicitaire et à la loi sur la propriété industrielle.

Ainsi, dans l'affaire *McDonald's c. Burger King*⁴⁰⁹, l'emploi dans une campagne de Burger King d'un clown maléfique qui ressemblait au célèbre clown Ronald MacDonald a été considéré comme une campagne de dénigrement qui contrevenait aux règles du Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité en matière de publicité comparative et de dénigrement⁴¹⁰, ainsi qu'aux droits de la propriété intellectuelle⁴¹¹.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

Les indications ou allégations trompeuses sont également considérées comme des actes de concurrence déloyale dans la jurisprudence des pays du Mercosur. De récentes décisions⁴¹²

⁴⁰⁵ Voir Cour d'appel d'État de São Paulo (TJSP), 1^{er} octobre 2014, affaire APC 0011391-83.2008.8.26.0482, *Oeste Gráfica e Editora Ltda c. Editora Imprensa Ltda.*, 5.

⁴⁰⁶ Marcus Elidius Michelli de Almeida, *Abuso do direito e concorrência desleal*, São Paulo, Quartir Latin, 2004, 130.

⁴⁰⁷ Voir Cour d'appel d'État de São Paulo (TJSP), 18 janvier 2018, affaire APC 1002219-58.2016.8.26.0082, *Rio Carioca Alimentos Distribuição Ltda Me c. Cervejaria Petrópolis S/A*.

⁴⁰⁸ Voir Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, mai 2018, affaires 085/18 et 086/18 (TIM/NEXTEL); Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, juillet 2018, affaire 276/17 (*McDonald's et DPZ&T/Burger King*); Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, mai 2021, affaire 056/21 (*KFC/Popeyes Brasil*); Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, février 2016, affaire 240/15 (*Reckitt Benckiser Brasil/Lima & Perguer*).

⁴⁰⁹ Voir Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, juillet 2018, affaire 276/17 (*McDonald's et DPZ&T/Burger King*).

⁴¹⁰ Voir Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, Code d'autoréglementation de la publicité, alinéa f) de l'article 32 : "Compte tenu des tendances actuelles à l'échelle internationale, et conformément aux règles applicables du Code de la propriété industrielle, la publicité comparative est autorisée dès lors qu'elle respecte les principes et limites suivants : (...) f) sont interdits la concurrence déloyale et le dénigrement de l'image d'un produit ou du produit d'une autre entreprise".

⁴¹¹ Voir Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, Code d'autoréglementation de la publicité, article 43 : "Nulle publicité ne peut porter atteinte aux marques, aux caractéristiques, aux concepts et aux droits de tierces parties, même s'ils sont utilisés en dehors du pays et qu'ils sont notoirement liés ou associés à un autre annonceur."

⁴¹² Voir Cour d'appel d'État de São Paulo (TJSP), 3 février 2015, affaire APC 1074419-14.2013.8.26.0100, *Minalba Alimentos e Bebidas Ltda c. Danone Ltda.*, 11/12. Voir aussi Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, février 2021, affaire 265/20 (*Claro/Vivo*); Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité,

ont confirmé que les règles de la concurrence déloyale pouvaient s'appliquer pour garantir la protection contre les actes frauduleux prévus au 3° du paragraphe 3 de l'article 10bis de la Convention de Paris. Dans l'affaire *Minalba Alimentos e Bebidas Ltda c. Danone Ltda.*, le débat portait sur des slogans manifestement fallacieux ("MINALBA MOINS DE SODIUM – PROUVÉ" et "MOINS DE SODIUM") ainsi que sur la légitimité d'un concurrent qui avait porté plainte sur une question de clientèle, le débat portant sur une publicité qui induisait le public en erreur quant à la quantité ou à la réduction de sodium dans l'eau annoncée par le défendeur. Dans une conclusion cohérente avec les éléments de preuve présentés (deux autres eaux minérales contenaient moins de sodium que l'eau du défendeur), la Cour a accordé l'injonction et a reconnu la légitimité du plaignant quant à l'acte de concurrence déloyale⁴¹³ et à la publicité mensongère⁴¹⁴. Par ailleurs, dans l'affaire *Laboratorios Bago S.A v Bristol Myers Squibb Argentina S.R.L.S.*, qui concernait une comparaison de prix imprécise entre différents produits (chaque produit contenant un nombre de cachets différent), la conduite a été considérée comme un acte de concurrence déloyale, la Cour ayant rappelé que "la publicité comparative est légitime dès lors que les informations fournies sur le concurrent sont strictement vraies et sont présentées dans un contexte de comportement loyal et non disqualifiant"⁴¹⁵.

Certains comportements en matière d'indications ou d'allégations frauduleuses dans le cadre du commerce qui sont susceptibles d'induire le public en erreur sont visés par une législation particulière en Argentine, au Brésil et au Paraguay. Ainsi, l'alinéa a) de l'article 10 du Décret 274/2019 de l'Argentine définit les "actes de tromperie" comme des comportements induisant le public en erreur quant à "l'existence ou la nature, le mode de fabrication ou de distribution, les principales caractéristiques, la pureté, le mélange, l'aptitude à l'emploi, la qualité, la quantité, le prix, les conditions de vente ou d'achat, la disponibilité et les résultats qui peuvent être escomptés de son emploi et, en général, des attributs, avantages ou conditions correspondant aux produits ou services". Au Brésil, les alinéas I), VII) et XIII) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle énumère plusieurs cas particuliers de conduite frauduleuse. Ils renvoient aux situations dans lesquelles une personne :

- "publie, par tout moyen, de fausses déclarations au détriment d'un concurrent dans le but d'en retirer un certain avantage" (alinéa I);
- "s'attribue à des fins publicitaires un prix ou une distinction qu'elle n'a pas réellement reçu" (alinéa VII);
- "vend, présente ou offre à la vente un produit en déclarant ou en indiquant dans une publicité ou un document commercial que le produit fait l'objet d'un brevet déposé, d'une demande de brevet ou d'un modèle ou dessin industriel enregistré alors que tel n'est pas le cas (alinéa XIII).

Nous pouvons ajouter en outre la clause ouverte de l'alinéa III) de l'article 195 dont le libellé vise différents types de comportement déloyal; cet alinéa prévoit en effet qu'il y a acte de concurrence déloyale lorsqu'un concurrent "emploie des moyens frauduleux pour détourner des clients d'une autre personne dans son propre intérêt ou dans l'intérêt d'une tierce partie".

février 2021, affaire 258/20 (*Unilever Brasil/Salon Line Devintex*); Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, mars 2021, affaire 032/21 (*Claro/TIM*); Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, mai 2021, affaire 261/20 (*Costumer et CONAR/Companhia Hering*).

⁴¹³ Voir Loi 9279/96 sur la propriété industrielle, alinéa I) de l'article 195 : "Il y a délit de concurrence déloyale lorsqu'une personne I) publie par tout moyen de fausses déclarations au détriment du concurrent dans le but d'obtenir un avantage quelconque (...)".

⁴¹⁴ Voir Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, Code d'autoréglementation de la publicité, alinéa f) de l'article 32 : "Compte tenu des tendances actuelles à l'échelle internationale, et conformément aux règles applicables du Code de la propriété industrielle, la publicité comparative est autorisée, dès lors qu'elle respecte les principes et limites suivants : (...) f) sont interdits la concurrence déloyale et le dénigrement de l'image d'un produit ou du produit d'une autre entreprise".

⁴¹⁵ Voir Tribunal fédéral civil et commercial de l'Argentine, 8 septembre 2011, affaire n° 520111117, "*Laboratorios Bago S.A v Bristol Myers Squibb Argentina S.R.L.S.*"

Aux termes des alinéas b) et f) de l'article 81 de la loi 1294/98 sur les marques de commerce du Paraguay, constituent un acte de concurrence déloyale :

- "toute fausse description de produits ou services reposant sur l'emploi de mots, de symboles ou d'autres moyens susceptibles d'induire le public en erreur quant à la nature, la qualité ou l'utilité de ces produits ou services" (alinéa b);
- "l'utilisation ou la diffusion d'indications ou d'allégations susceptibles d'induire en erreur ou de créer une confusion quant à l'origine, la fabrication, les possibilités d'emploi ou de consommation ou d'autres caractéristiques de produits ou services appartenant à autrui"(alinéa f).

Il est toutefois important d'ajouter que dans les affaires portant sur des allégations potentiellement frauduleuses, les tribunaux doivent définir avec prudence la ligne ténue séparant la publicité mensongère, qui constitue un comportement malhonnête et frauduleux⁴¹⁶, de l'emploi acceptable d'exagérations dans le domaine de la publicité. Ainsi, dans l'affaire *Heinz Brasil S/A c. Unilever Brasil Ltda.*, la société Heinz, qui était la défenderesse, a réussi à faire valoir que les expressions "le meilleur pour tout ce que vous faites" et "le ketchup le plus consommé au monde" employées dans une campagne de publicité étaient des exagérations. Néanmoins, la Cour d'appel d'État de São Paulo a considéré que l'emploi de ces exagérations était acceptable. Elle a estimé que ces exagérations ne pouvaient pas tromper le consommateur sur le marché en question. Le plaignant, la société Unilever, avait d'ailleurs employé la même stratégie à l'égard de ses propres produits commercialisés sous la marque Hellmann's⁴¹⁷.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Les pays du Mercosur ont reconnu la nécessité d'interdire d'autres actes de concurrence déloyale dans leurs législations nationales relevant de ce domaine⁴¹⁸. L'imitation servile, par exemple, est également interdite en droit de la concurrence déloyale dans le Mercosur⁴¹⁹.

Pour pouvoir faire la synthèse des différents actes de concurrence déloyale et des nombreuses manières de les caractériser, il est important de traiter aussi de la protection contre d'autres

⁴¹⁶ Voir Conseil national pour l'autoréglementation de la publicité, octobre 2015, affaire 177/17

(*Imifarma/Distribuidora Big Benn*) concernant une campagne publicitaire dans laquelle la société Distribuidora Big Benn déclarait qu'elle pratiquait "le meilleur prix". Le Conseil a estimé que cette pratique ne pouvait être considérée comme "du simple boniment" car celui-ci présupposait que le consommateur pouvait facilement repérer l'exagération dans le message.

⁴¹⁷ Cour d'appel d'État de São Paulo (TJSP), 12 février 2016, affaire APC 1004301-65.2013.8.26.0309, *Heinz Brasil S/A c. Unilever Brasil Ltda.*

⁴¹⁸ Outre les actes de concurrence déloyale figurant dans la liste de 14 éléments de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil, l'article 209 de cette même loi offre la souplesse nécessaire pour interdire "d'autres actes de concurrence déloyale non mentionnés dans la présente Loi", ce qui indique clairement que le Brésil a fait le choix de conserver l'esprit d'ouverture juridique présent dans le paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. À l'instar du Brésil, l'Argentine s'est également dotée d'une clause ouverte pour interdire d'autres actes de concurrence déloyale à l'article 9 de son Décret 274/2019, aux termes duquel, outre la liste d'actes figurant dans l'article 10, est interdit "tout acte ou omission qui, par des moyens frauduleux, est objectivement susceptible d'avoir une incidence sur la capacité d'une personne à exercer une concurrence ou à participer de manière adéquate au processus concurrentiel". De même, l'article 80 de la loi 1294/98 du Paraguay interdit "tout acte contraire aux bonnes pratiques et aux usages honorables en matière industrielle ou commerciale" et ne fait référence à la liste des conduites déloyales figurant à l'article 81 qu'à titre d'exemple. Quant à l'Uruguay, étant donné qu'il a repris le libellé intégral de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, il a également fait le choix de l'ouverture et de ne pas énumérer les différents actes et les nouveaux actes de concurrence déloyale.

⁴¹⁹ Newton Silveira, "A propósito da imitação servil", São Paulo, Migalhas, 14 octobre 2015, disponible à l'adresse suivante : <https://www.migalhas.com.br/depeso/228322/a-proposito-da-imitacao-servil>. Voir aussi Mariano Peruzzotti et María Milagros Astesiano, "La imitación como supuesto de competencia desleal", in: Demetrio A. Chamatropulos; Miguel del Pino (Eds.), *Competencia desleal: análisis del decreto 274-2019*, Buenos Aires: La Ley, 2019, 231-239.

actes de concurrence déloyale (section 4.1), de la protection des secrets d'affaires (4.2), de la protection de l'habillage commercial (4.3) et des conduites frauduleuses plus récentes liées aux nouvelles technologies, qui sont également considérées comme une concurrence déloyale par les pays du Mercosur (4.4).

4.1 *Autres actes de concurrence déloyale*

Pour évaluer d'autres actes de concurrence déloyale dans le domaine de l'imitation et de l'appropriation frauduleuse et s'orienter dans ce domaine, il est important de comprendre les limites souvent floues du domaine public et de l'espace correspondant qui est accordé à la libre concurrence. Comme l'a indiqué M. Barbosa, "[l]a mission réelle du droit, en matière d'imitation, n'est donc pas d'interdire la reproduction mais de trouver un équilibre prudent entre l'efficacité résultant de l'autorisation de la reproduction et l'efficacité résultant de son interdiction lorsque celle-ci assure une fonction sociale. Tout l'art consiste à distinguer ces deux hypothèses en tenant compte des prescriptions des normes juridiques."⁴²⁰

Compte tenu de cette réflexion, tout comportement déloyal apparenté au parasitage doit être reconnu comme un acte de concurrence déloyale dans les pays du Mercosur, mais doit néanmoins être apprécié avec prudence à la lumière des éléments de preuve présentés dans chaque affaire au cours de la procédure judiciaire. Ainsi, dans l'affaire *Flávia Versiani Aragão c. Friedman S/A.*, la Cour supérieure de justice du Brésil a invalidé la décision du Tribunal d'État au motif que celui-ci n'avait pas analysé tous les éléments de preuve liés à l'utilisation, par une ex-employée, de manuels et de documents que celle-ci avait rédigés alors qu'elle travaillait pour le plaignant, étant entendu qu'elle avait par la suite été recrutée par un concurrent. La pondération de la décision reposait sur le fait que selon le contrat de travail conclu à l'époque, les manuels rédigés par l'ex-employée n'étaient protégés que par un droit d'auteur limité, et que le juge du Tribunal de district ainsi que les décisions du Tribunal d'État n'avaient pas tenu dûment compte des preuves liées à la plainte en concurrence déloyale. La Cour avait donc disposé que "la meilleure solution semblait être d'annuler le jugement du Tribunal d'État et sa condamnation afin de permettre une meilleure évaluation des éléments de preuve liés à la plainte en concurrence déloyale et en atteinte à la bonne foi."⁴²¹

⁴²⁰ Denis Borges Barbosa, *A concorrência desleal e sua vertente parasitária*, Rio de Janeiro, Revista da ABPI n. 116, janvier/février 2012, 21.

⁴²¹ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 27 octobre 2015, affaire REsp 1380630/RJ, *Flávia Versiani Aragão c. Friedman S/A.*

4.2 Protection des secrets d'affaires

La législation⁴²² et la jurisprudence⁴²³ des pays du Mercosur accordent toutes deux une grande importance aux secrets d'affaires⁴²⁴ et prévoient leur protection. Celle-ci a principalement pour but "de garantir la libre concurrence à laquelle contrevient la divulgation déloyale, mais aussi de rappeler les préjudices que la conduite déloyale cause ou peut causer au titulaire du droit sur l'innovation"⁴²⁵. Ainsi, les comportements déloyaux suivants sont expressément définis dans la législation nationale de l'Argentine, du Brésil et du Paraguay :

- Divulguer ou exploiter, sans le consentement du titulaire du droit, des secrets d'affaires distincts de ceux auxquels l'accès a été accordé de manière légitime mais avec un devoir de réserve, et des secrets d'affaires qui ont été obtenus de manière illégitime. À ces fins, est considérée comme déloyale l'acquisition de secrets par espionnage ou par tout autre procédé analogue, sans préjudice des sanctions prévues par d'autres textes de loi. L'acte illicite doit avoir été effectué dans l'intention d'obtenir un avantage pour soi ou pour un tiers ou de porter préjudice au titulaire du droit sur le secret. (Alinéa j) de l'article 10 du Décret 274/2019 sur les pratiques commerciales loyales de l'Argentine).
- Divulguer, exploiter ou utiliser, sans autorisation, des connaissances, informations ou données confidentielles susceptibles d'être employées dans l'industrie, le commerce ou la prestation de services, hormis celles qui sont de notoriété publique ou qui seraient évidentes pour une personne du métier, et qui ont été obtenues dans le cadre d'une relation contractuelle ou d'un emploi, même après l'expiration de ceux-ci; divulguer, exploiter ou utiliser, sans autorisation, les connaissances ou informations précitées si elles ont été obtenues par des moyens illicites ou frauduleux. (Alinéas XI) et XII) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil.)
- Informations non divulguées : toutes les catégories d'informations techniques, commerciales ou relatives à des entreprises qui 1) sont secrètes au sens qu'elles ne sont pas, dans leur intégralité ou sous une configuration et une composition précises de leurs éléments, connues de manière générale ou facilement accessibles par des personnes familières du milieu dans lequel ces informations sont normalement employées; 2) présentent une valeur commerciale du fait même qu'elles sont secrètes; 3) ont fait l'objet, de la part de la personne physique ou morale qui les a créées ou qui en a la propriété légitime, de mesures raisonnables pour en conserver le secret. Acquisition contraire aux usages honnêtes en matière

⁴²² Alinéas XI), XII) et XIV) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil et alinéa g) de l'article 482 de la loi 5452/43 sur le travail du Brésil. Alinéa j) de l'article 10 du Décret 274/2019 sur les pratiques commerciales loyales de l'Argentine. Articles 2 et 3 de la loi 3283/2007 sur les informations non divulguées du Paraguay.

⁴²³ Même lorsque la législation prévoit la protection des secrets d'affaires, la jurisprudence n'est pas très abondante en la matière car il est notoirement difficile (y compris pour des spécialistes) de recueillir, d'utiliser et d'évaluer des preuves valables. Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 11 décembre 2019, affaire REsp 1792449/RJ, *Sicpa S/A c. Valid Soluções S/A*. La Cour a estimé qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes ni de comparaisons techniques claires des technologies et des méthodes employées qui étaient protégées par des secrets d'affaires pour qu'elle puisse conclure que les anciens employés du plaignant avaient permis au défendeur de se procurer des secrets d'affaires. Au demeurant, cette décision est cohérente avec l'interprétation par les pays du Mercosur de certaines dispositions relatives au secret d'affaires selon laquelle c'est au plaignant qu'il incombe de présenter des preuves claires de la conduite du contrevenant (voir alinéas XI) et XII) de l'article 195 de la loi 9279/96 sur la propriété industrielle du Brésil) et du fait que le contrevenant a commis cette atteinte dans l'intention d'obtenir un avantage (voir alinéa j) de l'article 10 du Décret 274/2019 sur les pratiques commerciales loyales de l'Argentine).

⁴²⁴ Voir Cesar Flores, *Segredo Industrial e o Know-How: Aspectos jurídicos internacionais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2008, 33. Voir aussi José Henrique Pierangeli, *Crimes contra a Propriedade Industrial & Crimes de Concorrência Desleal*, São Paulo, Revista dos Tribunais 2003, 364.

⁴²⁵ Pierangeli, *Crimes contra a propriedade industrial*, 365.

commerciale : acte illicite ou frauduleux consistant à contrevenir aux clauses de confidentialité figurant dans un contrat, ou abus de confiance, ou divulgation de secrets, ou incitation à commettre un acte illicite, ou acquisition d'informations non divulguées par un tiers sachant que cette acquisition nécessitait de telles pratiques. (Articles 2 et 3 de la loi 3283/2007 sur les informations non divulguées du Paraguay.)

Il est important de souligner que l'article 10*bis* de la Convention de Paris comme l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC ont été intégrés et pris en compte dans les décisions des tribunaux brésiliens en matière de violation du secret d'affaires⁴²⁶. Dans l'affaire *Honda Motor Co. Ltda c. Toyama do Brasil Máquinas Ltda.*, le plaignant avait accusé le défendeur d'avoir commis de mauvaise foi un acte de concurrence déloyale en utilisant un dessin ou modèle industriel et en donnant à un moteur une apparence générale relativement semblable à un moteur connu, ce qui avait eu pour effet d'induire les consommateurs en erreur et de créer une confusion dans leur esprit. La Cour a estimé que les preuves présentées ne permettaient pas de conclure à un acte de concurrence déloyale et a souligné que "pour pouvoir conclure au caractère déloyal d'un acte de concurrence, le critère à prendre en compte n'est pas juridique mais factuel. Il est nécessaire que l'acte soit contraire aux "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" (article 10*bis* de la Convention de Paris) ou aux "usages commerciaux honnêtes" (article 39 de l'Accord sur les ADPIC), ces usages étant toujours déterminés par le contexte factuel de chaque marché, sur le lieu et au moment considérés."

4.3 Protection de l'habillement commercial

Les pays du Mercosur accordent une protection contre les atteintes à l'habillement commercial au titre de la protection contre la concurrence déloyale⁴²⁷. De nombreuses décisions des tribunaux ont récemment établi cette protection de l'habillement commercial⁴²⁸. Ainsi, dans l'affaire *Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda c. Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda.*, qui concernait des atteintes à l'habillement commercial reposant sur la similitude de l'apparence générale de certains équipements de gymnastique, la Cour supérieure de justice du Brésil a disposé que "[l]' expression "habillement commercial" s'entend de l'ensemble des images employées pour caractériser un service ou un produit afin d'attirer des clients et d'associer visuellement ce service ou produit à une marque. L'habillement commercial peut être protégé par l'enregistrement de la marque mixte, de l'image en trois dimensions ou du dessin ou modèle industriel, et il est même possible de déclarer auprès de l'organisme chargé de la concurrence déloyale un ensemble d'éléments visuels non enregistrés (couleurs, éléments graphiques, emballage, écriture, etc.). Dès lors, il est entendu que la question de la concurrence déloyale relève d'une protection résiduelle au titre du droit de la propriété intellectuelle, ce qui la prive de son objectivité. Il est important de souligner que l'ensemble d'éléments visuels devrait être protégé par la loi sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire, son enregistrement n'étant pas obligatoire pour obtenir la protection⁴²⁹, comme l'a confirmé la

⁴²⁶ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 18 mars 2014, affaire AREsp 467797/PR, *Honda Motor Company Ltda c. Toyama do Brasil Máquinas Ltda.*

⁴²⁷ José Carlos Tinoco Soares, *Concorrência desleal c. Trade Dress e/ou Conjunto-Imagem*, São Paulo, Editora do Autor, 2004.

⁴²⁸ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 16 avril 2021, affaire REsp 1697466/RJ, *Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda c. Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda.* Dans le même esprit, voir aussi d'autres affaires de la STJ : 18 décembre 2018, affaire Resp. 1527232/SP, *Natura Cosméticos S.A. c. SS Industrial S.A.*; 5 décembre 2019, affaire Resp. 1843339/SP, *Laboratorio Catarinense Ltda c. Hypera S/A.*

⁴²⁹ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 16 avril 2021, affaire REsp 1697466/RJ, *Athletic Way Com. Equip. para Ginastica e Fisioterapia Ltda c. Technogym Equip. de Ginástica e Solução para Bem-Estar Ltda.* Voir aussi Cour d'appel nationale de l'Uruguay, 24 juillet 2013, affaire SEF-0009-000124/2013 (0002-031564/2011), *Ferrero SPA c. Merfix S.A.*, concernant l'imitation de l'apparence générale de chocolats, dans laquelle la Cour a reconnu l'atteinte à l'habillement commercial en estimant que "le problème ne tient pas au risque de confondre les

décision du Tribunal d'État concernant l'atteinte à un habillage commercial et les réparations accordées à ce titre.

Il convient de noter que la jurisprudence récente a affirmé la nécessité de disposer de l'analyse d'un spécialiste agréé sur le caractère distinctif, la fonctionnalité, les habitudes de consommation et le degré d'attention du consommateur moyen sur le marché considéré afin d'avoir des preuves claires du fait que la conduite était déloyale du point de vue des acteurs de ce marché⁴³⁰. Ainsi, dans l'affaire *Ritter Alimentos S/A c. Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A.*, la Cour supérieure de justice a estimé qu'" [o]n ne peut constater une imitation et conclure à un acte de concurrence déloyale qu'au terme d'une analyse effectuée au cas par cas. Il est donc essentiel de disposer de l'analyse d'un spécialiste capable d'apprécier les éléments liés au marché, aux habitudes de consommation, aux techniques de publicité et de marketing, au degré d'attention du consommateur moyen ou classique du produit concerné, à la date à laquelle le produit a été commercialisé et à d'autres éléments qui contribuent à donner une identité à l'apparence générale du produit ou du service."⁴³¹

4.4 Autres conduites frauduleuses liées aux nouvelles technologies

Des difficultés découlant de l'emploi de nouvelles technologies, et notamment de l'Internet, ont récemment conduit les pays du Mercosur⁴³² à se doter de nouvelles réglementations concernant la liberté, la vie privée, le devoir de transparence et la neutralité du réseau⁴³³. Dans l'affaire *Insulfilm Do Brasil Ltda./Google Brasil Internet Ltda.*, le Tribunal d'État de São Paulo a disposé en définitive, après une décision de la STJ soulignant la nécessité d'examiner les faits propres à l'affaire, que la société Google devait retirer les publicités liées à des mots-clés qui contenaient la marque concurrente INSULFILM. Elle a simultanément disposé que Google n'était pas responsable des préjudices car le contenu des publicités était fourni par des annonceurs et non par ses propres soins⁴³⁴.

Les pays du Mercosur ont également mené un débat majeur sur une autre question, qui concerne les actes de concurrence déloyale intervenant sur les marchés en ligne, et qui consiste à déterminer si le fournisseur de la plateforme de marché en ligne peut être tenu responsable de la conduite déloyale de ses nombreux vendeurs⁴³⁵.

noms Ferrero Rocher et Love Story, ce dernier n'ayant aucune notoriété, mais à la manière de présenter les produits, cette présentation offrant des similitudes qui créent une confusion dans l'esprit du consommateur. Il est évident qu'une partie du public peut être induite en erreur et amenée à acheter des chocolats Love Story alors que ces personnes souhaitaient acheter des chocolats Ferrero Rocher. Ce n'est pas le nom des produits mais leur présentation (habillage commercial) qui prête à confusion."

⁴³⁰ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 28 septembre 2017, affaire REsp 1353451/MG, *S/A Fábrica de Tecidos São João Evangelista c. Companhia Manufatora de Tecidos de Algodão*. Dans le même esprit, voir aussi d'autres affaires de la STJ : 13 mars 2018, affaire 1591294/PR, *BRF Brasil Foods S/A c. Société des Produits Nestlé S/A*, et 19 décembre 2018, affaire 1778910/SP, *Ritter Alimentos S/A c. Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A.*

⁴³¹ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 19 décembre 2018, affaire 1778910/SP, *Ritter Alimentos S/A c. Kiviks Masknad Indústrias Alimentícias S.A.*

⁴³² Voir la loi 12965/2014 du Brésil portant déclaration des droits sur l'Internet et son Décret d'application 8771/2016.

⁴³³ Voir les alinéas I) à IV) de l'article 3 de la loi 12965/2014 du Brésil portant déclaration des droits sur l'Internet.

⁴³⁴ Voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 29 mai 2019, affaire AREsp 1383651, *Insulfilm do Brasil Ltda c. Google Brasil Internet Ltda c. Estok Comércio e Representações S.A.*

⁴³⁵ Si la jurisprudence concernant les consommateurs et reposant sur la loi 8078/90 sur les consommateurs est cohérente au regard de la responsabilité objective de tous les membres de la chaîne d'approvisionnement (voir Cour supérieure de justice du Brésil (STJ), 27 mai 2020, affaire REsp 1552080/GO, *Paulo Horto Leilões Ltda c. Mario Ribeiro de Castro*), la situation n'est pas encore claire au regard de la responsabilité de la plateforme de marché (B2W) pour ce qui concerne les produits et les services vendus par des tiers commettant des actes de concurrence déloyale (la plateforme de marché a le devoir de retirer les publicités en cas de demande, mais elle n'est pas responsable des préjudices dès lors qu'elle se conforme à l'alinéa I) de l'article 19 de la loi 12965/2014. Voir Cour

Le Conseil national du Brésil pour l'autoréglementation de la publicité a récemment publié une directive sur le marketing fondé sur les influenceurs⁴³⁶. Il a établi dans ce texte une réglementation plus structurée de cette activité. Il a mis en avant le principe de transparence, en soulignant qu'«il est fondamental de préciser, dans les messages publiés, la relation que l'influenceur entretient avec des annonceurs ou des organismes commerciaux». Une directive analogue a été publiée en 2020 par le Conseil de l'Argentine pour l'autoréglementation de la publicité⁴³⁷, dans lequel celui-ci souligne que «le message doit être véridique, ne doit contenir aucun élément trompeur et aucune exagération contrevenant au principe de bonne foi envers le public, ne doit pas constituer un abus de confiance et ne doit pas exploiter le manque de culture, de connaissances ou d'expérience du public ciblé. Aucun message direct ou indirect ne peut contenir de description, d'image ou de texte qui contribue à semer la confusion dans l'esprit du consommateur abonné à l'influenceur ou qui lui fasse croire que le produit annoncé fait quelque chose qu'il est incapable de faire, hormis les exagérations évidentes destinées à amuser le public ou à attirer son attention.»

H. RÉGION ARABE*

Le monde arabe est loin d'être unitaire et homogène, car il se compose de vingt-deux pays⁴³⁸ géographiquement répartis sur trois grandes régions⁴³⁹ qui partagent la langue arabe. Ce sont tous des pays en développement, et six d'entre eux font partie des pays les moins avancés⁴⁴⁰.

Les différents systèmes juridiques ont connu des bouleversements depuis l'apparition des États-nations arabes centralisés⁴⁴¹. Le droit est très différent d'un pays à l'autre⁴⁴², et la culture arabe ne peut être considérée comme le fondement d'une organisation particulière du pouvoir judiciaire⁴⁴³.

d'appel d'État de São Paulo (TJSP), 4 mai 2021, affaire APC 1000500-63.2019.8.26.0073, *B2W Companhia Digital c. A. Israel – EPP*, 8).

⁴³⁶ Directive du Conseil national du Brésil pour l'autoréglementation de la publicité sur la publicité numérique effectuée par des influenceurs (2021). Disponible à l'adresse suivante : http://conar.org.br/pdf/CONAR_Digital-Influencer-Advertising-Guidelines_2021-03-11.pdf.

⁴³⁷ Guide du Conseil de l'Argentine pour l'autoréglementation de la publicité à l'intention des influenceurs effectuant des communications dans un but commercial. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.conarp.org.ar/docs/Conarp-PaperInfluencers-ju2020.pdf>.

* *M. Pierre El Khoury, conseil en propriété intellectuelle et en technologies de l'information et professeur, Université La Sagesse, Beyrouth, Liban.*

⁴³⁸ Tous les pays arabes sont membres de la Ligue des États arabes.

⁴³⁹ Afrique du Nord, Méditerranée orientale ou Moyen-Orient, et Péninsule arabique.

⁴⁴⁰ Comores, Djibouti, Mauritanie, Somalie, Soudan et Yémen.

⁴⁴¹ À la fin des mandats français et britannique, les nouveaux États-nations arabes se sont à nouveau efforcés de moderniser leur droit et leur système judiciaire respectif.

⁴⁴² Depuis la fin du XIX^e siècle, les pays de la région arabe ont répondu différemment à l'évolution générale du droit, qui a façonné les systèmes juridiques et orienté le rôle du pouvoir judiciaire dans des directions de développement différentes selon le pays.

⁴⁴³ La région arabe a connu trois types d'évolution différents dans le domaine du droit. Premièrement, certains États, notamment l'Arabie saoudite, ont conservé une version non codifiée de la Shari'a islamique. Deuxièmement, les États qui étaient sous contrôle ottoman pendant la seconde moitié du XIX^e siècle ont appliqué et conservé la Méjellé après la chute de l'Empire ottoman et la mise en place des mandats français et britannique. Troisièmement, certains États, notamment le Liban, ont emprunté le droit français. Un quatrième type de droit est en outre apparu dans la région avec les écrits d'Abd al-Razzāq Sanhūrī. Voir Enid Hill, «*Sanhūrī and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad Sanhūrī, Egyptian Jurist and Scholar: 1895-1971*», *Arab Law Quarterly* Vol. 3, No. 1 (fév. 1988), 33-64.

La plupart des pays arabes ont adopté un système judiciaire analogue au système français⁴⁴⁴. Cette situation s'explique en partie par la présence coloniale de la France⁴⁴⁵ dans des pays comme l'Algérie, Djibouti, le Liban, le Maroc, la Mauritanie, la Syrie et la Tunisie.

Les différentes législations des pays arabes n'ont pas été harmonisées en un texte unique s'appliquant à tout ou partie du monde arabe. Le présent rapport porte essentiellement sur le droit et la jurisprudence de certains pays particuliers, un pays au moins étant analysé pour chaque région⁴⁴⁶. Des exemples concernant d'autres pays ont été ajoutés lorsqu'ils étaient pertinents pour illustrer la protection contre la concurrence déloyale dans les États membres de l'OMPI qui appartiennent à la région arabe.

1. Cadre législatif

La diversité des niveaux de développement et de la structure économique des pays arabes, conjuguée à l'avènement de la mondialisation, a entraîné des évolutions économiques, sociales et juridiques hétérogènes. Néanmoins, la plupart des pays arabes ont consacré la notion de marché et de liberté du commerce, quoiqu'il n'existe pas de législation harmonisée pour régir les comportements antitrust et les actes de concurrence déloyale. Des réglementations, des mesures politiques et des organismes spécialisés ont été instaurés à l'échelle nationale et ont contribué aux réformes des réglementations⁴⁴⁷. Ils sont censés régir la concurrence sur chaque marché et protéger en particulier le consommateur contre les pratiques frauduleuses et brutales⁴⁴⁸. Outre le droit de la concurrence, qui relève de l'ordre économique public dans chaque pays⁴⁴⁹, la concurrence déloyale peut être analysée au travers des différents objets que ce droit est censé protéger. Les législations nationales disparates du monde arabe condamnent à différents niveaux les commerçants qui emploient des pratiques commerciales abusives au détriment de leurs concurrents.

⁴⁴⁴ À l'exception de l'Arabie saoudite (qui s'est dotée de son propre système reposant sur une combinaison de tribunaux religieux et d'organismes administratifs ayant une compétence judiciaire), et avec des nuances majeures dans les différents pays du Golfe (les tribunaux religieux ayant conservé un rôle plus marqué dans les affaires familiales et pénales).

⁴⁴⁵ Mais aussi en raison de l'existence d'une tradition de coopération juridique qui n'était pas étrangère au souhait de résister à la présence britannique.

⁴⁴⁶ Principalement l'Égypte (qui a occupé une position prédominante sur les plans législatif et jurisprudentiel au Moyen-Orient, et tout particulièrement dans la Péninsule arabique), le Liban (la loi sur la propriété industrielle du Liban est la plus ancienne de la région en vigueur aujourd'hui et comporte des dispositions concernant spécifiquement la concurrence déloyale), le Maroc (le législateur marocain a traduit l'article 10*bis* et l'a intégré dans son droit de la propriété intellectuelle) et les Émirats arabes unis (qui disposent d'un système politique relativement analogue à ceux des États du Conseil de coopération du Golfe et d'un cadre social et culturel commun avec eux). S'agissant de l'influence du droit égyptien sur les pays arabes, voir Ian Edge, "*Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf*", 34 *Clev. St. L. Rev.* 129-144 (1985-1986).

⁴⁴⁷ Le Royaume d'Arabie saoudite a promulgué sa nouvelle Loi sur la concurrence en application du Décret royal n° M/75 de 2019 dans le but de lutter contre les pratiques déloyales portant préjudice aux intérêts des consommateurs, afin de favoriser le développement économique et d'instaurer une libre concurrence sur le marché; le Bahreïn a publié la loi n° 31 de 2018 concernant la promotion et la protection de la concurrence pour encourager la diversification économique et poursuivre la libéralisation du marché; la Jordanie a promulgué la loi n° 33 de 2004 sur la concurrence pour régir les pratiques anticoncurrentielles, les abus de position dominante et les fusions et acquisitions, et pour garantir l'équité des transactions économiques; l'Égypte a promulgué la loi n° 3 de 2005 sur la concurrence pour faire en sorte que l'activité économique ne puisse entraver ou limiter la liberté de concurrence, ni porter atteinte à celle-ci.

⁴⁴⁸ Hormis le Liban et la Libye, tous les pays arabes disposent de lois ou de politiques, ou encore d'organismes ou de conseils spécialisés dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles afin de favoriser leur diversification économique et de poursuivre la libéralisation de leur marché. Un projet de Loi sur la concurrence profondément inspiré de la législation française a été présenté au Parlement libanais en 2019 mais n'a pas encore été promulgué.

⁴⁴⁹ Les lois en vigueur sur la concurrence n'étant pas accompagnées de lois complémentaires sur les consommateurs, elles n'ont pas permis de protéger ceux-ci contre les pratiques préjudiciables des entreprises car elles ne couvrent pas nécessairement toutes les questions concernant les consommateurs. Voir Hassan Qaqaya et George Lipimile, *The Effects of Anti-Competitive Business Practices on Developing Countries and their Development Prospects*, CNUCED, 2008, 68. Disponible à l'adresse suivante : https://unctad.org/en/docs/ditccpl20082_en.pdf.

Compte tenu de la proximité de la concurrence déloyale avec le droit de la propriété intellectuelle, certains pays se sont dotés, au sein de celui-ci, de dispositions portant spécialement sur ce type d'actes. Au Liban, seuls deux articles traitent de la concurrence déloyale et donnent compétence aux tribunaux pour déterminer si un acte relève de la concurrence déloyale⁴⁵⁰. Toutefois, ces dispositions ne sont pas suffisamment étendues pour couvrir les affaires concernant les atteintes aux droits de propriété industrielle, qui peuvent être considérées comme des formes de concurrence déloyale. Les juristes libanais résument les actes de concurrence déloyale de la manière suivante : le fait de créer une confusion dans l'esprit du consommateur entre deux concurrents, ou entre leurs entreprises ou leurs produits, par exemple en imitant un nom commercial, une marque de commerce ou un dessin ou modèle industriel; la diffamation; et le fait de désorganiser le marché au moyen d'une publicité comparative. Il existe par ailleurs une application relativement nouvelle de la théorie de la concurrence déloyale appelée "parasitage"⁴⁵¹.

Le Maroc⁴⁵², Oman⁴⁵³ et la Syrie⁴⁵⁴ ont adopté des dispositions analogues fondées sur un critère général de condamnation de tout acte contrevenant aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Ces dispositions visent tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; et les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises⁴⁵⁵.

D'autres pays ont intégré des dispositions sur la concurrence déloyale dans différentes lois. La Loi sur la lutte contre la fraude et les actes de tromperie dans les transactions commerciales des Émirats arabes unis⁴⁵⁶ interdit spécifiquement à un commerçant, un fabricant ou un producteur d'effectuer des actes tels que l'emploi direct ou indirect d'une déclaration fausse ou trompeuse concernant l'origine ou la source des produits, ou encore l'identité du producteur ou du fabricant qui les a fournis. Elle interdit en outre :

- d'utiliser directement ou indirectement une dénomination originale fausse ou trompeuse, ou d'imiter une dénomination originale, quand bien même la véritable origine du produit est mentionnée, ou d'utiliser la dénomination dans une traduction ou en l'accompagnant de termes tels que type, modèle, imitation, etc.;
- d'utiliser sciemment une marque de commerce contrefaite ou imitée ou de modifier une marque existante de quelque manière que ce soit;

⁴⁵⁰ Arrêté n° 2385 de 1924 du Liban portant réglementation des droits de propriété commerciale et industrielle, 5^e partie (Concurrence déloyale), articles 97 et 98.

⁴⁵¹ Un acte de "parasitage" consiste pour une personne à profiter des efforts et des actes de son concurrent pour s'éviter à elle-même de devoir effectuer les investissements nécessaires à ces efforts et actes.

⁴⁵² Loi n° 17-97 de 2000 relative à la protection de la propriété industrielle du Maroc, titre VI, chapitre 3 (De la concurrence déloyale).

⁴⁵³ Décret royal n° 67 de 2008 d'Oman portant promulgation de la III^e partie (Protection contre la concurrence déloyale) de la loi sur les droits de propriété industrielle.

⁴⁵⁴ Loi n° 8 de 2007 de la Syrie sur les marques de commerce, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels et la concurrence déloyale, chapitre VI (Protection contre la concurrence déloyale et protection des secrets d'affaires).

⁴⁵⁵ Article 184 de la loi n° 17-97 de 2000 du Maroc et article 116 de la loi n° 8 de 2007 de la Syrie précitées.

⁴⁵⁶ Décision ministérielle n° 26 de 1984 concernant le Règlement d'application de la loi n° 4 de 1979 sur la lutte contre la fraude et les actes de tromperie dans les transactions commerciales (tel que modifiée par la Décision ministérielle n° 26 de 2003), chapitre premier (Données commerciales et concurrence déloyale), article 5. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19818>

- d'effectuer des actes qui créent une confusion de quelque manière que ce soit quant au nom commercial de concurrents, à leurs produits ou à leur activité industrielle ou commerciale.

De même aux Émirats arabes unis, le Code sur les transactions commerciales⁴⁵⁷ interdit à un commerçant d'inciter les employés ou les collaborateurs d'un concurrent à détourner sa clientèle, ou de révéler les secrets du concurrent. En outre, un commerçant ne peut avoir recours à la fraude ou à la tromperie pour commercialiser ses produits, ni diffuser ou publier des informations fausses portant préjudice aux intérêts d'un concurrent; à défaut, il s'expose à des réparations.

La Jordanie a promulgué une loi particulière visant à mieux faire respecter l'interdiction de la concurrence déloyale prévue par la Convention de Paris. Cette loi reprend les dispositions du paragraphe 1 de l'article 10*bis* de cette Convention et lui ajoute un certain nombre d'actes répréhensibles supplémentaires⁴⁵⁸. Elle vise essentiellement tout acte portant atteinte à la réputation du produit d'un tiers, ou créant une confusion quant à la forme ou la présentation générales du produit d'un tiers, ou susceptible d'induire le public en erreur quant au prix ou à la méthode de calcul de celui-ci, ou encore tout acte ayant pour conséquence de brouiller les caractéristiques distinctives d'un produit ou d'imiter sa forme extérieure en trois dimensions, ou son poids, sa taille, sa présentation ou son emballage ainsi que ses dessins et décorations. Elle offre par ailleurs une protection contre les actes de concurrence déloyale qui induisent le public en erreur au regard d'une marque utilisée en Jordanie, que cette marque ait été enregistrée ou non. Elle concerne toute marque distinctive, quelle que soit sa notoriété au sens de la législation sur les marques. Ainsi, lorsque le titulaire d'une marque porte plainte en atteinte à celle-ci, il peut aussi choisir de demander des réparations au titre de la concurrence déloyale, parallèlement aux réparations prévues par le droit des marques.

Le Code du commerce de l'Égypte établit une norme générale en disposant que tout acte contrevenant aux usages et principes observés dans les transactions commerciales relève de la concurrence déloyale. Sont notamment concernés les atteintes commises par un tiers aux marques, aux noms commerciaux, aux brevets ou aux secrets d'affaires, ainsi que le fait d'inciter des employés à divulguer des secrets d'affaires ou à quitter leur emploi, et tout acte ou affirmation susceptible de créer une confusion quant à l'entreprise ou ses produits, ou de conduire le public à se méfier du propriétaire de l'entreprise, de ses gérants ou de ses produits⁴⁵⁹. De plus, la loi égyptienne sur la protection du consommateur punit tout acte susceptible de créer une impression fausse ou trompeuse dans l'esprit du consommateur ou de conduire celui-ci à confondre des produits ou à acheter un produit par erreur⁴⁶⁰.

Le législateur algérien n'a pas établi de conditions particulières dans le domaine des poursuites en concurrence déloyale. La Loi fixant les règles applicables aux pratiques commerciales interdit toutes pratiques commerciales déloyales contraires aux usages honnêtes et loyaux et par lesquelles un agent économique porte atteinte aux intérêts d'un ou de plusieurs autres agents économiques, notamment le fait de diffuser des informations malveillantes pour dénigrer les produits ou les services d'un concurrent et d'imiter les signes distinctifs, les produits ou les

⁴⁵⁷ Code des Émirats arabes unis sur les transactions commerciales promulgué par la loi fédérale n° 18 de 1993, deuxième partie, chapitre premier (Locaux industriels, nom commercial et concurrence déloyale), articles 64 à 70. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10465>

⁴⁵⁸ Loi n° 15 de 2000 de la Jordanie sur la concurrence déloyale et les secrets d'affaires, article 2. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/text/128321>

⁴⁵⁹ Code du commerce de l'Égypte promulgué par la loi n° 17 de 1999, IIe partie (Obligations et contrats commerciaux), article 66. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/13558>

⁴⁶⁰ Loi égyptienne sur la protection du consommateur promulguée par l'article 6 de la loi n° 67 de 2006. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg012en.pdf>

services d'un concurrent ainsi que sa publicité dans le but de rallier sa clientèle en créant un risque de confusion⁴⁶¹.

Dans la plupart des pays arabes, la jurisprudence a fait évoluer la théorie de la concurrence déloyale en se fondant sur les dispositions de la responsabilité civile⁴⁶². Trois critères ont été établis : une faute doit avoir été commise ou une obligation juridique doit avoir été ignorée; un préjudice doit avoir été subi; et il doit exister un lien de causalité entre le préjudice et la faute.

Si une certaine régulation des marchés est assurée par la lutte et la répression en matière de concurrence déloyale, qui visent notamment la perturbation des activités des agents économiques et les préjudices causés à la concurrence, les règles de la concurrence déloyale dans les pays arabes visent aussi à protéger les intérêts des consommateurs, bien que tel ne soit pas leur objectif principal. D'une manière générale, la protection contre la concurrence déloyale est destinée à protéger les commerçants et non les consommateurs, sauf si l'acte préjudiciable relève de la législation ou la réglementation sur la protection du consommateur ou qu'il est lié à celle-ci. Dans ce cas, les consommateurs sont également protégés et peuvent poursuivre le contrevenant devant les tribunaux à ce titre.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris ne sont pas mises en œuvre de manière uniforme dans le monde arabe, et l'interprétation de la portée de la protection contre la concurrence déloyale l'est moins encore. La démarche permettant de déterminer si les usages honnêtes ont été respectés est essentiellement normative et repose sur la perception de l'honnêteté dans le commerce. Ce critère est lui-même fondé sur des dispositions souples et générales de la législation dans ces pays. Le sens exact de l'expression "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" n'est pas indiqué dans le droit écrit. Il n'existe pas de définition générale des usages honnêtes ou malhonnêtes, mais uniquement des critères provenant de la jurisprudence.

Toutefois, malgré les différences entre les pays, certains aspects de ces usages peuvent être considérés comme déloyaux. La législation de certains pays arabes comme l'Égypte, l'Algérie, la Jordanie, les Émirats arabes unis et le Maroc énumère et interdit expressément certains actes précis. D'autres pays, comme le Liban, n'ont pas établi de typologie détaillée des actes de concurrence déloyale. Cependant, dans la plupart des pays arabes, le pouvoir judiciaire peut décider au cas par cas si un acte est "loyal" ou "déloyal".

Ainsi, le droit libanais prévoit une procédure juridique à la fois exhaustive et souple au lieu de définir des actes particuliers en matière de concurrence déloyale. Cette procédure vise toute activité possible de concurrence déloyale. D'une part, elle protège les droits exclusifs prévus par la législation sur la propriété intellectuelle, et notamment sur les marques, lorsque ces droits ne peuvent être protégés en droit pénal par les dispositions de ladite législation ni par celles du Code pénal du fait qu'une ou plusieurs conditions de la poursuite pénale ne sont pas remplies. D'autre part, la procédure laisse au juge la liberté d'apprécier chaque situation échappant aux différentes législations⁴⁶³. Le tribunal a ainsi toute discrétion pour prendre une décision dans toute affaire de ce type.

⁴⁶¹ Loi algérienne n° 04-02 of 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, chapitre IV, article 26. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/text/333918>

⁴⁶² Un acte de concurrence déloyale peut découler de la notion d'abus de droit. À un niveau normatif, on s'efforce de considérer la concurrence déloyale comme un droit concédé aux commerçants au regard des usages commerciaux, la concurrence déloyale constituant alors un abus de ce droit. Quoi qu'il en soit, les tribunaux appliquent les principes de la faute pour condamner un abus de droit.

⁴⁶³ Arrêté n° 2385 de 1924 du Liban portant réglementation des droits de propriété commerciale et industrielle, 5e partie (Concurrence déloyale", article 97 : "Sont considérés comme une concurrence déloyale les actes suivants :

Les tribunaux des pays arabes se sont efforcés de définir la concurrence déloyale, et leurs définitions ont différé selon qu'ils ont accordé la priorité aux moyens de la concurrence déloyale ou à ses objectifs. Ainsi, la Cour de cassation de l'Égypte a défini la concurrence déloyale comme un acte illicite dont l'auteur s'expose au versement de compensations au titre du préjudice causé par cet acte. Dans le même esprit, tout acte contrevenant à la loi ou aux usages, ou tout emploi de moyens contraires aux principes de la confiance et de l'honneur dans des transactions commerciales est considéré comme un dépassement des limites de la concurrence loyale, dès lors qu'il a pour but de créer une confusion entre deux entités commerciales ou de perturber les activités de l'une d'elles en ralliant ses clients ou en lui faisant perdre des clients⁴⁶⁴.

Les tribunaux des Émirats arabes unis ont mentionné la concurrence déloyale dans de nombreux jugements sans la définir⁴⁶⁵. Ainsi, la Cour suprême fédérale de ce pays a disposé qu'aucune marque de commerce ne pouvait être enregistrée si elle était identique ou semblable à une marque déjà enregistrée, ce qui implique que le rejet d'une demande d'enregistrement de marque doit être motivé par la présence d'une marque identique ou semblable enregistrée sous un autre nom, et que ce rejet doit protéger les autres marques et éviter la concurrence déloyale. Dans une autre affaire, la Cour a employé l'expression "atteinte aux principes de la concurrence déloyale"⁴⁶⁶.

La Cour de cassation du Liban a disposé que "[l]es commerçants doivent respecter les principes d'intégrité juridique qui régissent la concurrence entre eux. L'emploi par un commerçant de méthodes suspectes ou détournées dans l'exercice de la concurrence conduit à considérer cet acte comme une concurrence déloyale."⁴⁶⁷

Des caractéristiques générales décrivant la concurrence déloyale peuvent néanmoins être déduites de différentes définitions issues de la jurisprudence : il s'agit des actes de concurrence qui ne sont pas conformes aux règles de l'honnêteté, de l'honneur et de l'intégrité généralement acceptées par la communauté des commerçants et conformes aux usages dans le commerce, que ces actes aient été commis de bonne ou de mauvaise foi; cette concurrence doit intervenir entre des personnes exerçant une activité commerciale analogue ou proche, l'appréciation de la relation de concurrence étant laissée au tribunal; et le préjudice découlant de ces actes doit être contraire aux lois et aux usages régissant le commerce.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

Les tribunaux ont établi les trois critères suivants pour déterminer si un acte constitue une concurrence déloyale : l'existence d'une situation de concurrence entre deux parties; un acte de concurrence déloyale effectué par l'une des parties (le tribunal recherchant généralement l'existence de cet acte du côté du défendeur); et des préjudices subis par la partie lésée.

1. Toute atteinte à la présente loi lorsque l'une des conditions d'application des sanctions prévues dans la 6^e partie ci-après n'est pas remplie; 2. Tout acte que les tribunaux sont libres de considérer comme de la concurrence déloyale ou de présumer tel."

⁴⁶⁴ Décision n° 62 de la Cour de cassation de l'Égypte du 25 juin 1959, citée dans Ramzi Madi et Mohammad Almistarehi, "The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark", *Int. J. Economics and Business Research* Vol. 19, No. 1 (2020), 46.

⁴⁶⁵ Aux Émirats arabes unis, ni le Code des transactions commerciales ni les tribunaux n'ont défini la notion de concurrence déloyale. Les tribunaux ont invoqué, dans de nombreux jugements, les dispositions dudit code qui concernent la concurrence déloyale dans le domaine des échanges commerciaux et qui visent à protéger les marques de commerce non enregistrées. Le Code des transactions commerciales a été promulgué par la loi fédérale n° 18 de 1993; il est disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10465>

⁴⁶⁶ Voir respectivement l'arrêt n° 509 de 2010 et l'arrêt n° 586 de 2015 de la Cour de cassation des Émirats arabes unis, cités dans Madi et Almistarehi, "The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark", 46.

⁴⁶⁷ Arrêt n° 116 du 23 octobre 1969 de la Cour de cassation du Liban, disponible à l'adresse suivante (en arabe) : <http://legallaw.ul.edu.lb/>

S'agissant des actes déloyaux énumérés au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, la législation de certains pays arabes punit généralement les actes de nature à créer une confusion (3.1), les allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent (3.2) et les indications ou allégations trompeuses (3.3).

3.1 Créer une confusion

Les actes de concurrence déloyale de nature à créer une confusion interviennent généralement dans le cadre d'une relation de concurrence et consistent à attirer les clients d'un concurrent exerçant une activité ou offrant des produits ou services analogues. Dans tout autre contexte, il serait difficile d'établir la probabilité d'une confusion. La confusion peut être créée non seulement à l'égard d'une marque enregistrée, mais aussi au regard d'autres signes distinctifs d'un produit ou service, notamment son apparence distinctive, son origine ou ses caractéristiques. En Jordanie, l'un des critères définis par les tribunaux pour établir un acte de concurrence déloyale tient au fait qu'il crée une confusion entre deux marques de commerce⁴⁶⁸, ou au moins un risque de confusion⁴⁶⁹. Au Liban, de nombreux tribunaux ont estimé que le fait de créer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur moyen entre deux produits ou services qui ne sont pas nécessairement deux marques enregistrées constitue un acte de concurrence déloyale⁴⁷⁰. Au Maroc, la Cour de cassation a disposé que le critère déterminant était les ressemblances entre deux marques de commerce, et non leurs différences⁴⁷¹, mais que cette confusion n'était passible d'une condamnation que si les deux concurrents étaient géographiquement proches l'un de l'autre⁴⁷², sauf si la marque concernée jouit d'une grande notoriété⁴⁷³. La Cour de cassation d'Abou Dhabi a évoqué la concurrence déloyale dans un certain nombre de jugements en précisant qu'elle avait "également décidé que la protection juridique des noms commerciaux constituait une protection contre la concurrence déloyale, c'est-à-dire contre les actes susceptibles de créer une confusion avec un autre concurrent, ses produits ou ses activités commerciales."⁴⁷⁴ Dans d'autres affaires concernant des cas de confusion, les tribunaux ont décidé que le critère essentiel était l'image générale qui s'imprimait dans l'esprit du consommateur et que les différences entre deux marques de commerce ne devaient donner lieu à aucune confusion ou ambiguïté⁴⁷⁵.

3.2 Allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent

Les actes de cette catégorie comprennent toute attaque des produits ou services d'un concurrent concernant leur qualité, leur prix élevé ou le risque pouvant découler de leur emploi.

⁴⁶⁸ Cour de cassation de Jordanie, affaire n° 355 du 27 février 2002, Assemblée plénière (affaire *Value Plus*), citée dans Antoine Nacheff, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, AIGhazal, Beyrouth, 2009, 530.

⁴⁶⁹ Haute Cour de Justice de Jordanie, affaire n° 427 du 7 février 2000, *Judicial Journal* (2000), 366.

⁴⁷⁰ Cour de cassation du Liban, affaire n° 7 du 7 février 2002 (affaire *Gezairi*); Tribunal de première instance de Beyrouth, décision n° 1080 du 28 octobre 1998 (affaire *Sodeco*); Cour d'appel de Beyrouth, affaire n° 916 du 13 juin 1968; et affaires n° 571 du 8 mai 1971 et n° 124 du 16 juin 1987. Disponible à l'adresse suivante (en arabe) : <http://www.legallaw.ul.edu.lb>

⁴⁷¹ Cour de cassation du Maroc, affaire n° 142 du 7 février 2007, dossier commercial n° 1430 du 3 janvier 2006, cité dans le Guide sur les marques, Office marocain de la propriété industrielle et commerciale (OMPIC), 66.

⁴⁷² Tribunal de commerce de Casablanca, affaire n° 3420 du 24 mars 2008, dossier commercial n° 9993/61/2007, publié dans la Gazette du Tribunal de commerce, II, septembre 2011, Association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 37.

⁴⁷³ Tribunal de commerce de Tanger, affaire n° 58 du 24 janvier 2008, dossier commercial n° 1596/33/2006.

⁴⁷⁴ Arrêt de la Cour de cassation n° 752 de l'année judiciaire n° 7 en date du 13/12/2013, *A collection of judgments by Abu Dhabi Court of Cassation in 2013*, pp.2479-2484.

⁴⁷⁵ Tribunal civil de première instance de Dubaï, affaire n° 123 du 30 mai 1990 (affaire *LifeBuoy*); Tribunal civil de première instance de Dubaï, affaire n° 683 du 22 octobre 1990 (affaire *Lipton*); et Tribunal civil de première instance de Dubaï, affaire n° 1157 du 18 octobre 1990 (affaire *SunSilk*), citées dans Nacheff, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, 532-537.

Dénigrer un produit en prétendant qu'il n'est pas conforme aux caractéristiques annoncées constitue un acte déloyal, quand bien même le produit concurrent n'est pas mentionné de manière explicite. Une allusion même indirecte suffit, surtout si le public peut facilement savoir quel est le produit visé par le dénigrement⁴⁷⁶. Porter atteinte à la réputation d'un concurrent en prétendant qu'il est au bord de la faillite ou que c'est un toxicomane, ou en diffusant une fausse information selon laquelle le produit est de mauvaise qualité, ou encore déclarer que le produit est une contrefaçon, n'est pas apte à la consommation ou est toxique sont autant d'actes de concurrence déloyale⁴⁷⁷. Les fausses allégations et le dénigrement sont punissables au titre de la concurrence déloyale aux Émirats arabes unis⁴⁷⁸.

La Cour suprême fédérale des Émirats arabes unis a disposé dans un jugement datant de 1994⁴⁷⁹ que si une personne imite, contrefait ou utilise une marque de commerce et l'appose sur des produits ou services analogues, son acte doit être considéré comme une atteinte au droit du titulaire de la marque qui lui cause un préjudice du fait qu'il incite le public à se méfier des produits ou services distingués par ladite marque⁴⁸⁰.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

Dans certains pays arabes comme les Émirats arabes unis, les actes de publicité comparative sont présumés licites car il n'existe pas de loi particulière régissant ce domaine; toutefois, certaines limites sont fixées au regard des usages commerciaux déloyaux⁴⁸¹. En outre, certains autres facteurs peuvent avoir une incidence sur la possibilité d'employer la publicité comparative dans la région. En Arabie saoudite et au Koweït, par exemple, la publicité comparative est interdite parce qu'elle est contraire aux dispositions de la Shari'a⁴⁸². Au Maroc, un tribunal a prononcé une condamnation dans une affaire de publicité frauduleuse car celle-ci avait créé un doute quant à l'origine du produit et avait porté préjudice à la réputation commerciale de son fabricant⁴⁸³.

Divers éléments peuvent constituer un acte frauduleux dans les différentes législations des pays arabes :

- les allégations fausses dans l'exercice du commerce;
- les indications ou allégations dont l'usage dans l'exercice du commerce est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises⁴⁸⁴;

⁴⁷⁶ Juge des procédures rapides du Tribunal de Beyrouth, 1998, cité dans Nachef, *The Legal Regime of Advertising and Trademarks in Lebanon, Arab Countries, and France*, 220.

⁴⁷⁷ Mohamad Ali Helalat et Murad Ali Al-Tarawneh, "Cases of Unfair Competition under the Unfair Competition and Trade Secrets Law and the Jordanian Judiciary", *International Journal of Business and Social Science* Vol. 6, n° 11 (novembre 2015), 64.

⁴⁷⁸ Code des transactions commerciales promulgué par la loi fédérale n° 18 de 1993, deuxième partie, chapitre premier (Locaux industriels, nom commercial et concurrence déloyale), article 66.

⁴⁷⁹ Cour de cassation des Émirats arabes unis, affaire n° 60 du 4 juillet 1994, Recueil de jugements rendus par la Cour fédérale suprême en 1994, 590, cité dans Madi et Almistarehi, *The Unfair Competition Lawsuit for Protecting the Unregistered Trademark*, 52.

⁴⁸⁰ Le titulaire de la marque est en droit d'engager des poursuites au titre de la concurrence déloyale en vertu de l'article 282 de la loi sur les transactions civiles et des dispositions de l'article 66 de la loi sur les transactions commerciales.

⁴⁸¹ Si les dispositions de la loi fédérale n° 37 de 1992 sur les marques de commerce des Émirats arabes unis interdisent l'emploi illicite d'une marque de commerce, aucun texte ne définit l'usage loyal du nom ou de la marque d'un concurrent.

⁴⁸² Selon les enseignements de la Shari'a (l'ensemble de la législation religieuse islamique), les personnes sont encouragées à ne pas se faire concurrence à leur détriment mutuel; c'est pourquoi la publicité comparative est perçue en Arabie saoudite et au Koweït comme une attitude offensante de confrontation et de prétention.

⁴⁸³ Incitation du public à se méfier d'un produit en raison de sa source et de son fabricant. Tribunal de commerce de Casablanca, affaire n° 768 du 25 janvier 2010, dossier commercial n° 3867/16/2009.

⁴⁸⁴ Article 184 de la loi n° 17-97 de 2000 du Maroc et article 116 de la loi n° 8 de 2007 de la Syrie précitées.

- l'utilisation directe ou indirecte d'une déclaration fautive ou frauduleuse quant à l'origine ou la source des produits, ou l'identité du producteur ou du fabricant qui les a fournis;
- l'utilisation directe ou indirecte d'une dénomination originale fautive ou trompeuse, ou l'imitation d'une dénomination originale, quand bien même la véritable origine du produit est mentionnée, ou que la dénomination est traduite ou accompagnée par des termes tels que type, modèle, imitation, etc.
- l'utilisation en toute connaissance de cause d'une marque de commerce contrefaite ou imitée, ou la modification d'une marque existante de quelque manière que ce soit⁴⁸⁵;
- les fausses déclarations de statut ou de décernement d'un certificat ou d'un prix, ou tout autre moyen frauduleux visant à détourner les clients d'un concurrent ou de tout autre acteur⁴⁸⁶;
- les actes induisant le public en erreur quant au prix du produit ou à sa méthode de calcul⁴⁸⁷;
- les actes susceptibles de créer une impression fautive ou trompeuse dans l'esprit du consommateur ou de conduire celui-ci à confondre des produits ou à acheter un produit par erreur⁴⁸⁸.

Le fait que la protection des marques de commerce prend ses racines dans le droit de la concurrence déloyale a été reconnu dès la première décision en la matière d'un tribunal des Émirats arabes unis⁴⁸⁹. Le plaignant était un distributeur d'une société néerlandaise fabriquant un lait en boîte bien connu sous la marque "Rainbow". Le défendeur importait, dans le but de le vendre, un produit de qualité inférieure appelé "Rainshow". Le Tribunal civil d'Abou Dhabi a disposé que l'atteinte à la marque de commerce constituait une forme de concurrence déloyale. Il était important que l'État protège ses citoyens contre les biens de consommation frauduleux et éventuellement dangereux. Le critère employé ici était la similitude des noms. Le Tribunal a reconnu non seulement que l'acte de parasitage avait causé un préjudice, mais aussi qu'il était nécessaire de protéger le consommateur contre les actes frauduleux, et il a pris la décision suivante :

Si un fabricant ou un commerçant tire parti des efforts déployés et des frais engagés par autrui pour obtenir un avantage personnel et décide, dans le but d'en retirer un bénéfice, d'imiter ou de simuler une marque connue, non seulement il porte atteinte aux droits légitimes de la personne concernée, mais en outre il trompe sciemment le consommateur (...). Le présent Tribunal a le devoir d'une part de protéger les droits des parties qui l'ont saisi et entendent qu'il leur rende justice, et d'autre part de protéger les droits des citoyens dont les achats font vivre les fabricants et les commerçants. Tout citoyen est en droit d'obtenir le produit qu'il souhaite en échange de l'argent qu'il dépense.

⁴⁸⁵ Décision ministérielle n° 26 de 1984 concernant le Règlement d'application de la loi n° 4 de 1979 sur la lutte contre la fraude et les actes de tromperie dans les transactions commerciales (tel que modifiée par la Décision ministérielle n° 26 de 2003), chapitre premier (Données commerciales et concurrence déloyale), article 5. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19818>

⁴⁸⁶ Code des Émirats arabes unis sur les transactions commerciales promulgué par la loi fédérale n° 18 de 1993, deuxième partie, chapitre premier (Locaux industriels, nom commercial et concurrence déloyale), article 65.

⁴⁸⁷ Par exemple des informations sur des produits alimentaires (produits naturels, bio, sans graisse ou à faible teneur en graisses), ou des informations sur des paquets de cigarettes concernant la teneur en nicotine et en goudrons. Loi n° 15 de 2000 de la Jordanie sur la concurrence déloyale et les secrets d'affaires, article 2. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/text/128321>

⁴⁸⁸ Loi égyptienne sur la protection du consommateur promulguée par l'article 6 de la loi n° 67 de 2006. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg012en.pdf>

⁴⁸⁹ Thani ben Murshid & Co. & The African Co. c. Refrigerator Al-Nawis Co. (1973, Tribunal civil d'Abou Dhabi), confirmé (1973, Cour d'appel), I.I.C. 883 (1981), cité dans Ian Edge, *Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf*, 34 *Clev. St. L. Rev.* 129 (1985-1986), 142.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Outre les trois actes cités au paragraphe 3 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, d'autres actes peuvent être considérés comme une concurrence déloyale, notamment l'imitation servile (section 4.1), le parasitage (4.2) et l'atteinte aux secrets d'affaires (4.3). Dans le domaine des nouvelles technologies et des outils de marketing connexes, aucun pays arabe n'a adopté de règle particulière.

4.1 Imitation servile

La protection contre l'imitation ou la reproduction serviles de produits ou de services n'est pas définie en tant que telle dans la législation des pays arabes. Néanmoins, les tribunaux peuvent, grâce à leur pouvoir discrétionnaire en matière de concurrence déloyale, condamner un acte d'imitation servile même lorsque les conditions de protection des droits de propriété intellectuelle ne sont pas réunies. C'est en particulier ce qu'indique expressément l'article 97 de l'Arrêté n° 2385 de 1924 du Liban portant réglementation des droits de propriété commerciale et industrielle : "Toute atteinte à la présente loi lorsque l'une des conditions d'application des sanctions prévues dans la 6^e partie ci-après n'est pas remplie"⁴⁹⁰.

4.2 Parasitage

Aucune loi sur les marques de commerce d'un pays arabe ne prévoit expressément de protection contre l'altération, la dépréciation ou le parasitage. Toutefois, le titulaire d'une marque peut bénéficier de la protection du droit civil au titre des règles de la concurrence déloyale⁴⁹¹.

Certains pays arabes ont une manière relativement nouvelle d'appliquer la théorie de la concurrence déloyale appelée "parasitage". Ainsi, les tribunaux libanais définissent le comportement parasite comme l'acte par lequel une personne tire parti de la valeur économique obtenue par un projet particulier ayant atteint une certaine notoriété et un avantage concurrentiel. Le parasite est celui qui se cache derrière d'autres et bénéficie de leurs efforts, de leur réputation et de leur notoriété⁴⁹². L'une des décisions les plus importantes ayant établi de manière explicite que la notion de concurrence par parasitage relève de la concurrence déloyale est la décision prise par la Cour d'appel de Beyrouth dans l'affaire *Chandon Paris (lingerie et vêtements) c. Moët & Chandon (alcool)* de 1993⁴⁹³. La Cour a expressément considéré qu'une différence de type de produits n'empêchait pas un tribunal de conclure à un acte de concurrence déloyale lorsque la marque contrefaite avait une notoriété internationale. Le demandeur avait tiré parti d'une marque célèbre sans avoir déployé d'effort lui-même, ce qui constituait un acte de concurrence déloyale par parasitage. La Cour a estimé que le demandeur était contrevenu aux principes d'honneur et de commerce de bonne foi et qu'il avait causé un préjudice matériel et moral en détruisant l'unicité d'image de la marque dans l'esprit du consommateur, et en élargissant la notoriété de cette marque à de nombreux autres produits sur le marché. Elle a ajouté que les critères déterminant un acte de concurrence déloyale devaient être considérés comme satisfaits même lorsque le produit du demandeur était différent.

⁴⁹⁰ Aucune affaire judiciaire nécessitant l'application de cet article n'a été signalée au Liban.

⁴⁹¹ Voir Cour d'appel de Beyrouth, Tribunal civil du Premier Circuit, affaire n° 571 du 8 mai 1971, Rani Sader, *The Reference on IP Cases*, Sader, Liban, 2006, 275; Cour de cassation d'Égypte, affaire n° 436, année judiciaire 22, 14 juin 1956; Cour de cassation d'Égypte, affaire n° 877, année judiciaire 36, 23 mai 1966, citées dans Samiha Al Kalioubi, *Industrial Property*, 6^e éd., Dar Al Nahda El Arabia, Égypte, 2007, 580.

⁴⁹² Tribunal de première instance du Mont Liban, affaire n° 23 du 30 octobre 2000, disponible à l'adresse suivante (en arabe) : <http://www.legallaw.ul.edu.lb>

⁴⁹³ Cour d'appel de Beyrouth, affaire n° 264 du 3 mai 1993, Sader, *The Reference on IP Cases*, 127.

4.3 Protection du secret d'affaires

Seuls quelques pays arabes disposent de lois traitant spécialement du secret d'affaires⁴⁹⁴. La protection juridique de ces secrets repose sur des dispositions particulières ou sur la jurisprudence en matière de protection des informations confidentielles⁴⁹⁵.

En Jordanie, la loi sur la concurrence déloyale et les secrets d'affaires interdit l'atteinte au devoir de confidentialité sous plusieurs formes⁴⁹⁶. Aux termes de l'article 6 de cette loi, l'emploi frauduleux d'informations relevant du secret d'affaires peut être considéré comme une violation des usages commerciaux honnêtes. Relèvent notamment de cette catégorie la rupture des obligations contractuelles concernant les informations confidentielles et les secrets d'affaires qui sont partagés en vertu de l'accord, cette rupture étant contraire aux usages commerciaux honnêtes. La présente Loi confère au titulaire du droit sur le secret d'affaires le droit de demander des réparations au titre de tout préjudice causé par l'emploi frauduleux dudit secret, ainsi que le droit d'exiger la cessation de l'acte frauduleux et la saisie des éléments contenant le secret ou des produits résultant de l'emploi frauduleux du secret.

À Oman, les secrets d'affaires sont protégés de manière explicite par la législation sur la concurrence déloyale, indépendamment et sans préjudice de toute disposition législative protégeant les droits de propriété intellectuelle. L'article 60 de la loi sur la propriété intellectuelle d'Oman (Décret royal n° 67 de 2008 d'Oman) prévoit que l'acquisition d'informations non divulguées par un tiers qui savait ou avait fait preuve d'une grave négligence en ignorant que des pratiques comme la rupture de contrat, l'atteinte au caractère confidentiel et l'incitation à rompre un contrat, y compris l'acquisition d'informations non divulguées par des tiers, constituaient un acte de concurrence déloyale⁴⁹⁷.

I. CHINE*

1. Cadre législatif

En Chine, la législation fondamentale offrant une protection contre la concurrence déloyale est une loi visant spécifiquement ce domaine qui s'intitule "Loi sur la concurrence déloyale" et qui a été promulguée en 1993, puis révisée en 2017 et 2019. La révision de 2017 était relativement importante et profonde⁴⁹⁸; elle a notamment permis d'adapter les dispositions concernant les actes qui créent une confusion et d'ajouter une clause particulière (l'article 12) pour réglementer

⁴⁹⁴ Arabie saoudite (Décret ministériel n° 50 de 2005), Bahreïn (Loi sur les secrets d'affaires n° 7 de 2003), Émirats arabes unis (Loi du Centre financier international de Dubaï n° 4 de 2019), Jordanie (Loi sur la concurrence déloyale et les secrets d'affaires n° 15 de 2000), Qatar (Loi sur les secrets d'affaires n° 5 de 2005), Yémen (Loi sur les brevets, les modèles d'utilité, les configurations de circuits intégrés et les informations non divulguées n° 2 de 2011). Disponibles à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int>

⁴⁹⁵ Par exemple aux Émirats arabes unis (Loi sur les transactions civiles n° 5 de 1985 et Loi sur les entreprises commerciales n° 2 de 2015), au Maroc (Loi sur le travail n° 35 de 2003), à Oman (Loi sur la propriété intellectuelle n° 67 de 2008) et en Syrie (Loi sur le travail n° 17 de 2004).

⁴⁹⁶ Loi n° 15 de 2000 de la Jordanie sur la concurrence déloyale et les secrets d'affaires, disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex.wipo.int/en/text/128321>.

⁴⁹⁷ Décret royal n° 67 de 2008 d'Oman portant promulgation de la loi sur les droits de propriété industrielle, article 60, 2 (B).

* Mme Xiuqin Lin, professeur, School of Law, et doyenne, Intellectual Property Research Institute (IPRI); et M. Xuan Wang, doctorant, IPRI, Xiamen University, Xiamen, Chine

⁴⁹⁸ La révision de 2017 portait sur l'ensemble des 33 articles de la loi de 1993 sur la concurrence déloyale. Néanmoins, certains spécialistes estiment qu'elle est loin d'avoir permis de s'adapter aux pratiques commerciales et aux conditions du marché en Chine. Lizhi Ning, "Gains et pertes après la révision de la loi sur la concurrence déloyale" (en chinois), *Études du droit des affaires*, 2018, 104 (118).

la concurrence déloyale sur les marchés en ligne. La révision de 2019 visait surtout à renforcer la protection des secrets d'affaires en prévoyant le versement de compensations à titre de sanctions et en déplaçant la charge de la preuve.

Dans le système juridique chinois, les normes juridiques en matière de concurrence déloyale se composent en outre des éléments suivants : la Réglementation du marché par l'administration publique⁴⁹⁹, les législations provinciales et municipales, par exemple la Réglementation sur la concurrence déloyale de Shanghai⁵⁰⁰, et les interprétations jurisprudentielles de la Cour suprême du Peuple⁵⁰¹. Il convient de noter que les réglementations, règles ou interprétations jurisprudentielles précitées ne doivent pas être contraires à la loi sur la concurrence déloyale, compte tenu de la hiérarchie législative établie dans la loi sur la législation de la Chine⁵⁰².

Quant à la raison d'être de la loi sur la concurrence déloyale, elle tient à la nécessité non seulement d'assurer une concurrence équitable et non faussée sur le marché, mais aussi de protéger les intérêts légitimes des concurrents. Il convient de noter que les consommateurs ont été ajoutés à la liste des bénéficiaires de cette loi dans la version révisée de 2017⁵⁰³. Dans l'ensemble, la loi sur la concurrence déloyale joue un rôle essentiel dans la protection d'un environnement commercial sain et elle complète les lois qui protègent de manière spécifique les droits de la propriété intellectuelle en Chine⁵⁰⁴. Lorsque des parties victimes d'actes frauduleux ne peuvent obtenir de protection au titre de la législation sur la propriété intellectuelle, elles peuvent demander une réparation en invoquant la loi sur la concurrence déloyale⁵⁰⁵.

⁴⁹⁹ Dans le cadre de cette Réglementation, un projet de révision de la Réglementation des secrets d'affaires a été publié en 2020, ce qui indique que cette dernière devrait faire l'objet d'une révision dans un avenir proche. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.moj.gov.cn/news/content/2020-09/04/zlk3255343.html>.

⁵⁰⁰ En mars 2021, il existait au moins 12 législations à l'échelle provinciale qui régissaient de manière spécifique la concurrence déloyale.

⁵⁰¹ La Cour suprême a essentiellement adopté deux interprétations jurisprudentielles. La première est l'*Interprétation de la Cour suprême du Peuple de certaines questions concernant l'application de la législation dans le jugement d'affaires civiles relatives à la concurrence déloyale* (Interprétation de 2007 de la concurrence déloyale); la seconde est l'*Interprétation de dispositions de la Cour suprême du Peuple sur plusieurs questions concernant l'application de la législation dans le jugement d'affaires civiles relatives aux atteintes au secret d'affaires* (Interprétation de 2020 du secret d'affaires). Plus récemment, le 19 août 2021, la Cour suprême a publié un projet révisé d'Interprétation de la concurrence déloyale (Projet de 2021 d'Interprétation de la concurrence déloyale) pour consulter le public à cet égard.

⁵⁰² L'article 88 de la loi sur la législation de la Chine prévoit que "[l]es lois priment sur les règlements administratifs, les réglementations locales et les règles. Les règlements administratifs priment sur les réglementations locales et les règles."

⁵⁰³ L'alinéa 2) de l'article 2 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 et 2019) dispose qu'"[a]ux fins de la présente Loi, un acte de concurrence déloyale s'entend de la perturbation, par une entreprise agissant dans le cadre de ses activités de production ou de distribution, de l'ordre de la concurrence s'exerçant sur le marché et des préjudices causés aux intérêts légitimes des autres entreprises ou des consommateurs en violation de la présente Loi."

⁵⁰⁴ Voir Handong Wu, "Questions de propriété intellectuelle concernant la concurrence déloyale" (en chinois), *Science juridique moderne*, 2013, 35 (37-43).

⁵⁰⁵ L'article 11 de l'Avis n° 23 de 2009 de la Cour suprême du Peuple stipule que "[l]orsque la législation concernant spécialement la propriété intellectuelle comporte des dispositions exhaustives, la loi sur la concurrence déloyale n'est plus applicable pour en étendre la protection. Lorsque la loi sur la concurrence déloyale comporte des dispositions spéciales accordant une protection exhaustive, il est généralement impossible d'en étendre la portée conformément aux principes et aux réglementations en vigueur; en effet, les activités de concurrence qui ne sont pas spécifiquement prévues peuvent uniquement être établies au regard des usages commerciaux reconnus et du bon sens, pour autant que ceux-ci permettent de montrer que les principes de la loi sur la concurrence déloyale n'ont pas été respectés. Dans ce cas seulement, ces activités de concurrence peuvent être qualifiées d'actes de concurrence déloyale. Le présent Avis a pour but de ne pas restreindre inutilement la libre et juste concurrence en étendant à l'excès la portée de la concurrence déloyale."

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

La Loi de 1993 sur la concurrence déloyale prévoit que les agents économiques doivent adhérer aux principes de libre arbitre, d'égalité, d'équité et de bonne foi, ainsi qu'aux principes généralement acceptés de déontologie dans les transactions commerciales⁵⁰⁶. Toutefois, il n'est pas certain que ces principes soient directement applicables à la pratique judiciaire. En 2010, la Cour suprême du Peuple a quelque peu éclairci cette question en autorisant une application indépendante de la "clause générale" de l'article 2 de cette Loi⁵⁰⁷ sous trois conditions : premièrement, la loi ne doit pas comporter de disposition concernant spécifiquement le type particulier de concurrence déloyale examiné; deuxièmement, les intérêts légitimes des agents économiques concernés doivent avoir subi un préjudice réel en raison de cette concurrence; et troisièmement, ce type de comportement concurrentiel doit être réellement illicite du fait qu'il contrevient au principe d'usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale⁵⁰⁸. Depuis cette décision, la "clause générale" a été appliquée dans un grand nombre d'affaires, notamment des affaires concernant la concurrence sur les marchés en ligne⁵⁰⁹. La révision de 2017, en particulier, ne prévoit pas que la "déontologie dans les transactions commerciales" doive être "généralement acceptée". L'article 2 tel que révisé dispose que "[l]es entreprises doivent, dans leurs activités de production et d'exploitation, adhérer aux principes de libre arbitre, d'égalité, d'équité et de bonne foi, et respecter la législation ainsi que la déontologie dans les transactions commerciales." Cette clause générale est considérée comme l'application du principe des "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale"⁵¹⁰. La dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale publié par la Cour suprême définit la "déontologie commerciale" comme "un code de conduite généralement reconnu et suivi dans un domaine commercial particulier"⁵¹¹.

Avec le développement rapide des activités sur l'Internet, qui ont donné lieu à différentes pratiques concurrentielles contestables, les tribunaux chinois ont eu plusieurs fois l'occasion d'interpréter la notion particulière de "déontologie commerciale". Dans la célèbre affaire 360 c. Tencent⁵¹², la Cour suprême a estimé que le critère fondamental pour déterminer

⁵⁰⁶ Article 2 de la loi de 1993 sur la concurrence déloyale.

⁵⁰⁷ L'article 2 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 et 2019) dispose que "[l]es entreprises doivent, dans leurs activités de production et d'exploitation, adhérer aux principes de libre arbitre, d'égalité, d'équité et de bonne foi et respecter la législation ainsi que la déontologie dans les transactions commerciales. Aux fins de la présente Loi, un acte de concurrence déloyale s'entend de la perturbation, par une entreprise agissant dans le cadre de ses activités de production ou de distribution, de l'ordre de la concurrence s'exerçant sur le marché et des préjudices causés aux intérêts légitimes des autres entreprises ou des consommateurs en violation de la présente Loi. En outre, aux fins de la présente Loi, l'expression "entreprise" s'entend de toute personne physique ou morale ou de toute organisation sans statut juridique exerçant une activité de production ou de distribution de produits ou une activité de prestation de services (les produits et les services sont désignés ci-après par l'expression "produits")."

⁵⁰⁸ *Shandong Foodstuffs Import and Export Corporation, Shandong San Fu Group Co., Ltd., Shandong San Fu Ri Shui Co., Ltd. c. Ma Daqing, Qingdao Sheng Ke Da Cheng Trading Co., Ltd.* L'affaire porte la référence SPC (2009) Min-Shen-Zi n° 1065.

⁵⁰⁹ À la date du 10 août 2021, l'article 2 avait été appliqué dans 8255 affaires selon le site www.pkulaw.com.

⁵¹⁰ Voir l'aperçu présenté par Jun Wu, "Mode d'application judiciaire des clauses générales de la loi sur la concurrence déloyale" (en chinois), *Journal du droit chinois*, 2016, 38 (02).

⁵¹¹ L'article 3 de la dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale stipule que "[p]our déterminer si un agent économique est contrevenu à la déontologie commerciale dans une affaire particulière, le tribunal doit prendre en compte l'ensemble des règles ou des pratiques commerciales du secteur économique considéré, la situation personnelle de l'agent économique, la volonté de la partie adverse de faire des choix, l'incidence sur l'organisation de la concurrence, le droit du consommateur de savoir et de choisir ce qu'il achète, etc."

⁵¹² Le groupe "360" se compose des sociétés Beijing Qihu Technology Co., Ltd. et Qizhi Software (Beijing) Co., Ltd. Dans cette affaire, le groupe avait successivement publié deux logiciels appelés "360 Privacy Protectors" et "360 Deduction Bodyguards" qui étaient utilisés en combinaison avec le logiciel QQ, la messagerie instantanée de Tencent. Le groupe affirmait que ses logiciels pouvaient protéger la vie privée et la sécurité des utilisateurs de la messagerie QQ. Par la suite, Tencent a annoncé qu'il n'autoriserait pas les utilisateurs de QQ à utiliser les logiciels de 360 dans le cadre de sa messagerie. Les utilisateurs se sont donc trouvés contraints de choisir entre l'utilisation de QQ et l'utilisation des logiciels de 360. Le groupe 360 et Tencent se sont mutuellement poursuivis en justice à de

si la conduite des sociétés du groupe 360 constituait un acte de concurrence déloyale consistait à déterminer si les actes mis en cause contrevenaient au principe de bonne foi et à la déontologie commerciale “généralement acceptée” dans le secteur de l’Internet, et s’ils portaient préjudice aux intérêts légitimes de la société Tencent. Elle a tranché en faveur de Tencent au motif que le groupe 360 avait porté atteinte à la sécurité et à l’intégrité des logiciels et des services de Tencent, réduisant ainsi les avantages économiques de celle-ci ainsi que les perspectives commerciales de ses services à valeur ajoutée et perturbant ses activités commerciales, ce qui était contraire au principe de bonne foi et à la déontologie généralement acceptée dans le secteur. Dans cette affaire, la Cour suprême avait par ailleurs affirmé que le “protocole d’autodiscipline” du secteur de l’Internet pouvait servir de fondement objectif pour établir les normes de conduite habituelles et la déontologie généralement acceptée dans ce secteur. Dans l’affaire *Baidu c. 360*⁵¹³, la Haute Cour du Peuple de Beijing a proposé que le “principe de non-perturbation” doive être respecté sauf dans les cas où il était nécessaire de protéger l’intérêt public. Elle a estimé que les fournisseurs de services sur l’Internet ne pouvaient perturber les activités d’autres fournisseurs de produits ou services en ligne sans que ces fournisseurs et les utilisateurs en soient informés et y aient consenti du fait que l’intérêt public était en jeu. Toute perturbation devait être justifiée par sa nécessité et sa rationalité.

Plus récemment, les tribunaux chinois ont examiné de nombreuses affaires de concurrence déloyale dans le domaine des mégadonnées⁵¹⁴ en s’appuyant sur la notion de “déontologie commerciale” définie à l’article 2 de la loi sur la concurrence déloyale, qui était pertinente lorsque les actes examinés n’étaient pas spécifiquement interdits par la législation⁵¹⁵. Dans l’ensemble, les tribunaux chinois ont surtout adopté une démarche empirique pour apprécier la perception de l’honnêteté dans un secteur d’activités particulier afin d’interpréter le principe de “déontologie commerciale” ou d’“usages honnêtes”. Cependant, le récent projet d’Interprétation de la concurrence déloyale présente une démarche plus stricte et rejette l’application de la clause générale aux comportements expressément cités dans la loi sur la concurrence générale ainsi qu’aux comportements qui ne portent préjudice qu’aux intérêts des concurrents mais pas à l’organisation du marché⁵¹⁶.

S’agissant de la définition de la “concurrence”, la pratique a évolué en Chine, passant de la notion de concurrence strictement horizontale à la reconnaissance d’une concurrence plus large et indirecte. Dans son Orientation n° 30, la Cour suprême a disposé en 2014 qu’un acte doit être considéré comme une concurrence déloyale lorsqu’une partie contrevient aux dispositions de la loi sur la concurrence déloyale et porte préjudice aux intérêts légitimes de concurrents, quand bien même ceux-ci ne sont qu’en concurrence indirecte⁵¹⁷. Dans la révision

nombreuses reprises; l’affaire relative à la question de concurrence déloyale porte la référence SPC (2013) Min-San-Zhong-Zi n° 5.

⁵¹³ Cette affaire traitée par la Haute Cour du Peuple de Beijing en 2013 porte la référence Gao Min Zhong Zi n° 2352. En 2012, le logiciel “360 Security Guard” de la société Qihu avait parfois inséré une icône portant un point d’exclamation blanc sur fond rouge pour avertir les utilisateurs que le site Web correspondant au résultat de recherche présentait un risque. En insérant ainsi des avertissements, Qihu a progressivement amené les utilisateurs à installer son propre navigateur, “360 Security”, et a fait la promotion de ses produits liés au navigateur en s’appuyant sur les services du moteur de recherche Baidu. De plus, Qihu a intégré le champ de recherche de Baidu dans son site Web (hao.360.cn) en modifiant les messages des menus déroulants proposés aux utilisateurs du champ de recherche de Baidu.com pour orienter ceux-ci vers son propre site Web.

⁵¹⁴ À la fin de 2016, le Tribunal de la propriété intellectuelle de Beijing a clos l’affaire *Sina Weibo c. Maimai*, qui est connue parce qu’elle était la toute première affaire de concurrence déloyale dans le domaine des mégadonnées. Depuis lors, des tribunaux à Beijing, Shanghai, Hangzhou et d’autres régions ont examiné un grand nombre d’affaires de concurrence déloyale dans ce domaine.

⁵¹⁵ Voir l’aperçu présenté par Ge Jiang, “*Facteurs liés aux usages commerciaux dans l’évaluation des affaires de concurrence déloyale*” (en chinois), *Revue du droit*, 2019,37 (02).

⁵¹⁶ Article premier du projet d’Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵¹⁷ Voir Lan Jianjun, *Hangzhou Little Thumb Auto Maintenance Technology Co. Ltd. c. Tianjin Little Thumb Auto Maintenance Service Co. Ltd., etc.*, pour les affaires concernant des atteintes à une marque de commerce et des actes de concurrence déloyale. Haute Cour du Peuple de Tianjin (2012), Min-San -Zhong-Zi n° 46.

de 2017, l'obligation de présence d'une "relation de concurrence" a été retirée, ce qui a assoupli la notion de concurrence dans les affaires de concurrence déloyale, notamment en matière de mégadonnées⁵¹⁸. La dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale présente une démarche plus ouverte, selon laquelle la relation de concurrence est définie comme la possibilité d'exercer une concurrence pour ouvrir des perspectives commerciales et réduire un avantage concurrentiel⁵¹⁹.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

La Loi sur la concurrence déloyale offre plusieurs moyens d'obtenir une protection contre les actes de nature à créer une confusion (section 3.1), les allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent (3.2) et les indications ou allégations trompeuses (3.3).

3.1 Créer une confusion

L'article 5 de la loi de 1993 sur la concurrence déloyale définit plusieurs actes de concurrence déloyale de nature à créer une confusion : 1) l'emploi de marques enregistrées appartenant à autrui sans le consentement de celui-ci; 2) l'emploi du nom, de l'emballage ou des signes distinctifs d'un produit connu sans le consentement du titulaire du droit, ou ce même emploi s'il est de nature à créer une confusion avec le produit d'une autre partie, de sorte que le consommateur pourrait acheter ce dernier par erreur; et 3) l'emploi non autorisé du nom d'une autre entreprise ou d'une autre personne afin que le consommateur achète par erreur un produit en croyant en acheter un autre. Toutefois, ces dispositions sont critiquées, en particulier du fait qu'elles présentent un chevauchement avec le droit des marques, qu'elles posent des problèmes de logique et que les comportements énumérés sont incomplets⁵²⁰. En 2017, l'article 5 a été révisé sur le fond afin de lui ajouter notamment les éléments suivants : premièrement, une définition de la notion de "comportement de nature à créer une confusion", qui est citée à l'article 6, et quatre catégories d'actes de ce type; deuxièmement, des dispositions qui étaient redondantes avec le droit des marques ont été retirées; troisièmement, l'éventail des signes distinctifs commerciaux a été agrandi pour recouvrir le nom, la présentation des sites Web et leurs principaux éléments constitutifs, ainsi que tout autre signe suffisant à créer une confusion⁵²¹. En particulier, les signes protégés par le nouvel article 6 de la loi sur la concurrence déloyale doivent avoir "une certaine notoriété", ce qui sous-entend un élément de réputation et de familiarité pour le public, que les signes soient ou non enregistrés. La dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale semble suivre la logique de la loi sur les marques de commerce et précise que les signes pouvant bénéficier de la protection doivent présenter des caractéristiques distinctives qui permettent de reconnaître la source des produits⁵²². Elle décrit en outre plusieurs situations qui ne constituent pas un acte

⁵¹⁸ Voir Chun Zhong, "Règles d'appréciation des affaires de concurrence déloyale concernant des données" (en chinois), *Système judiciaire du Peuple*, 2019, 10 (16-21).

⁵¹⁹ Article premier du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵²⁰ Cf. Lizhi Ning, "Gains et pertes après la révision de la loi sur la concurrence déloyale" (en chinois), *Études du droit des affaires*, 2018, 104 (118).

⁵²¹ L'article 6 de la loi sur la concurrence déloyale (2017 & 2019) prévoit qu'"[u]ne entreprise ne peut commettre les actes suivants, qui sont de nature à créer une confusion en faisant croire qu'un produit a été fabriqué par une autre personne ou a un lien particulier avec une autre personne : 1) utiliser sans autorisation une étiquette identique ou semblable au nom, à l'emballage, aux signes distinctifs ou à d'autres éléments du produit d'une autre personne ayant une certaine notoriété; 2) utiliser sans autorisation le nom d'une autre personne ayant une certaine notoriété, par exemple le nom d'une entreprise (y compris des abréviations et des noms commerciaux), le nom d'un organisme social (y compris des abréviations), ou le nom d'une personne privée (y compris des pseudonymes, des noms de scène et la traduction de ces noms); 3) utiliser sans autorisation la partie principale d'un nom de domaine ou du nom d'un site Web ou d'une page Web ayant une certaine notoriété, ou de tout autre élément appartenant à une autre personne; 4) tout autre acte de nature à créer une confusion suffisante pour faire croire qu'un produit a été fabriqué par une autre personne ou a un lien particulier avec une autre personne."

⁵²² Article 5 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

de concurrence déloyale, par exemple l'emploi de signes analogues qui sont objectivement destinés à décrire le produit du fabricant⁵²³, ou l'emploi de signes analogues "de bonne foi" dans des régions différentes⁵²⁴.

S'agissant de la notion de confusion, il est établi que la "confusion" au sens de la loi sur la concurrence déloyale recouvre aussi bien une confusion réelle qu'une probabilité de confusion. Pour établir qu'un comportement est déloyal, il suffit qu'il soit susceptible de faire croire à tort qu'il existe un lien particulier entre les produits de différents agents économiques⁵²⁵. Cette interprétation de la "confusion" dans la version révisée de la loi sur la concurrence déloyale est analogue à l'interprétation donnée en droit des marques.

Dans la pratique, de nombreux litiges portent sur des droits relatifs à des noms commerciaux et des marques de commerce, et la Chine tend à les régler en se fondant sur la loi sur la concurrence déloyale⁵²⁶. Selon l'article 58 de la loi de 2019 sur les marques de commerce, lorsqu'une entité utilise une marque enregistrée ou une marque connue non enregistrée appartenant à une autre entité, par exemple un nom commercial, dans le but d'induire le public en erreur, et si un acte de concurrence déloyale est établi à cet égard, le tribunal doit se prononcer en se fondant sur la loi sur la concurrence déloyale. De plus, les *Dispositions administratives sur l'enregistrement des noms commerciaux* (telles que révisées en 2020) stipulent aussi que si un nom commercial est employé pour commettre un acte de concurrence déloyale ou toute autre atteinte, l'affaire relève des lois et réglementations administratives pertinentes⁵²⁷. Cependant, l'alinéa 2) de l'article 6 de la loi sur la concurrence déloyale ne traite que de l'utilisation non autorisée du nom d'une autre entreprise. Dès lors, on ne sait pas, dans la pratique, quelle loi appliquer aux atteintes à une marque de commerce concernant l'utilisation de noms commerciaux. La dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale prévoit à cet égard que l'alinéa 4 de l'article 6 peut être invoqué dans ce type de litiges⁵²⁸.

3.2 Allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent

L'article 11 de la loi sur la concurrence déloyale stipule que "[l]es agents économiques ne doivent pas créer ou diffuser de fausses informations ou des informations trompeuses dans le but de porter préjudice à la réputation d'une entreprise, d'un produit ou de leurs concurrents." Dans l'esprit de la décision de l'affaire 360 c. *Tencent*, il précise qu'il peut y avoir atteinte à la réputation commerciale d'un concurrent ou d'un produit même lorsque l'information diffusée est vraie⁵²⁹. Une information vraie mais de nature à induire le public en erreur peut être préjudiciable si elle déforme la réalité. Toute la question est donc de déterminer si le

⁵²³ Article 7 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵²⁴ Aux termes de l'article 15 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale, l'emploi de signes identiques ou analogues ayant une certaine notoriété dans des zones géographiques différentes ne constitue pas un acte de concurrence déloyale si les utilisateurs de ces signes peuvent démontrer leur bonne foi.

⁵²⁵ *Ping An Insurance (Group) Co., Ltd. of China c. YM Gold Olives Harmony International Hotel*. Voir Haute Cour du Peuple de Guangdong (2019), Yue-Min-Zhong n° 1853.

⁵²⁶ Voir l'entretien avec un ancien juge, M. Zhipu Su, intitulé "Règles permettant d'établir une atteinte en cas de similitude entre le nom commercial et la marque enregistrée de deux entreprises" (en chinois), *Système judiciaire du Peuple*, 2016 (26), 96-100.

⁵²⁷ Article 22 des Dispositions administratives sur l'enregistrement des noms commerciaux.

⁵²⁸ Article 13 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵²⁹ *Beijing Qihu Technology Co., Ltd. et Qizhi Software (Beijing) Co., Ltd. c. Tencent*, SPC (2013) Min-San-Zhong-Zi n° 5. Dans cette affaire, le logiciel du groupe 360 analysait les logiciels de la société Tencent installés par l'utilisateur et avertissait celui-ci, par des caractères qui s'affichaient en rouge, du fait que les logiciels de Tencent présentaient de graves risques de sécurité; l'utilisateur était ensuite invité à installer et à mettre à jour des logiciels du groupe 360 pour remédier aux risques de sécurité.

comportement visant à discréditer un agent économique suffit à ternir la réputation de l'entreprise ou des produits concurrents aux yeux des consommateurs visés⁵³⁰.

D'autres affaires ont permis de préciser les éléments normatifs régissant les allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent, qui sont appelées "diffamation commerciale" en Chine. Dans l'affaire *Ningbo Zhong Yuan Information Technology Co., Ltd. c. Ningbo Zhong Sheng Information Technology Co., Ltd.*, le tribunal a conclu que le défendeur avait discrédité le plaignant de manière déloyale, alors même que l'information fautive n'avait été envoyée qu'à une seule personne dans le cadre d'une communication individuelle⁵³¹. Dans une autre affaire, *Huanghua Heng Tai Aquaculture Co., Ltd. c. Weifang An Jing Aquatic Products Development CO., Ltd.*, le tribunal a estimé qu'un agent économique pouvait légitimement formuler un commentaire concernant un concurrent, dès lors que le commentaire était objectif, vrai, équitable et neutre, mais qu'il ne pouvait induire le public en erreur ni porter atteinte à l'image d'autrui, et qu'il devait donc vérifier ses informations⁵³². S'il décidait d'envoyer un courrier pour dénoncer une atteinte à sa réputation ou sensibiliser les destinataires, un agent économique ne pouvait dépasser les limites de l'exercice de ses droits et ternir la réputation d'un concurrent⁵³³. Une question reste toutefois controversée : il s'agit de savoir si une concurrence directe et spécifique entre le plaignant et le défendeur est nécessaire pour établir qu'il y a diffamation commerciale. La Loi sur la concurrence déloyale semble répondre par l'affirmative puisque son article 11 mentionne des "parties opposées en concurrence". Néanmoins, la jurisprudence de plusieurs affaires a nié cette exigence de relation de concurrence spécifique et indique qu'un certain type de relation de concurrence indéfinie peut suffire pour établir la concurrence déloyale⁵³⁴. Au demeurant, si le préjudice peut avoir été réellement subi, sa simple probabilité peut aussi suffire⁵³⁵.

De plus, il est manifestement préjudiciable de diffuser délibérément des informations fausses ou trompeuses sur l'Internet, même lorsqu'on ne les a pas créées directement. La dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale stipule que les agents économiques qui répandent délibérément des informations fausses ou trompeuses créées par d'autres personnes dans le but de porter atteinte à la réputation de l'entreprise ou des produits d'un concurrent constituent un acte de concurrence déloyale⁵³⁶.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

Aux termes de l'alinéa 1) de l'article 8 de la loi sur la concurrence déloyale, "[l]es agents économiques ne sont pas autorisés à diffuser des informations fausses ou trompeuses sur le fonctionnement, les fonctions, la qualité, l'état des ventes, l'avis des utilisateurs, les prix décernés, etc., de leurs produits." Pour régler le problème majeur des faux avis

⁵³⁰ *Shaanxi Bai Shui Du Kang Wine Industry Co., Ltd. c. Luoyang Du Kang Holding Co., Ltd.* SPC (2017) Min-shen n° 4643.

⁵³¹ Cette affaire de la Cour suprême de 2015 porte le numéro de dossier Min-Shen n° 3340.

⁵³² Cette affaire de la Haute Cour du Peuple de Guangdong de 2018 porte le numéro de dossier Yue-Min-zhong n° 613.

⁵³³ La Haute Cour du Peuple de Shanghai a estimé que lorsque le courrier était envoyé au vendeur ou à un utilisateur réel ou potentiel du produit, il était difficile pour ces destinataires de déterminer si le produit portait réellement atteinte à un concurrent. Comme les destinataires souhaitaient surtout éviter les risques, ils pouvaient facilement se laisser convaincre et refuser de vendre ou d'acheter le produit considéré. C'est pourquoi l'auteur du courrier devait être particulièrement prudent et ne devait divulguer pleinement que des informations nécessaires aux destinataires pour éviter de les induire en erreur. *Wuxi Hisky Medical Technology Co., Ltd. c. Shanghai Echo Medical Device Technology Co., Ltd.* Cette affaire de la Haute Cour du Peuple de Shanghai de 2016 porte le numéro de dossier Hu-Min-Zhong n° 274.

⁵³⁴ *Foshan Wei Te Highway Maintenance Equipment Co., Ltd. c. Nanjing Ying Da Highway Maintenance Vehicle Manufacturing Co., Ltd.* Cette affaire de la Haute Cour provinciale de Jiangsu de 2011 porte le numéro de dossier Su-Zhi-Min-Zhong n° 0112.

⁵³⁵ Id.

⁵³⁶ Article 21 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

d'utilisateurs, qui est extrêmement répandu sur les marchés en ligne, l'alinéa 2) de l'article 8 interdit expressément aux agents économiques d'aider d'autres agents à faire une publicité fautive ou trompeuse en simulant de fausses transactions ou par tout autre moyen. Dans la dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale, la "promotion commerciale trompeuse" comporte quatre catégories d'actes : premièrement, les promotions ou les comparaisons partiales de produits; deuxièmement, l'emploi d'avis, de phénomènes, etc., qui ne sont pas confirmés par la science et qui sont présentés comme des faits concrets à des fins publicitaires; troisièmement, l'emploi de termes ambigus à des fins publicitaires; et quatrièmement, tout autre comportement frauduleux ayant un but publicitaire⁵³⁷.

Dans la pratique, les organismes administratifs chinois jouent un rôle important, notamment dans la lutte contre les indications ou allégations frauduleuses⁵³⁸. Néanmoins, le nombre d'affaires civiles concernant des allégations frauduleuses est relativement faible⁵³⁹.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Outre la protection précitée contre des atteintes déloyales découlant d'actes de nature à créer une confusion, à discréditer ou dénigrer un concurrent ou à induire le public en erreur, la Chine offre aussi une protection de l'habillage commercial (section 4.1) et une protection contre d'autres actes d'appropriation frauduleuse (4.2). En outre, la version révisée de 2019 de la loi sur la concurrence déloyale et l'Interprétation judiciaire de 2020 établissent toutes deux des règles détaillées visant à renforcer la protection des secrets d'affaires (4.3). Par ailleurs, un "article spécial sur l'Internet" a été ajouté pour régir les comportements concurrentiels propres aux marchés en ligne (4.4). Selon le rapport d'inspection publié par le Comité permanent du Congrès national du Peuple de Chine, la concurrence déloyale observée dans le pays se compose essentiellement des actes suivants : la contrefaçon et la confusion (41,3%), la fautive publicité (18,8%) et les atteintes aux secrets d'affaires (17,7%)⁵⁴⁰.

4.1 Protection de l'habillage commercial

Si la loi sur la concurrence déloyale de la Chine ne traite pas expressément de l'imitation servile, l'alinéa 1) de son article 6 prévoit une protection des signes commerciaux "ayant une certaine notoriété". Cette loi étend la protection aux signes distinctifs des sites Web, à la présentation des pages Web et à d'autres signes ayant une certaine notoriété.

Dans l'affaire *M&G Pen*⁵⁴¹, la Cour suprême du Peuple a estimé que si l'apparence d'un produit avait obtenu la protection d'un dessin ou modèle industriel et que le produit avait atteint une certaine notoriété, l'emploi du dessin par autrui après l'expiration de sa protection constituait une concurrence déloyale s'il suffisait à créer une confusion quant à l'origine du produit dans l'esprit du public concerné. À cette occasion, elle a résumé les quatre conditions auxquelles les produits pouvaient prétendre à une protection dans ce type d'affaires : premièrement, les produits portant ce dessin devaient être connus; deuxièmement, le dessin devait permettre au public de reconnaître l'origine des produits et devait donc pouvoir servir de signe distinctif sur l'emballage des produits connus; troisièmement, ce dessin ne devait être ni déterminé par la

⁵³⁷ Article 18 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵³⁸ À la date du 15 août 2021, 2882 décisions de condamnation administrative avaient été publiées sur le site <https://law.wkinfo.com.cn/>.

⁵³⁹ À la date du 15 août 2021, seules 314 affaires civiles pouvaient être consultées sur le site <https://wenshu.court.gov.cn/>, qui concerne les affaires examinées par des tribunaux de première et de deuxième instances.

⁵⁴⁰ Disponible à l'adresse suivante :

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/817b260b67384bac8682684c56460c63.shtml>.

⁵⁴¹ *Ningbo Wei Ya Da Pen Co., Ltd. c. Shanghai M&G Stationery Inc.* Cette affaire de la Cour suprême du Peuple de 2010 porte le numéro de dossier Min-Ti n° 16.

nature du produit lui-même, ni destiné à produire un certain effet technique ou un effet nécessaire pour donner au produit une valeur substantielle; et quatrième, l'emploi du dessin par autrui devait être de nature à créer une confusion ou un malentendu dans l'esprit du public concerné. Dans la version actuelle de la loi sur la concurrence déloyale, la première condition a été assouplie : il suffit que le signe considéré ait "une certaine notoriété"⁵⁴².

La dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale contient des règles plus détaillées en matière de protection de l'habillage commercial, qui prévoient notamment l'obligation d'un caractère distinctif et d'une notoriété sur le marché de l'emballage et des signes distinctifs⁵⁴³, et qui définit les circonstances dans lesquelles la loi sur la concurrence déloyale n'offre pas de protection⁵⁴⁴. Par ailleurs, elle dispose qu'une image commerciale générale ayant un style unique reposant sur les signes distinctifs des locaux de l'entreprise, sur le style des équipements de l'entreprise et sur l'uniforme de son personnel peut constituer un "signe distinctif" au sens de l'alinéa 1) de l'article 6 de la loi sur la concurrence déloyale⁵⁴⁵.

4.2 Corruption commerciale et pratiques illicites en matière de jeux de hasard

L'alinéa 1) de l'article 7 de la loi sur la concurrence déloyale offre une protection contre la corruption commerciale en visant notamment toute organisation ou personne susceptible d'influencer une transaction particulière par l'exercice de son pouvoir ou par des pressions⁵⁴⁶. En revanche, l'octroi et l'acceptation secrets d'une réduction par les parties à la transaction ne sont plus présumés constituer un acte de corruption commerciale dès lors que ces actes sont comptabilisés avec exactitude⁵⁴⁷. S'agissant de vente de jeux de hasard, la révision de 2017 de la loi sur la concurrence déloyale a relevé le plafond des ventes de loterie autorisées et a précisé les actes des agents économiques qui sont interdits au motif qu'ils empêcheraient les consommateurs de recevoir les prix gagnés⁵⁴⁸.

Il convient de souligner que selon certains spécialistes, les dispositions de la loi sur la concurrence déloyale relatives à la corruption commerciale peuvent être inutilement redondantes en matière d'application du droit puisque le droit pénal contient des dispositions claires à ce sujet. Néanmoins, tous les actes de corruption commerciale prévus dans cette Loi ne constituent pas une infraction pénale, la loi visant essentiellement à déterminer si ces comportements faussent la concurrence loyale⁵⁴⁹.

⁵⁴² Ainsi, dans l'affaire *Land Rover V Landwind*, le tribunal a estimé que la forme et les signes distinctifs du modèle Aurora de Range Rover étaient caractéristiques, qu'ils établissaient une relation stable sur le marché avec le constructeur automobile Jaguar Land Rover, et qu'en outre cette forme et ces signes avaient acquis une certaine réputation et notoriété en Chine. Cette affaire du Tribunal de la propriété intellectuelle de Beijing de 2019 porte le numéro de dossier Jing-73-Min-Zhong n° 2033.

⁵⁴³ Article 4 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵⁴⁴ L'article 8 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale stipule que "[s]i le nom, l'emballage, la décoration ou les éléments distinctifs du produit constituent un signe qui ne peut servir de marque de commerce en vertu du premier paragraphe de l'article 10 de la loi sur la concurrence déloyale, celle-ci ne leur accorde pas de protection."

⁵⁴⁵ Article 6 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵⁴⁶ Aux termes de l'alinéa 1) de l'article 7 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 & 2019), "[u]ne entreprise ne peut obtenir de transaction commerciale ou d'avantage concurrentiel en offrant un pot-de-vin aux entités ou personnes suivantes, que ce soit sous forme de cadeau ou de toute autre manière : 1) un employé de l'autre partie à la transaction; 2) l'entité ou la personne autorisée par l'autre partie à la transaction à gérer les affaires concernées; 3) toute entité ou personne exerçant un pouvoir ou des pressions pour influencer une transaction."

⁵⁴⁷ Alinéa 2) de l'article 7 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 & 2019).

⁵⁴⁸ Article 10 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 & 2019).

⁵⁴⁹ Lizhi Ning, "Gains et pertes après la révision de la loi sur la concurrence déloyale" (en chinois), *Études du droit des affaires*, 2018, 104 (123).

4.3 Protection des secrets d'affaires

La protection des secrets d'affaires a été considérablement améliorée ces dernières années en Chine⁵⁵⁰. Selon l'alinéa 4) de l'article 9 de la loi sur la concurrence déloyale, pour constituer un secret d'affaires, une information doit répondre à trois critères : 1) elle doit être inconnue du public (condition de secret); 2) elle doit présenter une valeur économique (condition de valeur); et 3) le titulaire du droit doit avoir pris des mesures pour en préserver le secret (condition des mesures correspondantes)⁵⁵¹. Depuis sa révision de 2017, la loi sur la concurrence déloyale définit quatre types d'atteintes aux secrets d'affaires⁵⁵².

Par la suite, comme il était difficile pour le titulaire du droit sur le secret d'affaires d'apporter la preuve de l'atteinte, la Chine a révisé la loi sur la concurrence déloyale en 2019 pour déplacer la charge de la preuve énoncée à l'article 32. Si le titulaire du droit peut démontrer de prime abord qu'il a pris les mesures nécessaires pour préserver la confidentialité du secret d'affaires concerné et qu'il montre de manière raisonnable qu'il y a eu atteinte à celui-ci, c'est au défendeur qu'il incombe de prouver que le secret d'affaires revendiqué par le titulaire du droit n'était pas un secret au sens de la loi sur la concurrence déloyale. Dans l'affaire *Jia Xing Zhong Hua Chemical Co., Ltd., etc., c. Wang Guojun, etc.*⁵⁵³, la Cour suprême du Peuple a disposé que le comportement du défendeur constituait un refus d'apporter la preuve et un acte de malhonnêteté dans le cadre de la procédure judiciaire car le défendeur avait refusé de présenter des preuves, en particulier le volume des ventes du produit contesté, et n'avait pas présenté de preuve valable de ses propres travaux indépendants de recherche et développement. En outre, selon l'alinéa 2) de l'article 32, si le titulaire du droit présente de prime abord une preuve montrant de manière raisonnable qu'il y a eu atteinte à celui-ci, et s'il présente l'une des preuves spécifiquement prévues⁵⁵⁴, c'est au défendeur qu'il incombe de prouver qu'il n'y a pas eu d'atteinte.

L'interprétation des secrets d'affaires donnée par la Cour suprême du Peuple en 2020 contient des règles plus détaillées sur la protection de ces secrets afin d'améliorer la pratique judiciaire. Premièrement, elle indique expressément que toute information sur une structure, des matières premières, des styles, des algorithmes et des données, etc., peut constituer un nouveau type

⁵⁵⁰ Voir Xiuqin Lin, "Trade Secret Law in China", in: Kung-Chung Liu, Reto Hilty (éd.), *Trade Secret Protection: Asia at a Crossroads*, Kluwer Law International 2021, chapitre 3.

⁵⁵¹ Lin, id., parag. 120.

⁵⁵² Aux termes de l'alinéa 1) de l'article 9 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 & 2019), "[u]ne entreprise ne peut commettre les actes suivants, qui constituent une atteinte aux secrets d'affaires : 1) se procurer un secret d'affaires auprès du titulaire du droit par le vol, la corruption, la coercition, une intrusion électronique ou tout autre moyen illicite; 2) divulguer, utiliser ou autoriser une autre personne à utiliser un secret d'affaires obtenu auprès du titulaire du droit par tout moyen mentionné au paragraphe précédent; 3) divulguer, utiliser ou autoriser une autre personne à utiliser un secret d'affaires qui est en sa possession en violation d'une obligation de confidentialité ou de l'exigence exprimée par le titulaire du droit de préserver la confidentialité de ce secret; 4) inciter, encourager ou aider une personne à se procurer, à divulguer, à utiliser ou à autoriser une autre personne à utiliser le secret d'affaires en violation de son obligation de non-divulgaration ou de l'exigence exprimée par le titulaire du droit de préserver la confidentialité de ce secret." En outre, selon l'alinéa 2) du même article, si un tiers sait ou aurait dû savoir qu'un employé ou un ancien employé du titulaire du droit sur un secret d'affaires, ou toute autre entité ou personne a commis l'un des actes interdits, mais décide néanmoins d'acquiescer, de divulguer, d'utiliser ou d'autoriser une autre personne à utiliser le secret d'affaires, ce tiers est réputé avoir porté atteinte au secret d'affaires.

⁵⁵³ *Jia Xing Zhong Hua Chemical Co., Ltd., etc., c. Wang Guojun, etc.* Cette affaire de la Cour suprême du Peuple de 2020 porte le numéro de dossier Zhi-Min-Zhong n° 1667.

⁵⁵⁴ L'alinéa 2) de l'article 32 de la loi sur la concurrence déloyale (version de 2019) définit les trois types de preuves suivants :

- 1) la preuve que le défendeur disposait d'un accès ou d'une possibilité d'accéder au secret d'affaires et que l'information qu'il utilise est essentiellement identique au secret d'affaires;
- 2) la preuve que le secret d'affaires a été divulgué ou utilisé, ou qu'il risque d'être divulgué ou utilisé par le défendeur; et
- 3) la preuve que le défendeur a porté atteinte au secret d'affaires de toute autre manière.

de secrets d'affaires⁵⁵⁵. Deuxièmement, l'Interprétation renforce l'application de la protection des secrets d'affaires⁵⁵⁶. Au demeurant, l'alinéa 3) de l'article 17 de la loi sur la concurrence déloyale prévoit des sanctions en cas d'atteinte malveillante à des secrets d'affaires⁵⁵⁷.

4.4 Clause relative à l'Internet

La Chine, qui constitue l'un des plus grands marchés du commerce électronique, a observé différents actes de concurrence déloyale sur l'Internet. À la suite de l'affaire 360 c. *Tencent* et d'autres affaires majeures dans ce domaine, une clause spéciale "relative à l'Internet"⁵⁵⁸ a été ajoutée à la loi sur la concurrence déloyale à l'occasion de sa révision de 2017. L'alinéa 2) de l'article 12 définit trois comportements propres à la concurrence déloyale, ainsi qu'une règle d'application générale⁵⁵⁹.

Toutefois, les normes n'étant pas suffisamment abstraites, et compte tenu du développement rapide de l'Internet, cette clause relative à l'Internet a une incidence relativement limitée, et la plupart des victimes des nouvelles catégories d'actes de concurrence déloyale doivent demander des réparations au titre de la "clause générale" figurant à l'article 2 de la loi sur la concurrence déloyale⁵⁶⁰. Par ailleurs, certains tribunaux se sont fondés sur les alinéas 2) et 4)

⁵⁵⁵ Aux termes de l'article premier de l'Interprétation des secrets d'affaires, "[u]n tribunal du Peuple peut établir que toute information concernant notamment une structure, des matières premières, des composants, des formules, des matériaux, des échantillons, des styles, des matériels de propagation d'obtentions végétales, des procédés, des méthodes ou certaines de leurs étapes, des algorithmes, des données ou encore des programmes d'ordinateur et leur documentation, peut relever du domaine de la technologie au sens des informations techniques définies à l'alinéa 4) de l'article 9 de la loi sur la concurrence déloyale. Il peut établir que des informations sur la créativité, la gestion, la vente et la finance, ainsi que sur des projets, des échantillons, des documents liés à des appels d'offres et des données personnelles relatives à des clients, entre autres, peuvent relever du domaine des activités commerciales au sens des informations commerciales définies à l'alinéa 4) de l'article 9 de la loi sur la concurrence déloyale. Dans la phrase précédente, l'expression "données personnelles relatives à des clients" s'entend du nom du client, de son adresse, des coordonnées permettant de le contacter, ainsi que de tout contenu, pratique, intention et autre information à caractère commercial."

⁵⁵⁶ Ainsi, l'article 15 de l'Interprétation des secrets d'affaires dispose que "[l]orsque le défendeur a tenté de manière illicite d'obtenir, de divulguer, d'utiliser ou d'autoriser une autre personne à utiliser le secret d'affaires revendiqué par le titulaire du droit, le tribunal du Peuple peut décider de prendre des mesures conservatoires conformément à la législation, si l'absence de telles mesures serait préjudiciable à l'application du jugement concerné, ou causerait un préjudice de toute autre manière à toute partie, ou porterait atteinte de manière irréparable aux intérêts légitimes du titulaire du droit. Si l'une des conditions citées dans la phrase précédente relève des conditions d'urgence énoncées aux articles 100 ou 101 du Code de procédure civile, le tribunal du Peuple doit prendre sa décision dans un délai de 48 heures."

⁵⁵⁷ L'alinéa 3) de l'article 17 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 et 2019) dispose que "[s]i une entreprise porte atteinte à un secret d'affaires de mauvaise foi et dans des circonstances graves, le montant de la compensation peut être supérieur à une fois mais ne peut dépasser cinq fois le montant établi par la méthode précitée."

⁵⁵⁸ Les actes de concurrence déloyale concernant l'Internet peuvent être globalement répartis en deux catégories : l'une est une simple extension de la concurrence déloyale classique au domaine de l'Internet, et l'autre est propre au commerce en ligne dans la mesure où la concurrence déloyale repose sur des moyens techniques. La "clause relative à l'Internet" concerne principalement cette seconde catégorie.

⁵⁵⁹ Selon l'alinéa 2) de l'article 12 de la loi sur la concurrence déloyale (versions de 2017 & 2019), "[n]ulle entreprise ne peut, par des moyens techniques permettant notamment de modifier les options proposées à l'utilisateur, commettre les actes suivants en vue de modifier ou de compromettre le fonctionnement normal de produits ou de services en ligne fournis de manière licite par une autre entreprise :

- 1) insérer un lien ou provoquer le détournement d'une URL dans un produit ou service en ligne fourni de manière licite par une autre entreprise sans le consentement de celle-ci;
- 2) tromper, escroquer ou contraindre des utilisateurs afin qu'ils modifient, ferment ou désinstallent un produit ou service en ligne fourni de manière licite par une autre entreprise;
- 3) provoquer de mauvaise foi une incompatibilité avec un produit ou service en ligne fourni de manière licite par une autre entreprise;
- 4) commettre tout autre acte consistant à perturber ou à compromettre le fonctionnement normal de produits ou services en ligne fournis de manière licite par une autre entreprise."

⁵⁶⁰ Yunyun Diao, "Dilemme et résultat de l'application de la clause relative à l'Internet figurant dans la loi sur la concurrence déloyale dans le domaine commercial" (en chinois), *Revue de science juridique*, 2021, 132-140.

de l'article 12 de cette loi⁵⁶¹. La dernière version en date du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale définit cinq conditions pour pouvoir établir qu'il y a eu "acte de concurrence déloyale" au titre des alinéas 2) et 4) de la loi sur la concurrence déloyale. Ces conditions sont les suivantes : 1) l'agent économique doit avoir employé des technologies de réseau pour commettre l'acte; 2) cet acte est contraire aux souhaits d'autres agents économiques et empêche le fonctionnement normal des produits ou services en ligne qu'ils fournissent de manière licite; 3) il est contraire aux principes de bonne foi et de déontologie commerciale; 4) il bouleverse l'ordre de la concurrence sur le marché en ligne et porte préjudice aux intérêts légitimes des consommateurs; et 5) il ne peut être justifié par aucune raison⁵⁶². De plus, le projet d'Interprétation contient des règles et des directives concernant les comportements déloyaux dans le domaine des mégadonnées, ces comportements ayant été fréquemment observés au cours des dernières années. Selon le projet d'Interprétation, lorsque des agents économiques utilisent des données fournies par des tiers et concernant des utilisateurs, ils doivent au préalable obtenir le consentement de ceux-ci, et ils doivent utiliser les données gérées par d'autres agents économiques de manière licite et adéquate, sans fausser la concurrence loyale sur le marché ni porter atteinte aux intérêts légitimes des consommateurs⁵⁶³.

L'organisme chargé de la Réglementation du marché par l'administration publique a récemment annoncé qu'il rédigeait un projet d'"interdiction des actes de concurrence déloyale en ligne" qui serait soumis au public pour commentaires, et qui contenait un résumé et une liste des nouvelles catégories de comportements sur l'Internet relevant de la concurrence déloyale⁵⁶⁴. Ce texte prévoyait par exemple de réglementer de nouvelles catégories de concurrence déloyale telles que les fausses transactions, le blocage de publicités, l'obligation de choisir une certaine plateforme de ventes⁵⁶⁵, le recueil de données, le traitement différencié de données⁵⁶⁶, etc. Bien que ce projet soit essentiellement destiné à l'application du droit administratif, il aura sans doute une incidence sur les activités commerciales menées sur l'Internet et il devrait constituer un point de référence important dans les affaires judiciaires.

⁵⁶¹ Les alinéas 2) et 4) de l'article 12 ont été appliqués dans deux des 10 affaires emblématiques des problèmes sur l'Internet jugées par la Cour suprême du Peuple le 31 mai 2021. Dans l'une de ces affaires, la Cour a pris en compte quatre facteurs pour déterminer s'il y avait eu acte de concurrence déloyale sur l'Internet : premièrement, il fallait établir l'existence d'une relation de concurrence entre les deux parties; deuxièmement, le comportement du défendeur devait avoir compromis ou interrompu le fonctionnement normal des produits ou des services en ligne fournis de manière licite par d'autres agents économiques; troisièmement, le défendeur devait avoir bouleversé l'ordre établi dans la concurrence sur ce marché et avoir porté préjudice aux intérêts légitimes d'autres agents économiques ou aux droits des consommateurs; et quatrièmement, le défendeur devait avoir porté atteinte aux principes d'acte volontaire, d'égalité, d'équité, de bonne foi et de déontologie commerciale.

⁵⁶² Article 25 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵⁶³ Article 26 du projet d'Interprétation de la concurrence déloyale.

⁵⁶⁴ Disponible à l'adresse suivante : http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zlk/202108/t20210817_434868.html.

⁵⁶⁵ Cette question concerne surtout le commerce électronique en ligne et vise les situations dans lesquelles une certaine plateforme commerciale fait pression sur les commerçants pour les forcer à vendre leurs produits en exclusivité sur ladite plateforme afin d'éviter la concurrence d'autres plateformes.

⁵⁶⁶ Cette situation se produit le plus souvent lorsqu'une plateforme annonce des prix différents à différents clients, les prix étant calculés par un algorithme conçu pour traiter les mégadonnées.

J. INDE*

1. Cadre législatif

Comme les autres pays de *common law*, l'Inde est dépourvue d'une base juridique unifiée pour la protection contre la concurrence déloyale. Le pays ne dispose pas d'un point de référence législatif unique et sa législation ne définit pas séparément le délit civil de concurrence déloyale. On trouve par contre des références à la prévention de la concurrence déloyale dans la législation sur les contrats et les délits civils, dans le droit pénal ainsi que dans la législation sur la propriété intellectuelle⁵⁶⁷. On ne saurait couvrir dans le présent rapport ce champ plus large, qui inclut la législation antitrust et la législation relative à la concurrence, la réglementation en matière d'étiquetage des produits alimentaires, la législation sur les télécommunications et la législation relative à la protection des consommateurs. On mettra plutôt l'accent sur les moyens juridiques dont disposent les commerçants et les autres parties à des échanges commerciaux d'intenter des actions en concurrence déloyale pour protéger des actifs intangibles, en complément du droit de la propriété intellectuelle.

La notion de "concurrence déloyale" apparaît distinctement dans différents contextes législatifs. Par exemple, le Coir Board, dont la mission est de promouvoir les cordes, les fibres et les fils fabriqués à partir de la noix de coco, a le devoir de faciliter la commercialisation de ces produits et de prévenir la concurrence déloyale⁵⁶⁸. Autre exemple : le Gouvernement central a le pouvoir de réglementer les prix et le nombre de pages des journaux pour assurer l'équité des conditions de concurrence entre les éditeurs et prévenir la concurrence déloyale⁵⁶⁹. La référence la plus pertinente est probablement celle qui a trait à la protection des indications géographiques; en effet, l'un des actes constitutifs d'une atteinte à une indication géographique est l'utilisation non autorisée de cette indication d'une manière qui constitue un acte de concurrence déloyale, y compris la substitution (*passing off*)⁵⁷⁰. Les explications assorties à cette disposition reprennent le libellé de l'article 10*bis*.2 de la Convention de Paris; cette disposition s'applique à "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". Au moins un tribunal a jugé que, en l'absence de relation de concurrence directe entre les parties au litige, la substitution était peu probable puisque toute fausse déclaration serait peu probable⁵⁷¹. Dans un litige opposant un hôtel de luxe, qui proposait à ses clients un salon de Darjeeling, et le Tea Board of India, titulaire des droits sur l'indication géographique Darjeeling, le juge a estimé qu'il était fait référence à la célèbre station de montagne de l'est de l'Inde pour décrire des produits différents (d'un côté, un service lounge pour les clients de l'hôtel et, de l'autre, un thé de grande qualité) et qu'il ne pouvait donc être question de concurrence déloyale⁵⁷². Cela montre aussi clairement que la substitution compte parmi les formes de concurrence déloyale (voir la partie 3.1). En outre, la législation indienne sur les marques réserve expressément le droit d'intenter une action en substitution concernant les marques "non enregistrées"⁵⁷³.

* M. Dev Saif Gangjee, professeur à la faculté de droit de l'Université d'Oxford, Royaume-Uni; professeur invité à la National Law University de Delhi (Inde).

⁵⁶⁷ Pour cette analyse plus large, voir R. Mittal, "India", F. Henning-Bodewig (sous la direction de), *International Handbook on Unfair Competition Law* (Beck/Hart/Nomos, 2013), page 285.

⁵⁶⁸ Article 10.1.f) de la loi n° 45 de 1953 sur l'industrie de la coco.

⁵⁶⁹ Article 3.1 de la loi n° 45 de 1956 sur les journaux (prix et pages); élargi par la législation ultérieure en 1961.

⁵⁷⁰ Article 22.1.b) de la loi n° 48 de 1999 sur les indications géographiques des produits (enregistrement et protection).

⁵⁷¹ *Tea Board India c. ITC Ltd.*, 2011 (5) CHN 1 (Haute Cour de Calcutta).

⁵⁷² *Tea Board India c. ITC Ltd.*, 2011 (5) CHN 1; une tentative ultérieure a également échoué : *Tea Board India c. ITC Limited*, 4 février 2019 (Haute Cour de Calcutta).

⁵⁷³ Article 27.2 de la loi n° 47 de 1999 sur les marques.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

En tant que signataire de la Convention de Paris, l'Inde s'engage à défendre les "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale", conformément à l'article 10bis.2 de la Convention⁵⁷⁴. Mais elle mène à ce sujet une approche qui correspond à celle d'autres pays de *common law*. S'agissant de la concurrence déloyale, le pays n'a pas de source législative unique et n'a pas défini un délit civil distinct. Pour satisfaire à ses obligations internationales, l'Inde propose plutôt un ensemble de moyens légaux et de délits civils de *common law*.

En Inde, le moyen de prévention de la concurrence déloyale le plus utilisé est le délit de substitution. Comme l'a fait observer la Haute Cour de Delhi, le but avec cette notion est de protéger les commerçants contre cette forme de concurrence déloyale qui consiste à s'arroger, au moyen de procédés faux et trompeurs, le bénéfice de la réputation déjà acquise par un concurrent. Le défendeur cherche à obtenir ce bénéfice en faisant passer ses produits pour ceux du plaignant⁵⁷⁵. Malgré le caractère étroit de cette formulation on rencontre souvent, dans les litiges de propriété intellectuelle, une action générale en concurrence déloyale, comme s'il s'agissait d'un motif indépendant de plainte reconnu en droit indien. On citera l'exemple d'une affaire dans laquelle les plaignants affirmaient que les défendeurs, qui vendaient des produits au design similaire aux leurs, commettaient directement des actes illégaux de substitution, de concurrence déloyale et d'affaiblissement⁵⁷⁶. Dans un exemple plus récent, l'action intentée visait à obtenir une injonction permanente pour empêcher l'atteinte à la marque, la substitution, le dénigrement, l'affaiblissement, l'atteinte à la réputation, l'appropriation illicite et la concurrence déloyale et obtenir la reddition des comptes, des dommages-intérêts et la remise des objets incriminés, entre autres choses⁵⁷⁷.

La substitution étant reconnue seulement lorsqu'il y a fausse déclaration, on constate que les plaignants demandent aux tribunaux indiens de reconnaître l'appropriation illicite ou sans contrepartie pure et simple. Cela étant, la Haute Cour de Delhi a catégoriquement rejeté l'invitation à créer un nouveau délit civil d'appropriation illicite, dans un litige concernant des informations à caractère urgent ou des "actualités brûlantes"⁵⁷⁸. Les défendeurs ont fait appel avec succès d'une ordonnance provisoire qui interdisait la diffusion d'informations sur des matchs de cricket. Ils fournissaient un service payant qui consistait à communiquer par des messages texte le score des matchs, balle après balle, sans avoir obtenu de licence au préalable auprès du plaignant qui détenait les droits exclusifs de diffusion des matchs. La Cour a conclu qu'il n'existait aucun droit de propriété sur des résultats sportifs (qui sont des faits). La reconnaissance de tels droits aurait outrepassé la loi sur le droit d'auteur, qui ne protège pas les faits. Elle entraverait en outre les droits constitutionnels, en particulier la liberté d'expression et de diffusion de l'information. Voilà pourquoi, même si les plaignants invoquent la "concurrence déloyale" de manière plus générale, les tribunaux indiens ont eu tendance à analyser ces plaintes sous l'angle de la substitution.

⁵⁷⁴ L'Inde a adhéré à la Convention le 7 septembre 1998; l'instrument est entré en vigueur le 7 décembre 1998. Voir https://www.wipo.int/treaties/fr/notifications/paris/treaty_paris_188.html.

⁵⁷⁵ *B.K. Engineering Co. c. Ubhi Enterprises* AIR 1985 Delhi 210, [13] (Avadh Behari, J).

⁵⁷⁶ *Eicher Goodearth Pvt Ltd c. Krishna Mehta et consorts*, 29 juin 2015 (Haute Cour de Delhi), [3b].

⁵⁷⁷ *Cerveceria Modelo Demexico c. The Origin Ventures et consorts*, 30 septembre 2021 (Haute Cour de Delhi), [2].

⁵⁷⁸ *Akuate Internet Services Pvt. Ltd. et consorts c. Star India Pvt. Ltd. et consorts*, 2013 3(1) MIPR. Voir aussi *Claudio De Simone et consorts c. Actial Farmaceutica SRL. et consorts*, 17 mars 2020 (Haute Cour de Delhi).

(Lorsqu'un brevet expire et que l'on ne peut invoquer le secret d'affaires parce que les informations sont dans le domaine public, on ne peut former une action supplémentaire en concurrence déloyale pour protéger les informations.)

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

S'agissant des actes cités à l'article 10bis.3 de la Convention de Paris, le droit indien prévoit des moyens de prévenir la confusion (par. 3.1), les allégations de nature à discréditer et à dénigrer (par. 3.2) et les pratiques trompeuses (par. 3.3). L'analyse qui suit ne porte ni sur les droits de propriété intellectuelle, s'agissant par exemple du droit des marques, également pertinent pour la prévention de la confusion, ni sur le droit des dessins et modèles ou le droit d'auteur, qui permet de prévenir certaines formes de copie ou d'appropriation illicite⁵⁷⁹.

3.1 Créer une confusion

Le délit civil de substitution est la principale réponse de l'Inde à l'obligation qui lui est faite par l'article 10bis.3.1) de la Convention de Paris d'interdire "tous faits quelconques de nature à créer une confusion". L'Inde suit les grandes lignes de la législation britannique à cet égard⁵⁸⁰. Ce délit repose sur le principe selon lequel nul ne peut vendre ses produits en prétendant qu'ils sont ceux d'autrui⁵⁸¹. La Cour suprême indienne a reconnu expressément à plusieurs reprises que ce délit tirait ses origines de la *common law*. Par exemple, elle a affirmé que le principe de substitution était un recours de *common law* qui permettait d'empêcher quelqu'un d'essayer d'exploiter indûment la réputation et le fonds de commerce d'autrui en essayant de tromper le public en faisant passer ses produits pour ceux de l'autre personne⁵⁸². Voici comment il est procédé à l'analyse :

L'action en substitution repose sur le principe selon lequel nul n'a le droit de faire passer ses produits pour ceux d'un autre. Le délit civil de substitution compte cinq éléments : 1) une fausse déclaration 2) faite par un commerçant dans le cadre d'un échange commercial 3) à des clients potentiels ou aux consommateurs finaux de produits et de services qu'il propose, 4) dont on suppose qu'elle nuit à l'activité commerciale ou au fonds de commerce d'un autre commerçant (cette conséquence étant raisonnablement prévisible) et 5) qui nuit effectivement à l'activité commerciale ou au fonds de commerce du commerçant qui intente l'action ou (dans le cadre d'une action *quia timet*) qui le fera probablement⁵⁸³.

La Cour suprême a également utilisé les trois critères plus classiques que sont le fonds de commerce, la fausse déclaration et le dommage⁵⁸⁴. Malgré l'existence d'un régime légal pour les marques, la substitution reste une cause d'action distincte⁵⁸⁵. Cela étant, le droit des marques définit les règles de procédure et les recours possibles. Au fil des décennies, les tribunaux indiens ont développé une abondante jurisprudence dans ce domaine et l'on constate que les trois éléments constitutifs du délit sont liés⁵⁸⁶. Ces critères cumulatifs ont traditionnellement servi à structurer et à limiter le champ d'application de la substitution. L'action repose fondamentalement sur le fait que le défendeur utilise des signes identiques ou similaires pour faire passer ses produits pour ceux du plaignant, du point de vue du consommateur moyen de ces produits. Ces signes (souvent des marques, mais aussi parfois un habillage commercial ou un emballage) doivent être devenus des éléments distinctifs du fonds de commerce. La Cour suprême indienne a annulé une série de décisions de juridictions

⁵⁷⁹ Voir, respectivement, la loi de 1999 sur les marques, la loi n° 16 de 2000 sur les dessins et modèles et la loi n° 14 de 1957 sur le droit d'auteur.

⁵⁸⁰ Voir Gangjee, rapport sur le Royaume-Uni, P.3.1.

⁵⁸¹ *N. R. Dongre c. Whirlpool Corporation* (1996) 5 SCC 714 (citant avec approbation la décision de la juridiction inférieure).

⁵⁸² *Ramdev Food Prod. Pvt. Ltd. c. Arvindbhai Rambhai Patel et consorts* AIR 2006 SC 3304 [50].

⁵⁸³ *Cadila Healthcare Ltd. c. Cadila Pharm. Ltd* AIR 2001 SC 1952 [10].

⁵⁸⁴ *Satyam Infoway Ltd. c. Sifynet Solutions Pvt Ltd.* AIR 2004 SC 3540 [13]-[15].

⁵⁸⁵ *RK Patel & Co. et consorts c. Shri Rajdhar Kalu Patil et consorts*, 2007 Bom LR 739 [22].

⁵⁸⁶ Voir le chapitre 25 de P Naryanan, *Law of Trade Marks & Passing Off* (Eastern Law House, 2018); KC Kailasam (sous la direction de), *Venkateswaran on Trade Marks and Passing Off*, 6th ed (Lexis Nexis 2015) pages 1044 à 1060.

inférieures qui laissent entendre qu'une réputation à l'étranger, en l'absence de clients et de fonds de commerce, suffirait⁵⁸⁷. Le fonds de commerce est territorial et suppose la présence de clients en Inde. Ainsi, le simple fait de démontrer que des personnes avaient entendu parler de la voiture hybride Toyota Prius, sans présence commerciale et sans ventes effectives sur le marché indien à l'époque considérée, n'était pas suffisant pour prétendre à l'existence d'une substitution⁵⁸⁸.

3.2 Allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent

Les allégations désobligeantes ou dénigrantes d'un commerçant à l'égard d'un autre relèvent du délit civil de déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire, également appelé dénigrement⁵⁸⁹. Alors que les tribunaux britanniques hésitent à déduire l'existence d'une intention malveillante, qui est l'élément mental de la motivation malhonnête, les tribunaux indiens ont abaissé le seuil de reconnaissance de ce délit ces dernières années⁵⁹⁰. Ce délit est fréquemment invoqué dans le contexte de la publicité comparative, lorsqu'un commerçant prétend que ses produits sont supérieurs et laisse entendre directement ou indirectement que ceux d'un concurrent sont inférieurs d'une certaine manière. Dans ces situations, le contraste clair entre les produits rivaux rend peu probable la confusion sur leur origine, et donc la substitution. Au Royaume-Uni, la déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire est définie selon des critères plus stricts : le produit du plaignant doit être expressément identifié, une déclaration objectivement fautive est faite, l'intention malveillante est présente et des dommages spéciaux (ou une présomption légale) sont requis⁵⁹¹. En revanche, en Inde, dire que le produit du plaignant est inférieur d'une certaine manière (par exemple, qu'une lessive ne lave pas les vêtements aussi bien ou qu'une boisson n'est pas aussi nutritive) suffit à justifier une action. Les tribunaux n'exigent plus qu'il soit prouvé que les déclarations du défendeur sont fausses, faites dans l'intention de nuire et entraînent des dommages réels ou spéciaux⁵⁹². Ils reconnaissent également le dénigrement générique, lorsque le défendeur qualifie d'inférieurs les produits de toute une catégorie de concurrents, même si aucun concurrent en particulier n'est désigné⁵⁹³. Les tribunaux anglais ont toujours considéré comme acceptable le fait qu'un commerçant exagère ses affirmations, qui sont considérées comme des opinions et non comme des faits. Cela vaut aussi bien lorsqu'il vante ses propres qualités que lorsqu'il appelle l'attention sur les défauts d'un concurrent. Mais les tribunaux indiens considèrent ce dernier acte comme répréhensible en soi. La compatibilité de cette approche avec la liberté d'expression commerciale et la liberté de concurrence a été remise en question⁵⁹⁴.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

Les affirmations trompeuses sur les produits d'un commerçant relèvent en Inde essentiellement du droit de la protection des consommateurs et plus précisément de la loi de 2019 sur la protection des consommateurs⁵⁹⁵. Ces règles définissent les clauses contractuelles abusives et les pratiques commerciales déloyales. Cette dernière notion englobe les pratiques commerciales qui visent à promouvoir la vente, l'utilisation ou la fourniture d'un produit ou la prestation d'un service et qui reposent sur une méthode déloyale ou une pratique déloyale ou

⁵⁸⁷ *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Prius Auto Industries Ltd et consorts*, 14 décembre 2017 (SC).

⁵⁸⁸ *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Prius Auto Industries Ltd et consorts*, 14 décembre 2017 (SC).

⁵⁸⁹ *Colgate-Palmolive c. Anchor* (2004) 40 PTC 653 (Haute Cour de Madras) [25].

⁵⁹⁰ A. Banerjee, "Comparative advertising and the tort of generic disparagement" (2010) 5(11) JIPLP 791.

⁵⁹¹ Voir Gangjee, rapport sur le Royaume-Uni, P.3.2.

⁵⁹² *Reckitt Colman c. Ramachandran* (1999) 19 PTC 741; *Pepsi c. Coca Cola* (2003) 27 PTC 305; *Dabur India Ltd c. Colortek Meghalaya Pvt. Ltd* (2010) 167 DLT 278 (Haute Cour de Delhi); *Reckitt Benckiser c. Hindustan Unilever Ltd*, 30 juillet 2021 (Haute Cour de Delhi).

⁵⁹³ *Dabur c. Emami* (2004) 29 PTC 1; *Dabur c. Colgate-Palmolive* (2005) AIR Delhi 102.

⁵⁹⁴ A. Banerjee, "Comparative advertising and the tort of generic disparagement" (2010) 5(11) JIPLP 791.

⁵⁹⁵ Loi n° 35 de 2019. Remplace la loi de 1986 sur la protection des consommateurs.

trompeuse⁵⁹⁶. Il s'agit entre autres choses de fausses déclarations sur la norme, la qualité, la quantité, la composition, le style ou le modèle des produits, de fausses déclarations quant à un parrainage, une approbation ou une affiliation dont bénéficieraient les produits ou encore de fausses déclarations substantielles quant au prix de vente. La publicité trompeuse et mensongère est également une notion distincte⁵⁹⁷. L'autorité centrale de la protection des consommateurs, récemment créée, jouit d'un pouvoir de réglementation, d'enquête et de décision. Elle peut recevoir des plaintes de consommateurs particuliers (éventuellement dans le cadre d'une action de groupe), d'associations de consommateurs et du gouvernement⁵⁹⁸. La nouvelle législation vise à renforcer les droits des consommateurs en reconnaissant le dépôt électronique, en encourageant la médiation, en supprimant les frais pour les petites actions, en imposant des sanctions plus strictes et en réglementant la vente de produits par le commerce électronique⁵⁹⁹.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Pour conclure, on présentera deux autres formes pertinentes de prévention de la concurrence déloyale. La première est la protection des secrets d'affaires et des informations confidentielles⁶⁰⁰. On peut protéger les secrets d'affaires par une obligation de préserver la confidentialité imposée par le droit des contrats (clauses de confidentialité dans les accords de non-divulgateion, les contrats de travail ou les contrats de conseil, par exemple). On peut aussi les protéger au moyen d'une action prévue par l'*equity* pour divulgation d'informations confidentielles⁶⁰¹. Pour être considérée comme un secret ou comme une information confidentielle, ladite information doit avoir la qualité de secret et une valeur commerciale, et des efforts raisonnables doivent être entrepris pour préserver ce secret⁶⁰².

Le deuxième axe qui se développe a trait à la protection du droit à l'image. Le droit à l'image concerne le contrôle des indices de la personnalité et inclut le nom, le surnom, la ressemblance physique, l'image ou la photographie, les signatures, la voix et d'autres caractéristiques individuelles d'une personne. Le demandeur – généralement une célébrité – doit être identifiable à partir de l'utilisation faite par le défendeur⁶⁰³. Les tribunaux indiens travaillent encore à l'élaboration du fondement de ce droit, qui semble pour l'instant justifié par la protection des intérêts relevant de la vie privée, et non par une action qui tendrait à faire valoir la propriété exclusive de son image⁶⁰⁴.

⁵⁹⁶ Article 2.47 de la loi de 2019 sur la protection des consommateurs.

⁵⁹⁷ Article 2.28 de la loi de 2019 sur la protection des consommateurs.

⁵⁹⁸ Article 35 de la loi de 2019 sur la protection des consommateurs.

⁵⁹⁹ Voir <https://consumeraffairs.nic.in/acts-and-rules/consumer-protection>. Voir aussi N Chawla et B Kumar, "E-Commerce and Consumer Protection in India: The Emerging Trend" (2021), *Journal of Business Ethics* [à paraître].

⁶⁰⁰ A Kumar et A Mishra, "Protecting Trade Secrets in India" (2015) 18(6) *JWIP* 335.

⁶⁰¹ *John Richard Brady et consorts c. Chemical Process Equipment P Ltd et Anr* AIR 1987 Delhi 372; *Diljeet Titus c. Alfred Adevare et consorts* 2006 (32) PTC 609 Del.

⁶⁰² *Bombay Dyeing c. Mehar Karan Singh*, 24 août 2010 (Haute Cour de Bombay).

⁶⁰³ *Titan Industries Ltd c. M/S Ramkumar Jewelers*, 26 avril 2012 (Haute Cour de Delhi).

⁶⁰⁴ *Krishna Kishore Singh c. Sarla A Saraogi*, 10 juin 2021 (Haute Cour de Delhi); voir V. Jhavar, "Vempati Ravi Shankar – Facebook Copyright Dispute", 9 juillet 2021, à l'adresse <https://spicyip.com/2021/07/copyright-infringement-moral-rights-and-posthumous-enforcement-of-celebrity-rights.html>.

K. JAPON ET CORÉE*

1. Cadre législatif

Le Japon et la République de Corée disposent de lois *sui generis* qui protègent contre la concurrence déloyale : la loi japonaise sur la prévention de la concurrence déloyale (UCPA)⁶⁰⁵ et la loi coréenne sur la prévention de la concurrence déloyale et la protection des secrets d'affaires (UCTSPA)⁶⁰⁶. Ces lois prévoient des causes d'action spécifiques, assorties de définitions détaillées des actes déloyaux. Elles mettent en œuvre expressément l'article 10bis.1 de la Convention de Paris. Outre le droit de la concurrence déloyale, on peut aussi invoquer les lois sur la propriété intellectuelle dans les cas où une violation de la propriété intellectuelle, une marque par exemple, peut aussi être constitutive de concurrence déloyale. La protection contre les comportements illicites prévue par le Code civil peut également offrir une protection contre des actes qui n'entrent pas dans une catégorie précise de comportement déloyal, ce qui donne lieu à des actions au titre de la législation sur les délits civils et sur l'enrichissement sans cause⁶⁰⁷. Les causes spécifiques d'action dans la législation sur la concurrence déloyale ont été élargies par plusieurs modifications législatives, tant au Japon qu'en République de Corée, y compris des règlements pris en réponse à l'évolution des technologies et aux accords internationaux. Par conséquent, les tribunaux sont désormais généralement prudents lorsqu'il s'agit d'accueillir des demandes fondées sur des dispositions générales du Code civil, en particulier si des dispositions correspondantes du droit de la concurrence déloyale traitent du comportement particulier en cause (voir les parties 3 et 4).

Ni le Japon ni la République de Corée n'ont inclus dans leur loi sur la concurrence déloyale une interdiction générale de la concurrence déloyale. Au Japon, l'UCPA contient seulement une liste exhaustive de comportements déloyaux mais aucune clause générale, ce qui laisse peu de marge à l'interprétation. Lors de la révision de la loi en 1993, l'idée d'une clause générale a été débattue mais n'a pas été retenue, par crainte d'insécurité juridique⁶⁰⁸.

En Corée, l'UCTSPA contient une liste de comportements déloyaux ainsi qu'une cause d'action générale contre l'appropriation sans contrepartie incluse à la suite de la révision de la loi en 2013 (voir le point 4.5)⁶⁰⁹.

Les déclarations précisant l'objectif de la protection contre la concurrence déloyale font partie intégrante des lois. Au Japon, l'article premier de l'UCPA dispose que l'objectif est de prévoir des mesures pour la prévention de la concurrence déloyale et pour l'indemnisation des pertes ou des dommages causés par la concurrence déloyale, afin d'assurer une concurrence loyale entre les entreprises, et l'application correcte des accords internationaux y afférents, pour ainsi contribuer au sain développement de l'économie nationale. Ainsi, l'objectif est non seulement

* Mme Nari Lee, professeure à la Hanken School of Economics, Helsinki, Finlande.

⁶⁰⁵ 不正競争防止法. Loi n° 47 de 1993. Toutes les lois japonaises et leur traduction (en anglais) peuvent être consultées en ligne dans une base de données qui offre des fonctionnalités de recherche. <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> (dernière visite le 1^{er} septembre 2021).

⁶⁰⁶ 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률. Loi n° 16024 de 2019. Toutes les lois et tous les cas de jurisprudence coréens cités dans le présent rapport peuvent être consultés dans la base de données juridique à l'adresse <http://www.law.go.kr> (dernière visite le 1^{er} septembre 2021).

⁶⁰⁷ Code civil japonais, 民法 loi n° 89 du 27 avril 1896, articles 709 et suivants, et Code civil coréen, 민법, loi n° 17905, modifiée en 2021. 1. 26. Articles 750 et suivants.

⁶⁰⁸ Voir Y Tamura (2003) *Unfair Competition Law*, 2^e édition, Yuhikaku, page 7.

⁶⁰⁹ Toutefois, les tribunaux se montrent prudents et appliquent cette règle seulement dans les cas où il n'existe pas de comportement spécifique équivalent et où le comportement est considéré comme clairement déloyal à la lumière de l'objectif de la loi sur la concurrence déloyale. Voir, par exemple, tribunal central de district de Séoul, 28 août 2014, décision Ga Hap 552431.

de protéger les concurrents et la concurrence en général, mais aussi, ce faisant, de protéger les intérêts des consommateurs ainsi que les intérêts publics⁶¹⁰. De même, l'article premier de l'UCTSPA dispose que la loi vise à maintenir des échanges commerciaux solides et ordonnés en empêchant les actes de concurrence déloyale, tels que l'utilisation déloyale d'indices commerciaux bien connus en République de Corée et qui appartiennent à des tiers ou encore l'appropriation illicite de secrets d'affaires. La notion d'échanges commerciaux solides et ordonnés n'est pas définie plus en détail dans la loi. On peut néanmoins supposer qu'elle englobe à la fois la notion d'usages honnêtes en matière commerciale et celle de liberté de la concurrence. Les commentateurs expliquent que les comportements déloyaux visent les intérêts des entreprises, des concurrents ainsi que des consommateurs⁶¹¹.

Comme les lois sur la concurrence déloyale du Japon et de la République de Corée prévoient des causes d'action contre l'appropriation illicite des réalisations d'autrui, il y a inévitablement des chevauchements avec les lois sur la propriété intellectuelle qui protègent les créations et les innovations. Pour éviter une double protection, il est fait la distinction, dans les lois et la jurisprudence, entre la protection découlant du droit de la propriété intellectuelle et celle découlant de la législation sur la concurrence déloyale. Au Japon, cette question est peut-être moins cruciale puisque l'UCPA doit s'appliquer seulement aux comportements expressément interdits à son article 2. Les spécialistes japonais soutiennent que la loi régit seulement certaines parties des quatre types de comportements qui devraient être réglementés dans le contexte de la concurrence déloyale : les comportements qui diminuent ou éliminent la concurrence, les comportements qui accroissent injustement la demande, les comportements qui constituent une imitation ou une appropriation illicite de la réalisation d'autrui et les comportements qui engendrent une inefficacité externe⁶¹². Les chevauchements ou les interférences avec d'autres lois ou règlements sont donc peut-être inévitables. Par exemple, les formes de produits et les configurations (voir le point 4.2) peuvent être protégées non seulement en vertu de la législation sur la concurrence déloyale mais aussi en vertu des lois sur les brevets, les modèles d'utilité et l'enregistrement de dessins ou modèles industriels. On peut faire des distinctions concernant cette protection en fonction de l'objectif de la réglementation et des voies de recours ouvertes⁶¹³. L'article 709 du Code civil japonais prévoit une protection contre les délits civils (comportement injuste). Toutefois, les tribunaux se sont montrés réticents à appliquer ce principe en l'absence d'illégalité au regard des textes, par exemple la législation sur la propriété intellectuelle⁶¹⁴. L'UCPA ne contient aucune règle qui donnerait la priorité à une loi sur la propriété intellectuelle ou à une autre loi en cas de conflit. La base sur laquelle se fonde la protection semble donc être déterminée au cas par cas. Par exemple, la jurisprudence donne la priorité aux droits sur les marques par rapport aux signes non enregistrés s'ils sont invoqués en parallèle⁶¹⁵.

Les tribunaux⁶¹⁶ semblent également considérer que les tentatives des titulaires de brevets ou de dessins ou modèles de maximiser la protection de formes bien connues peuvent constituer

⁶¹⁰ Tamura, *Unfair Competition Law*, page 10.

⁶¹¹ SJ Jung (2020) "General: Article 1", SJ Jung *et al.* (sous la direction de), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, Pakyoungsa, pages 13 à 16.

⁶¹² Tamura, *Unfair Competition Law*, pages 17 à 21.

⁶¹³ Voir, par exemple, 商法, Code du commerce japonais, loi n° 48 du 9 mars 1899, article 12.1, où il est prévu une cause d'action contre l'utilisation à des fins injustifiées d'un nom commercial enregistré identique ou similaire; des mesures d'injonction sont prévues au paragraphe 2 du même article.

⁶¹⁴ Voir Y Tamura (2014), "Protection of First Mover advantage – regulation against imitation of the product configuration in Japan", Lee, Westkamp, Kur, Ohly (sous la direction de), *Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity*, page 217.

⁶¹⁵ Voir, par exemple, Cour suprême du Japon, 12 octobre 1981, affaire Showa 54 (o) 145, citée dans 35 Minshu 7, page 1129, sur la base de l'article 6 de l'ancienne version de la loi, qui ne figure plus dans la version en vigueur.

⁶¹⁶ Par exemple, Cour suprême du Japon, 29 mai 1984, citée dans 38 Minshu 7, page 920.

un abus de droit au sens des règles générales du Code civil, même si aucune règle de l'UCPA ne l'interdit⁶¹⁷.

En Corée, l'UCTSPA instaure une relation de complémentarité entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale, en donnant expressément la priorité à plusieurs lois : la loi sur les brevets, la loi sur les modèles d'utilité, la loi sur la protection des dessins et modèles, la loi sur les marques, la loi sur le contrôle de la qualité des produits de l'agriculture et de la pêche, la loi sur le droit d'auteur ainsi que la loi sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales loyales, la loi sur les pratiques loyales en matière d'étiquetage et de publicité, la loi sur les transactions équitables en cas de sous-traitance et la loi pénale⁶¹⁸. Cela étant, les tribunaux coréens ont estimé que la priorité d'une loi n'empêche pas d'appliquer l'UCTSPA pour restreindre les actes susceptibles d'être considérés comme déloyaux même s'ils sont formellement conformes à d'autres lois. Par exemple, l'enregistrement d'une marque dans le respect des prescriptions de la loi sur les marques peut tout de même être considéré comme contraire à la loi sur la concurrence déloyale, s'il avait pour objet de profiter de la réputation du signe non enregistré d'autrui⁶¹⁹. De même, l'enregistrement d'un dessin ou modèle similaire ou identique au produit d'une autre personne a été jugé contraire à la législation sur la concurrence déloyale, alors même que cet enregistrement avait été effectué conformément aux exigences d'enregistrement énoncées dans la loi sur la protection des dessins et modèles⁶²⁰. La Cour constitutionnelle de Corée a confirmé cette conclusion en affirmant que la règle de priorité de l'article 15 de l'UCTSPA n'entraînait pas une exclusivité et l'application d'une seule loi⁶²¹. Toutefois, la Haute Cour de Séoul a estimé que compte tenu de l'objectif de la protection, un comportement jugé licite et non constitutif d'une atteinte au regard de la législation sur le droit d'auteur ne devrait pas être considéré comme déloyal au regard de la législation sur la concurrence déloyale⁶²². Globalement, la jurisprudence indique qu'il faut comprendre de l'article 15 que les autres lois énumérées sont prioritaires uniquement en cas de conflit de réglementation; en l'absence de conflit, la législation sur la concurrence déloyale peut s'appliquer au comportement qui est également réglementé par un texte particulier de la législation sur la propriété intellectuelle, en tenant compte des objectifs des lois et des intérêts sous-jacents qui peuvent faire l'objet d'une protection en vertu de la loi.

La violation de la loi sur la concurrence déloyale ouvre des recours au civil et au pénal. Toutefois, le Japon et la République de Corée font une distinction entre l'application découlant du droit privé (loi sur la concurrence déloyale) et l'application découlant du droit public, s'agissant par exemple des règles anti-monopole, sur les usages commerciaux honnêtes et sur l'étiquetage. Ces lois et règlements reposent sur des motifs similaires, mais les types de recours prévus pour les particuliers et les conditions pour les faire valoir, avec l'implication des

⁶¹⁷ Tamura, *Unfair Competition Law*, pages 233 à 235.

⁶¹⁸ Article 15 de l'UCTSPA.

⁶¹⁹ Cour suprême de Corée, 19 janvier 1993, décision 92 Do 2054.

⁶²⁰ Cour suprême de Corée, 14 mars 2013, décision 2010 Do 15512.

⁶²¹ Cour constitutionnelle de Corée, 27 septembre 2001, décision 99 Hun Ba 77. La Cour a estimé que la loi ne disait pas que seuls les signes non protégés par la loi sur les marques étaient protégés par l'UCTSPA ni que la violation de signes enregistrés excluait l'application de cette dernière loi.

⁶²² Par exemple, Haute Cour de Séoul, 4 décembre 2014, décision 2014 Na 2011480. Dans une affaire en contestation de la violation du droit d'auteur sur des photographies similaires de paysages, la Cour n'a pas conclu à la violation du droit d'auteur du fait de l'absence de similarité substantielle et a refusé d'appliquer la loi sur la concurrence déloyale. De même, dans une affaire concernant les règles d'un jeu, la Cour a jugé que, tant qu'il n'y avait pas violation du droit d'auteur, l'imitation d'éléments du jeu non protégés par le droit d'auteur n'était pas contraire à la législation sur la concurrence déloyale. Haute Cour de Séoul, 12 janvier 2017, décision n° 2015 Na2063761. En appel, la Cour suprême a conclu à une violation du droit d'auteur et a donc annulé la décision, sans aborder la législation sur la concurrence déloyale. Cour suprême, 27 juin 2019, décision 2017 Da212095.

administrations, font que ces causes d'actions sont distinctes⁶²³. Néanmoins, certains chevauchements sont inévitables. La loi japonaise sur l'interdiction des monopoles privés et la lutte contre les pratiques déloyales dans le commerce, instrument de droit public, interdit expressément les pratiques commerciales déloyales tout en permettant l'application des règles en droit privé (par une injonction) en cas de violation⁶²⁴. En revanche, l'opinion dominante en République de Corée est que la réglementation sur les monopoles et la loi de lutte contre les pratiques commerciales déloyales n'offre pas toujours une mesure de redressement par injonction aux particuliers⁶²⁵.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Du fait de l'absence d'une interdiction générale de la concurrence déloyale tant au Japon qu'en République de Corée, la notion d'usages honnêtes en matière industrielle et commerciale de l'article 10*bis*.2 de la Convention de Paris n'a pas été mise en œuvre dans un texte général. Au lieu de cela, cette notion a conduit à faire des exceptions à l'application des règles concernant la concurrence déloyale pour certaines formes de comportement.

Au Japon, on observe que l'action en concurrence déloyale est ouverte uniquement à ceux dont les intérêts commerciaux sont lésés. Ainsi, un comportement qui n'est pas lié au monde de l'entreprise (c'est-à-dire qui n'a pas une fin commerciale) serait considéré comme honnête ou, à tout le moins, comme ne relevant pas du champ d'application de l'UCPA. En outre, des exceptions expresses donnent des exemples concrets d'usage commercial honnête dans le contexte d'un comportement interdit⁶²⁶. Par exemple, s'agissant des comportements qui prêtent à confusion (voir le point 3.1), l'utilisation d'un nom commun ou de son nom propre ne donne pas lieu à l'application des règles concernant la concurrence déloyale et l'utilisation sur la base d'une utilisation antérieure est possible. Autrement dit, l'utilisation d'un signe tel qu'un nom générique, un nom commun ou un nom propre sans but illicite et sans causer de préjudice à autrui, ou l'utilisation de ce nom comme signe pour indiquer l'origine avant qu'il ne devienne largement connu ou célèbre, ou encore l'utilisation par des personnes qui ont succédé à l'entreprise sans but illicite, sont toutes des exceptions. La loi japonaise sur la concurrence déloyale prévoit également une protection contre l'imitation servile, l'utilisation illicite de secrets d'affaires, l'appropriation illicite de données et la neutralisation des mesures techniques de protection (voir la partie 4). Indépendamment de ces formes de protection, l'utilisation de bonne foi (c'est-à-dire sans avoir connaissance d'une violation et sans négligence grave) est toutefois autorisée pour les produits, les secrets d'affaires et les données. Quant aux mesures techniques de protection, l'utilisation à des fins de recherche et d'essai est autorisée. Ces exceptions concrètes semblent impliquer que, parmi d'autres facteurs, la finalité non commerciale de l'utilisation et la conduite de bonne foi de la concurrence sans avoir connaissance d'une violation, sans négligence grave et sans intention de nuire peuvent être considérées comme relevant de la notion d'honnêteté commerciale en droit japonais.

Dans l'UCTSPA, le comportement ne relevant pas de la sphère commerciale est considéré comme légal. Cela est précisé expressément à plusieurs reprises dans les textes⁶²⁷. En outre, les tribunaux renvoient aux pratiques commerciales loyales pour préciser l'objectif de la

⁶²³ Tamura, *Unfair Competition Law*, 14, pages 309 à 411 au Japon. S Choi, "Relationship of Unfair Competition Prevention Law and Monopoly Regulation and Fair Trade Act", Jung (sous la direction de) (2020), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, pages 239 à 251.

⁶²⁴ Articles 19 et 24 de la loi 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律 sur l'interdiction des monopoles privés et la lutte contre les pratiques déloyales dans le commerce (loi n° 54 du 14 avril 1947).

⁶²⁵ SH Kwak (2007), "Antitrust Enforcement and Injunctive Relief", 56 *Korean Lawyer's Association Journal* 4, pages 80 à 145.

⁶²⁶ Article 19 de l'UCPA.

⁶²⁷ Article 2.1.c) de l'UCTSPA et article 1-2 du décret d'application [date d'entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2019.] [Décret présidentiel n° 29421, 24 décembre 2018, modifié par une autre loi.]

législation sur la concurrence déloyale (voir la partie 1) et donner des exemples concrets de comportements interdits du fait de l'interdiction générale de l'appropriation sans contrepartie (voir la partie 4.5) afin d'équilibrer les intérêts dans certains cas précis. Par exemple, l'utilisation de signes largement connus est considérée comme légale si elle est faite à des fins non commerciales, en vertu de l'article 2.1.c) de l'UCTSPA ainsi que de l'article 1-2 du décret d'application⁶²⁸. Au sens de l'article 2.1.c), pour affirmer que l'utilisation n'est pas commerciale, il faut déterminer si le comportement confère un avantage commercial à l'utilisateur et quel est l'objet de l'utilisation⁶²⁹. En outre, l'utilisation de signes largement connus est autorisée dans un reportage ou un commentaire. Elle l'est également en cas d'utilisation antérieure et continue sans but inapproprié, pour autant que cette utilisation soit conforme aux pratiques habituelles dans le cadre de transactions commerciales loyales. Dans ce contexte, cette référence aux pratiques habituelles dans le cadre de transactions commerciales loyales équivaut à adopter la notion d'usage loyal⁶³⁰. L'article 13 de l'UCTSPA prévoit également une exception de bonne foi qui, dans une mesure limitée, permet d'utiliser ou de divulguer le secret d'affaires acquis légalement à la suite d'une transaction. Cet aspect est critiqué par les spécialistes, puisqu'un commerçant de bonne foi de produits imités servilement, par exemple, peut toujours faire l'objet de plaintes fondées sur cette loi⁶³¹.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

Au Japon et en République de Corée, l'article 2 de la loi sur la concurrence déloyale définit cette notion en renvoyant à un comportement économique déloyal précis. Les personnes dont les intérêts commerciaux ont été lésés, ou sont susceptibles de l'être, par les comportements énumérés ont le droit de demander une injonction et des dommages et intérêts compensatoires. La cause d'action étant réservée aux professionnels dont les intérêts commerciaux sont touchés, les consommateurs et les groupes d'intérêt de consommateurs sont exclus⁶³². Les actes qui consistent à créer la confusion (partie 3.1) et à discréditer des concurrents par de fausses allégations pendant une transaction commerciale (partie 3.2) ainsi que les pratiques trompeuses (partie 3.3) figurent tous dans la définition de la conduite concurrentielle déloyale au Japon et en République de Corée. Les deux pays ont également mis en œuvre l'article 6septies de la Convention de Paris, qui interdit l'enregistrement non autorisé de signes par un agent ou un représentant, considérant celui-ci comme une forme particulière de concurrence déloyale. Comme expliqué dans la partie 4, la protection contre les comportements constitutifs d'une concurrence déloyale est offerte également dans d'autres cas. Les signes assortis d'une réputation sont protégés contre l'affaiblissement par la loi sur la concurrence déloyale. L'imitation servile et l'appropriation frauduleuse de secrets d'affaires sont également considérées comme des formes de concurrence déloyale.

3.1 Créer une confusion

Les actes qui consistent à créer la confusion en utilisant les signes ou indices commerciaux bien connus d'autrui sont interdits par l'article 2.1.i) de l'UCPA et par l'article 2.1.a) et 2.1.b) de

⁶²⁸ Décret d'application de la loi sur la prévention de la concurrence déloyale et la protection des secrets d'affaires.

[Date d'entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2019.] [Décret présidentiel n° 29421, 24 décembre 2018, modifié par une autre loi.]

⁶²⁹ JS Song (2006), *Interpretation and Application of Trademark Dilution Theory*. Thèse de doctorat, Université nationale de Séoul. http://www.clt.re.kr/V1/data/file/Thesis/200602_D_Song%20Jae%20Sup.pdf, page 230.

⁶³⁰ Voir JS Song (2020), "Article 2.1.(c)", Jung (sous la direction de), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, pages 53 et 54.

⁶³¹ Voir JY Choi et KH Lee (2019), *Unfair Competition Law*, 3^e édition. Jinwonsa, page 21. Voir aussi SY Moon (2020) "Article 2.1(k)", Jung, *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, page 238.

⁶³² Voir KJ Paek (2020), "Article 2.2 Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Business", Jung, *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, pages 400 et 401. Au Japon, voir Tamura, *Unfair Competition Law*, pages 7 et 8.

l'UCTSPA. Cette protection contre ce que l'on appelle la confusion quant à l'identité d'un produit ou d'une entreprise est conforme à l'article 10bis.3.1 de la Convention de Paris. On peut déduire de ces dispositions légales qu'il y a trois critères à respecter : 1) les signes ou indices utilisés doivent être identiques ou similaires, 2) ils doivent être largement connus⁶³³, 3) il doit y avoir confusion. Dans ce contexte, la publicité comparative est autorisée tant que l'on n'utilise pas l'indice du produit ou de l'entreprise d'autrui pour désigner le produit ou l'entreprise de l'annonceur⁶³⁴.

La notion de ce qui constitue des signes ou indices commerciaux ou des signes protégés pour les produits ou services est interprétée largement dans les deux pays. Les lois sur la concurrence déloyale comprennent une liste non exhaustive de ce qui peut constituer des signes ou des indices pertinents dans ce contexte. Sont incluses les méthodes commerciales ainsi que les formes et les apparences des produits, pour autant qu'elles puissent servir à identifier l'origine commerciale⁶³⁵. À l'article 2.1.b) de l'UCTSPA, la notion "tout autre indice commercial" est définie plus en détail et la protection est clairement élargie aux méthodes commerciales ainsi qu'à la présentation des magasins. Cet article codifie ainsi la jurisprudence qui interdit l'utilisation de l'habillement commercial d'autrui⁶³⁶. Dans une affaire concernant l'imitation de l'apparence d'un chanteur, la Cour suprême de Corée a jugé qu'un nom pouvait être une indication et bénéficier ainsi d'une protection, tandis que l'apparence d'un chanteur ne pouvait être considérée comme un indice susceptible d'être protégé contre l'imitation⁶³⁷. Toutefois, elle pourrait désormais être protégée, en vertu de l'article 2.1.k) de l'UCTSPA (voir la partie 4.4).

On dit que l'on crée la confusion dès lors que l'on provoque un risque de confusion, sans forcément que celle-ci se matérialise⁶³⁸. Il s'agit d'une notion large qui inclut la confusion quant à l'association et l'affiliation entre différents types de produits ou de services, en cas d'utilisation d'indices similaires⁶³⁹. La Cour suprême de Corée a jugé que des demandes pouvaient être déposées au titre de l'article 2.1.c) de l'UCTSPA pour des produits ou des services différents pour autant que les indices soient similaires⁶⁴⁰. La Cour suprême du Japon est allée encore plus loin en considérant qu'il existait un risque de confusion quant à une affiliation entre des entreprises dissemblables, à savoir un bar local et la marque française de produits de luxe Chanel, compte tenu de la réputation de la marque de luxe et de la tendance à la diversification dans le secteur de la mode⁶⁴¹.

Le concept de similarité entre les indices est conforme à ceux que l'on utilise dans le droit des marques, qui appelle à une comparaison globale tenant compte du contexte de la

⁶³³ La traduction littérale est "largement connu" et les expressions en japonais et en coréen sont équivalentes sur le plan linguistique, mais leur traduction officielle en anglais diffère.

⁶³⁴ Au Japon, voir Haute Cour de Tokyo, 25 février 1981, citée dans 13 Mutaishu 1, 134 "Fragrance Types". En Corée, l'opinion des spécialistes est que la publicité comparative ne constituerait pas une utilisation pertinente pour l'application de la loi sur la concurrence déloyale. Voir *Song* (2020), *Article 2.1.(c)*, page 44.

⁶³⁵ Voir, par exemple, Cour suprême du Japon, 9 avril 1985. Recours contre la décision 1983.3.3 de la Haute Cour d'Osaka, citée dans Hanji 1084, page 122. "Telemarketing catalogue". Voir également Tamura, *Unfair Competition Law*, pages 119 à 136.

⁶³⁶ Par exemple, Cour suprême de Corée, 21 septembre 2016, décision 2016 Da 229058. Voir également DH Lee, "Article 2.1.(a)&(b)" (2020), Jung (sous la direction de), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, pages 24 à 28.

⁶³⁷ Cour suprême de Corée, 30 janvier 2009, décision 2008 Do 5897.

⁶³⁸ Lee (2020), *Article 2.1.(a)&(b)*, pages 34 et 35, Tamura, *Unfair Competition Law*, pages 86 à 91.

⁶³⁹ Par exemple, au Japon, décision de la Cour suprême du Japon du 10 septembre 1998, citée dans 1655 Hanji, page 160, "Snack bar Chanel". En Corée, décision de la Cour suprême de Corée du 14 mai 2004, 2002 Da 13782.

⁶⁴⁰ En Corée, la Cour suprême a jugé, dans sa décision 2002 Da 13782 du 14 mai 2004, qu'il y avait déloyal d'utiliser la célèbre marque "Viagra" de Pfizer comme nom de domaine pour une entreprise vendant du jus de racine comme complément alimentaire.

⁶⁴¹ Décision de la Cour suprême du Japon du 10 septembre 1998, citée dans 1655 Hanji, page 160, "Snack bar Chanel".

transaction⁶⁴². Le fait d'être largement ou bien connu est une notion qui doit être quelque peu clarifiée. La loi japonaise exige notamment que l'indication soit largement connue des consommateurs. Elle laisse ainsi ouverte la possibilité de protéger des indices connus à l'étranger⁶⁴³. En Corée, la loi limite expressément l'évaluation sur le plan géographique aux indices connus dans ce pays. La Cour suprême a estimé que ce sont les consommateurs ou les concurrents qui doivent avoir connaissance de ces indices⁶⁴⁴. Au Japon, les conditions à remplir pour qu'un indice soit considéré comme largement connu sont jugées tellement souples qu'elles n'empêcheront pratiquement jamais un demandeur de demander une protection en vertu de l'UCPA pour autant qu'il y ait confusion découlant de l'utilisation d'un indice similaire⁶⁴⁵. En cas de conflit entre une marque enregistrée et un signe non enregistré largement connu qui est protégé en vertu de l'UCPA, la loi japonaise sur les marques prévoit actuellement que le titulaire de la marque enregistrée au sens de l'article 32.2 peut exiger du titulaire du signe concurrent non enregistré qu'il appose une indication pour éviter toute confusion, ce qui laisse entendre que la protection des marques enregistrées prime⁶⁴⁶.

3.2 *Fausse allégation de nature à discréditer et à dénigrer*

Les fausses allégations de nature à discréditer et à dénigrer visées à l'article 10bis.3.2 de la Convention de Paris relèvent d'une conduite qui nuit à un concurrent et diffèrent donc des utilisations trompeuses ou de l'appropriation sans contrepartie du signe d'autrui comme un indice des produits et services de sa propre entreprise. Au Japon, l'article 2.1.xxi) de l'UCPA met en œuvre spécialement l'article 10bis.3.2) de la Convention de Paris en clarifiant que la formulation ou la diffusion d'allégations fausses sur l'entreprise d'un concurrent en vue de nuire à la réputation de celui-ci peut donner lieu à une action en justice. Trois éléments doivent être présents : 1) une description mensongère; 2) un acte de notification ou de diffusion; 3) l'atteinte à la réputation commerciale d'un concurrent. Les tribunaux ont estimé que le fait de dire que le produit d'un concurrent est une "imitation" ou un "produit de qualité inférieure" répond à cette exigence⁶⁴⁷. On peut dire la même chose des comparaisons de nature à discréditer. Toutefois, les tribunaux ont jugé qu'il était licite de faire référence, dans un argumentaire de vente comparatif, au produit d'un concurrent ayant la réputation d'une marque célèbre en le comparant à son propre produit, moins connu mais de meilleure qualité⁶⁴⁸. Les tribunaux procèdent à une mise en balance des intérêts dans ces affaires, en tenant compte du niveau de connaissance de ceux qui reçoivent l'information⁶⁴⁹. Pour que l'on considère qu'il y a notification ou diffusion, il faut que soit ciblé un public qui n'est pas constitué que du plaignant. Toutefois, il ne doit pas nécessairement s'agir d'une communication de masse destinée au grand public⁶⁵⁰. Enfin, l'atteinte à la réputation doit être liée à l'activité commerciale. Cette exigence exclut toute atteinte à la réputation personnelle. En ce qui concerne la réputation personnelle, l'article 709 du Code civil japonais offre un recours fondé sur l'application de la législation sur les délits civils, sans prévoir de mesure de redressement par injonction⁶⁵¹.

⁶⁴² Cour suprême de Corée, décision 98 Da 63674 du 23 février 2001. Décision de la Cour suprême du Japon du 7 janvier 1983, citée dans 37 Minshu 8, page 1082, "Japan Woman Power".

⁶⁴³ Tribunal de district d'Osaka, décision du 29 août 1999 dans l'affaire No Heisei 12 (wa) 2435 "SPARK-S".

⁶⁴⁴ Voir, par exemple, Cour suprême de Corée, décision 2002 Do 1613 du 14 juin 2002.

⁶⁴⁵ Tamura, *Unfair Competition Law*, 47, pages 50 à 54.

⁶⁴⁶ L'article 6 de l'ancienne UCPA prévoyait plus explicitement que toute demande fondée sur la loi sur la concurrence déloyale devait être rejetée, mais la jurisprudence a été développée de sorte à permettre aux tribunaux d'entendre les deux types de demandes. Les commentateurs considèrent que cela signifie que le titulaire de la marque dispose d'une défense contre les plaintes pour concurrence déloyale. Voir Tamura, *Unfair Competition Law*, page 229.

⁶⁴⁷ Tribunal de district d'Osaka, 10 septembre 1974, citée dans 6 Mutaishu 2, page 217, "Kewpie".

⁶⁴⁸ Tribunal de district de Nagoya, 15 octobre 1982, citée dans Hanta 190, page 155, "Yamaha".

⁶⁴⁹ Haute Cour de Tokyo, 26 juin 2002, citée dans Hanji 1795, page 115, "Pachinko machine patent pool".

⁶⁵⁰ Haute Cour d'Osaka, 15 juillet 1980, citée dans Hanta 427, page 174, appliquant ce principe à la communication à deux partenaires commerciaux du plaignant.

⁶⁵¹ Tamura, *Unfair Competition Law*, page 444.

L'exigence de l'existence d'une relation de concurrence n'exclut pas les actions en concurrence déloyale contre les entités sans but lucratif⁶⁵².

Contrairement à ce qui se passe au Japon, l'UCTSPA ne cite pas les allégations fausses ou dénigrantes comme une cause d'action distincte. Il est présumé dans la loi que la conduite qui jette le discrédit ou qui dénigre nuira à la réputation du concurrent. Si ce préjudice se confirme, les recours prévus à l'article 6 de la loi permettent de restaurer la réputation. Dans la pratique, ces mesures sont la diffusion d'excuses écrites, des excuses dans une salle d'audience ouverte et publique, la publication d'excuses dans les médias, une rétractation dans les médias et la publication de la décision contre le fautif, par exemple. La plupart des comportements qualifiés de déloyaux dans la loi étant limités à des actes liés à ses propres produits et services, il ne semble pas y avoir de cause directe d'action pour un comportement de dénigrement ou de discrédit visant l'activité d'un concurrent. L'usage intentionnellement préjudiciable de marques réputées (voir la partie 4) est une exception à cette règle. En outre, les allégations dénigrantes faites dans le contexte de l'étiquetage et de la publicité relèvent de la loi sur les pratiques loyales en matière d'étiquetage et de publicité. Cette loi interdit, entre autres, l'étiquetage ou la publicité comparatif déloyal ainsi que l'étiquetage ou la publicité calomnieux⁶⁵³, par exemple les comparaisons sans normes claires ou sans motifs objectifs⁶⁵⁴. La Cour suprême de Corée a ainsi jugé, par exemple, que le fait d'affirmer, sur la base de données limitées concernant les accidents de la circulation, qu'un véhicule fourni par un concurrent n'était pas sûr constituait une comparaison déloyale⁶⁵⁵. L'application des règles découlant de cette loi passe par des enquêtes de la commission coréenne des pratiques commerciales équitables puisque les moyens de réparation sont des ordonnances administratives de correction, allant de l'injonction temporaire à la sanction pénale. Une violation de cette loi donne également lieu à une demande d'indemnisation⁶⁵⁶.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

Le Japon et la République de Corée prévoient des causes d'action contre les indications ou allégations trompeuses dans la législation sur la concurrence déloyale. Alors que les allégations fausses et de nature à discréditer, examinées dans la partie précédente, concernent les actes déloyaux contre des concurrents, l'interdiction des indications ou allégations trompeuses vise à protéger les consommateurs⁶⁵⁷. Au Japon, l'article 10*bis*.3.3 de la Convention de Paris est mis en œuvre par les règles sur les indications induisant en erreur énoncées à l'article 2.1.xx) de l'UCPA⁶⁵⁸. Cette disposition interdit les indications trompeuses concernant le lieu d'origine, la qualité, le contenu, le procédé de fabrication, la destination ou la quantité des produits ou la qualité, le contenu, la destination ou la quantité des services. En Corée, l'article 2.1.d) à 2.1.f) de l'UCTSPA définit comme déloyale l'utilisation d'indications trompeuses sur la source d'origine, les lieux de production et autres, ainsi que sur la qualité, le contenu, le procédé de fabrication, l'utilisation ou la quantité d'un produit. On constate quelques chevauchements avec les règles prévues à l'article 3.1.1 et 3.1.2) de la loi sur les pratiques loyales en matière d'étiquetage et de publicité concernant la publicité fautive ou exagérée. Toutefois, comme expliqué ci-dessus, cette loi est un instrument de droit public qui habilite la commission coréenne des pratiques commerciales équitables à faire appliquer la loi, alors que la loi sur la concurrence déloyale offre des recours privés en cas de violation de la loi.

⁶⁵² Tribunal de district de Tokyo, 6 décembre 1994, citée dans Hanfukyo1250/172, page 169.

⁶⁵³ Articles 3.1.3 et 3.1.4 de la loi coréenne sur les pratiques loyales en matière d'étiquetage et de publicité.

⁶⁵⁴ Articles 3.3 et 3.4 du décret d'application de la loi sur les pratiques loyales en matière d'étiquetage et de publicité [décret présidentiel n° 25050, 30 décembre 2013].

⁶⁵⁵ Cour suprême, 26 février 2003, décision 2002 Da 67062.

⁶⁵⁶ Articles 7 à 11 de la loi sur les pratiques loyales en matière d'étiquetage et de publicité.

⁶⁵⁷ KH Lee (2020), "Article 2.1.(d)", Jung (sous la direction de), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, page 56; Tamura, *Unfair Competition Law*, page 415.

⁶⁵⁸ Voir Yamamoto, page 218.

Dans les deux pays, la notion d'utilisation d'une indication inclut non seulement l'utilisation comme signe sur des produits ou des services, mais aussi l'utilisation dans des publicités et dans des documents et communications commerciaux. Le large champ d'application des actions contre l'utilisation dans le commerce, y compris l'exportation et l'importation, découle de la liste fournie dans les textes. En particulier, l'UCPA dispose expressément que la fourniture de produits ou de services au moyen de lignes de télécommunication relève du champ d'application des comportements déloyaux. La loi coréenne ajoute l'expression "d'une manière qui fasse prendre au public conscience des marques" pour mettre en œuvre expressément l'article 3*bis* de l'Arrangement de Madrid⁶⁵⁹. Contrairement à ce qui se passe au Japon, une interprétation restrictive et littérale de la loi coréenne pourrait conduire à couvrir seulement les produits et non les services, ce que les commentateurs critiquent⁶⁶⁰.

L'utilisation d'une indication géographique pour des produits fabriqués en dehors de la région concernée relève de la notion d'indications trompeuses⁶⁶¹. En Corée, cette notion peut aussi englober, outre la substitution⁶⁶², la substitution inverse, qui découle de l'omission d'informations pertinentes à propos de son produit⁶⁶³. La jurisprudence japonaise interdit différentes pratiques, par exemple la publicité appât, qui consiste à utiliser un produit de marque comme appât pour vendre d'autres produits⁶⁶⁴, ou les indications de prix doubles, où l'on utilise le prix d'origine ou le prix de vente standard au lieu du prix affiché⁶⁶⁵.

4. Autres actes de concurrence déloyale

4.1 *Affaiblissement d'une indication réputée*

Tant au Japon (article 2.1.iii) de l'UCPA) qu'en République de Corée (article 2.1.c) de l'UCTSPA, les indications réputées sont protégées contre l'affaiblissement en vertu de la législation sur la concurrence déloyale, même en l'absence de confusion. La législation coréenne restreint l'application de cette protection aux comportements qui portent atteinte au caractère distinctif spécifique ou à la réputation de l'indication. La législation japonaise exige, pour ouvrir la voie à un recours au titre de l'article 3 de l'UCPA, qu'il soit prouvé qu'il a été nuí aux intérêts commerciaux du propriétaire de l'indication. L'interdiction porte à la fois sur l'atteinte à la réputation et sur l'atteinte par brouillage⁶⁶⁶. Le texte coréen de la disposition étend la protection aux indications "largement connues" au sens de l'article 2.1.a) et 2.1.b) de l'UCTSPA. S'agissant de la relation entre la protection contre l'atteinte et la protection contre la confusion, la Cour suprême de Corée a estimé que certains des exemples de comportement déloyal énumérés se rapportaient à des formes de confusion susceptibles de se chevaucher avec un comportement entraînant une atteinte, compte tenu du libellé de l'article 2.1.a), 2.1.b) et 2.1.c).

En cas de chevauchement, les deux causes d'action peuvent être soulevées en même temps et la Cour a précisé – conformément aux avis de la doctrine – que l'article 2.1.c) de l'UCTSPA devait être compris comme couvrant uniquement les indications célèbres, donc non seulement

⁶⁵⁹ Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits du 14 avril 1891.

⁶⁶⁰ Voir KH Lee (2020), "Article 2.1.(d)", pages 63 à 66.

⁶⁶¹ Cour suprême de Corée, 26 janvier 2006, décision 2004 Do 5124.

⁶⁶² Haute Cour de Séoul, 26 août 2010, décision 2009 Na 122394.

⁶⁶³ Cour suprême de Corée, 27 juin 1989, décision 87 Do 1565.

⁶⁶⁴ Tribunal de district de Nagoya, 15 octobre 1982, citée dans Hanta 190, page 155 "Yamaha".

⁶⁶⁵ Tamura, *Unfair Competition Law*, pages 416 et 417.

⁶⁶⁶ Tamura, *Unfair Competition Law*, pages 236 à 240 et 248 à 250, JS Song (2020), "Article 2.1.(c)", Jung (sous la direction de), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, pages 45 et 46.

connues au-delà des consommateurs et des commerçants cibles mais aussi par les consommateurs en général⁶⁶⁷.

4.2 Imitation servile de la forme des produits

L'UCPA (article 2.1.iii) et l'UCTSPA (article 2.1.i) interdisent l'imitation servile des formes de produits, qui est considérée comme un acte déloyal. La protection est acquise pour trois ans⁶⁶⁸. Il ressort clairement du texte des lois que cette protection ne s'étend pas aux services. Elle ne couvre pas non plus les formes qui sont indispensables à la fonction d'un produit, ou communes ou inévitables pour le type de produit en question⁶⁶⁹. On constate dans la jurisprudence que ces formes sont qualifiées d'indispensables si elles sont nécessaires pour assurer la fonction et l'utilité du produit (fonctionnalité technique) ou pour être concurrentiel sur le terrain⁶⁷⁰, par exemple lorsque la forme considérée est une norme de fait sur le marché sans qu'elle ait un caractère unique individuel⁶⁷¹. La protection contre l'imitation servile est étendue aux dessins et modèles non enregistrés qui ne sont pas couverts par la protection légale des dessins et modèles industriels enregistrés. Elle peut également être invoquée concernant des produits dépourvus de mérite créatif. Ce point la distingue de la protection des dessins et modèles ou du droit d'auteur. Au Japon, la définition de la forme du produit donnée à l'article 2.4 de l'UCPA inclut la forme externe et la forme interne du produit. Cette forme est ainsi définie de manière large, ce qui laisse la possibilité de protéger des formes internes qui ne sont pas forcément visibles lors d'une utilisation ordinaire. Les formes protégées comprennent les éléments bidimensionnels, tels que les motifs sur un produit⁶⁷², ou les parties d'un produit, pour autant que celles-ci soient essentielles à la forme globale du produit et aient une valeur marchande indépendante⁶⁷³. Cette notion est également assez large pour couvrir la présentation combinée de produits dans un ensemble⁶⁷⁴. Par contre, les idées de produits ne sont pas protégées.

4.3 Appropriation illicite de secrets d'affaires

Le Japon et la République de Corée prévoient tous deux la protection des secrets d'affaires dans leur législation sur la concurrence déloyale. Dans ces deux pays, le législateur œuvre activement à cet aspect de la législation sur la concurrence déloyale et a élargi cette protection. Au Japon, au sens de l'article 2.6 de l'UCPA, un secret d'affaires est une information technique ou commerciale utile aux activités commerciales, par exemple une méthode de fabrication ou de commercialisation, qui est gardée secrète et n'est pas connue du public. Cette définition ne dit rien sur la valeur du secret mais impose qu'il soit utile.

Contrairement à l'approche suivie au Japon, la République de Corée exige que l'information ait une valeur économique indépendante et qu'elle soit utile (article 2.2 de l'UCTSPA). Dans la pratique, la Cour suprême de Corée semble donner la priorité au critère de la valeur économique indépendante plutôt qu'à celui de l'utilité⁶⁷⁵. L'appropriation illicite (violation de secrets d'affaires) s'étend aux tiers et comprend donc l'acquisition, l'utilisation et la divulgation illicites par l'acteur principal (article 2.1.iv) de l'UCPA et article 2.3.a) de l'UCTSPA), ainsi que

⁶⁶⁷ Cour suprême de Corée, 14 mai 2004, décision 2002 Da 13782.

⁶⁶⁸ Article 19.v)a) de l'UCPA et article 2.1.i) de l'UCTSPA.

⁶⁶⁹ Au Japon, l'expression "forme commune pour un produit de ce type" a été remplacée dans l'amendement de 2005 par "forme indispensable sur le plan fonctionnel", qui peut inclure la forme commune pour un produit de ce type.

⁶⁷⁰ Cour suprême de Corée, 24 janvier 2017, décision 2015 Da 216758.

⁶⁷¹ Haute Cour de Séoul, 24 avril 2014, décision 2013 Na63211.

⁶⁷² Cour suprême de Corée, 8 février 2002, décision 2000 Da 67839, Haute Cour de Tokyo, 17 décembre 1991, citée dans 22 Mutaishu 2, page 443.

⁶⁷³ SH Park (2020), "Article 2.1(i)", Jung (sous la direction de), *Commentary on the Unfair Competition Prevention Act*, pages 171 à 173.

⁶⁷⁴ Tribunal de district d'Osaka, 19 septembre 1997, 30 Chizai shuu 3, page 501, "Small bear towel set".

⁶⁷⁵ Cour suprême de Corée, 25 août 2011, décision 2011 Do 139.

par les acteurs secondaires et ultérieurs, qui acquièrent des secrets d'affaires auprès des acteurs principaux (article 2.1.v) à 2.1.x) de l'UCPA et articles 2.3.b) à 2.3.f) de l'UCTSPA) en connaissance de cause ou du fait d'une négligence grave. Les deux pays prévoient une responsabilité civile ainsi qu'une responsabilité pénale. En particulier, à la suite de la révision de 2015 de la loi sur les secrets d'affaires au Japon, le commerce de choses (y compris les programmes informatiques) résultant de l'appropriation illicite de secrets techniques a été ajouté explicitement à la liste des comportements déloyaux donnée à l'article 2.1.x) de l'UCPA. La protection de droit civil des secrets d'affaires est limitée dans le temps. Par exemple, le droit de demander une injonction s'éteint après 20 ans au Japon et après 10 ans en République de Corée, à compter du moment où l'acte illicite a été accompli ou, si le détenteur du secret d'affaires ne fait pas valoir son droit, dans un délai de 3 ans après qu'il a eu connaissance du fait illicite et de l'identité de l'auteur de l'acte illicite. (Article 15.1 de l'UCPA, article 14 de l'UCTSPA). Le droit de demander des dommages et intérêts n'est pas réglementé de façon distincte mais est bel et bien disponible, sous réserve des mêmes délais, dans le cadre de l'action en responsabilité pour délit civil prévue à l'article 724 du Code civil japonais et à l'article 766 du Code civil coréen. La loi coréenne (article 13 de l'UCTSPA) exonère de responsabilité civile l'acteur qui utilise ou divulgue de bonne foi (sans avoir connaissance d'une violation et sans négligence grave) un secret commercial qui a été acquis légalement à la suite d'une transaction. L'exemption japonaise est plus large. Elle ne se limite pas à la seule responsabilité civile et inclut les commerçants de choses résultant de secrets techniques détournés. Les deux pays prévoient une sanction pénale pour l'utilisation abusive de secrets d'affaires à l'étranger (article 21.6 de l'UCPA et article 18 de l'UCTSPA), ce qui ouvre une possibilité d'application extraterritoriale.

4.4 Réponses aux nouvelles technologies

Trois types d'actes de concurrence déloyale répertoriés ont trait aux avancées technologiques : les comportements déloyaux qui concernent les noms de domaine (visés au Japon et en République de Corée), les mesures techniques de protection (Japon) et la protection directe des données (Japon).

Plus précisément, les noms de domaine des sites Web sont protégés contre le "squat" (article 2.1.xix) de l'UCPA et article 2.1.h) de l'UCTSPA). La disposition japonaise exige, pour accorder cette protection, qu'il y ait eu acquisition en vue d'un gain illicite ou avec l'intention de nuire. Elle ne prévoit que des recours civils. La loi coréenne limite la protection aux indications largement connues en République de Corée. Mais elle interdit un éventail plus large d'objectifs d'acquisition déloyaux, par exemple l'acquisition dans l'intention de réaliser des bénéfices commerciaux.

En ce qui concerne les mesures techniques de protection, le Japon prévoit une interdiction détaillée du commerce de dispositifs et de logiciels qui permettent de contourner ces mesures (article 2.1.xvii) et 2.1.xviii) de l'UCPA). La loi coréenne sur la concurrence déloyale, en revanche, ne contient pas de dispositions spécifiques contre le commerce de tels dispositifs. Cette interdiction est contenue dans une partie de la loi sur le droit d'auteur (article 104*bis* de la loi coréenne sur le droit d'auteur).

Dans le contexte de l'économie axée sur les données, le Japon a introduit une nouvelle forme de protection contre l'appropriation illicite de données, couvrant l'acquisition, la divulgation et l'utilisation illicites de données par des acteurs primaires ou secondaires (articles 2.1.xi) à 2.1.xvi) de l'UCPA). Cette protection est étendue aux données partagées avec accès limité, définies à l'article 2.7 de l'UCPA comme des informations techniques ou commerciales accumulées dans une mesure importante, gérées par des moyens électroniques ou magnétiques et destinées à être fournies régulièrement à certaines personnes (à l'exclusion des informations tenues secrètes). Cette définition couvre les mégadonnées dont l'accès est contrôlé et qui ne répondraient pas aux critères pour bénéficier de la protection des secrets

d'affaires ou des droits d'auteur. Des recours civils (injonction et dommages-intérêts) sont possibles, mais il n'existe aucun recours pénal. Le droit coréen ne prévoit aucune forme de protection spécifique équivalente. Toutefois, comme on le voit dans la partie 4.5, l'interdiction générale de l'utilisation sans contrepartie déloyale peut servir à interdire des comportements similaires concernant les données.

4.5 Appropriation illicite d'idées commerciales et utilisation sans contrepartie déloyale (Corée)

En Corée, l'utilisation ou le partage déloyal d'idées techniques ou commerciales précieuses divulguées au cours de négociations ou de transactions figure dans la liste des comportements déloyaux (article 2.1.j) de l'UCTSPA). Cette protection est offerte pour des idées précises, qui ont été partagées lors de négociations ou de transactions. Toutefois, pour être protégée, l'idée précise doit avoir de la valeur et ne pas être déjà connue du destinataire.

En outre, il existe en République de Corée une interdiction générale de l'utilisation sans contrepartie déloyale. L'article 2.1.k) de l'UCTSPA interdit tout autre acte portant atteinte aux intérêts économiques d'autrui par l'utilisation d'acquis obtenus par autrui à la suite d'investissements ou d'efforts substantiels, pour sa propre entreprise et sans autorisation, d'une manière contraire aux usages loyaux en matière commerciale ou à l'ordre concurrentiel. Il s'agit en quelque sorte d'une codification de la jurisprudence antérieure dans laquelle la Cour suprême⁶⁷⁶ avait estimé que le fait de profiter injustement de l'acquis d'autrui – qui est le fruit d'un investissement – et de l'utiliser pour son propre bénéfice au détriment de l'autre personne constitue un délit civil. L'expression "tout autre acte" donne à penser que cette disposition couvre des formes de comportement qui ne relèvent pas d'un acte de concurrence déloyale déjà répertorié. Cette disposition doit donc être utilisée comme une forme complémentaire de protection. Une interprétation *a contrario* du texte de l'article 2.1.k) de l'UCTSPA indiquerait que les acquis qui ne nécessitent pas des investissements ou des efforts substantiels ne sont pas visés par cette protection et que, par conséquent, leur utilisation par autrui ne porte pas atteinte à la concurrence loyale. Pour déterminer si un comportement est contraire aux usages loyaux en matière commerciale ou à l'ordre concurrentiel, il faut en fin de compte analyser les normes et coutumes commerciales ainsi que l'utilité sociale. Les tribunaux semblent faire attention à ne pas appliquer la clause générale de manière trop large. Par exemple, la Haute Cour de Séoul a estimé que l'utilisation de noms d'artistes comme mots de recherche dans des publicités par mots clés n'était pas contraire aux usages loyaux en matière commerciale au sens de l'article 2.1.k) de l'UCTSPA⁶⁷⁷.

L. ASSOCIATION DES NATIONS DE L'ASIE DU SUD-EST (ASEAN)*

L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) a été créée en 1967 par l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour et la Thaïlande⁶⁷⁸. Elle a ensuite été élargie au Brunéi Darussalam (en 1984), au Viet Nam (en 1995), au Myanmar (en 1997), à la République démocratique populaire lao (en 1997) et au Cambodge (en 1999). Au moment de la rédaction

⁶⁷⁶ Cour suprême, 25 août 2010, décision 2008 Ma 1541, Cour suprême, 29 mars 2012, décision 2010 Da 20044.
⁶⁷⁷ Haute Cour de Séoul, 30 janvier 2015, décision 2014 Na 2006129.

* Mme Irene Calboli, professeure, Texas A&M University School of Law, Fort Worth, États-Unis d'Amérique; chargée d'enseignement, Melbourne Law School, Melbourne, Australie; professeure invitée, Singapore University of Social Science, Singapour. L'auteure remercie ses collègues dans les différents pays de l'ASEAN qui l'ont aidée à rassembler les informations relatives aux dispositions légales et aux affaires jugées sur le thème de la concurrence déloyale. Elle reste responsable de toute erreur ou omission.

⁶⁷⁸ Déclaration de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est de 1967 (Déclaration de Bangkok), 8 août 1967, I.L.M. 1233.

du présent rapport, tous les membres de l'ASEAN sont membres de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et, à l'exception du Myanmar, sont parties à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris)⁶⁷⁹.

L'objectif des États fondateurs de l'ASEAN était de mettre en place une organisation économique régionale; en 2015 a été créée la Communauté économique de l'ASEAN⁶⁸⁰. Toutefois, contrairement à l'Union européenne (UE), l'ASEAN ne cherche pas à harmoniser le droit national au moyen d'instruments régionaux⁶⁸¹. Il n'existe donc pas un système régional harmonisé régissant les lois sur la propriété intellectuelle et la protection contre la concurrence déloyale dans les pays membres de l'ASEAN. Au lieu de cela, ceux-ci suivent les principes de consensus et de non-ingérence dans les politiques nationales, ce que l'on appelle "l'ASEAN Way"⁶⁸².

Les membres de l'ASEAN visent essentiellement à renforcer la coopération régionale dans plusieurs domaines et ont mis en place plusieurs initiatives à cette fin⁶⁸³. Celles-ci incluent des plans d'action concernant le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs⁶⁸⁴. Même s'ils ne sont pas juridiquement contraignants pour les membres de l'ASEAN, ces plans ont joué un rôle important dans la promotion de l'adoption et de la mise à jour des lois nationales sur la propriété intellectuelle dans la région.

Pourtant, à l'heure de la rédaction du présent rapport, les sources principales et seules sources juridiques régissant le droit matériel de la concurrence déloyale sont toujours les lois nationales des différents membres de l'ASEAN. Ce sont ces lois qui font l'objet du présent rapport, qui offre une analyse générale – et limitée – du mécanisme national que les membres de l'ASEAN utilisent pour mettre en œuvre l'article 10*bis* de la Convention de Paris. Le présent rapport met également en évidence les différences dans les traditions juridiques des membres de l'ASEAN, qui compliquent encore l'harmonisation. En particulier, le Brunéi Darussalam, la Malaisie, le Myanmar et Singapour ont des systèmes de *common law*; le Cambodge, l'Indonésie, la République démocratique populaire lao et le Viet Nam ont des systèmes de droit romano-civiliste; les Philippines et la Thaïlande ont des systèmes hybrides, qui sont essentiellement des systèmes de droit romano-civiliste mais avec une influence de la *common law*. Globalement, les réglementations concernant la concurrence déloyale des pays de ces

⁶⁷⁹ Même s'il n'est pas encore partie à la Convention de Paris, le Myanmar en suit le principe en tant que membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

⁶⁸⁰ La Communauté de l'ASEAN compte trois piliers : la Communauté de sécurité, la Communauté économique et la Communauté socioculturelle. Ces piliers constituent la feuille de route pour une Communauté de l'ASEAN 2009-2015.

⁶⁸¹ Pour une analyse détaillée de la création de la Communauté de l'ASEAN, voir Stefano Inama et Edmund W. Sim, *The Foundation of the ASEAN Economic Community: An Institutional and Legal Profile*, Cambridge: Cambridge University press, 2015.

⁶⁸² Traité d'amitié et de coopération en Asie du Sud-Est, 24 février 1976.

⁶⁸³ Déclaration sur le Plan de la Communauté économique de l'ASEAN (ci-après "Plan de la Communauté économique de l'ASEAN"), 2007.

⁶⁸⁴ Plan de la Communauté économique de l'ASEAN, 2007, B1 "Politique de la concurrence", B2 "Protection des consommateurs", B3 "Propriété intellectuelle". En ce qui concerne la propriété intellectuelle, les membres de l'ASEAN ont adopté l'Accord-cadre de l'ASEAN sur la coopération en matière de propriété intellectuelle, en vertu duquel ils ont créé le groupe de travail de l'ASEAN sur la coopération en matière de propriété intellectuelle (AWGIPC). Voir ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation, 15 décembre 1995, WIPO Lex. No. TRT/ASEAN-IP/001. La dernière initiative en date de ce groupe de travail est le plan d'action de l'ASEAN sur les droits de propriété intellectuelle pour 2016-2025, qui vise essentiellement à faciliter la création de bases de données régionales et à favoriser la coopération régionale. S'agissant du droit de la concurrence, les membres de l'ASEAN ont créé un groupe de travail composé de représentants des autorités nationales de la concurrence, qui a adopté le plan d'action de l'ASEAN en matière de concurrence. Les membres de l'ASEAN ont également créé le comité de l'ASEAN pour la protection des consommateurs, qui met en œuvre le plan d'action de l'Association en la matière.

trois groupes présentent de fortes similitudes. Cela n'a rien d'étonnant compte tenu de l'histoire et des traditions communes de bon nombre d'entre eux⁶⁸⁵.

1. Cadre législatif

Même si l'Association ne réglemente pas la concurrence déloyale au niveau régional, le premier Plan de la Communauté économique de l'ASEAN soulignait en 2007 que la politique de concurrence de l'ASEAN avait pour principal objectif de favoriser une culture de concurrence loyale⁶⁸⁶. La version 2015-2025 du Plan confirme l'importance de règles de concurrence applicables qui proscrivent les activités anticoncurrentielles et constituent un instrument nécessaire pour soutenir le développement d'une région plus compétitive et innovante⁶⁸⁷. Il ressort de ces orientations générales que les membres de l'ASEAN voient dans la concurrence loyale un instrument fondamental pour favoriser l'intégration économique dans la région.

Comme cela a été dit, les dispositions pertinentes relatives à la législation sur la concurrence déloyale au sein de l'ASEAN se trouvent dans les lois des membres de l'Association. Globalement, on constate à ce sujet des similitudes entre les pays de droit romano-civiliste et les pays de *common law*, même si des différences caractérisent chaque membre de l'ASEAN.

On notera qu'aucun membre de l'ASEAN n'a adopté à ce jour une loi spécifique et autonome sur la concurrence déloyale. Au lieu de cela, chaque membre de l'ASEAN interdit la concurrence déloyale par un ensemble de dispositions qui se trouvent dans les lois sur la propriété intellectuelle, les lois sur la protection des consommateurs et la concurrence et les lois relatives à la réglementation de la publicité. Plusieurs membres de l'ASEAN répondent aussi à la concurrence déloyale en définissant des délits économiques, notamment la substitution, la déclaration mensongère faite dans l'intention de dénigrer ou de nuire, la divulgation d'informations confidentielles et la diffamation. À l'exception du Viet Nam⁶⁸⁸, les membres de l'ASEAN n'ont pas non plus adopté de lois spécifiques sur la publicité et réglementent généralement ce secteur par leurs lois sur la protection des consommateurs.

En ce qui concerne les pays de droit romano-civiliste, au Cambodge, en Indonésie, en République démocratique populaire lao et au Viet Nam, la protection contre la concurrence déloyale est partiellement incluse dans les lois nationales sur la propriété intellectuelle (République démocratique populaire lao⁶⁸⁹), les codes de la propriété intellectuelle (Viet Nam⁶⁹⁰) et les lois sur les marques (Cambodge⁶⁹¹ et Indonésie⁶⁹²). Cette approche suit de près la tradition des pays de droit romano-civiliste en général, qui ont souvent mis en œuvre la protection contre la concurrence déloyale dans le cadre de leurs lois nationales sur la propriété intellectuelle⁶⁹³.

⁶⁸⁵ Voir, de manière générale, Mohamad Faisol Keling, Mohamad Nasir Saludin et Shukri Shuib, "The Development of ASEAN from Historical Approach", Canadian Centre of Science and Education, 2011, consultable à l'adresse repo.uum.edu.my/7270/1/6426.pdf.

⁶⁸⁶ Plan de la Communauté économique de l'ASEAN, 2007, par. 41.

⁶⁸⁷ Plan de la Communauté économique de l'ASEAN, 2015-2025.

⁶⁸⁸ Loi n° 16/2012/QH13 sur la publicité (Viet Nam) [ci-après loi sur la publicité du Viet Nam].

⁶⁸⁹ Loi sur la propriété intellectuelle (modifiée) 2017 n° 322/P (République démocratique populaire lao) [ci-après loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao].

⁶⁹⁰ Loi n° 50/2005/QH11 sur la propriété intellectuelle (Viet Nam) [ci-après loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam].

⁶⁹¹ Loi sur les marques, les noms commerciaux et les actes de concurrence déloyale (2006) NS/RKM/0202/006 (Cambodge) [ci-après loi sur les marques et les indications géographiques du Cambodge].

⁶⁹² Loi n° 20 de 2016 concernant les marques et les indications géographiques (Indonésie) [ci-après loi sur les marques et les indications géographiques de l'Indonésie].

⁶⁹³ Voir les rapports résumant la protection contre la concurrence déloyale dans l'Union européenne (UE) et dans d'autres pays de droit romano-civiliste dans ce volume.

Par ailleurs, les membres de l'ASEAN qui ont un système de *common law* mettent en œuvre une protection contre la concurrence déloyale en définissant des délits économiques. Cela suit largement la tradition juridique du Royaume-Uni, qui est le modèle commun à ces juridictions⁶⁹⁴. Notamment, au Brunei Darussalam⁶⁹⁵, en Malaisie⁶⁹⁶, au Myanmar⁶⁹⁷ et à Singapour⁶⁹⁸, l'utilisation non autorisée de signes similaires à des marques non enregistrées et les autres actes qui créent une confusion ou qui induisent autrement les consommateurs en erreur et qui reposent sur des moyens contraires aux usages honnêtes en matière commerciale sont interdits en ce qu'ils relèvent du délit de substitution. Outre ce délit, les membres de l'ASEAN qui ont un système de *common law* protègent également contre la concurrence loyale au moyen du délit de déclaration mensongère faite dans l'intention de dénigrer ou de nuire et de diffamation⁶⁹⁹.

Il est intéressant de noter que la substitution constitue également un moyen d'action dans les systèmes hybrides, au moyen de dispositions particulières dans le Code sur la propriété intellectuelle des Philippines⁷⁰⁰ et du Code civil et commercial de la Thaïlande⁷⁰¹. Cela traduit de nouveau l'évolution historique de ces pays et l'influence que cette évolution a sur les législations nationales.

En outre, tous les membres de l'ASEAN – systèmes de droit romano-civiliste, de *common law* et hybrides – ont dans leurs lois nationales sur la concurrence des dispositions relatives à la protection contre la concurrence déloyale⁷⁰². Le droit de la concurrence est l'un des domaines juridiques les plus développés de l'ASEAN, avec une influence considérable de la tradition de l'Union européenne⁷⁰³. De même, tous les membres de l'ASEAN adoptent des lois nationales de protection des consommateurs, qui comprennent des dispositions relatives à la réglementation de la concurrence déloyale, notamment en ce qui concerne l'interdiction de la publicité mensongère et des pratiques illicites similaires⁷⁰⁴. Là encore, l'influence de la tradition

⁶⁹⁴ Voir, par exemple, Kwai Hang Ng et Brynna Jacobson, "How Global is the Common Law? A Comparative Study of Asian Common Law Systems – Hong Kong, Malaysia, and Singapore", *Asian Journal of Comparative Law* 12 (2017), page 209.

⁶⁹⁵ Voir "Country: Brunei Darussalam", consultable à l'adresse <https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/en/pdf/asean/brunei.pdf>.

⁶⁹⁶ Voir Tay Pek San, *Intellectual property Law in Malaysia*, 2d. ed., Sweet & Maxwell 2020 (pages 49 à 117).

⁶⁹⁷ Voir Akin Gump, *Myanmar: Protection of Trademarks in Myanmar*, 25 avril 2000, *Mondaq*, consultable à l'adresse <https://www.mondaq.com/trademark/8597/protection-of-trade-marks-in-myanmarsup1sup>.

⁶⁹⁸ Voir Ng-Loy Wee Loon, *Law of Intellectual Property in Singapore*, 2d ed., Sweet & Maxwell 2014 (pages 237 à 307).

⁶⁹⁹ Voir, par exemple, Gerald Tan, *Legal Systems in ASEAN – Singapore, Chapter 5—Business Law (Part 3): The Law of Torts*, consultable à l'adresse <https://www.aseanlawassociation.org/wp-content/uploads/2019/11/ALA-SG-legal-system-Part-5-3.pdf>.

⁷⁰⁰ Code de la propriété intellectuelle, RA n° 8293 (1997) tel que modifié, article 168 (Philippines) [ci-après dénommé Code de la propriété intellectuelle des Philippines].

⁷⁰¹ Code civil et commercial tel que modifié, article 18 (Thaïlande); loi sur les marques B.E. 2534 modifiée par la loi sur les marques (n° 2) B.E. 2543 et la loi sur les marques (n° 3) B.E. 2559, article 46 (Thaïlande) [ci-après dénommée loi sur les marques de la Thaïlande]. Voir également Surutchada Reekie et Adam Reekie, "A Comparative Analysis of the Protection of Trade Names Under the English Tort of Passing Off and Section 18 of Thailand's Civil and Commercial Code", *Asian Journal of Comparative Law* 11 (1) (2016), pages 1 à 26.

⁷⁰² Pour la liste des lois nationales, voir "Competition Policy in ASEAN", <https://www.asean-competition.org> (en outre, le Cambodge a adopté en octobre 2021 une loi nationale sur la concurrence).

⁷⁰³ Voir, par exemple, Burton Ong, "Competition Law and Policy in the ASEAN Region: Origins, Objectives and Opportunities", Burton Ong (sous la direction de), *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*, Cambridge: Cambridge University Press 2018 (pages 1 à 30); Josef Drexl, "The Transplantability of the EU's Competition Law Framework into the ASEAN Region", Burton Ong (sous la direction de), *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*, Cambridge: Cambridge University Press 2018 (pages 210 à 235).

⁷⁰⁴ Pour la liste des lois nationales, voir "Consumer Protection in ASEAN: Latest Country Updates", <https://aseanconsumer.org>.

de l'Union européenne sert de modèle pour la région et les lois des différents membres de l'ASEAN sur la protection des consommateurs⁷⁰⁵.

Globalement, compte tenu des lois en vigueur, la protection contre la concurrence déloyale dans les différents membres de l'ASEAN repose à la fois sur des considérations liées à la sauvegarde de la concurrence sur le marché et sur la protection des intérêts des consommateurs en matière de concurrence non faussée. Toutefois, les préoccupations en matière de concurrence semblent jouer un rôle plus important dans le développement économique national et régional, ce qui est conforme à l'objectif principal des différents membres de l'ASEAN⁷⁰⁶ et de l'Association dans son ensemble. À cet égard, comme mentionné, les mesures prises contre la concurrence déloyale sont considérées comme un instrument crucial pour établir un environnement commercial compétitif et, ainsi, contribuer au développement économique de l'ASEAN et de ses membres.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commercial

Conformément à l'approche décrite ci-dessus, les membres de l'ASEAN prennent différentes mesures pour appliquer l'article 10*bis*.2) de la Convention de Paris, qui introduit la notion d'usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Comme indiqué dans la partie précédente, les pays de droit romano-civiliste, d'une part, et les pays de *common law*, d'autre part, suivent globalement deux approches similaires, mais pas identiques, à ce sujet. Plus précisément, les pays de droit romano-civiliste ont tendance à mettre en œuvre, plus ou moins directement, cet article dans leurs lois nationales, ce qui n'est pas le cas des pays de *common law*.

Ainsi, le Cambodge et la République démocratique populaire lao, pays de droit romano-civiliste, ont repris mot pour mot l'article de la Convention dans leurs lois sur la propriété intellectuelle et sur la concurrence déloyale. Il y est disposé que tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ou en matière de services est considéré comme un acte de concurrence déloyale⁷⁰⁷. Cela étant, au moment de la rédaction du présent article, aucun de ces deux pays n'a ni précisé le sens de ces dispositions, ni proposé une interprétation judiciaire de la notion d'usages honnêtes. Rien de surprenant à cela dans la mesure où ils ont adopté leurs lois sur la propriété intellectuelle relativement récemment.

Le Code de la propriété intellectuelle des Philippines – système hybride largement inspiré du droit romano-civiliste – donne une définition spécifique de la concurrence déloyale dans les entreprises agricoles, commerciales ou industrielles ou dans le domaine du travail⁷⁰⁸. Plus précisément, la concurrence déloyale y est définie comme le recours à la force, l'intimidation, la tromperie, la machination ou toute autre méthode injuste, oppressive ou autoritaire⁷⁰⁹. Le Code dispose en outre que quiconque ayant recours à la tromperie ou à tout autre moyen contraire à

⁷⁰⁵ Voir les contributions dans Luke Nottage, Justin Malbon, Jeannie Paterson et Caron Beaton-Wells, *ASEAN Consumer Law Harmonisation and Cooperation*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

⁷⁰⁶ Par exemple, l'article 6.d) de la loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam dispose expressément que les droits à la répression de la concurrence déloyale sont établis sur la base du principe de concurrence en matière commerciale.

⁷⁰⁷ Loi sur les marques et les indications géographiques du Cambodge, article 22; loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao, article 124.

⁷⁰⁸ Code de la propriété intellectuelle des Philippines, article 28.

⁷⁰⁹ *Idem*.

la bonne foi pour faire passer ses produits pour ceux d'autrui ou pour conduire ses affaires sera considéré comme coupable de concurrence déloyale⁷¹⁰.

En revanche, l'Indonésie et le Viet Nam ne semblent pas avoir inclus dans leur législation sur la propriété intellectuelle une disposition officielle qui traiterait spécialement des usages honnêtes ou malhonnêtes⁷¹¹. Cependant, les actes que les sujets de droit doivent poser dans un contexte de concurrence loyale sont qualifiés d'honnêtes ou de justes dans les législations de ces deux pays. Par exemple, la loi indonésienne sur les monopoles et la concurrence déloyale qualifie de déloyale la concurrence entre entrepreneurs dans les activités de production et/ou dans la commercialisation de produits et/ou de services qui est menée d'une façon déloyale ou contraire à la loi ou qui entrave la concurrence⁷¹². De même, la loi vietnamienne de 2018 sur la concurrence qualifie de concurrence déloyale les actes de concurrence des entreprises qui sont contraires aux principes de bonne foi et d'honnêteté et aux normes et standards commerciaux⁷¹³.

Le qualificatif "juste" revient aussi dans plusieurs dispositions de la loi sur la concurrence commerciale de la Thaïlande – autre système hybride largement inspiré du droit romano-civiliste – bien que cela soit dans le contexte de la prévention des monopoles et des pratiques commerciales déloyales, qui vise à la fois les monopoles et les autres pratiques anticoncurrentielles⁷¹⁴. Hormis cet exemple, la Thaïlande ne semble pas inclure la notion d'usages honnêtes ou malhonnêtes dans sa législation concernant la propriété intellectuelle.

On ne trouve pas non plus de définition de la "concurrence déloyale" ou des actes contraires aux "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" dans les lois sur la propriété intellectuelle des membres de l'ASEAN au système de *common law*. Par contre, ces pays introduisent expressément la notion d'usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale dans leurs lois sur les marques et les indications géographiques, s'agissant des exceptions et des limitations aux droits conférés par les marques et les indications géographiques⁷¹⁵. Autrement dit, les lois nationales renvoient à cette notion pour déterminer quels actes peuvent être posés sans le consentement des titulaires des droits de propriété intellectuelle.

En particulier, le Brunéi Darussalam, la Malaisie et Singapour, par une formulation apparemment identique dans leurs lois, qualifient certains actes comme non constitutifs d'une atteinte à la marque. Il en va ainsi de l'utilisation d'une marque par un tiers pour désigner : a) son propre nom ou son adresse; b) le type, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, le moment de la production des produits ou de la prestation des services ou d'autres caractéristiques des produits ou des services; ou c) la destination d'un

⁷¹⁰ Ibid., article 168.2. Voir aussi *Co c. époux Yeung*, G.R. n° 212705, 10 septembre 2014; *San Miguel Pure Foods Co., Inc. c. Foodsphere, Inc.*, G.R. n°s 217781 et 217788, 20 juin 2018; *Petron Corp. c. Yao, Sr.*, G.R. n° 243328, 18 mars 2021.

⁷¹¹ Commentaire sur la loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao, article 124, par. 21 "Application".

⁷¹² Loi n° 5 de 1999 interdisant les monopoles et la concurrence déloyale, article 1.6 (Indonésie) [ci-après dénommée loi sur la concurrence de l'Indonésie].

⁷¹³ Loi sur la concurrence de 2018 (remplaçant la loi de 2004), article 3.6 (Viet Nam). L'article 5.2 dispose en outre que la concurrence doit être menée dans le respect des principes d'honnêteté et d'équité ainsi que des intérêts de l'État, des intérêts publics et des droits et intérêts légitimes des entreprises et des consommateurs. Ibid.

⁷¹⁴ Loi sur la concurrence commerciale de 2560 (ère bouddhique) (2017), chapitre 3 (Thaïlande) [ci-après dénommée loi sur la concurrence de la Thaïlande].

⁷¹⁵ Loi de 2000 sur les marques (modifiée en 2014 et en 2017), article 14 et annexes sur les marques de certification et les marques collectives (Brunéi Darussalam) [ci-après dénommée loi sur les marques du Brunéi Darussalam]; loi de 2019 sur les marques, articles 55.1) et 77 et annexes sur les marques de certification et les marques collectives (Malaisie) [ci-après dénommée loi sur les marques de Malaisie]; loi de 1998 sur les marques (révisée en 2005), article 28.1) (Singapour) [ci-après dénommée loi sur les marques de Singapour].

produit ou d'un service – à condition que cette utilisation soit conforme aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale⁷¹⁶. On ne trouve toutefois pas de disposition similaire dans la loi de 2019 sur les marques du Myanmar, qui n'est pas encore entrée en vigueur⁷¹⁷.

Les États membres de l'ASEAN de *common law* ne sont pas les seuls à recourir à la notion d'usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale dans le contexte des exceptions et limitations aux droits découlant des marques. On trouve dans certaines dispositions de la loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam le même libellé que dans les lois du Brunei Darussalam, de la Malaisie et de Singapour⁷¹⁸. Le Code de la propriété intellectuelle des Philippines contient une disposition similaire concernant les exceptions aux marques, même si le texte ne fait pas directement référence aux usages honnêtes mais indique que l'utilisation de la marque ne peut pas induire le public en erreur quant à l'origine des produits⁷¹⁹. Les législations du Cambodge, de la République démocratique populaire lao et de la Thaïlande, par contre, ne semblent pas inclure des dispositions similaires.

Globalement, il ressort de l'analyse des dispositions en vigueur au sein des États membres de l'ASEAN que les décideurs et le pouvoir judiciaire suivent une approche combinée pour déterminer ce qui est conforme aux usages honnêtes, même si, comme cela a été dit, les exemples d'application pratique de ces dispositions restent peu nombreux. Plus précisément, les autorités compétentes semblent suivre une approche normative qui repose sur la notion d'honnêteté dans le secteur, combinée à une approche empirique fondée sur les usages dans le secteur et à une approche économique visant à optimiser le fonctionnement du marché⁷²⁰.

Par exemple, à Singapour, la Cour d'appel a affirmé que la notion d'usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale comportait à la fois des éléments subjectifs et des éléments objectifs et que, lors de l'appréciation des faits, les tribunaux devaient tenir compte des normes et pratiques courantes dans le secteur ou l'activité en question⁷²¹. Plus important encore, la Cour a estimé que toute utilisation non conforme aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale devait être considérée comme une atteinte à la marque enregistrée si cette utilisation sans motif valable tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou lui porte préjudice⁷²². Pour citer un autre exemple, les tribunaux philippins ont souligné que les pratiques déloyales présentaient deux caractéristiques : 1) elles portent préjudice à un concurrent ou à un rival commercial; 2) elles s'accompagnent d'actes qui sont contraires à la bonne conscience, choquants pour les sensibilités judiciaires ou autrement illicites⁷²³. Les tribunaux philippins ont également insisté sur deux éléments essentiels d'une action en concurrence déloyale : a) l'apparence similaire des produits qui prête à confusion; b) l'intention de tromper le public et de flouer un concurrent, ce qui ne nécessite pas une intention frauduleuse réelle⁷²⁴.

⁷¹⁶ Voir la note précédente. À cet égard, les dispositions dans ces pays suivent de près l'approche adoptée dans l'UE, notamment l'article 14.2) du règlement sur la marque de l'UE et l'article 14.2) de la directive sur la marque de l'UE.

⁷¹⁷ Loi n° 3 sur les marques (Pyidaungsu Hluttaw) (Myanmar).

⁷¹⁸ Loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam, articles 125.2.g et 125.2.h.

⁷¹⁹ Code de la propriété intellectuelle des Philippines, article 148.

⁷²⁰ Cela semble également être l'avis des praticiens privés, des universitaires et de certains fonctionnaires de ces pays que l'auteure a consultés lors de l'élaboration du présent article.

⁷²¹ *Audience Motivation Company Asta c. AMC Live Group China*, 216 SGCA 25.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Voir, par exemple, *Willaware Products Corp. c. Jesichris Manufacturing Corp.*, G.R. n° 195549, 3 septembre 2014.

⁷²⁴ Voir *Petron Corp. c. Yao, Sr.*, G.R. n° 243328, 18 mars 2021; *San Miguel Pure Foods Co., Inc. c. Foodsphere, Inc.*, G.R. nos 217781 et 217788, 20 juin 2018.

D'une manière générale, l'interprétation de la notion d'usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale semble une fois de plus confirmer que les membres de l'ASEAN se concentrent essentiellement et systématiquement sur des préoccupations d'ordre économique et sur la protection des concurrents pour définir ce qu'est l'honnêteté dans le cadre des échanges commerciaux.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

Les membres de l'ASEAN adoptent aussi des approches différentes lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles concernant certains actes de concurrence déloyale visés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris, notamment 1) les actes qui créent une confusion avec des concurrents, 2) les allégations fausses, de nature à discréditer et dénigrantes et 3) les autres pratiques trompeuses. D'un côté, les pays de droit romano-civiliste ont de nouveau tendance à offrir la protection contre certains actes de concurrence déloyale en l'intégrant dans leur législation nationale sur la propriété intellectuelle, même s'il y a de nouveau des variantes dans la mise en œuvre. De l'autre, les pays de *common law* se fondent essentiellement sur les délits de substitution et de déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire.

Plus précisément, le Cambodge et la République démocratique populaire lao, pays de droit romano-civiliste, ont repris mot pour mot l'article 10*bis*.3) dans leur législation nationale⁷²⁵. Mais aucun d'eux ne s'attarde, dans sa législation, sur l'interprétation des actes énumérés, ni n'en donne des exemples. De même, les tribunaux n'ont, au moment de la rédaction du présent document, interprété ces dispositions dans aucun des deux pays. Il est intéressant de noter que la loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao ajoute une quatrième catégorie à la liste de l'article 10*bis*.3) et interdit également l'utilisation directe ou indirecte d'une fausse indication de la provenance d'un produit ou de l'identité du producteur, du fabricant ou du commerçant⁷²⁶. Cette protection s'étend à toutes les indications commerciales, y compris les marques non enregistrées et les indications géographiques. Mais, là non plus, aucune décision n'a pour l'instant été rendue pour interpréter cette disposition.

Une disposition similaire protégeant les "indications de provenance" figure également dans l'actuelle loi sur les marques et les indications géographiques de l'Indonésie⁷²⁷. Là non plus, la loi indonésienne ne détaille pas les actes contre lesquels ces indications sont protégées et dispose simplement qu'elles le sont sans obligation d'enregistrement, sur simple déclaration que le signe indique la véritable origine des produits et/ou des services et est utilisé dans le cadre d'échanges commerciaux⁷²⁸. L'Indonésie ne semble pas non plus utiliser une formulation similaire à celle de l'article 10*bis*.3) dans le cadre de sa législation sur la propriété intellectuelle. Au lieu de cela, elle traite des pratiques commerciales déloyales dans la loi sur la concurrence et dans la récente réglementation gouvernementale (de 2021) sur la lutte contre les monopoles et la concurrence déloyale⁷²⁹. Comme indiqué dans la partie précédente, la loi indonésienne sur la concurrence définit la concurrence commerciale déloyale et traite de divers comportements anticoncurrentiels, qui englobent généralement les pratiques équivalant aux actes énumérés à l'article 10*bis*.3)⁷³⁰.

⁷²⁵ Loi sur les marques et les indications géographiques du Cambodge, article 22; loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao, article 124.

⁷²⁶ Loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao, article 124.

⁷²⁷ Loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao, article 65.

⁷²⁸ Ibid.

⁷²⁹ Loi sur la concurrence de l'Indonésie, article 1.6. En revanche, il n'existe aucune traduction (officielle ou officieuse) de la réglementation gouvernementale n° 44 de 2021 portant mise en œuvre de l'interdiction des pratiques monopolistiques et de la concurrence commerciale déloyale, adoptée le 2 février 2021.

⁷³⁰ Loi sur la concurrence de l'Indonésie, article 1.6.

Comme l'Indonésie, la Thaïlande ne met pas en œuvre les différentes catégories énumérées à l'article 10*bis*.3) dans sa législation sur la propriété intellectuelle. La seule indication pertinente à ce sujet est la disposition de la loi sur les marques dans laquelle est reconnu le droit du propriétaire d'une marque non enregistrée d'intenter une action en justice contre quiconque fait passer ses produits pour les siens⁷³¹.

D'un autre côté, toujours en Thaïlande, la concurrence déloyale est régie par la loi sur la concurrence commerciale, qui restreint de manière générale les pratiques anticoncurrentielles sur le marché⁷³².

En revanche, la loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam donne une description détaillée de la concurrence déloyale. Constituent notamment des actes de concurrence déloyale :

a) l'utilisation d'indications commerciales pour créer une confusion concernant les entités commerciales, les activités ou l'origine des produits; b) l'utilisation d'indications commerciales pour créer une confusion sur l'origine et les caractéristiques des produits⁷³³. On entend par indications commerciales les signes et informations qui donnent des indications dans le commerce de biens ou de services, par exemple les marques, les dénominations commerciales, les symboles et slogans commerciaux, les indications géographiques, les designs des emballages et/ou les étiquettes de produits⁷³⁴. Quant aux actes constitutifs d'utilisation d'indications commerciales, ils comprennent l'apposition de ces indications sur des produits, des emballages, des supports de prestation de services, des documents commerciaux ou des supports publicitaires ainsi que la vente, la promotion, l'entreposage aux fins de vente et l'importation de produits pourvus de ces indications commerciales⁷³⁵. Les actes interdits sont plus nombreux que ceux énoncés dans la Convention de Paris et incluent : c) l'utilisation de marques protégées dans des pays signataires de traités auxquels le Viet Nam est partie et en vertu desquels il est interdit aux représentants ou agents des propriétaires de ces marques d'utiliser ces marques, si les utilisateurs sont des représentants ou agents des propriétaires des marques et que cette utilisation n'est ni consentie par les propriétaires des marques ni justifiée⁷³⁶; d) l'enregistrement ou la possession d'un nom de domaine identique à des indications d'origine, ou similaire à celles-ci au point de prêter confusion, sans avoir le droit de l'utiliser, dans le but de tirer profit de la réputation et de la popularité de la marque, de la dénomination commerciale ou de l'indication géographique en question ou d'y porter préjudice⁷³⁷.

Alors que la loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam traite de la protection contre les actes qui créent une confusion avec les concurrents et les autres pratiques trompeuses – article 10*bis*.3), points 1 et 3 de la Convention de Paris – la loi sur la publicité interdit les allégations fausses dans un contexte commercial, c'est-à-dire les actes énoncés au point 2 de l'article 10*bis*.3). En particulier, la loi sur la publicité interdit, entre autres : d'utiliser des publicités qui portent atteinte au prestige, à l'honneur et à la dignité d'autres organisations et personnes et de faire des publicités incorrectes ou qui prêtent à confusion sur la compétence de l'entreprise, la capacité à fournir des produits et les caractéristiques de ces produits⁷³⁸.

Le Code de la propriété intellectuelle des Philippines décrit également en détail les actes de concurrence déloyale. En particulier, est considéré comme coupable de concurrence déloyale

⁷³¹ Loi sur les marques de la Thaïlande, article 46.

⁷³² Loi sur la concurrence de la Thaïlande.

⁷³³ Loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam, article 130.1)a) à 130.1)c).

⁷³⁴ Ibid., article 130.2).

⁷³⁵ Ibid., article 130.3).

⁷³⁶ Ibid., article 130.1)d).

⁷³⁷ Ibid., article 130.1)e).

⁷³⁸ Loi sur la publicité du Viet Nam, article 8.

quiconque : a) vend des produits ayant l'apparence générale de produits d'un autre fabricant ou commerçant, y compris s'agissant de l'emballage et d'autres caractéristiques; b) emploie des moyens pour faire croire à tort qu'il offre les services d'un autre; ou c) fait de fausses déclarations lors d'échanges commerciaux ou commet tout autre acte contraire à la bonne foi en vue de discréditer les produits, les activités ou les services d'un concurrent⁷³⁹. Les tribunaux nationaux ont interprété ces dispositions et ont confirmé que, pour conclure à l'existence d'une concurrence déloyale, il fallait répondre à la question de savoir si le défendeur avait agi dans l'intention de tromper l'acheteur ordinaire qui effectue ses achats dans les conditions ordinaires de l'échange commercial en question⁷⁴⁰.

En revanche, les membres de l'ASEAN au système de *common law* – Brunéi Darussalam, Malaisie, Myanmar et Singapour – s'appuient sur le délit de substitution et n'ont pas mis en œuvre de dispositions inspirées de l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris. L'action en substitution est indépendante de la protection accordée aux droits de propriété intellectuelle enregistrés et peut coexister avec elle. En général, pour voir cette action couronnée de succès, il faut prouver l'existence de trois éléments : a) le *goodwill*, généralement dans le pays en question; b) une présentation fallacieuse; c) le dommage. Ces éléments concordent avec les éléments essentiels de la substitution définis par les tribunaux britanniques⁷⁴¹. À cet égard, il existe une distinction entre *goodwill* et réputation dans le droit des pays de l'ASEAN et du Royaume-Uni. Le *goodwill* est exclusif, alors que la réputation ne l'est pas. Le *goodwill* est la force d'attraction qui fait venir les clients et réside dans les produits et services⁷⁴².

Au moment de la rédaction du présent article, c'est à Singapour⁷⁴³ et en Malaisie⁷⁴⁴ que la jurisprudence est la plus développée dans ce domaine⁷⁴⁵. Dans ces deux pays, les plaignants doivent prouver l'existence d'un *goodwill* dans le pays pour qu'il soit possible de conclure à une substitution. Au contraire, les entreprises étrangères qui n'ont pas d'activités commerciales à Singapour ou en Malaisie ne peuvent pas prétendre qu'il y a substitution. En 2014, dans l'affaire *Staywell Hospitality Group*⁷⁴⁶, la Cour d'appel de Singapour a dit pouvoir admettre qu'une entreprise étrangère célèbre pouvait aussi avoir un *goodwill* dans le pays sans y exercer une activité commerciale, mais en 2015, dans l'affaire *Ku De Ta*⁷⁴⁷, elle a réaffirmé que les commerçants étrangers intentant cette action devaient avoir une activité commerciale à Singapour. La Cour d'appel de Malaisie estime également que les commerçants étrangers doivent prouver leur *goodwill* en Malaisie pour que l'on puisse conclure à une substitution⁷⁴⁸, même si un faible volume d'affaires suffit à cet égard⁷⁴⁹. Comme expliqué dans la partie suivante, les propriétaires de marques notoirement connues disposent encore d'un recours au titre des lois nationales sur les marques, qui mettent en œuvre l'article 6*bis* de la Convention de Paris et offrent une protection aux marques notoirement connues enregistrées⁷⁵⁰.

⁷³⁹ Code de la propriété intellectuelle des Philippines, article 168.

⁷⁴⁰ *Petron Corp. c. Yao, Sr.*, G.R. n° 243328, 18 mars 2021. Voir aussi *San Miguel Pure Foods Co., Inc. c. Foodsphere, Inc.*, G.R. nos 217781 et 217788, 20 juin 2018.

⁷⁴¹ *Leather Cloth Co. c. American Cloth Co.* (1865), 11 HL Cas 523.

⁷⁴² *IRC c. Muller & Co Margarine Ltd* (1901) AC217.

⁷⁴³ *Lifestyle 1.99 Pte Ltd c. S\$1.99 Pte Ltd* (trading as ONE.99 SHOP) [2000] SGCA 19; *Ingenohl c. El Oriente Fabrica De Tabacos* [1928] S.S.L.R. 212.

⁷⁴⁴ *Tee Yih Jia Food Manufacturing Pte Ltd c. Seet Chuan Seng & Anor* [1993] 2 CLJ 354; *Pakai Industries Bhd c. Chew Yew Industries Sdn Bhd*, [1991] 3 CLJ 383.

⁷⁴⁵ Au Brunéi Darussalam, voir *Canon Kabushiki Kaisha c. Lee Unison Company* (1993). Au Myanmar, voir *K.E. Mohamed Ebrahimord et consorts c. The Tajmahal Stationery Mart*, [1952] B. L. R. 204.

⁷⁴⁶ *Staywell Hospitality Group Pty Ltd c. Starwood Hotels & Resort Worldwide, Inc* [2014] 1 SLR 911.

⁷⁴⁷ *Guy Neale c. Ku De Ta SG Pte Ltd*, [2015] 4 SLR 283.

⁷⁴⁸ *Lim Yew Sing c. Hummel International Sports & Leisure* [1996] 3 MLJ 7.

⁷⁴⁹ *Thrifty Rent-A-Car System, Inc c. Thrifty Rent-A-Car Sdn Bhd & Anor* [2004] 7 MLJ 567.

⁷⁵⁰ Voir *infra* partie 4.

Les allégations fausses et trompeuses faites dans un contexte commercial peuvent être traitées non seulement au titre du délit de substitution mais aussi au titre du délit de déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire. Il y a déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire lorsque quelqu'un publie des informations susceptibles de nuire gravement à la position ou à la réputation d'un commerçant. L'objectif étant ici de protéger la réputation du commerçant plutôt que son *goodwill*, qui est protégé dans le cadre du délit de substitution, on parle également de diffamation commerciale. L'essence de la déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire tient à son caractère mensonger et à l'intention malveillante qui l'anime. Pour que ce délit soit établi, le plaignant doit prouver : a) que le défendeur a publié de faux propos à son sujet; b) que ces propos ont été publiés avec malveillance; c) qu'un dommage particulier a découlé directement et naturellement de cette publication⁷⁵¹. Dans les pays de *common law*, le délit de déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire est généralement régi par la *common law*, modifiée par les lois nationales sur la diffamation⁷⁵².

En fin de compte, l'analyse de la mise en œuvre de l'article 10bis.3) de la Convention de Paris au sein de l'ASEAN semble montrer que, même s'il ne doit pas forcément exister une relation concurrentielle spécifique pour conclure à l'existence d'une concurrence déloyale, cette relation est souvent un élément constitutif fondamental des actes interdits au sein de tous ces pays. Autrement dit, l'analyse de la protection contre des actes précis de concurrence déloyale montre que les membres de l'ASEAN s'intéressent d'abord et avant tout à la concurrence nationale et régionale.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Outre les dispositions décrites dans les parties précédentes, les pays membres de l'ASEAN peuvent offrir une autre protection : a) contre l'appropriation sans contrepartie et l'évocation ou l'appropriation illicite de marques notoires, y compris l'habillage commercial, et d'indications géographiques non enregistrées; b) contre l'appropriation illicite de secrets d'affaires et d'informations confidentielles. D'autre part, la protection contre l'imitation servile semble être incluse dans les dispositions générales contre la concurrence déloyale ou la substitution analysées dans les parties précédentes.

En particulier, en ce qui concerne l'appropriation sans contrepartie et la protection contre l'appropriation illicite ou l'évocation de marques notoires, plusieurs membres de l'ASEAN garantissent la protection des marques notoires, que celles-ci aient été enregistrées ou non et qu'elles aient été exploitées ou non dans le pays. Cette protection s'étend au-delà des produits similaires et ne requiert pas l'existence d'un risque de confusion. Au lieu de cela, conformément au libellé de l'article 16.3) de l'Accord sur les ADPIC, les marques notoires sont protégées contre les utilisations qui laisseraient entendre l'existence d'un lien, d'un parrainage ou d'une affiliation avec elles et qui pourraient porter atteinte aux intérêts légitimes de leurs propriétaires. Cette protection figure dans les lois sur les marques du Brunéi Darussalam⁷⁵³, de

⁷⁵¹ Voir, par exemple, Per Kamalanathan Ratnam J. dans l'affaire *Tan Chong & Sons Motor Co Sdn Bhd c. Borneo Motors (M) Sdn Bhd & Anor* [2001] 3 AMR 3789.

⁷⁵² Voir, par exemple, la loi sur la diffamation révisée en 2014 (Singapour), la loi sur la diffamation de 1957, telle que modifiée (Malaisie) et la loi sur la diffamation révisée en 2000 (Brunéi Darussalam).

⁷⁵³ Loi sur les marques du Brunéi Darussalam, article 54.

la Malaisie⁷⁵⁴, des Philippines⁷⁵⁵, de Singapour⁷⁵⁶ et du Viet Nam⁷⁵⁷. À Singapour, cette action peut prendre fond sur des utilisations susceptibles d'affaiblir de manière déloyale le caractère distinctif de la marque du propriétaire ou de tirer un avantage déloyal de ce caractère distinctif⁷⁵⁸. En revanche, le Cambodge⁷⁵⁹, la République démocratique populaire lao⁷⁶⁰ et l'Indonésie⁷⁶¹ protègent les marques notoires non enregistrées seulement à l'égard de produits et de services similaires et en exigeant l'existence d'un risque de confusion. En outre, le libellé de la loi thaïlandaise ne prévoit aucune protection pour les marques notoires non enregistrées au-delà de la disposition générale sur la substitution⁷⁶².

Quant aux indications géographiques non enregistrées, elles sont protégées à Singapour. Aux termes de l'ancienne loi de 1998 sur les indications géographiques de Singapour, toute indication de l'origine d'un produit utilisée dans le commerce pouvait être protégée dans le cadre des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC⁷⁶³. Cette loi ne prévoyait pas de système d'enregistrement et les détenteurs d'indications géographiques pouvaient engager une action au civil pour toute violation présumée, ce qui incluait une protection non seulement contre les utilisations prêtant à confusion mais aussi contre l'appropriation illicite des indications géographiques pour les vins et les spiritueux⁷⁶⁴. Même si Singapour a instauré un système d'enregistrement des indications géographiques avec sa nouvelle loi en la matière de 2014⁷⁶⁵, la législation n'impose toujours pas cet enregistrement et continue de protéger les indications qui ne sont pas enregistrées, incluant là encore la protection contre l'appropriation illicite dans le cas des indications géographiques pour les vins et les spiritueux.

En outre, les membres de l'ASEAN offrent une protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations confidentielles au titre de leur obligation de mettre en œuvre l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. Comme d'autres pays, ils protègent les secrets d'affaires dans la mesure où : a) l'information n'est pas accessible au public; b) l'information a une valeur commerciale; et c) des mesures ont été prises pour garder l'information secrète. Mais les moyens de protection offerts ne sont pas harmonisés au sein de l'ASEAN. Plus précisément, les pays de droit romano-civiliste protègent ces secrets par des dispositions légales conçues à cet effet, tandis que les pays de *common law* suivent la tradition britannique en les protégeant au moyen de l'action en abus de confiance⁷⁶⁶. Comme dans d'autres pays,

⁷⁵⁴ Loi sur les marques de la Malaisie, article 76. Parmi les affaires jugées en Malaisie dans le cadre de l'ancienne loi sur les marques, on peut citer les suivantes : *Y-Teq Auto Parts (M) Sdn Bhd c. X1R Global Holdings & Anor* [2017] 2 MLJ 609; *Warmal Wil Heavy Duty Pumps Sdn Bhd c. Pump Matrix Engineering Sdn Bhd* [2018] MLJU 86; *Colliers International Property Consultants Inc c. Colliers International Property Consultants Sdn Bhd* [2015] MLJU 2348.

⁷⁵⁵ Code de la propriété intellectuelle des Philippines, article 169. Voir *Forietrans Manufacturing Corp. c. Davidoff Et. Cie Sa & Japan Tobacco, Inc.*, G.R. n° 197482, 6 mars 2017.

⁷⁵⁶ Loi sur les marques de Singapour, article 55.

⁷⁵⁷ Loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam, article 129.d).

⁷⁵⁸ Loi sur les marques de Singapour, article 55.

⁷⁵⁹ Loi sur les marques et les indications géographiques du Cambodge, article 26.

⁷⁶⁰ Loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao, article 58.3).

⁷⁶¹ Loi sur les marques et les indications géographiques de l'Indonésie, article 83.2). Voir, par exemple, décision n° 72/Pdt.Sus-Merek/2014/PN Niaga Jkt.Pst du tribunal du commerce de Jakarta-Centre et décision n° 164 K/Pdt.Sus-HKI/2016 (Prada) de la Cour suprême; décision n° 15/Pdt.Sus-Merek/2015/PN Niaga Jkt.Pst du tribunal du commerce de Jakarta-Centre et décision n° K/Pdt.Sus-HKI/2015 (Pierre Cardin) de la Cour suprême.

⁷⁶² Loi sur les marques de la Thaïlande, article 46.

⁷⁶³ Loi n° 44 de 1998 sur les indications géographiques, article 2 (Singapour) (date d'entrée en vigueur : 15 janvier 1999).

⁷⁶⁴ *Ibid.*, article 3.2)c).

⁷⁶⁵ Loi n° 19 de 2014 sur les indications géographiques (Singapour).

⁷⁶⁶ Ces pays suivent essentiellement le précédent britannique *Coco c. A.N. Clark (Engineers) Ltd* [1969] R.P.C. 41.

les secrets d'affaires sont également protégés par d'autres dispositions, telles que le droit des contrats, le droit du travail et le droit pénal.

Plus précisément, l'Indonésie⁷⁶⁷ et la Thaïlande⁷⁶⁸ protègent les secrets d'affaires par des lois spécialement prévues à cette fin. Une loi similaire protégeant spécifiquement les secrets d'affaires a été rédigée au Cambodge et est actuellement en attente d'approbation par le législateur⁷⁶⁹. Par contre, la République démocratique populaire lao⁷⁷⁰, les Philippines⁷⁷¹ et le Viet Nam⁷⁷² incluent la protection des secrets d'affaires dans leurs lois générales sur la propriété intellectuelle. Comme indiqué, le Brunéi Darussalam⁷⁷³, la Malaisie⁷⁷⁴ et Singapour⁷⁷⁵ protègent ces secrets au moyen de l'action de *common law* pour abus de confiance. Enfin, au moment de la rédaction du présent article, le Myanmar ne protège pas spécifiquement les secrets d'affaires, même si la loi de 2015 sur la concurrence interdit la divulgation d'informations confidentielles, considérée comme un acte de concurrence déloyale⁷⁷⁶.

En outre, étant donné que des obligations concernant les secrets d'affaires figurent dans les contrats de travail ou autres contrats au sein de tous les États membres de l'ASEAN, la législation nationale sur les contrats permet généralement de faire appliquer la protection de ces secrets. La législation relative au contrôle des appareils électroniques, tels que les ordinateurs, peut également être pertinente. Par exemple, à Singapour, la loi sur l'utilisation abusive de l'informatique érige en infraction le fait d'accéder sans autorisation aux ordinateurs des employeurs pour récupérer ou télécharger des informations⁷⁷⁷. Comme un grand nombre d'informations confidentielles sont stockées dans des ordinateurs, cette loi est également un instrument utile pour protéger les secrets d'affaires. Enfin, les secrets d'affaires contenus dans des informations stockées sous forme électronique peuvent être protégés par les législations nationales sur le droit d'auteur du fait des obligations relatives à la gestion des droits numériques et à la protection des mesures techniques de protection⁷⁷⁸. Plusieurs pays protègent en outre les données, suite à l'adoption en 2016 du cadre de l'ASEAN sur la protection des données, ce qui peut être utile pour la protection des secrets d'affaires⁷⁷⁹.

⁷⁶⁷ Loi n° 30 de 2000 sur les secrets d'affaires (Indonésie).

⁷⁶⁸ Loi sur les secrets d'affaires de 2545 (ère bouddhique) (2002) (Thaïlande).

⁷⁶⁹ Au moment de la rédaction du présent article, les secrets d'affaires peuvent être protégés au Cambodge uniquement en vertu des dispositions générales sur la concurrence déloyale ou du droit des contrats pour rupture de contrat aux termes de la loi sur les contrats de 1998.

⁷⁷⁰ Loi sur la propriété intellectuelle de la République démocratique populaire lao, article 20. Les secrets personnels, les secrets de l'État et de l'administration et les autres informations secrètes non liées aux affaires ne peuvent pas être protégés en tant que secrets d'affaires.

⁷⁷¹ Code de la propriété intellectuelle des Philippines, article 4.1)g). Le Code cite les "informations non divulguées" parmi les droits de propriété intellectuelle, sans toutefois les définir. Dans l'affaire *Air Philippines Corp. c. Pennswell Inc.* G.R. 172835, 13 décembre 2007, la Cour suprême a adopté la définition du *Black's Law Dictionary*.

⁷⁷² Loi sur la propriété intellectuelle du Viet Nam, article 127. Ne peuvent pas être protégés en tant que secrets d'affaires : 1) les secrets personnels, 2) les secrets relevant de l'administration publique, 3) les autres informations confidentielles non pertinentes pour les affaires.

⁷⁷³ Le Brunéi Darussalam a aussi adopté une loi sur les secrets officiels (1940).

⁷⁷⁴ Voir, par exemple, *Dynacast (Melaka) Sdn Bhd c. Vision Cast Sdn Bhd* [2016] 3 MLJ 417.

⁷⁷⁵ Voir *I-Admin (Singapore) Pte Ltd c. Hong Ying Ting et consorts* [2020] SGCA 32; *Clearlab SG Pte Ltd c. Ting Chong Chai et consorts* [2015] 1 SLR 163.

⁷⁷⁶ Loi n° 9 sur les marques (Pyidaungsu Hluttaw) (Myanmar). La notion de substitution peut aussi être utile pour protéger les secrets d'affaires. Cette protection repose sur le Code pénal du Myanmar de 1861.

⁷⁷⁷ Loi de 1993 sur l'utilisation abusive de l'informatique, révisée en 2007, articles 2 et 5 (Singapour).

⁷⁷⁸ Pour des références et des informations concernant les législations nationales sur le droit d'auteur des États membres de l'ASEAN, voir le portail de l'Association sur la propriété intellectuelle, à l'adresse <https://www.aseanip.org>.

⁷⁷⁹ Pour une analyse actualisée des législations nationales des États membres de l'ASEAN, voir Thio Tse Gan, *Data and Privacy Protection in ASEAN*, 2018, à l'adresse <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/sg/Documents/risk/sea-risk-data-privacy-in-asean.pdf>.

Conclusion

En raison de son champ limité, le présent article ne peut rendre compte en détail de la mise en œuvre de la protection contre la concurrence déloyale au sein de l'ASEAN. Il montre néanmoins que ces États adoptent des règles pertinentes conformes aux exigences de la Convention de Paris, même si plusieurs différences continuent de caractériser leurs systèmes juridiques nationaux. Il montre également que, même si l'ASEAN n'a pas cherché une harmonisation à grande échelle, plusieurs initiatives régionales – concernant la propriété intellectuelle, la concurrence et le droit des consommateurs – ont contribué à promouvoir l'évolution de la législation et restent essentielles pour ce qui est de favoriser la mise en œuvre de la protection contre la concurrence déloyale dans la région.

M. AUSTRALIE ET PACIFIQUE SUD*

1. Cadre législatif

Le présent article traite des lois qui offrent une protection contre la concurrence déloyale en Australie, en Nouvelle-Zélande et dans un certain nombre de pays du Pacifique Sud dont les lois reposent sur le droit anglais (Fidji, Kiribati, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Samoa, Îles Salomon, Tonga et Vanuatu).

En Australie, en Nouvelle-Zélande et dans les pays du Pacifique Sud susmentionnés, la protection contre la concurrence déloyale est assurée sur la base du délit de *common law* de substitution (1.1). Dans tous les pays étudiés à l'exception de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et de Vanuatu, cette protection est offerte distinctement au moyen de la législation qui traite de la protection des consommateurs et/ou de la "concurrence déloyale" définie de manière plus générale (1.2). Il existe une relation complexe entre le délit de substitution et les régimes légaux de protection des consommateurs qui interdisent aux commerçants d'adopter un comportement trompeur ou mensonger (1.3), mais, dans les deux régimes, cette protection est offerte dans les cas d'utilisation d'indications d'un commerçant lésé uniquement lorsque ledit commerçant a démontré l'existence d'un *goodwill* ou d'une réputation suffisant (1.4). Il est important de comprendre cet aspect avant d'examiner, dans les parties 2 et 3 ci-dessous, les types d'actes qui constituent des actes de concurrence déloyale et qui sont expressément interdits en Australie, en Nouvelle-Zélande et dans le Pacifique Sud⁷⁸⁰. Enfin, bien que la protection contre la concurrence déloyale ne se limite pas aux scénarios de substitution, les tribunaux australiens n'ont pas défini un nouveau délit de *common law* de concurrence déloyale (1.5).

1.1 Substitution

Le délit de substitution en Australie, en Nouvelle-Zélande et dans le Pacifique Sud est fondé sur le droit britannique et le traduit largement. Les tribunaux de la région seront guidés par le ou

* M. Michael Handler, professeur à l'école de droit privé et commercial, faculté de droit et de justice, Université de Nouvelle-Galles-du-Sud, Australie. L'auteur tient à remercier Veronica Sebesfi pour sa contribution aux recherches.

⁷⁸⁰ Outre les lois examinées dans la partie 3, la protection contre la concurrence déloyale est également offerte dans ces pays par la qualification d'une série d'autres délits, tels que la diffamation, la déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire ou encore l'ingérence dans les relations contractuelles, ainsi qu'au moyen des régimes légaux relatifs aux droits d'auteur, aux dessins et modèles, aux brevets et aux marques.

les cadres d'analyse établis par la Chambre des Lords du Royaume-Uni qui permettent de déterminer s'il y a substitution⁷⁸¹. En voici les principaux éléments :

- le plaignant doit avoir *un goodwill ou une réputation* susceptible d'être protégé, attaché aux produits ou aux services qu'il fournit, ressortant de la marque, de l'habillage ou de toute autre indication qu'il utilise;
- le défendeur doit avoir commis un acte de présentation fallacieuse auprès d'un nombre important de consommateurs (par exemple en utilisant une enseigne, un habillage ou un thème publicitaire similaire à celui du plaignant ou en se livrant à des pratiques qui laissent entendre faussement l'existence d'une association commerciale avec le plaignant); et
- la présentation fallacieuse du défendeur a causé ou est susceptible de causer un *préjudice* au *goodwill* ou à la réputation du plaignant⁷⁸².

La qualification de ce délit a pour objet de protéger la propriété d'un commerçant, qui réside dans son *goodwill*, contre des actes qui peuvent être considérés comme des présentations fallacieuses faites aux consommateurs (voir la partie 3), et donc d'empêcher la "malhonnêteté commerciale"⁷⁸³.

1.2 Lois sur la protection des consommateurs et la concurrence déloyale

Depuis le milieu des années 1970, le délit de substitution est complété en Australie par la législation sur la protection des consommateurs⁷⁸⁴. La version en vigueur de la loi australienne sur la consommation figure à l'annexe 2 de la loi fédérale de 2010 sur la concurrence et la consommation⁷⁸⁵. Elle contient un certain nombre d'interdictions contre la concurrence déloyale. La plus importante d'entre elles figure à l'article 18.1), qui dispose que nul ne doit, dans le commerce ou les échanges, adopter un comportement trompeur ou mensonger ou susceptible de tromper ou d'induire en erreur⁷⁸⁶. Cette disposition est suffisamment large pour couvrir les comportements impliquant l'utilisation trompeuse de signes ou d'habillages avec lesquels d'autres commerçants ont développé une réputation. Elle dépasse en outre les situations types de substitution, en couvrant les comportements trompeurs qui n'impliquent pas l'utilisation abusive des signes commerciaux d'un autre commerçant ou qui ne visent pas directement d'autres commerçants, tels que la formulation d'allégations trompeuses dans la publicité ou sur les médias sociaux, ou de fausses allégations quant aux qualités ou aux caractéristiques des produits ou services.

⁷⁸¹ Chambre des Lords, 21 juin 1979, *Erven Warnink BV c. J Townend & Sons (Hull) Ltd* [1979] AC 731, 742; Chambre des Lords, 8 février 1990, *Reckitt & Colman Products Ltd c. Borden Inc* [1990] 1 WLR 491, 499-500.

⁷⁸² Sur les éléments clés de l'action en substitution, voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 14 avril 1992, *ConAgra Inc c. McCain Foods (Aust) Pty Ltd* (1992) 33 FCR 302, 355; Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 15 juillet 1992, *Tot Toys Ltd c. Mitchell* [1993] 1 NZLR 325, 334; Haute Cour des Fidji, 4 juin 2018, *Luxury Cosmetics Ltd c. Royal Mokosoi Pty Ltd* [2018] FJHC 514, par. 67; Cour nationale de justice de Papouasie-Nouvelle-Guinée, 4 mai 2020, *Mara c. Bagre Nui* [2020] PGNC 128, par. 4.

⁷⁸³ Haute Cour d'Australie, 5 octobre 2012, *JT International SA c. Commonwealth* (2012) 250 CLR 1, par. 39; Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 14 avril 1992, *ConAgra Inc c. McCain Foods (Aust) Pty Ltd* (1992) 33 FCR 302, 308, 340-342, 353.

⁷⁸⁴ Cette loi a complété un texte beaucoup plus ancien, la loi de 1905 sur le commerce (descriptions commerciales), dont l'article 9 interdit d'importer des produits ayant fait l'objet d'une fausse description commerciale. Aux termes de l'article 3, est considérée comme fausse la description commerciale qui est fausse ou susceptible d'induire en erreur sur un élément essentiel des produits en question.

⁷⁸⁵ La loi australienne sur la consommation s'applique comme une loi fédérale en vertu de la partie XI de la loi de 2010 sur la concurrence et la consommation et comme une loi d'État en vertu de la partie XIAA.

⁷⁸⁶ L'article 18.1) de la loi australienne sur la consommation s'applique en tant que loi fédérale dans la mesure où elle couvre la conduite de sociétés et d'individus dans une série de circonstances "étendues". Voir Robert Burrell et Michael Handler, *Australian Trade Mark Law*, Melbourne: 2nd ed, Oxford University Press 2016, pages 459 et 460.

Malgré la large portée de son article 18.1, la loi australienne sur la consommation prévoit à l'égard des parties à un échange ou à une transaction commerciale d'autres interdictions visant à prévenir les actes susceptibles d'induire le public en erreur sur la nature, les caractéristiques, l'adéquation à l'usage ou la quantité de tout produit ou service⁷⁸⁷ ou sur le processus de fabrication de tout produit⁷⁸⁸.

En outre, il est interdit de faire des affirmations "fausses ou trompeuses", dans le contexte de la fourniture, effective ou potentielle, de produits ou de services :

- quant au fait que les produits sont neufs⁷⁸⁹, qu'ils relèvent d'une norme, d'une qualité, d'une valeur, d'une catégorie, d'une composition, d'un style ou d'un modèle particulier, ou que leur histoire ou leur utilisation antérieure a quelque chose de particulier⁷⁹⁰;
- quant au lieu d'origine des produits⁷⁹¹;
- quant au niveau, à la qualité, à la valeur ou à la catégorie des services⁷⁹²; ou
- quant au parrainage, à l'approbation, aux caractéristiques de performance, aux accessoires, aux utilisations ou aux avantages des produits ou des services⁷⁹³.

Ces dispositions ont pour principal objectif de fixer une norme de conduite⁷⁹⁴ à laquelle les commerçants doivent se conformer afin de protéger les citoyens en tant que consommateurs de produits et de services⁷⁹⁵. Il a certes été affirmé que l'article 18.1) ne concernait pas directement la concurrence déloyale dans le cas d'échanges commerciaux entre deux commerçants⁷⁹⁶, mais des commerçants rivaux peuvent faire appliquer cette interdiction et les autres interdictions énoncées dans la loi australienne sur la consommation⁷⁹⁷, ce qui, dans la pratique, constitue une protection contre les actes de concurrence déloyale.

De nombreux pays de la région ont suivi l'exemple de l'Australie et ont adopté des lois sur la protection des consommateurs qui contiennent des interdictions similaires concernant les comportements trompeurs ou mensongers dans les échanges ou le commerce⁷⁹⁸, les comportements susceptibles d'induire le public en erreur sur la nature, les caractéristiques, etc.,

⁷⁸⁷ Articles 33 et 34 de la loi australienne sur la consommation.

⁷⁸⁸ Article 33 de la loi australienne sur la consommation.

⁷⁸⁹ Article 29.1)c) de la loi australienne sur la consommation.

⁷⁹⁰ Article 29.1)a) de la loi australienne sur la consommation.

⁷⁹¹ Article 29.1)k) de la loi australienne sur la consommation.

⁷⁹² Article 29.1)b) de la loi australienne sur la consommation.

⁷⁹³ Article 29.1)g) de la loi australienne sur la consommation. Il n'y a pas de différence importante entre les notions "false or misleading" de l'article 29 de la loi australienne sur la consommation et "misleading or deceptive" à l'article 18 : Cour fédérale d'Australie, 24 juin 2009, *Australian Competition and Consumer Commission c. Dukemaster Pty Ltd* [2009] FCA 682, par. 14.

⁷⁹⁴ Haute Cour d'Australie, 2 décembre 2004, *Butcher c. Lachlan Elder Realty Pty Ltd* (2004) 218 CLR 592, par. 112.

⁷⁹⁵ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 16 décembre 1980, *McWilliam's Wines Pty Ltd c. McDonald's System of Australia Pty Ltd* (1980) 33 ALR 394, p. 405.

⁷⁹⁶ Haute Cour d'Australie, 19 avril 1978, *Hornsby Building Information Centre Pty Ltd c. Sydney Building Information Centre Ltd* (1978) 140 CLR 216, p. 227.

⁷⁹⁷ Article 232.2) de la loi australienne sur la consommation (tout le monde peut demander une injonction); article 236.1) de la loi australienne sur la consommation (la personne qui subit une perte ou un dommage du fait du non-respect de la loi peut demander réparation). Un comportement qui contreviendrait à l'article 29.1) de la loi australienne sur la consommation est également une infraction de responsabilité objective : article 151.1) de la loi australienne sur la consommation.

⁷⁹⁸ Article 9 de la loi de 1986 sur la loyauté du commerce de la Nouvelle-Zélande; article 24 de la loi de 1995 sur la protection des consommateurs des Îles Salomon; article 22 de la loi de 2000 sur la protection des consommateurs des Tonga; article 20 de la loi de 2001 sur la protection des consommateurs de Kiribati; article 75 de la loi de 2010 sur la concurrence et la consommation des Fidji; article 55 de la loi de 2016 sur la concurrence et la consommation du Samoa.

des produits ou des services⁷⁹⁹ ou encore les affirmations fausses ou trompeuses sur les qualités, les caractéristiques, le lieu d'origine, etc., des produits ou des services⁸⁰⁰.

Les Tonga ont la particularité d'avoir deux lois qui régissent spécifiquement la concurrence déloyale, en plus de qualifier le délit de substitution et de disposer d'une loi générale sur la protection des consommateurs. Tout d'abord, la loi de 1994 sur la propriété industrielle des Tonga dispose que tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale est illégal, ce qui revient à considérer les actes énoncés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris comme des actes de concurrence déloyale⁸⁰¹. Ensuite, la loi de 2002 sur la protection contre la concurrence déloyale dispose que toute personne lésée ou susceptible de l'être par un acte de concurrence déloyale au sens de cette loi a droit aux réparations prévues par la législation nationale⁸⁰². Cette loi qualifie une série d'actes de concurrence déloyale :

- créer une confusion à l'égard de l'entreprise d'autrui⁸⁰³;
- porter atteinte au *goodwill* ou à la réputation d'autrui (y compris par la dilution du *goodwill*)⁸⁰⁴;
- tromper le public⁸⁰⁵; et
- discréditer l'entreprise d'autrui⁸⁰⁶.

1.3 Relation entre le délit de substitution et les régimes légaux de protection des consommateurs

Depuis l'adoption de la législation sur la protection des consommateurs en Australie au milieu des années 1970, on s'efforce de déterminer la nature de la relation entre l'interdiction légale d'un comportement trompeur et mensonger et le délit de substitution, qui sont couramment plaidés ensemble et se chevauchent clairement. Les tribunaux australiens ont parfois cherché à souligner les différences entre ces deux actions, faisant observer que leurs origines et leurs objectifs étaient différents, plus précisément que l'action en substitution vise à protéger le *goodwill* d'un commerçant tandis que l'action fondée sur la loi est conçue pour protéger les consommateurs⁸⁰⁷. Ils ont également souligné qu'il ne fallait pas importer sans discernement les principes de l'action en substitution dans l'action fondée sur la loi⁸⁰⁸, et que celle-ci offrait au

⁷⁹⁹ Articles 10 et 11 de la loi sur la loyauté du commerce de la Nouvelle-Zélande; article 30 de la loi sur la protection des consommateurs des Îles Salomon; article 28 de la loi sur la protection des consommateurs des Tonga (services uniquement); article 22 de la loi sur la protection des consommateurs de Kiribati (services uniquement); articles 80, 83 et 84 de la loi sur la concurrence et la consommation des Fidji.

⁸⁰⁰ Article 13 de la loi sur la loyauté du commerce de la Nouvelle-Zélande; article 25 de la loi sur la protection des consommateurs des Îles Salomon; article 23 de la loi sur la protection des consommateurs des Tonga; article 77 de la loi sur la concurrence et la consommation des Fidji.

⁸⁰¹ Article 34 de la loi de 1994 sur la propriété industrielle des Tonga.

⁸⁰² Article 4.2 de la loi de 2002 sur la protection contre la concurrence déloyale des Tonga.

⁸⁰³ Article 5 de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale des Tonga.

⁸⁰⁴ Article 6 de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale des Tonga. La dilution du *goodwill* ou de la réputation est définie à l'article 3 comme l'amointrissement du caractère distinctif ou de la valeur publicitaire d'une marque, d'un nom commercial ou d'un autre élément d'identification d'une entreprise, de l'apparence d'un produit ou de la présentation de produits ou de services, ou d'une célébrité ou d'un personnage de fiction connu.

⁸⁰⁵ Article 7 de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale des Tonga.

⁸⁰⁶ Article 8 de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale des Tonga. Sont également inclus, à l'article 4.1), les actes ou pratiques, dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales, qui sont contraires aux usages honnêtes en matière commerciale.

⁸⁰⁷ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 23 août 1982, *Taco Co of Australia Inc c. Taco Bell Pty Ltd* (1982) 42 ALR 177, 197; Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 21 mai 2007, *Cadbury Schweppes Pty Ltd c. Darrell Lea Chocolate Shops Pty Ltd* (2007) 159 FCR 397, par. 98. Voir également Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 13 mai 1998, *Neumegen c. Neumegen & Co* [1998] 3 NZLR 310, 325.

⁸⁰⁸ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 23 août 1982, *Taco Co of Australia Inc c. Taco Bell Pty Ltd* (1982) 42 ALR 177, 197. Voir également Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 4 mars 1988, *Taylor Bros Ltd c. Taylor Group Ltd* [1988] 2 NZLR 1.

public une protection contre la tromperie plus large que celle offerte par la *common law*⁸⁰⁹. Mais dans la pratique, les tribunaux australiens ont tendance à considérer que l'action en substitution et l'action fondée sur la loi fonctionnent essentiellement de la même manière et ils ont utilisé des principes et limites fixés dans des affaires en substitution pour cerner le champ d'application de l'action fondée sur la loi, à la formulation large, et il ne subsiste donc que des différences mineures entre les deux notions⁸¹⁰. Cela semble également être le cas en Nouvelle-Zélande⁸¹¹. Les commentateurs accueillent avec satisfaction cette volonté des tribunaux australiens d'adopter cette approche fusionnée⁸¹².

1.4 *Goodwill ou réputation comme critère minimum dans les actions en substitution et les actions y afférentes ayant trait à la protection des consommateurs*

L'illustration la plus claire de cette approche fusionnée réside dans le fait que les tribunaux australiens reconnaissent expressément que le commerçant lésé qui lance une action en substitution et une action y afférente pour violation de l'interdiction légale des comportements trompeurs ou mensongers par l'utilisation d'un signe ou d'un symbole qui lui est associé obtiendra gain de cause dans l'une ou l'autre de ces actions uniquement s'il peut démontrer l'existence d'une réputation ou d'un *goodwill* suffisant⁸¹³. C'est le cas même si cette exigence ne figure pas dans le texte de la loi qui énonce l'interdiction.

En Australie, en Nouvelle-Zélande et dans tout le Pacifique Sud, il est possible d'établir l'existence d'un *goodwill* ou d'une réputation à partir d'un large éventail d'indices autres que les signes commerciaux intrinsèquement distinctifs. On citera notamment les noms de marque descriptifs⁸¹⁴, le design des emballages⁸¹⁵, les jeux de couleurs⁸¹⁶, l'apparence générale des

⁸⁰⁹ Haute Cour d'Australie, 11 août 1982, *Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd c. Puxu Pty Ltd* (1982) 149 CLR 191, 205.

⁸¹⁰ Sur les différences essentielles, voir Burrell et Handler, *Australian Trade Mark Law*, pages 505 à 513.

⁸¹¹ Paul Sumpter, *Intellectual Property Law: Principles in Practice*, Auckland: 3rd ed, CCH New Zealand 2017, pages 271 à 274.

⁸¹² Jill McKeough *et al.*, *Intellectual Property in Australia*, Sydney: 3rd ed, LexisNexis Butterworths 2004, p. 455; Burrell et Handler, *Australian Trade Mark Law*, pages 462 à 464 et 505 à 534. Pour un point de vue plus critique de la Nouvelle-Zélande, voir J.C. Lai et S.I. Becher, "Protecting Consumer Protection", *Victoria University of Wellington Law Review* 49 (2018), p. 259.

⁸¹³ Cour fédérale d'Australie, 12 décembre 1989, *Equity Access Pty Ltd c. Westpac Banking Group* (1989) 16 IPR 431, 441; Cour fédérale d'Australie, 5 juin 2009, *Mars Australia Pty Ltd c. Sweet Rewards Pty Ltd* (2009) 81 IPR 354, par. 22.

⁸¹⁴ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 30 septembre 1994, *Apand Pty Ltd c. The Kettle Chip Co Pty Ltd* (1994) 52 FCR 474 ("Kettle" faisant référence à la cuisson des chips à la marmite); Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 21 novembre 1983, *Shotover Gorge Jet Boats Ltd c. Marine Enterprises Ltd* [1984] 2 NZLR 154 ("Shotover Jet" faisant référence à une société proposant des excursions en bateau à réaction dans le canyon Shotover); Cour d'appel des Fidji, 26 novembre 2004, *Natural Waters of Viti Ltd c. Crystal Clear Mineral Water (Fiji) Ltd* [2004] FLR 545 ("Fiji" faisant référence à une eau en bouteille fidjienne).

⁸¹⁵ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 4 juin 2002, *Sydneywide Distributors Pty Ltd c. Red Bull Australia Pty Ltd* (2002) 55 IPR 354 (habillage des canettes Red Bull); Cour d'appel des Tonga, 7 août 1998, *Nestle (Fiji) Ltd c. Tonga Cooperative Federation* [1998] Tonga LR 120 (emballage et étiquetage de snacks); Haute Cour des Fidji, 7 octobre 2003, *Vo-Ko Industries Ltd c. Fish Cannery (Fiji) Ltd* [2003] FJHC 295 (habillage de produits à base de poisson en conserve).

⁸¹⁶ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie, 30 mai 2014, *Telstra Corporation Ltd c. Phone Directories Co Pty Ltd* (2014) 107 IPR 333 (jaune pour les annuaires téléphoniques classés); Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 20 novembre 1997, *Tui Foods Ltd c. New Zealand Milk Corporation Ltd* [1997] 2 NZLR 214 (bouchons jaunes sur les bouteilles de lait); Cour nationale de justice de Papouasie-Nouvelle-Guinée, 4 mai 2020, *Mara c. Bagre Nui* [2020] PGNC 128 (couleurs des taxis).

produits⁸¹⁷, les personnages de fiction⁸¹⁸, les images de célébrités⁸¹⁹ ou encore les thèmes publicitaires⁸²⁰. Toutefois, pour établir la réputation de ces indices, il faudra probablement apporter la preuve irréfutable qu'ils sont généralement reconnus par les consommateurs.

En Australie, les termes “*goodwill*” et “*reputation*” sont utilisés de manière interchangeable⁸²¹. De ce fait, les commerçants étrangers y bénéficient d'une protection contre la concurrence déloyale qui est plus large que celle offerte aux commerçants étrangers au Royaume-Uni. Alors que le Royaume-Uni continue d'exiger strictement l'existence d'un *goodwill* au niveau local pour que l'on puisse intenter une action en substitution, ce qui suppose que le commerçant plaignant y ait une activité commerciale⁸²², il suffit en Australie que le commerçant étranger jouisse d'une réputation indirecte suffisante pour établir une possibilité de tromperie des clients potentiels et d'atteinte à la réputation du commerçant⁸²³. En Nouvelle-Zélande, il est admis que l'Australie et la Nouvelle-Zélande peuvent constituer un seul marché aux fins de déterminer si un commerçant dispose d'un *goodwill* suffisant pour lui permettre d'intenter une action en substitution⁸²⁴. Aux Fidji, en revanche, il semble que les tribunaux aient tendance à suivre l'approche du Royaume-Uni et à toujours exiger un *goodwill* au niveau local⁸²⁵.

Dans le même ordre d'idées, une partie lésée peut en Australie intenter une action à la fois pour substitution et pour violation de l'interdiction des comportements trompeurs ou mensongers après qu'elle a cessé ses activités commerciales, à condition qu'elle jouisse encore d'une réputation auprès des consommateurs⁸²⁶.

1.5 Absence de délit de concurrence déloyale

Comme indiqué dans la partie 1.2, les régimes légaux de protection des consommateurs dans la région sont d'une portée telle qu'ils protègent contre les actes de concurrence déloyale qui dépassent le cadre des situations de substitution. On notera toutefois que la Haute Cour d'Australie a résisté aux appels à la définition d'un délit de concurrence déloyale en *common law* pour combler les lacunes laissées par l'action en substitution et la législation sur la

⁸¹⁷ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 5 août 2011, *Peter Bodum A/S c. DKSH Australia Pty Ltd* (2011) 92 IPR 222 (forme d'une cafetière à piston); Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 15 juillet 1992, *Tot Toys Ltd c. Mitchell* [1993] 1 NZLR 325 (forme en abeille d'un jouet pour enfants).

⁸¹⁸ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 25 mai 1989, *Pacific Dunlop Ltd c. Hogan* (1989) 23 FCR 533 (personnage “Crocodile Dundee”).

⁸¹⁹ Voir, par exemple, Cour d'appel du Queensland, 25 octobre 1996, *Talmax Pty Ltd c. Telstra Corp Ltd* [1997] 2 Qd R 444 (image de Kieren Perkins, nageur olympique australien).

⁸²⁰ Conseil privé, 13 octobre 1980, *Cadbury Schweppes Pty Ltd c. Pub Squash Co Pty Ltd* [1980] 2 NSWLR 851 (acceptant cela en principe).

⁸²¹ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 14 avril 1992, *ConAgra Inc c. McCain Foods (Aust) Pty Ltd* (1992) 33 FCR 302, 340.

⁸²² Cour suprême du Royaume-Uni, 13 mai 2015, *Starbucks (HK) Ltd c. British Sky Broadcasting Group Plc* [2015] 1 WLR 2628.

⁸²³ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 14 avril 1992, *ConAgra Inc c. McCain Foods (Aust) Pty Ltd* (1992) 33 FCR 302, 341-342, 353. Il n'est pas nécessaire que le plaignant ait l'intention de commencer une activité commerciale en Australie : Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 7 juin 2013, *Knott Investments Pty Ltd c. Winnebago Industries Inc* (2013) 211 FCR 449, par. 14. Pour une analyse critique des positions britannique et australienne, voir Catherine W. Ng, *Goodwill in Passing Off: A Common Law Perspective*, Cheltenham, Royaume-Uni: Edward Elgar 2021, 70-80, 219-220.

⁸²⁴ Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 27 mars 1987, *Dominion Rent A Car Ltd c. Budget Rent A Car Systems* (1970) Ltd [1987] 2 NZLR 395, 406; Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 28 juin 2013, *Muzz Buzz Franchising Pty Ltd c. JB Holdings (2010) Ltd* [2013] NZHC 1599, par. 74. Voir, de manière générale, Graeme W. Austin, “The Consumer in Cross-Border Passing Off Cases”, *Victoria University of Wellington Law Review* 47 (2016), 209.

⁸²⁵ Haute Cour des Fidji, 4 juin 2018, *Luxury Cosmetics Ltd c. Royal Mokosoi Pty Ltd* [2018] FJHC 514, par. 58, 65. C'est peut-être aussi le cas dans les Tonga : Cour suprême des Tonga, 8 octobre 2015, *Leiola Group Ltd c. Aho* [2015] TOSC 44, par. 15.

⁸²⁶ Cour suprême de la Victoria, 16 août 1956, *Ballarat Products Ltd c. Farmers Smallgoods Co Pty Ltd* [1957] VR 104; Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 15 novembre 2000, *Mark Foys Pty Ltd c. TVSN (Pacific) Ltd* (2000) 104 FCR 61.

protection des consommateurs et la propriété intellectuelle. Voici ce qui a été dit à ce sujet dans l'affaire *Moorgate Tobacco Co Ltd c. Philip Morris Ltd* [n° 2] :

En rejetant une action générale pour concurrence déloyale, on ne fait que reconnaître le fait que l'existence d'une telle action est incompatible avec les limites établies des causes d'action traditionnelles et légales qu'un commerçant peut invoquer pour les dommages causés par un concurrent ou qui menacent de l'être. Ces limites, qui définissent la frontière entre, d'une part, une restriction et une protection légales ou équitables et, d'autre part, une concurrence sans limite, expriment de plus en plus ce que les législateurs concernés ont considéré comme l'équilibre adéquat entre les demandes et politiques concurrentes⁸²⁷.

On considère que cette déclaration est également représentative du droit néozélandais⁸²⁸.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

À l'exception des Tonga (dont les lois sont présentées au point 1.2), aucun des pays du Pacifique Sud étudiés, pas plus que l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, ne fait expressément référence aux actes contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale dans ses lois interdisant la concurrence déloyale. Au lieu de cela, ces pays s'acquittent de l'obligation que l'article 10*bis*.2) de la Convention de Paris met à leur charge par les prescriptions incluses dans leur délit de substitution et/ou leurs lois relatives à la protection des consommateurs et/ou à la concurrence déloyale définie de manière plus générale.

Dans tous les pays, l'obligation de prévenir les actes contraires aux usages honnêtes est satisfaite par l'exigence, pour qu'il y ait délit de substitution, que le défendeur se livre à une présentation fallacieuse susceptible de porter atteinte à la réputation ou au *goodwill* du plaignant. C'est cette exigence qui fait de la qualification de ce délit un moyen de prévenir ce que les juges australiens appellent la malhonnêteté commerciale⁸²⁹. Cette approche a comme corollaire que les comportements qui n'induisent pas en erreur les consommateurs ne seront pas interdits, puisque le délit n'a pas vocation à entrer dans le champ de la concurrence honnête⁸³⁰. Dans le même ordre d'idées, les interdictions prévues par la législation sur la protection des consommateurs à l'égard des parties qui se livrent à un comportement trompeur ou mensonger dans les échanges ou le commerce, ou qui font des affirmations fausses ou trompeuses en rapport avec la fourniture de produits ou de services, visent à donner effet à une norme morale⁸³¹, les comportements commerciaux ne relevant pas de ces interdictions légales étant considérés comme acceptables.

Autrement dit, l'appropriation n'est pas considérée en tant que telle comme contraire aux usages commerciaux honnêtes en Australie, en Nouvelle-Zélande et dans les autres pays de la région qui ont des lois similaires. Le comportement qui inclut la copie servile d'un élément qui a permis au plaignant de se constituer une réputation précieuse sur le plan commercial (par exemple par la simulation d'un produit ou par l'utilisation d'indices tels qu'un personnage de fiction, l'image d'une célébrité ou un thème publicitaire) n'est pas considéré comme une

⁸²⁷ Haute Cour d'Australie, 22 novembre 1984, *Moorgate Tobacco Co Ltd c. Philip Morris Ltd* [n° 2] (1984) 156 CLR 414, 445-446.

⁸²⁸ Sumpter, *Intellectual Property Law*, p. 283. Voir Cour nationale de justice de Papouasie-Nouvelle-Guinée, 11 avril 1978, *CBS Inc c. Ranu Investments* [1978] PNGLR 66 (qui affirme que la définition d'un délit de concurrence déloyale étendrait la loi mais laisserait la question ouverte).

⁸²⁹ Haute Cour d'Australie, 5 octobre 2012, *JT International SA c. Commonwealth* (2012) 250 CLR 1, par. 39; Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 14 avril 1992, *ConAgra Inc c. McCain Foods (Aust) Pty Ltd* (1992) 33 FCR 302, 308, 340-342, 353.

⁸³⁰ Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galle, 20 juillet 1994, *Hodgkinson & Corby Ltd c. Wards Mobility Services Ltd* [1995] FSR 169, 175.

⁸³¹ Russell V. Miller, *Miller's Australian Competition and Consumer Law Annotated*, Sydney: 43rd ed, Thomson Reuters 2021, paragraphes 18 à 20.

pratique intrinsèquement malhonnête. En fait, ce comportement viole la norme légale définissant la bonne conduite commerciale uniquement dans les cas où il induirait les consommateurs en erreur quant à l'existence d'un lien commercial suffisant avec le plaignant (par exemple en laissant entendre que le plaignant a fourni les produits ou les services du défendeur, qu'il les a approuvés ou qu'il est commercialement lié avec le défendeur)⁸³².

Cela dit, il y a au moins deux façons dont l'honnêteté a un rôle plus direct à jouer dans l'action en substitution en Australie et en Nouvelle-Zélande. Premièrement, il est admis depuis longtemps que, même si l'intention de tromper n'est pas une condition nécessaire à l'action, lorsque cette intention existe, on peut plus facilement en déduire qu'elle a eu des effets, et donc conclure plus facilement à l'existence d'une présentation fallacieuse⁸³³. Deuxièmement, dans les cas où elle a commencé une activité commerciale de façon honnête, l'entreprise, une fois qu'elle aura été active un certain temps et qu'elle aura construit une réputation précieuse en son nom propre, sera immunisée contre toute action intentée par un utilisateur antérieur jouissant d'une réputation dans une marque ou un habillage similaire⁸³⁴.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

3.1 Lois donnant effet aux points 1 et 3 de l'article 10bis.3) de la Convention de Paris

Comme expliqué dans les parties 1 et 2, le critère qualificatif déterminant pour le délit de substitution et les interdictions légales des comportements trompeurs ou mensongers est l'existence d'un risque que les consommateurs soient trompés par le défendeur quant à une forme de lien commercial avec le plaignant. Pour déterminer si le comportement du défendeur constitue une présentation fallacieuse ou un comportement trompeur ou mensonger dans de tels cas, les tribunaux prendront en considération l'ampleur de la réputation du plaignant, tout le contexte de l'utilisation par le défendeur de tous les signes, habillages ou autres indices pertinents, la nature des produits ou services des parties et la manière dont ils sont offerts au public, ainsi que les caractéristiques des consommateurs types de ces produits ou services. Ils peuvent également prendre en compte les preuves apportées par des experts en marketing ou en psychologie du consommateur, les résultats d'enquêtes et les preuves apportées par des personnes qui affirment avoir été trompées⁸³⁵.

Pour ces deux causes d'action, les tribunaux australiens et néozélandais ont indiqué que l'existence d'un comportement qui crée une "simple confusion", dans le sens où l'on se demande avec étonnement si deux produits ont la même origine, ne suffit pas⁸³⁶, même s'il peut s'agir d'une preuve utile à partir de laquelle on peut déduire une probabilité de tromperie⁸³⁷. Pour démontrer une substitution, le plaignant doit prouver qu'un grand nombre de

⁸³² Il s'ensuit également que même s'il peut démontrer que son comportement ne visait pas à tromper et qu'il croyait que son comportement était honnête et raisonnable, le défendeur peut néanmoins être en contravention avec la loi australienne sur la consommation si ledit comportement a induit en erreur ou était susceptible de le faire : Haute Cour d'Australie, 11 août 1982, *Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd c. Puxu Pty Ltd* (1982) 149 CLR 191, 197.

⁸³³ Haute Cour d'Australie, 2 septembre 1937, *Australian Woollen Mills Ltd c. FS Walton & Co Ltd* (1937) 58 CLR 641, 657; Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 21 juillet 1989, *Telmak Teleproducts (Australia) Pty Ltd c. Coles Myer Ltd* (1988) 84 ALR 437, 445; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 18 octobre 1927, *Black and White Cabs Ltd c. McEneaney* [1927] NZLR 862; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 27 mars 2013, *NZ Tax Refunds Ltd c. Brooks Homes Ltd* [2013] NZCA 90, paragraphes 17 et 32.

⁸³⁴ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 28 novembre 2007, *Colorado Group Ltd c. Strandbags Group Pty Ltd* (2007) 164 FCR 506, par. 221. Pour les actions au titre de la loi australienne sur la consommation, voir Burrell et Handler, *Australian Trade Mark Law*, pages 517, 518, 526 et 527.

⁸³⁵ Voir Burrell et Handler, *Australian Trade Mark Law*, pages 484 à 487.

⁸³⁶ Haute Cour d'Australie, 11 août 1982, *Parkdale Custom Built Furniture Pty Ltd c. Puxu Pty Ltd* (1982) 149 CLR 191, 198, 210; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 19 septembre 2002, *Anheuser Busch Inc c. Budweiser Budvar National Corporation* [2003] 1 NZLR 472, par. 130.

⁸³⁷ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 21 juillet 1989, *Telmak Teleproducts (Australia) Pty Ltd c. Coles Myer Ltd* (1988) 84 ALR 437, 448.

consommateurs ont été induits en erreur par le comportement du défendeur ou sont susceptibles de l'être⁸³⁸. S'agissant des actions intentées en vertu du régime de protection des consommateurs, il est indiqué que l'on impute la responsabilité en tenant compte des réactions probables d'un membre hypothétique "ordinaire" ou "raisonnable" du groupe de consommateurs qui était visé par l'affirmation, et sans tenir compte des réactions pouvant être considérées comme "extrêmes ou fantaisistes"⁸³⁹. Il n'est fixé aucun critère quant au pourcentage de ces consommateurs (par exemple un nombre important ou non négligeable) qui auraient été induits en erreur⁸⁴⁰.

Les tribunaux de la région ont reconnu différents types de présentations fallacieuses, ou de comportements qui seront trompeurs ou mensongers, impliquant l'utilisation de signes ou d'autres indices à l'égard desquels le plaignant jouit d'une réputation. Le plus courant est la présentation fallacieuse quant à l'origine, c'est-à-dire que le défendeur affirme faussement que ses produits ou services *sont* ceux du plaignant⁸⁴¹. Tout comme il est souvent difficile pour les plaignants de démontrer qu'ils jouissent d'une réputation suffisante en ce qui concerne des mots descriptifs ou des indices non textuels, tels que l'habillage ou la forme du produit, il peut être difficile pour eux de démontrer que l'utilisation de ces signes ou indices par le défendeur est trompeuse⁸⁴², surtout lorsque ces signes ou indices sont utilisés pour leurs propriétés descriptives et en conjonction avec d'autres éléments de création d'une image⁸⁴³. Lorsque les

⁸³⁸ Voir Chambre des Lords, 2 avril 1941, *Saville Perfumery Ltd c. June Perfect Ltd* (1941) 58 RPC 147.

⁸³⁹ Haute Cour d'Australie, 9 mars 2000, *Campomar Sociedad Limitada c. Nike International Ltd* (2000) 202 CLR 45, paragraphes 101 à 105; Haute Cour d'Australie, 6 février 2013, *Google Inc c. Australian Competition and Consumer Commission* (2013) 249 CLR 435, par. 7. Voir aussi Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 16 décembre 2015, *Tasman Insulation New Zealand Ltd c. Knauf Insulation Ltd* [2016] 3 NZLR 145, par. 225 (adoptant l'approche suivie en Australie dans l'affaire Campomar).

⁸⁴⁰ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 30 juillet 2020, *Australian Competition and Consumer Commission c. TPG Internet Pty Ltd* (2020) 278 FCR 450, paragraphes 23 et 24.

⁸⁴¹ On citera l'exemple moderne de la publicité à partir de mots clés, où le défendeur achète un terme pour lequel le plaignant jouit d'une réputation et l'affiche dans ses annonces d'une manière qui donne faussement à penser que l'annonce concerne les produits ou services du plaignant. Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie, 22 septembre 2011, *Australian Competition and Consumer Commission c. Trading Post Australia Pty Ltd* (2011) 197 FCR 498; Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 12 février 2014, *InterCity Group (NZ) Ltd c. Nakedbus NZ Ltd* [2014] 3 NZLR 177.

⁸⁴² Dans ce contexte, les tribunaux donnent souvent du poids à des différences mineures entre les signes du plaignant et ceux du défendeur. Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie, 7 juin 2013, *REA Group Ltd c. Real Estate 1 Ltd* (2013) 217 FCR 327 (le propriétaire du site Web connu "realestate.com.au" n'a pas pu empêcher l'utilisation de "realestate1.com.au" dans les résultats de recherche et les liens sponsorisés, au motif que les consommateurs remarqueraient le "1" et penseraient que le site du défendeur était en concurrence avec celui du plaignant et non qu'il était une extension de cette marque). Pour des exemples d'actions auxquelles il a été donné une suite favorable, voir Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 11 mars 1976, *New Zealand Insurance Ltd c. New Zealand Insurance Brokers Ltd* [1976] 2 NZLR 40 (interdisant l'utilisation de "New Zealand Insurance" et de "NZIB" compte tenu de la grande réputation du plaignant s'agissant du nom "New Zealand Insurance" et de l'acronyme "NZI"); Cour d'appel des Tonga, 7 août 1998, *Nestle (Fiji) Ltd c. Tonga Cooperative Federation* [1998] Tonga LR 120 (obtention d'une injonction interlocutoire empêchant le défendeur de vendre ses snacks en utilisant un emballage et un étiquetage similaires à ceux du plaignant); Cour nationale de justice de Papouasie-Nouvelle-Guinée, 4 mai 2020, *Mara c. Bagre Nui* [2020] PGNC 128 (l'utilisation par le défendeur de couleurs de taxi similaires à celles du plaignant a été considérée comme une présentation fallacieuse).

⁸⁴³ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 15 février 1996, *Pepsico Australia Pty Ltd c. Kettle Chip Co Pty Ltd* (1996) 33 IPR 161 (le fabricant de chips "Kettle" n'a pas pu empêcher le défendeur d'utiliser les mots "Kettle Cooked" sur ses chips, compte tenu du fait qu'il mettait en évidence essentiellement sa marque "Thins" sur son emballage); Cour fédérale d'Australie, 16 avril 1999, *Dr Martens Australia Pty Ltd c. Figgins Holdings Pty Ltd* (1999) 44 IPR 281 (le fabricant des chaussures Doc Martens n'est pas parvenu à empêcher la vente de chaussures d'apparence similaire, puisque le défendeur avait choisi des noms de marque différents pour ses chaussures). En revanche, voir Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 5 août 2011, *Peter Bodum A/S c. DKSH Australia Pty Ltd* (2011) 92 IPR 222 (le fabricant d'une cafetière à piston est parvenu à faire empêcher la vente par le défendeur d'une cafetière de forme similaire, le tribunal ayant estimé que la marque "Euroline" du défendeur n'était pas assez visible et ne serait pas considérée comme une marque par les consommateurs); Haute Cour des Fidji, 9 mars 2007, *Rewa Co-op Dairy Co Ltd c. Eagle Ridge Investment (Fiji) Ltd* [2007] FLR 127 (l'utilisation très visible par le défendeur des mots "full cream long Life Milk" sur son emballage laissait entendre de façon fallacieuse l'existence d'un lien avec le lait de la marque "Life" du plaignant).

défendeurs utilisent des signes descriptifs associés au plaignant pour générer des résultats de recherche sur Internet afin de détourner les consommateurs vers leurs sites Web, les tribunaux australiens et néozélandais sont peu disposés à accepter qu'un tel comportement – même s'il peut créer une forme de confusion s'agissant de l'intérêt initial – constitue une présentation fallacieuse ou un comportement trompeur ou mensonger⁸⁴⁴.

La présentation fallacieuse concernant la qualité est également reconnue. Il en est question lorsque le défendeur vend réellement les produits du plaignant mais en présente les qualités ou caractéristiques de manière fallacieuse (par exemple en présentant comme nouvelle une ligne de produits dépassée⁸⁴⁵). Citons également le cas du défendeur qui utilise une indication géographique pour laquelle un certain nombre de parties jouissent d'un *goodwill* "collectif", alors que ses produits ne proviennent pas du lieu en question et ne possèdent pas les qualités ou caractéristiques associées à cette indication géographique⁸⁴⁶.

Un autre type de présentation fallacieuse consiste à dire que les produits ou les services du défendeur sont parrainés ou approuvés par le plaignant, ou qu'ils sont affiliés d'une autre manière à ce dernier. Dans ce contexte, les tribunaux australiens se sont longtemps abstenus d'exiger que le plaignant et le défendeur soient engagés dans un "domaine d'activité commun"⁸⁴⁷. Cela a permis aux plaignants d'intenter avec succès des actions visant à empêcher : la vente de marchandises non autorisées comportant des images ou des personnages associés au plaignant⁸⁴⁸; l'utilisation d'un personnage de fiction ou de l'ambiance d'une campagne publicitaire dans un contexte promotionnel sans rapport avec celle-ci⁸⁴⁹; l'utilisation de l'image d'une célébrité d'une manière qui donne à penser que la célébrité a donné son aval à des produits ou services sans rapport avec ceux du défendeur⁸⁵⁰; et même l'utilisation de l'image d'une célébrité ou d'un personnage de fiction, en dehors du contexte commercial dans lequel cette image ou ce personnage est normalement employé, pour faire de la publicité ou vendre les produits ou services non concurrents de ceux du défendeur⁸⁵¹.

⁸⁴⁴ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 21 juillet 2014, *Kosciuszko Thredbo Pty Ltd c. ThredboNet Marketing Pty Ltd* (2014) 223 FCR 517, par. 48; Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 31 juillet 2017, *National Mini Storage Ltd c. National Storage Ltd* [2017] NZHC 1775, paragraphes 91 et 92.

⁸⁴⁵ Chambre des Lords, 9 juin 1915, *AG Spalding & Bros c. AW Gamage Ltd* (1915) 32 RPC 273.

⁸⁴⁶ Voir, par exemple, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 5 décembre 1991, *Wineworths Group Ltd c. Comité interprofessionnel du vin de Champagne* [1992] 2 NZLR 327 (la vente de "champagne" australien a été interdite car elle enfreignait l'article de la loi sur la loyauté du commerce de la Nouvelle-Zélande). Il s'agit d'un des moyens par lesquels les pays de la région donnent effet à l'article 22.2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁸⁴⁷ Cour suprême de Nouvelle-Galles-du-Sud, 14 juin 1960, *Radio Corporation Pty Ltd c. Henderson* [1960] NSW 279.

⁸⁴⁸ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie, 17 mai 1996, *Twentieth Century Fox Film Corporation c. South Australian Brewing Co Ltd* (1996) 66 FCR 451 (les producteurs de "The Simpsons" ont pu empêcher la vente de la bière "Duff" non autorisée).

⁸⁴⁹ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie, 1^{er} août 2003, *Telstra Corporation Ltd c. Royal & Sun Alliance Insurance Australia Ltd* (2003) 57 IPR 453 (une entreprise dont les publicités télévisées bien connues présentaient un personnage appelé "M. Goggmobil" a pu empêcher une publicité présentant le même acteur jouant le personnage de M. Goggmobil dans un contexte similaire à celui de la publicité originale).

⁸⁵⁰ Voir, par exemple, Cour d'appel du Queensland, 25 octobre 1996, *Talmax Pty Ltd c. Telstra Corp Ltd* [1997] 2 Qd R 444 (utilisation de l'image d'un nageur olympique australien dans un contexte promotionnel non autorisé). Voir Cour fédérale d'Australie, 29 mai 1986, *Newton-John c. Scholl-Plough (Australia) Ltd* (1986) 11 FCR 233 (utilisation d'une actrice qui ressemblait à l'artiste Olivia Newton-John dans une publicité pour des produits cosmétiques, avec le slogan "Olivia? No, it's Maybelline"; il a été conclu que cela ne donnait pas l'impression que la publicité avait été autorisée par Newton-John).

⁸⁵¹ Voir, par exemple, Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 25 mai 1989, *Pacific Dunlop Ltd c. Hogan* (1989) 23 FCR 533 (l'allusion au personnage de "Crocodile Dundee" et à une scène bien connue du film dans la publicité du défendeur pour des chaussures a été considérée comme trompeuse, le comportement du défendeur ayant été considéré comme ayant eu un impact probable sur le comportement d'achat de ses consommateurs).

L'ampleur de certaines conclusions australiennes sur l'utilisation commerciale de personnages de fiction a certes été critiquée en Nouvelle-Zélande⁸⁵², mais les tribunaux de ce pays ont montré une volonté d'empêcher l'utilisation d'images de célébrités dans des contextes commerciaux non autorisés au moyen de la loi sur la protection des consommateurs⁸⁵³.

Aucun des pays étudiés n'offre une protection contre la simple évocation des produits d'un concurrent qui n'induit pas en erreur ou ne trompe pas les consommateurs de l'une des manières décrites ci-dessus.

Enfin, comme indiqué au point 1.2, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et un certain nombre d'autres pays du Pacifique Sud ont prévu dans leurs lois de protection des consommateurs d'autres interdictions concernant les affirmations fausses ou trompeuses dans les échanges ou le commerce quant aux qualités, aux caractéristiques, au lieu d'origine et au parrainage des produits ou des services, ainsi que concernant les comportements susceptibles d'induire le public en erreur sur la nature, les caractéristiques, l'adéquation à l'usage, la quantité ou le processus de fabrication des produits et/ou des services. On trouve toutefois peu de cas indépendants de jurisprudence concernant ces interdictions supplémentaires. Cela s'explique essentiellement par le fait que la constatation qu'une partie s'est livrée à un comportement trompeur ou mensonger dans les échanges ou le commerce entraînera inévitablement la constatation d'une violation de l'une des interdictions supplémentaires plus spécifiques de faire des déclarations fausses ou trompeuses⁸⁵⁴, et sera plus facile à établir que la constatation que le comportement est susceptible d'induire le public en erreur, qui suppose l'existence d'une possibilité réelle que le public soit induit en erreur par le comportement du défendeur⁸⁵⁵.

3.2 Lois donnant effet au point 2 de l'article 10bis.3) de la Convention de Paris

L'interdiction légale générale d'adopter un comportement trompeur ou mensonger offre également aux commerçants concernés un moyen de se protéger contre le dénigrement de leurs produits ou de leur activité⁸⁵⁶. La publicité comparative est un domaine dans lequel cette interdiction a un rôle particulièrement important à jouer lorsqu'il s'agit d'empêcher les parties de discréditer les produits ou les activités de leurs concurrents. Elle n'est pas considérée comme un comportement commercial intrinsèquement non recommandable en Australie et en Nouvelle-Zélande et, à condition que ses affirmations factuelles ne soient pas fausses, ou des demi-vérités trompeuses, l'annonceur peut légalement comparer favorablement un aspect particulier de son produit ou service avec le même aspect du produit ou service d'un concurrent⁸⁵⁷. L'accent est mis sur l'exactitude des affirmations du défendeur et les tribunaux ont jugé que lorsqu'il ne se contente pas de vanter son produit mais en plus le compare de manière critique avec celui d'un autre, de sorte que ce dernier est présenté sous un jour défavorable par la

⁸⁵² Voir, par exemple, Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 15 juillet 1992, *Tot Toys Ltd c. Mitchell* [1993] 1 NZLR 325, 362-363.

⁸⁵³ Haute Cour de Nouvelle-Zélande, 2 octobre 2001, *New Zealand Rugby Football Union c. Saint Publishing Ltd*, non publié, HC Auckland M1458/01 (interdisant l'utilisation de l'image d'un joueur de rugby néo-zélandais dans un contexte commercial non autorisé).

⁸⁵⁴ Cour fédérale d'Australie, 30 mai 2014, *Telstra Corporation Ltd c. Phone Directories Co Pty Ltd* (2014) 107 IPR 333, par. 389.

⁸⁵⁵ Cour fédérale d'Australie, 18 juin 2014, *Australian Competition and Consumer Commission c. Coles Supermarkets Australia Pty Ltd* (2014) 317 ALR 73, par. 44.

⁸⁵⁶ Cette interdiction offre un recours plus utile que le délit de déclaration mensongère faite dans l'intention de nuire, qui exige la publication d'une déclaration à la fois fausse et malveillante sur l'entreprise ou les produits d'un plaignant et qui cause un préjudice réel à ce dernier. Voir, par exemple, Haute Cour d'Australie, 6 décembre 2001, *Palmer-Bruyn & Parker Pty Ltd c. Parsons* (2001) 208 CLR 388, par. 52.

⁸⁵⁷ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 26 juillet 2002, *Gillette Australia Pty Ltd c. Energiser Australia Pty Ltd* (2002) 193 ALR 629, paragraphes 20 et 22.

comparaison, le défendeur doit tout particulièrement veiller à ce que ses affirmations soient correctes⁸⁵⁸ pour éviter que son comportement soit qualifié de trompeur ou mensonger.

4. Autres actes de concurrence déloyale

L'Australie, la Nouvelle-Zélande et les autres pays du Pacifique Sud étudiés offrent tous une protection contre les types de concurrence déloyale autres que ceux énoncés à l'article 10bis de la Convention de Paris. Cela découle de l'ampleur du concept légal de comportement trompeur et mensonger, qui peut couvrir de nouvelles pratiques commerciales et de marketing fondées sur de nouvelles formes de technologie. Par exemple, en Australie, il a récemment été jugé qu'une plateforme de réservation de soins de santé avait enfreint l'article 18.1) de la loi australienne sur la consommation en ne divulguant pas le fait qu'elle retenait les avis négatifs des patients et qu'elle partageait les informations relatives aux patients avec des courtiers d'assurance⁸⁵⁹, et que Google avait enfreint le même article en collectant les données de localisation des utilisateurs d'appareils Android qui avaient désactivé leur historique de positions⁸⁶⁰.

Outre leurs régimes de protection des consommateurs, l'Australie et la Nouvelle-Zélande disposent d'une législation spécifique offrant une protection contre la communication opportuniste. En Australie, la loi de 2014 sur les grands événements sportifs (signes et images) interdit, pendant une certaine période, l'utilisation commerciale non autorisée, sur des produits ou des services, de signes ou d'images protégés associés à un événement qui donnerait à penser à une personne raisonnable qu'il existe un parrainage ou un arrangement commercial avec l'événement⁸⁶¹. Il est notamment présumé que l'utilisation dans le but principal de faire de la publicité, de promouvoir des produits ou des services ou d'en accroître la demande suffit à laisser entendre l'existence d'un tel arrangement⁸⁶². En Nouvelle-Zélande, la loi de 2007 sur la gestion des grands événements va plus loin. Elle permet de déclarer un grand événement et des mots et emblèmes y afférents⁸⁶³ et va au-delà des normes traditionnelles de substitution et de protection des consommateurs en interdisant les messages qui suggèrent l'existence d'une association entre le grand événement et certains produits ou services ou une personne⁸⁶⁴, avec une présomption de violation lorsque le message utilise un mot ou un emblème du grand événement ou une variation proche, même si des avertissements expliquent la situation⁸⁶⁵. La loi restreint également la publicité non autorisée et le commerce de rue dans certaines zones liées à l'événement ou à proximité de ces zones ainsi que sur les itinéraires qui y mènent⁸⁶⁶.

Enfin, tous les pays de la région offrent une protection contre l'utilisation abusive des secrets d'affaires⁸⁶⁷. Cette protection passe essentiellement par les modalités contractuelles expresses ou implicites ou par l'action en *equity* pour divulgation d'informations confidentielles⁸⁶⁸. Cette

⁸⁵⁸ Cour fédérale d'Australie, 8 octobre 1981, *Stuart Alexander & Co (Interstate) Pty Ltd c. Blenders Pty Ltd* (1981) 37 ALR 161, 163.

⁸⁵⁹ Cour fédérale d'Australie, 20 août 2020, *Australian Competition and Consumer Commission c. HealthEngine Pty Ltd* [2020] FCA 1203.

⁸⁶⁰ Cour fédérale d'Australie, 16 avril 2021, *Australian Competition and Consumer Commission c. Google LLC* (No 2) [2021] FCA 367.

⁸⁶¹ Article 16.1 de la loi australienne de 2014 sur les grands événements sportifs (signes et images). La loi est conçue de manière à ce que de nouveaux grands événements puissent être ajoutés au fil du temps.

⁸⁶² Article 13 de la loi australienne de 2014 sur les grands événements sportifs (signes et images).

⁸⁶³ Articles 7 et 8 de la loi néo-zélandaise de 2007 sur la gestion des grands événements.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, article 10.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, article 11.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, articles 17 à 20. Pour une critique, voir Louise Longdin, "Public Law Solutions to Private Law Problems: Major Event Regulation Subverts IP's Internal Balance", *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 4 (2009), 726.

⁸⁶⁷ Ce faisant, ils donnent également effet à l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC.

⁸⁶⁸ Cour suprême de Nouvelle-Galles-du-Sud, 3 mai 2002, *AG Australia Holdings Ltd c. Burton* (2002) 58 NSWLR 464, paragraphes 73 à 75.

action ne reconnaît pas un droit de propriété sur les secrets d'affaires en tant que tels⁸⁶⁹. Elle est en fait ouverte lorsque des informations suffisamment spécifiques et d'un caractère confidentiel ont été reçues dans des circonstances qui impliquent une obligation de confiance et qu'il y a utilisation abusive de ces informations ou une menace d'une telle utilisation⁸⁷⁰. Dans le contexte de l'emploi, les tribunaux australiens ont cherché à établir une distinction entre les secrets d'affaires spécifiques qui ne peuvent légalement être utilisés que pour le bénéfice de l'employeur (et qui doivent donc être gardés secrets après que le salarié a quitté son emploi) et les informations que le salarié doit traiter comme confidentielles jusqu'à la fin de son emploi, mais qui, une fois apprises, restent avec lui et font partie de ses compétences et connaissances et peuvent être librement utilisées après l'emploi⁸⁷¹. Notamment, certains pays du Pacifique Sud prévoient une protection légale des secrets d'affaires. Aux Tonga et à Vanuatu, l'utilisation abusive de secrets d'affaires peut être contrée par une injonction ou compensée par l'octroi de dommages-intérêts⁸⁷². Au Samoa, commet une infraction pénale quiconque prend, obtient ou copie malhonnêtement tout document ou tout modèle ou autre représentation d'une chose ou d'un processus contenant ou constituant un secret d'affaires, en sachant que cet élément contient ou constitue un secret d'affaires⁸⁷³.

N. COMMUNAUTÉ DES ÉTATS INDÉPENDANTS (CEI)*

1. Cadre législatif

Outre les normes internationales énoncées dans la Convention de Paris et dans les accords de l'OMC, notamment l'Accord sur les ADPIC⁸⁷⁴, deux sources de droit principales fixent des normes communes en matière de concurrence déloyale au niveau régional pour les membres actuels de la Communauté des États indépendants (CEI). Il s'agit tout d'abord du Traité de la CEI sur la mise en œuvre d'une politique coordonnée de lutte contre les monopoles du 25 janvier 2000⁸⁷⁵, qui actualise le premier instrument de ce type adopté par la CEI le 23 décembre 1993. La seconde source est le Traité sur l'Union économique eurasiatique

⁸⁶⁹ Haute Cour d'Australie, 24 mai 2007, *Farah Constructions Pty Ltd c. Say-Dee Pty Ltd* (2007) 230 CLR 89, par. 118.

⁸⁷⁰ Cour fédérale d'Australie (assemblée plénière), 4 mars 2010, *Optus Networks Pty Ltd c. Telstra Corporation Ltd* (2010) 265 ALR 281, par. 39; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 2 mai 1978, *AB Consolidated Ltd c. Europe Strength Food Co Pty Ltd* [1978] 2 NZLR 515.

⁸⁷¹ Cour d'appel suprême de Nouvelle-Galles-du-Sud, 6 mars 1991, *Wright c. Gasweld Pty Ltd* (1991) 22 NSWLR 317, 339.

⁸⁷² Article 9 de la loi sur la protection contre la concurrence déloyale des Tonga; article 3 de la loi de 2000 sur les secrets d'affaires de Vanuatu. L'article 1 de la loi définit le secret d'affaires comme toute information : a) qui n'est pas généralement connue des personnes qui traitent normalement ce type d'information, ou qui n'est pas facilement accessible à ces personnes; ou b) qui concerne les activités commerciales ou professionnelles d'une personne et dont la divulgation aurait, ou pourrait raisonnablement avoir, un effet négatif déraisonnable sur cette personne s'agissant de ses activités commerciales ou professionnelles légales; et qui a de ce fait une valeur commerciale.

⁸⁷³ Article 171.1) de la loi de 2013 sur les infractions du Samoa. Le secret d'affaires est défini à l'article 171.2).

* Natalia Kapyrina, professeure associée, Département des études d'intégration, Institut des relations internationales de l'État de Moscou (MGIMO), Moscou (Fédération de Russie).

⁸⁷⁴ Tous les pays mentionnés dans le présent rapport sont membres de la Convention de Paris. Les membres de l'OMC sont l'Arménie, la Fédération de Russie, la Géorgie, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la République de Moldova, le Tadjikistan et l'Ukraine. L'Azerbaïdjan, le Bélarus, l'Ouzbékistan et le Turkménistan n'en sont pas membres.

⁸⁷⁵ L'article 1 énonce des définitions générales, l'article 3.2.3) énumère les lois qui définissent la concurrence déloyale. Cet accord a été signé par l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Fédération de Russie, la Géorgie (avec des réserves, s'est retirée de la CEI depuis août 2009), le Kazakhstan, le Kirghizistan, l'Ouzbékistan, la République de Moldova (avec des réserves), le Tadjikistan et l'Ukraine (avec des réserves, s'est retirée de cet accord depuis novembre 2020). L'accord n'a pas été signé par le Turkménistan.

(UEEA), adopté le 29 mai 2014⁸⁷⁶, et son protocole sur les principes généraux et les règles de concurrence⁸⁷⁷.

Certains pays de la région citent expressément l'interdiction de toute concurrence déloyale dans leurs constitutions nationales, principalement dans les dispositions relatives aux libertés en matière d'activité économique⁸⁷⁸. Dès lors, d'un point de vue constitutionnel, à tout le moins pour ces pays, la protection contre la concurrence déloyale sert clairement les objectifs visant à renforcer une concurrence loyale et non faussée en général⁸⁷⁹. Cette hypothèse est également corroborée par l'examen de la place qu'occupe la concurrence déloyale dans les accords régionaux précités, parmi d'autres règles de lutte contre les positions monopolistiques, et dans les législations nationales spécifiques dans lesquelles la concurrence déloyale est associée à d'autres disciplines en lien avec la concurrence⁸⁸⁰. Seuls l'Ukraine et l'Azerbaïdjan ont adopté des lois spécifiques sur la concurrence déloyale⁸⁸¹. Le Bélarus combine des dispositions générales du Code civil avec d'autres plus spécifiques d'une loi sur la concurrence⁸⁸². Le

⁸⁷⁶ Article 75 (Principes généraux de la concurrence); article 76 (Règles générales de la concurrence). Le traité est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Ce traité a été signé par l'Arménie, le Bélarus, la Fédération de Russie, le Kazakhstan et le Kirghizistan.

⁸⁷⁷ Article 1, article 2.14) de l'annexe 19 au Traité sur l'Union économique eurasiatique, Protocole sur les principes généraux et les règles de concurrence. Il est également fait référence à l'interdiction de la concurrence déloyale dans le Protocole n° 26 sur la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle en ce qui concerne l'utilisation des appellations d'origine de produits qui constituent des actes de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris (article 21 de l'annexe 26 au Traité sur l'Union économique eurasiatique). Avant la création de l'UEEA, le Bélarus, le Kazakhstan et la Russie ont adopté une loi type "sur la concurrence" le 17 septembre 2013, approuvée par la décision n° 50 des Chefs d'État du 24 octobre 2013. Voir l'article 4.15) pour une définition générale et l'article 16 pour les lois spécifiques couvrant plus d'aspects que le Traité sur l'UEEA.

⁸⁷⁸ Article 59 de la Constitution de la République d'Arménie (telle que modifiée jusqu'au 6 décembre 2015); article 15.II) de la Constitution de la République d'Azerbaïdjan (telle que modifiée en dernier lieu le 18 mars 2009); article 34.2) de la Constitution de la Fédération de Russie (telle que modifiée jusqu'en juillet 2020); article 26.4) de la Constitution de la République du Kazakhstan (telle que modifiée en dernier lieu le 25 mars 2019); article 42 de la Constitution d'Ukraine (telle que modifiée jusqu'en 2016). La Constitution des pays suivants ne mentionne pas la concurrence déloyale : Constitution de la République du Bélarus de 1994 (telle que modifiée jusqu'au 17 octobre 2004); Constitution de la Géorgie (telle que modifiée en dernier lieu le 23 mars 2018); Constitution de la République de Moldova (telle que modifiée jusqu'en 2016 : l'article 9.3) fait référence à la "concurrence loyale"); Constitution de la République du Tadjikistan (telle que modifiée jusqu'en 2003); Constitution du Turkménistan (telle que modifiée jusqu'en 2008); Constitution de la République d'Ouzbékistan (telle que modifiée jusqu'au 29 août 2017). Dans la Constitution de la République d'Azerbaïdjan, la concurrence déloyale est mentionnée dans un article intitulé "Développement économique et État", mais le sens général de la disposition concerne l'économie de marché, la liberté commerciale et la prévention des monopoles et de la concurrence déloyale dans les relations économiques.

⁸⁷⁹ Pour une approche critique de l'inclusion de la concurrence déloyale dans les règles de concurrence, voir CNUCED, *Assessment of the Eurasian Economic Union Competition Rules and Regulations*, Nations Unies, 2020, 10; le sujet est également discuté dans la littérature nationale.

⁸⁸⁰ Chapitre V de la loi de la République d'Arménie du 6 novembre 2000 sur la protection de la concurrence économique (telle que modifiée jusqu'au 1^{er} juillet 2014) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/434741>); articles 3 et 8 de la loi n° 116 de la République du Kirghizistan du 22 juillet 2011 sur la concurrence (telle que modifiée jusqu'à la loi n° 153 du 28 juillet 2017) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/457090>); article 4 et chapitre 3 de la loi n° 183 de la République de Moldova du 11 juillet 2012 sur la concurrence (telle que modifiée jusqu'au 2 août 2013) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/339847>); article 4 et chapitre 2.1 (articles 14.1 à 14.8) de la loi fédérale n° 135-FZ sur la protection de la concurrence du 26 juillet 2006 (telle que modifiée jusqu'en 2021) (<http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15366>); articles 3 et 7 de la loi de la République du Tadjikistan sur la concurrence et la restriction des activités monopolistiques sur les marchés des produits de base du 28 juillet 2006 (telle que modifiée jusqu'en 2008) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/235995>); articles 4 et 13 de la loi n° ZRU-319 de la République d'Ouzbékistan du 6 janvier 2012 sur la concurrence (telle que modifiée jusqu'en 2018) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/477206>).

⁸⁸¹ Loi n° 1049 de la République d'Azerbaïdjan sur la concurrence déloyale du 2 juin 1995 (telle que modifiée jusqu'au 30 décembre 2003) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/365135>); loi ukrainienne n° 236/96-VR sur la protection contre la concurrence déloyale du 7 juin 1996 (telle que modifiée jusqu'en 2019).

⁸⁸² Chapitre 68 (articles 1029 et 1030) du Code civil du 7 décembre 1998, n° 218-3 (tel que modifié jusqu'en 2021); articles 1 et 16 de la loi n° 94-Z de la République du Bélarus du 12 décembre 2013 sur les mesures

Kazakhstan codifie les dispositions relatives à la concurrence déloyale dans son Code des entreprises⁸⁸³. Le Turkménistan semble ne pas avoir de législation spécifique en la matière⁸⁸⁴.

Les lois nationales existantes suivent une approche détaillée, comprenant à la fois une définition générale de la concurrence déloyale et une liste d'actes spécifiquement interdits. En parallèle, de nombreux pays ont adopté une série de lois plus spécifiques, en particulier sur la publicité⁸⁸⁵, les grands événements sportifs⁸⁸⁶ et les secrets d'affaires⁸⁸⁷.

Depuis la seconde moitié des années 1990, les pays de la CEI se sont tournés vers l'économie de marché. Par conséquent, il leur a fallu adopter une législation sur la concurrence déloyale dans le cadre des instruments visant à développer une véritable concurrence. La raison d'être générale de cette législation et de cette pratique est toujours de favoriser une concurrence loyale en protégeant les concurrents. Cependant, l'objectif de soutenir le développement économique général semble être une justification tout aussi valable, étant donné que l'État participe activement à cette réglementation au travers de procédures administratives et, lorsqu'il existe, d'un dialogue avec les parties prenantes. On observe également une tendance de plus en plus visible à justifier la concurrence déloyale par la protection des intérêts des consommateurs⁸⁸⁸. Toutefois, la protection des consommateurs reste un domaine législatif distinct dans tous les pays de la CEI⁸⁸⁹.

La législation relative à la concurrence déloyale et celle relative à la propriété intellectuelle ont le même rang, étant donné que la protection de la propriété intellectuelle est également prévue dans des accords internationaux et régionaux, souvent dans les Constitutions nationales⁸⁹⁰ et

de lutte contre les activités monopolistiques et la promotion de la concurrence (telle que modifiée jusqu'au 12 décembre 2013) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/337119>).

⁸⁸³ Code des entreprises de la République du Kazakhstan n° 375-V du 29 octobre 2015 (tel que modifié jusqu'à la loi n° 262-VI du 3 juillet 2019) (<https://wipolex.wipo.int/en/text/545642>). Avant cela, la concurrence déloyale était régie par une loi spécifique, qui a ensuite été fusionnée avec d'autres questions relatives à la concurrence dans une loi sur la concurrence (entrée en vigueur en 2009).

⁸⁸⁴ Les actes de concurrence déloyale sont toutefois visés à l'article 1068 du Code civil du 12 juin 1997, n° 222-I (tel que modifié jusqu'en 2020), mais l'article qui traite des droits de propriété intellectuelle se borne à indiquer que la concurrence déloyale peut offrir des solutions de rechange; article 16 de la loi n° 698-XII du Turkménistan du 19 mai 1992 sur les investissements au Turkménistan; articles 4 et 32 de la loi n° 374-V sur la publicité du 26 mars 2016.

⁸⁸⁵ Par exemple, loi de Géorgie n° 1228-III sur la publicité du 18 février 1998; loi n° 508-P du Kazakhstan (sur la publicité du 19 décembre 2003 (article 174); loi n° 155 de la République du Kirghizistan sur la publicité du 24 décembre 1998; loi fédérale n° 38-FZ de la Fédération de Russie sur la publicité du 13 mars 2006; loi de la République du Tadjikistan sur la publicité du 1^{er} août 2003.

⁸⁸⁶ Par exemple, article 20.1) de la loi fédérale russe n° 329-FZ du 4 décembre 2007 sur la culture physique et le sport en Fédération de Russie (telle que modifiée par la loi fédérale n° 108-FZ du 7 juin 2013), lois spécifiques relatives aux Jeux olympiques, aux tournois de la FIFA, etc.

⁸⁸⁷ Par exemple, loi fédérale russe n° 98-FZ du 29 juillet 2004 sur les secrets d'affaires.

⁸⁸⁸ L'exposé des motifs de la loi ukrainienne sur la concurrence déloyale définit ses objectifs comme la protection des opérateurs économiques et des consommateurs contre une concurrence déloyale. L'objectif visant à protéger les droits et intérêts des consommateurs, en leur qualité d'acteurs du marché, et leur vulnérabilité à l'égard d'actes de concurrence déloyale, a été souligné au paragraphe 10 de l'arrêt n° 2 de la Cour suprême de la Fédération de Russie (plénière) du 4 mars 2021 : "De certaines questions découlant de l'application judiciaire de la législation de lutte contre les monopoles". Dans un arrêt du 26 avril 2019 (n° 303-KG18-23327), la Cour suprême de Russie a également déclaré : "L'interdiction de la concurrence déloyale est établie afin de faire en sorte que les entités économiques disposent de chances équitables (égales) d'opérer sur les marchés des produits de base pertinents, et de protéger les consommateurs contre des pratiques commerciales déloyales adoptées par des entités commerciales qui faussent le comportement des consommateurs".

⁸⁸⁹ Au niveau de la CEI, un accord sur les orientations principales de la coopération en matière de protection des consommateurs a été adopté le 25 janvier 2000 (modifié le 19 mai 2011) et fait référence aux mesures de lutte contre les activités déloyales des entités économiques, qui violent la législation relative à la protection des consommateurs ou les pratiques commerciales qui portent atteinte, sur le plan économique ou non, aux consommateurs et/ou à l'environnement (article 1).

⁸⁹⁰ Article 44.1) de la Constitution russe, sur les dispositions constitutionnelles de l'Arménie, du Kirghizistan, du Tadjikistan, de l'Azerbaïdjan, voir C. Geiger, "Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights

dans des lois spécifiques. Tout en poursuivant des objectifs distincts et en couvrant des comportements différents, elles sont complémentaires et étroitement liées. Les dispositions relatives à la concurrence déloyale dans la CEI et les pays de l'UEEA interdisent l'enregistrement et l'utilisation déloyaux de marques, l'utilisation déloyale de différents éléments protégés par la propriété intellectuelle, y compris la reproduction de l'aspect extérieur des produits d'un tiers. Il est généralement admis que l'utilisation d'éléments faisant l'objet d'une protection de la propriété intellectuelle n'est pas, en soi, considérée comme une violation de la législation sur la concurrence déloyale⁸⁹¹. Le rapport entre la propriété intellectuelle et la concurrence déloyale peut aussi être conflictuel, comme en témoigne la question des importations parallèles (voir la section 4).

Dans la mesure où certaines violations prévues par les deux législations sont très proches ou se chevauchent, une délimitation conceptuelle peut être établie non seulement entre des aspects juridiques essentiels (éligibilité à la protection, conditions, portée et moyens de défense disponibles), mais aussi entre les procédures et voies de recours disponibles et appliquées dans la pratique. En termes très généraux, alors que des mécanismes d'exécution existent pour les deux types de législation au niveau civil et public et qu'ils peuvent être combinés, une tendance à se tourner vers une procédure administrative aboutissant à des amendes administratives et pénales est observée dans les dispositions relatives à la concurrence déloyale, tandis que les personnes qui recherchent une protection de la propriété intellectuelle s'appuient sur une action judiciaire devant des tribunaux commerciaux et civils, ce qui conduit à l'octroi de dommages et intérêts et à une compensation⁸⁹².

Depuis l'adoption de l'Accord de la CEI de 2000 sur la concurrence déloyale, les pays sont désireux de coopérer et de coordonner leurs politiques à l'échelle internationale⁸⁹³. Une intégration plus poussée existe au sein de l'UEEA, où le droit de la concurrence, y compris la concurrence déloyale, est réglementé depuis 2015 au niveau supranational. La Commission économique eurasiatique (CEEAA) est compétente pour enquêter sur les plaintes faisant état d'une concurrence déloyale sur des marchés transfrontaliers. Dans la mesure où la procédure implique de consulter les États membres, les résultats peuvent être vus comme reposant sur un certain degré de consensus, voire comme ayant un effet d'harmonisation⁸⁹⁴. En l'absence d'organe judiciaire ou extrajudiciaire supranational pour le règlement des litiges concernant la propriété intellectuelle, ce mécanisme d'application de la législation offre aux titulaires de droits une piste intéressante pour lutter contre les comportements limites impliquant des signes distinctifs (actes trompeurs, enregistrement déloyal d'une marque, créer une confusion).

Instruments: Towards a New Social Contract for the Protection of Intangibles", in: C. Geiger (éd.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, 661 (Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar, 2015), notes de bas de page n^{os} 23, 24 et 30, voir également note de bas de page n^o 15 citant les Constitutions du Kazakhstan et de l'Ouzbékistan qui ne font pas référence à la propriété intellectuelle.

⁸⁹¹ Voir point 30 de l'arrêt n^o 2 de la Cour suprême de la Fédération de Russie (plénière) du 4 mars 2021 "De certaines questions découlant de l'application judiciaire de la législation de lutte contre les monopoles".

⁸⁹² Cela s'explique par le coût de la procédure pour le plaignant, mais surtout par la faible charge de la preuve dans une procédure administrative, qui s'accompagne de pouvoirs d'investigation plus étendus. Il est courant que les titulaires de droits de propriété intellectuelle engagent des actions en réparation devant des tribunaux de commerce après avoir obtenu une décision positive de l'organe administratif, ou qu'ils engagent une action pour atteinte aux droits de propriété intellectuelle en se servant de la décision administrative constatant l'usage déloyal d'une marque comme preuve [E.P. Gavrillov, "Glava 12 : Pravovaia zashita ot nedobrosovestnoi konkurencii" (Chapitre 12 : La protection juridique de la concurrence déloyale), in Novoselova (éd.), *Pravo Intellektual'noi Sobstvennosti (Intellectual Property Law)*, vol. 1, Statut, Moscou, 2017, 427 (ci-après, Gavrillov, 2017)].

⁸⁹³ Le Comité intergouvernemental de la CEI sur la politique de lutte contre les monopoles et la Commission économique eurasiatique ont signé un Protocole de coopération dans le domaine de la politique de lutte contre les monopoles en septembre 2013.

⁸⁹⁴ Cinq plaintes pour concurrence déloyale ont été déposées auprès de la CEEAA en 2019, onze en 2018 et trois en 2017 (Source : site Web de la CEEAA). Les décisions de la CEEAA sont susceptibles de recours, à l'issue d'une phase de conciliation obligatoire, devant la Cour de l'UEEA. Cette dernière n'a encore été saisie d'aucune affaire de concurrence déloyale.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

En vertu de l'accord de la CEI de 2000, pour conclure à l'existence d'une concurrence déloyale, il faut un acte ou une absence d'acte remplissant trois conditions essentielles : être destiné à obtenir un avantage commercial, porter ou être susceptible de porter préjudice à d'autres entités économiques ou à leur réputation commerciale et être contraire à la législation nationale de lutte contre les monopoles ou aux pratiques du commerce⁸⁹⁵. L'adoption du Traité sur l'UEEA a entraîné des changements dans cette approche : pour qu'il y ait concurrence déloyale, il faut un comportement actif (à quelques exceptions près)⁸⁹⁶, entre concurrents, et les actes doivent être contraires à la législation nationale, aux usages en matière commerciale, ou aux exigences morales et éthiques d'intégrité, de caractère raisonnable et d'équité⁸⁹⁷.

Par conséquent, la transposition de la notion d'"usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" visée à l'article 10*bis* de la Convention de Paris dans les législations des États membres de la CEI et de l'UEEA peut être considérée comme large, dès lors qu'elle va au-delà des actes illicites et englobe les usages ou pratiques commerciales et les normes éthiques. Elle étend certes la couverture de la protection contre la concurrence déloyale, mais elle confère également au juge un pouvoir discrétionnaire plus large⁸⁹⁸. D'autre part, il convient encore de préciser que cette définition de la concurrence déloyale voulant que les actes portent préjudice ou confèrent un avantage déloyal, peut être jugée plus spécifique que la notion d'"usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" visée à l'article 10*bis* de la Convention de Paris⁸⁹⁹. En Russie à tout le moins, l'article 10*bis* de la Convention de Paris produit un effet direct. Il est régulièrement appliqué par les tribunaux avec des législations nationales plus spécifiques⁹⁰⁰.

En outre, si l'on ne tient compte que des usages en matière commerciale, certains auteurs soulignent qu'ils sont relativement nouveaux pour le marché russe, tout comme dans d'autres pays de la CEI. Ainsi, dans la pratique, ils ne sont pas souvent pris comme point de référence pour déterminer si un comportement est déloyal⁹⁰¹.

⁸⁹⁵ Accord de la CEI de 2000, article 1 (définitions).

⁸⁹⁶ Cette norme est généralement acceptée si l'on regarde l'article 1 de la loi ukrainienne sur la concurrence déloyale, qui fait uniquement référence à des actions. On observe toutefois une différence ailleurs : bien que la loi russe ne mentionne que des actes dans la définition générale de la concurrence déloyale (article 4.9)), l'absence d'acte peut conduire à créer une confusion selon l'article 14.6) de la loi sur la protection de la concurrence. Par conséquent, dans les instruments régionaux, il convient de donner aux "actes" le sens de "comportement".

⁸⁹⁶ Article 2.14), Annexe 19 au Protocole sur les principes généraux et les règles de concurrence du Traité sur l'Union économique eurasiatique. Cela figure à l'article 4.19) de la loi russe sur la protection de la concurrence.

⁸⁹⁷ Article 2.14), Annexe 19 au Protocole sur les principes généraux et les règles de concurrence du Traité sur l'Union économique eurasiatique. Cela figure à l'article 4.19) de la loi russe sur la protection de la concurrence.

⁸⁹⁸ O.A. Gorodov, A.B. Petrov, H.A. Schmigel'skaia, *Nedobrosovestnaïa konkurentsia*, Justizinform, Moscou, 2020, 25 (ci-après Gorodov *et al.*, 2020).

⁸⁹⁹ Gorodov *et al.*, 2020, 26, faisant référence aux règles nationales russes définissant la concurrence déloyale, qui sont courantes dans les cadres juridiques de la CEI et de l'UEEA.

⁹⁰⁰ En particulier, l'article 10*bis*.2) de la Convention de Paris et l'article 9.4) de la loi sur la protection de la concurrence sont considérés comme des définitions coexistantes de la concurrence déloyale : Gavrilov, 2017, op.cit. 390. Leur identité fait débat (*pro* Gavrilov, id., 392 (la définition russe est plus détaillée); *contra* Gorodov *et al.*, 2020, 20 (les concepts sont différents).

⁹⁰¹ C'est notamment le cas en Russie, voir I. Yu. Artemiev (éd.), *Nauchno-praktičeskii kommentarii k Federalnomu zakonu "O zashite konkurentsyt"* (Commentaire théorique et pratique sur la loi fédérale "sur la protection de la concurrence"), MGIMO, Service fédéral russe de lutte contre les monopoles (ci-après "FAS"), Moscou, Statut, 2016, 307 (ci-après *Commentaire russe*, 2016).

Lorsque le non-respect de ces usages en matière commerciale est invoqué, il peut être déduit de documents écrits⁹⁰² ou de la pratique (sur la base d'enquêtes, d'études, etc.)⁹⁰³.

Les principes moraux et éthiques, qui sont mentionnés dans plusieurs législations de la région pour définir la concurrence déloyale, renvoient à des principes généraux de droit civil⁹⁰⁴. Leur appréciation nécessite essentiellement une approche normative fondée sur la perception de ces normes de conduite dans l'environnement de marché. Un tel comportement déloyal se situe souvent dans le contexte d'un abus de droit en vertu des règles de la responsabilité civile délictuelle. Dans une affaire d'enregistrement déloyal d'une marque, par exemple, la Cour suprême de commerce de Russie s'est référée à l'article 10*bis* de la Convention de Paris et à la partie 1 de l'article 10 du Code civil pour constater une concurrence déloyale. Ce dernier fixe des limites à l'exercice débridé des droits civils, en particulier lorsqu'un certain type de comportement entrave la concurrence et équivaut à une concurrence déloyale, qui revient alors à un abus de droit⁹⁰⁵.

Étant donné que la protection contre la concurrence déloyale est intégrée dans le droit de la concurrence, ce contexte de marché prévaut toujours pour définir ce qui constitue une violation. Récemment, dans un arrêt important, la Cour suprême de Russie a utilisé la formule suivante : les tribunaux doivent établir, entre autres choses, "la différence entre la manière dont un opérateur économique a choisi de jouer le jeu de la concurrence sur le marché et le comportement qui serait attendu dans une situation similaire par tout opérateur poursuivant son intérêt économique, mais sans dépasser les limites de l'exercice des droits civils et d'une pratique commerciale loyale"⁹⁰⁶.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

Les pays de la zone CEI adoptent des listes détaillées et non exhaustives d'actes constitutifs de concurrence déloyale⁹⁰⁷. Les actes visés à l'article 10*bis*.3) figurent dans les législations, avec des variations en ce qui concerne leur niveau de détail. Dans le Traité sur l'UEEA, la liste non exhaustive des actes est différente de l'article 10*bis*.3), en ce qu'elle ne mentionne pas expressément la violation consistant à "créer une confusion", alors qu'elle cite une "comparaison incorrecte entre des entités économiques ou des biens" (article 76.2 du Traité sur l'UEEA). Cela n'exclut toutefois pas une action en justice contre les actes qui créent une confusion, étant donné que la liste n'est pas exhaustive⁹⁰⁸. Deux conditions doivent être

⁹⁰² Dans une affaire où plusieurs milliers de noms de domaines ont été enregistrés de manière déloyale par une entité, l'organisme de lutte contre les monopoles a parlé d'usages commerciaux couverts par l'accord sur l'accréditation et sur les règles d'enregistrement des noms de domaine dans le secteur de la propriété intellectuelle (*Présidium de la Cour suprême de commerce de la Fédération de Russie, décision n° 11980/12 du 2 avril 2013*).

⁹⁰³ Dans une affaire portant sur des sites Web publicitaires classés, la Cour a jugé que ce que le demandeur présentait comme des violations des normes du marché et des usages commerciaux était une pratique courante chez les concurrents. La décision du Service fédéral de lutte contre les monopoles a été confirmée par la décision du Tribunal de commerce de Moscou du 19 décembre 2019 dans l'affaire n° A40-183412/19-122-1521 (*Avito.ru/Avto.ru*). Une étude du comportement des internautes sur ces sites a également été utilisée aux fins de l'appréciation.

⁹⁰⁴ *Commentaire russe*, 2016, 307. Certains auteurs insistent sur la difficulté d'évaluer un comportement qui pourrait être autorisé par les pratiques commerciales ou par des dispositions légales, qui sont généralement peu contraignantes, mais interdites par des normes éthiques supérieures : Gorodov *et al.*, 2020, 26.

⁹⁰⁵ Arrêt du Présidium de la Cour suprême de commerce de la Fédération de Russie du 1^{er} juillet 2008, n° 3565/08 (*AKAI*). Une entreprise basée à Hong Kong a voulu enregistrer la marque AKAI et s'est présentée comme le successeur en droit de la société japonaise fondée en 1929.

⁹⁰⁶ Voir point 30 de l'arrêt n° 2 de la Cour suprême de Russie (plénière) du 4 mars 2021, "sur certaines questions découlant de l'application judiciaire de la législation de lutte contre les monopoles".

⁹⁰⁷ Seul le Kazakhstan dresse une liste exhaustive de 13 actes de concurrence déloyale (article 177.2) du Code des entreprises).

⁹⁰⁸ M.A. Kusainov *et al.* (éd.), *Konkurentnoïe pravo v Evraziïskom ekonomitcheskom soïuze (Droit de la concurrence dans l'Union économique eurasiatique)*, CEEA, Moscou, 2019, 59 (ci-après *Guide de l'UEEA sur le droit*

remplies dans la plupart des cadres législatifs : les actes doivent satisfaire aux critères généraux de la concurrence déloyale et ils doivent être accomplis par des concurrents.

Premièrement, tout acte de concurrence déloyale doit remplir les critères énoncés ci-dessus (viser à obtenir un avantage déloyal, préjudice effectif ou probable, incompatibilité avec la législation, les pratiques commerciales ou des principes moraux et éthiques). En fonction de l'acte interdit, la législation ou les tribunaux autorisent une appréciation plus souple. Au Kazakhstan, le critère principal pour que des actes soient constitutifs d'une concurrence déloyale est qu'ils visent à obtenir ou à recevoir des avantages illégaux. Certains actes requièrent une preuve individuelle de leur caractère illégal (usage illicite de signes distinctifs). D'autres seront réputés illégaux en soi (copie de l'aspect extérieur d'un produit et création d'une confusion; vente (achat) de produits avec une gamme obligatoire; appel au boycott d'un concurrent)⁹⁰⁹. Si les trois critères précités sont essentiels en Russie, certains peuvent être présumés, comme c'est parfois le cas pour l'exigence de préjudice effectif ou probable⁹¹⁰. De même, des actes énumérés dans certaines lois spécifiques ne doivent pas se conformer aux critères généraux, car ils sont directement qualifiés d'actes de concurrence déloyale⁹¹¹.

Deuxièmement, en règle générale, les entités impliquées dans une affaire de concurrence déloyale doivent être concurrentes. En Russie, cela signifie qu'elles doivent opérer sur les mêmes marchés de produits (produits substituables ou absence d'autres produits concurrents) et dans des limites géographiques communes (au moins une zone géographique commune)⁹¹². Bien qu'une analyse de la concurrence sur le marché en cause soit requise, elle n'exige pas une évaluation approfondie par rapport à d'autres domaines de concurrence. Dans des cas exceptionnels, l'évaluation d'un rapport de concurrence est considérablement élargie⁹¹³. Ainsi, des actes spécifiques qui créent une confusion ou un comportement parasite peuvent être considérés comme portant préjudice à un éventail plus large d'opérateurs économiques, plutôt que comme visant à porter spécifiquement préjudice au plaignant qui invoque une violation, lequel peut ne pas avoir de lien de concurrence direct avec le contrevenant présumé⁹¹⁴. La Cour suprême a donc récemment étendu ce critère de simples concurrents à l'existence d'actes influençant la situation de la concurrence⁹¹⁵.

de la concurrence, 2019). Une affaire relative au dessin ou modèle d'un emballage de boissons lactées fait actuellement l'objet de consultations au sein de la CEEA au motif d'une violation consistant à créer une confusion, voir CEEA, Rapport annuel sur la concurrence sur les marchés transfrontaliers et sur les mesures prises pour éliminer les violations des règles générales de 2020, 2021, 48-51 (ci-après *CEEA, Rapport annuel*).

⁹⁰⁹ Article 177 du Code des entreprises de la République du Kazakhstan.

⁹¹⁰ Si l'avantage déloyal doit être démontré, les conséquences d'une concurrence déloyale (préjudice ou atteinte à la réputation de l'entreprise) sont présumées : arrêt du Tribunal russe de la propriété intellectuelle du 12 octobre 2018 dans l'affaire n° A56-92760/2017.

⁹¹¹ Par exemple, les actes énumérés à l'article 8 de la loi fédérale russe n° 310-FZ sur l'organisation et la tenue des XXII^{es} Jeux olympiques d'hiver et des XI^{es} Jeux paralympiques d'hiver de 2014 (...) du 1^{er} décembre 2007, tels que l'utilisation des termes "Olympiques", "Sotchi 2014", etc., sont considérés comme une concurrence déloyale en soi (voir arrêt n° 3255/11 du Présidium de la Cour suprême de commerce de Russie du 19 juillet 2011, *Commentaire russe*, 2016, 363).

⁹¹² Paragraphe 10.6) de l'ordonnance n° 220 du FAS russe du 28 avril 2010 (modifiée jusqu'au 3 mars 2020) sur l'approbation de la procédure d'évaluation de la concurrence sur le marché de produits, enregistrée auprès du Ministère russe de la Justice le 2 août 2010, n° 18026, *Bulleten' normativnykh aktov federalnykh organov ispolnitelnoï vlasti*, n° 34, 23.08.2010; voir *Commentaire russe*, 2016, 309.

⁹¹³ *Commentaire russe*, 2016, 310; Gavrilov, 2017, op.cit., 397.

⁹¹⁴ *Commentaire russe*, 2016, 310, 355; Gavrilov, 2017, 397-398. La pratique varie en ce qui concerne le risque de confusion. Dans l'arrêt du Tribunal de la propriété intellectuelle du 5 septembre 2019 dans l'affaire A66-12330/2018 (Russie), l'existence d'une relation de concurrence est une condition nécessaire pour constater une confusion.

⁹¹⁵ Voir point 30 de l'arrêt n° 2 de la Cour suprême de la Fédération de Russie (plénière) du 4 mars 2021 "sur certaines questions découlant de l'application judiciaire de la législation de lutte contre les monopoles"; arrêt du Présidium du Tribunal de la propriété intellectuelle du 3 février 2022 dans l'affaire n° SIP-143/2021.

Dans le mécanisme transfrontalier d'application de la législation de l'UEEA, une plainte pour concurrence déloyale est examinée, dès la phase de recevabilité, en vérifiant que les opérateurs économiques sont effectivement concurrents, qu'ils opèrent sur le même marché de produits couvrant au moins le territoire de deux États membres et que les deux parties sont enregistrées dans des États membres différents⁹¹⁶.

3.1 Créer une confusion

La notion de création d'une confusion couvre un très large éventail d'actes étroitement liés à l'utilisation de la propriété intellectuelle⁹¹⁷. Dans les pays de la CEI, la catégorie de l'utilisation créant une confusion va plus loin que celle de l'utilisation de signes distinctifs et couvre l'imitation de produits, voire l'habillage commercial⁹¹⁸. La reconnaissance de cette catégorie au niveau régional paraît ambiguë, étant donné que l'Accord sur la CEI fait référence à l'"utilisation non autorisée d'une marque, d'une raison sociale ou d'une étiquette de produit, l'imitation d'une forme, d'un emballage, du dessin extérieur d'un produit d'une autre entité économique" (article 3.2.3) et est muet sur la confusion, tandis que l'Accord sur l'UEEA ne mentionne aucun de ces actes⁹¹⁹. Il existe néanmoins une protection contre les actes créant une confusion dans diverses législations nationales et, comme indiqué précédemment, une référence directe au risque de confusion au titre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris est courante. Les dispositions nationales couvrent généralement à la fois l'utilisation illicite de signes distinctifs (marques, noms commerciaux, noms de domaine, indications géographiques) et la copie ou l'imitation d'un produit, de son emballage et d'autres éléments qui ne sont pas spécifiquement protégés par le droit de la propriété intellectuelle⁹²⁰. La violation consistant à créer une confusion est parfois difficile à distinguer clairement de celle résultant d'un acte induisant le consommateur en erreur, en particulier lorsqu'une marque est utilisée de manière déloyale par un concurrent, en raison de la fonction d'origine de la marque⁹²¹.

La définition de la confusion dans la législation relative à la concurrence déloyale est proche de la notion de confusion en droit des marques, où elle est appréciée sous l'angle de la perception du consommateur, compte tenu de plusieurs facteurs, notamment l'utilisation de la marque par le titulaire, le degré de notoriété de la marque et le degré d'attention du consommateur⁹²². En outre, il est courant que les parties à un litige recourent à des sondages d'opinion pour démontrer la perception des consommateurs. Selon la pratique russe en matière de

⁹¹⁶ Voir, respectivement, les articles 3, 2 et 4 des "Critères de définition d'un marché transfrontalier", adoptés par la décision n° 29 du Conseil économique eurasiatique suprême du 19 décembre 2012 (tels que modifiés jusqu'au 26 décembre 2016). La CEEA a rejeté une affaire opposant deux entreprises pour l'utilisation de la même désignation, du même style de site Web et des mêmes photographies, enregistrées en Russie et au Kazakhstan et qui fournissaient toutes deux des services de créateur, mais opéraient sur des marchés différents, l'un en Russie et l'autre au Kazakhstan (décision de la CEEA d'entamer une enquête sur la violation des règles communes de concurrence sur des marchés transfrontaliers du 9 février 2018, publiée dans le Rapport annuel 2018 de la CEEA, 35-36). L'absence de relation de concurrence peut également servir à constater l'absence de violation, ainsi que l'absence de risque de confusion et de préjudice, de risque de préjudice ou d'atteinte à la réputation (Collège de la CEEA, décision n° 109 du 9 juillet 2018 concluant à l'absence de violation de l'article 76 de l'Accord sur l'UEEA du 29 mai 2014 (affaire *Stahlbau*), publiée dans le rapport annuel 2017 de la CEEA et dans le Rapport annuel 2018 de la CEEA, 36-37).

⁹¹⁷ Gavrilov, 2017, *op. cit.*, 410.

⁹¹⁸ Voir plusieurs affaires concernant la conception des stations d'essence en Russie, par exemple arrêt du Tribunal de la propriété intellectuelle du 15 juillet 2021 dans l'affaire n° A27-5932/2020.

⁹¹⁹ Voir, toutefois, Kusainov, *Guide l'UEEA sur le droit de la concurrence*, 59, et Rapport annuel de la CEEA, 48-51. La CEEA souligne que la liste des actes de concurrence déloyale n'est pas exhaustive.

⁹²⁰ Voir, par exemple, article 12 de la loi arménienne sur la protection de la concurrence économique, article 14.6) de la loi russe sur la protection de la concurrence.

⁹²¹ Service fédéral de lutte contre les monopoles, lettre d'août 2018, n° AD/66643/18, sur les limites de l'application des articles 14.2) et 14.6) de la loi sur la protection de la concurrence.

⁹²² Point 162 de l'arrêt n° 10 de la Cour suprême de la Fédération de Russie du 23 avril 2019 sur l'application de la partie quatre du Code civil de la Fédération de Russie, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 69 (2020), 925-927.

concurrence déloyale⁹²³, la confusion est définie comme “une situation dans laquelle le consommateur d’un produit l’identifie à un produit d’un autre producteur, ou suppose, en dépit des différences entre eux, qu’il est probable que les produits soient fabriqués par la même personne”, tandis que “la conséquence d’un tel comportement sur le marché est la redistribution possible de la demande des consommateurs du fabricant original vers le concurrent auteur de l’infraction parce que le consommateur achète par erreur les produits du contrevenant, étant donné que la similitude de l’emballage crée l’impression erronée que les produits proviennent du même fabricant”⁹²⁴.

L’exigence de l’existence d’une relation de concurrence peut être particulièrement stricte, comme le montre un arrêt du Tribunal russe de la propriété intellectuelle, confirmant la conclusion d’absence de concurrence déloyale pour ce motif, dans une affaire où le titulaire d’une appellation d’origine pour des produits artisanaux en céramique a allégué une concurrence déloyale découlant des actes d’une entreprise vendant des paquets de thé accompagnés d’un objet publicitaire en céramique reproduisant les produits du requérant revêtus de l’appellation d’origine et utilisant la dénomination de l’appellation d’origine sur l’emballage⁹²⁵. Le fabricant de céramique et le vendeur de thé n’étaient pas concurrents et, partant, en dépit de la copie, le tribunal n’a pas conclu à une concurrence déloyale.

Illustration d’une situation plus spécifique, il convient de souligner qu’en Russie tant en vertu de la loi sur la publicité que de l’article 14.6) de la loi sur la protection de la concurrence (création d’une confusion), l’usage d’une marque sans le consentement de son titulaire pour vendre ou fournir des services de réparation pour des produits, qui ont été mis légalement sur le marché, n’est pas considéré comme une infraction⁹²⁶. Toutefois, le Service fédéral russe de lutte contre les monopoles peut estimer que ce comportement induit les consommateurs en erreur (article 14.2) de la loi sur la protection de la concurrence) s’ils peuvent être amenés à croire que le vendeur est un distributeur officiel, alors que tel n’est pas le cas.

3.2 *Discrédit et dénigrement*

Le préjudice causé par un comportement entraînant le discrédit ou le dénigrement résulte de l’utilisation d’informations en vue de supprimer la confiance du consommateur dans les produits d’un concurrent et d’attirer l’attention du consommateur sur ses propres produits⁹²⁷. Outre une interdiction générale de diffuser des informations fausses, inexactes ou négatives sur le concurrent, les pays ont parfois adopté des interdictions supplémentaires. En Azerbaïdjan et au Kirghizistan, par exemple, l’acte de “divulguer des données sur des capacités scientifiques, techniques et de production d’un concurrent de manière déformée” est cité au même titre qu’une interdiction générale de diffusion d’informations fausses et déformées⁹²⁸.

Au niveau de l’UEEA, un acte entraînant le discrédit peut être présumé lorsque trois éléments sont réunis : diffusion d’informations, informations fausses (ou déformées ou inexactes), portant préjudice ou atteinte à la réputation d’un concurrent⁹²⁹. Une violation *prima facie* a ainsi été

⁹²³ Article 14.6) de la loi sur la protection de la concurrence.

⁹²⁴ Service fédéral de lutte contre les monopoles, lettre d’août 2018, n° AD/66643/18 sur les limites de l’application des articles 14.2) et 14.6) de la loi sur la concurrence.

⁹²⁵ Arrêt du Tribunal russe de la propriété intellectuelle du 25 mars 2021 dans l’affaire n° A40-87606/2020.

⁹²⁶ Service fédéral de lutte contre les monopoles, lettre d’août 2018, n° AD/66643/18 sur les limites de l’application des articles 14.2) et 14.6) de la loi sur la concurrence, 3, renvoyant au point 31 de l’arrêt n° 58 de la Cour suprême commerciale (plénière) de la Fédération de Russie du 8 octobre 2012 sur certaines questions relatives à la pratique des tribunaux de commerce appliquant la loi fédérale sur la publicité.

⁹²⁷ Kusainov, *Guide de l’UEEA sur le droit de la concurrence*, 58-59.

⁹²⁸ Article 5 de la loi n° 1049 de la République d’Azerbaïdjan du 2 juin 1995 sur la concurrence déloyale (telle que modifiée jusqu’au 30 décembre 2003); article 8.1.6) de la loi n° 116 de la République du Kirghizistan du 22 juillet 2011 sur la concurrence.

⁹²⁹ Kusainov, *Guide de l’UEEA sur le droit de la concurrence*, 58-59.

constatée dans les actes d'une association commerciale dont les membres ont envoyé à des consommateurs potentiels une lettre dans laquelle le requérant était présenté comme un producteur de produits falsifiés, alors qu'un seul produit de ce requérant avait été considéré comme non conforme à un règlement technique spécifique par le Comité d'État sur les normes du Bélarus⁹³⁰. En revanche, la CEEA a rejeté un recours alléguant que des lettres contenant de fausses informations sur la déclaration en douane du requérant relative à du matériel électronique et de télécommunication importé au Bélarus avaient été envoyées par un opérateur économique russe à divers organes gouvernementaux du Bélarus. La CEEA a jugé que ce comportement ne pouvait pas être assimilé à une concurrence déloyale, étant donné que, selon la législation nationale, les personnes physiques et morales ont le droit de formuler de telles demandes auprès d'organes gouvernementaux⁹³¹.

Dans certains pays, des dispositions supplémentaires relevant du concept général des actes entraînant le discrédit, qui se rapprochent également de la notion de dénigrement, sont mises en œuvre. Il s'agit d'actes "appelant au boycott d'un concurrent", "encourageant un acteur du marché à rompre un contrat avec un concurrent"⁹³², "attractifs pour d'autres opérateurs économiques (...) destinés à entraver, perturber ou mettre fin aux relations commerciales d'un concurrent, à faire obstacle aux activités commerciales d'un concurrent actif sur un marché donné ou cherchant à y entrer, notamment afin d'entamer des relations commerciales avec son partenaire commercial"⁹³³. D'autres formes d'interférence peuvent être couvertes par des dispositions de droit civil concernant la réputation d'une entreprise⁹³⁴ ou par la législation sur la publicité⁹³⁵.

3.3 Induire le public en erreur

À la différence des actes conduisant à jeter le discrédit sur un concurrent en fournissant des informations négatives ou inexactes, induire le public en erreur consiste à fournir des informations fausses sur ses propres produits ou sur sa propre entité⁹³⁶. Il s'agit d'une forme très courante de violations nécessitant une large protection contre la concurrence déloyale (Accord sur la CEI, article 3.2.3; Traité sur l'UEEA, article 76.2.2). La diffusion d'informations trompeuses est la principale cause des violations constatées par le Comité ukrainien de lutte contre les monopoles⁹³⁷. En Russie, cette catégorie de violations représente la majeure partie

⁹³⁰ Décision n° 38/opr de la CEEA du 23 juillet 2019 sur l'ouverture d'enquêtes (*Rzhevskoi' kabelny zavod vs Assotsiatsia predpriiatii kabelnoi' promyshlennosti Belkabel*), mentionnée dans le Rapport annuel 2019 de la CEEA, 57-62.

⁹³¹ Décision n° 17/opr de la CEEA du 12 avril 2019 sur l'absence de motifs pour ouvrir une enquête pour violation des règles générales de la concurrence sur des marchés transfrontaliers (*Relpol-Eltim (Russie) c. Overdrive-Electro (Bélarus)*), mentionnée dans le Rapport annuel 2019 de la CEEA, 56-57.

⁹³² Par exemple, article 177.7) et 9), du Code des entreprises du Kazakhstan.

⁹³³ Par exemple, article 16.1.4 de la loi n° 94-Z de la République du Bélarus du 12 décembre 2013 sur les mesures de lutte contre les activités monopolistiques et la promotion de la concurrence; article 6 de la loi de la République d'Azerbaïdjan sur la concurrence déloyale (Interférence avec l'activité économique du concurrent).

⁹³⁴ Par exemple, l'article 150 du Code civil russe mentionne la réputation d'une entreprise parmi les actifs immatériels (comme la vie, la santé, la dignité, etc.) et l'article 152 explique comment elle doit être protégée.

⁹³⁵ Par exemple, l'article 5 de la loi russe sur la publicité interdit la publicité déloyale qui diffame l'honneur, la dignité ou la réputation commerciale d'une personne, notamment un concurrent.

⁹³⁶ *Guide de l'UEEA sur le droit de la concurrence*, 2019, 59.

⁹³⁷ Article 15¹ de la loi ukrainienne sur la protection contre la concurrence déloyale, 141 affaires sur 168 portant sur cet article ont été recensées en 2019, les chiffres se situant au même niveau que dans d'autres rapports, voir tableau 5, 11 du Rapport annuel sur l'évolution de la politique de la concurrence en Ukraine, OCDE, 27 mai 2020, DAF/COMP/AR (2020) 55. Ce rapport ne contenait aucune information sur les affaires judiciaires concernant la concurrence déloyale.

des demandes adressées au Service fédéral de lutte contre les monopoles⁹³⁸, suivie par la confusion et les actes jetant le discrédit⁹³⁹.

Une tendance récente observée dans l'application des dispositions relatives aux actes trompeurs est l'approche adoptée par le FAS russe pour lutter contre les "doubles normes", à savoir les normes applicables aux produits mis en vente en Russie et à ceux commercialisés dans l'Union européenne. Le fait que les premiers puissent être de moindre qualité par rapport aux attentes de l'acheteur est considéré comme un acte trompeur équivalant à un acte de concurrence déloyale⁹⁴⁰.

Après examen des développements intervenus dans ce domaine, on peut affirmer que la législation nationale dans les pays de la CEI opte pour des listes détaillées d'actes considérés comme des actes de concurrence déloyale, qui vont au-delà des actes énumérés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris ou dans les accords régionaux⁹⁴¹, tandis que la pratique administrative et judiciaire étend davantage la protection existante en se fondant sur la définition générale de la concurrence déloyale. La protection qui en résulte est relativement étendue. Cependant, les prescriptions générales et, en particulier, l'obligation que les parties soient des concurrents, peuvent réduire la portée de la protection.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Comme indiqué précédemment, les listes nationales d'actes de concurrence déloyale interdits sont relativement larges et comprennent des sous-catégories et des extensions. En particulier, les règles relatives à la publicité, aux secrets d'affaires, au parasitisme et à l'entrave au commerce parallèle peuvent être considérées comme des catégories distinctes. D'autres formes de concurrence déloyale peuvent également être mentionnées en passant, comme la corruption d'un travailleur ou d'un fournisseur⁹⁴², qui relèverait de la catégorie de désorganisation introduite par Paul Roubier en 1948⁹⁴³.

4.1 Comparaison incorrecte, publicité et informations confidentielles

Comme indiqué précédemment, il arrive que la législation classe une comparaison incorrecte parmi les formes de concurrence déloyale (Traité sur l'UEEA, article 76.2); Accord sur la CEI, article 3.2.3)⁹⁴⁴. En Russie, l'article pertinent mentionne parmi les fautes possibles dans cette catégorie une comparaison avec un concurrent ou ses produits reposant sur des critères non objectifs relatifs à des aspects non essentiels, ou les comparaisons dans lesquelles le

⁹³⁸ Article 14.2) de la loi sur la protection de la concurrence.

⁹³⁹ Si l'on ne tient pas compte de la clause de "défaut" visée à l'article 14.6) de la loi sur la protection de la concurrence. Pour toutes les statistiques, voir le *FAS Doklad o sostoianii konkurencii v Rossiiskoi Federacii za 2020 god* (rapport de l'État sur la concurrence dans la Fédération de Russie en 2020, FAS, 2021, 304-307 ([lien](#))).

⁹⁴⁰ Série de notifications publiées par le FAS, par exemple la notification destinée à mettre fin aux actes présentant des caractéristiques de concurrence déloyale adressée le 3 décembre 2019 à Henkel Rus (n° IA/106146/19 – poudre à lessiver Persil), Procter et Gamble (n° IA/106145/19 – poudre à lessiver Ariel), Lindt et Sprüngli (n° IA/106147/19 – chocolat). Il est intéressant de souligner que ces notifications ont été adoptées à la demande du Service fédéral russe de protection des consommateurs.

⁹⁴¹ Peut-être tiré de la loi type du BIRPI pour les pays en développement sur les noms de marque et les actes de concurrence déloyale, 1967, voir commentaire 78.

⁹⁴² Articles 177.2), 177.10), 177.11), 187 et 188 du Code des entreprises de la République du Kazakhstan; article 16, 1.6, de la loi de la République du Bélarus sur les mesures de lutte contre les activités monopolistiques et la promotion de la concurrence; article 8.1.8) de la loi de la République du Kirghizistan sur la concurrence; article 7 de la loi de la République du Tadjikistan sur la concurrence et la restriction des activités monopolistiques sur les marchés des produits de base.

⁹⁴³ P. Roubier, "Théorie générale de la concurrence déloyale", *RTD com.* 1948, 51 : risque de confusion, dénigrement, désorganisation.

⁹⁴⁴ Voir aussi article 7 de la loi de la République du Tadjikistan sur la concurrence et la restriction des activités monopolistiques sur les marchés des produits de base.

défendeur utilise les termes “le meilleur”, “numéro un”, “le seul et unique”, etc., sans préciser quelles sont les caractéristiques comparées⁹⁴⁵. Une telle comparaison peut toutefois être plus proche de la notion d’induire le public en erreur que de celle de publicité déloyale, qui est appliquée comme une *lex specialis* dans le système russe de protection contre la concurrence déloyale⁹⁴⁶.

Dans le domaine de la publicité, les législations nationales sur la concurrence déloyale classent les actes relevant de ce domaine parmi les actes de concurrence déloyale⁹⁴⁷. Certains pays adoptent des lois supplémentaires réglementant la publicité⁹⁴⁸, dans lesquelles des types particuliers de comportement déloyal sont considérés comme des actes de concurrence déloyale. Au niveau de la CEI, un accord sur la question a été adopté en 2003 et vise essentiellement à organiser la coopération entre les États membres⁹⁴⁹.

Les informations confidentielles, en particulier, font l’objet de protections qui se chevauchent. Parallèlement aux sources régionales (Accord sur la CEI, article 3.2.3), des pays adoptent des dispositions spécifiques sur la collecte et la divulgation illicites d’informations confidentielles dans le cadre de la protection contre la concurrence déloyale⁹⁵⁰. Des pays adoptent également des lois ou des dispositions particulières sur la protection des secrets d’affaires ou du savoir-faire, qui sont généralement liées à la législation relative à la propriété intellectuelle et couvrent un large éventail d’informations industrielles, techniques, organisationnelles ou commerciales⁹⁵¹. En outre, d’autres types d’information sont réglementés par des régimes de confidentialité supplémentaires⁹⁵².

4.2 Parasitisme

Les actes de parasitisme ou consistant à tirer profit de la réputation d’autrui, indépendamment du fait de créer une confusion, sont couverts dans la législation arménienne⁹⁵³. Lorsque la

⁹⁴⁵ Article 14.3.1) de la loi sur la protection de la concurrence.

⁹⁴⁶ Gavrilov, 2017, op. cit., 405.

⁹⁴⁷ Dans la catégorie des actes créant une confusion, par exemple, article 7 de la loi de la République du Tadjikistan sur la concurrence et la restriction des activités monopolistiques sur les marchés des produits de base; article 15 de la loi d’Ouzbékistan sur la concurrence; article 12.2.7) de la loi arménienne sur la protection de la concurrence économique; article 7 de la loi ukrainienne sur la protection contre la concurrence déloyale. Dans la catégorie des actes induisant le public en erreur : article 9 de la loi de la République d’Azerbaïdjan sur la concurrence déloyale. Pour une référence aux actes de dénigrement : article 13.2) de la loi arménienne sur la protection de la concurrence économique.

⁹⁴⁸ Par exemple, loi n° 1228-III de la Géorgie sur la publicité du 18 février 1998; loi n° 508-P du Kazakhstan du 19 décembre 2003 sur la publicité (article 174); loi n° 155 de la République du Kirghizistan du 24 décembre 1998 sur la publicité; loi fédérale n° 38-FZ de la Fédération de Russie du 13 mars 2006 sur la publicité; loi de la République du Tadjikistan du 1^{er} août 2003 sur la publicité.

⁹⁴⁹ Accord sur la coopération dans le domaine de la publicité du 19 décembre 2003, qui qualifie la publicité inappropriée de publicité déloyale, notamment (article 5).

⁹⁵⁰ Par exemple, articles 16 à 19 de la loi ukrainienne sur la protection contre la concurrence déloyale; article 189 du Code des entreprises du Kazakhstan; article 16 de la loi arménienne sur la protection de la concurrence économique; article 14.7 de la loi russe sur la protection de la concurrence.

⁹⁵¹ Articles 39 et 40 du Protocole n° 26 sur la protection et l’application des droits de propriété intellectuelle du Traité sur l’UEEA; chapitre 75 du Code civil de la Fédération de Russie, qui inclut les secrets de production (savoir-faire) dans l’objet couvert par la législation en matière de propriété intellectuelle, indépendamment de la loi fédérale russe n° 98-FZ du 29 juillet 2004 sur les secrets d’affaires. En Ukraine, les secrets d’affaires sont protégés comme une propriété intellectuelle en vertu du chapitre 48 du Code civil et des articles 155 et 162 du Code de commerce.

⁹⁵² Par exemple, lois sur l’information (loi de la République du Tadjikistan du 6 août 2001 sur l’informatisation; loi ukrainienne n° 2657-XII du 2 octobre 1992 sur l’information; loi fédérale russe n° 149-FZ du 27 juillet 2006 sur l’information, les technologies de l’information et la protection de l’information) ou différents types de secrets professionnels dans diverses législations sur les banques (article 857 du Code civil russe et législation additionnelle), la fiscalité (article 102 du Code fiscal russe) ou l’audit (article 8 de la loi fédérale russe sur les activités d’audit).

⁹⁵³ Article 15.1) de la loi sur la protection de la concurrence économique : tous les actes ou comportements commerciaux qui portent ou peuvent porter préjudice à la réputation ou à la renommée d’un agent économique, indépendamment de la création d’une confusion, sont considérés comme des actes de concurrence déloyale.

législation nationale n'aborde pas directement le parasitisme, les actes déloyaux relevant de cette catégorie peuvent être couverts par les extensions de l'interdiction légale de créer une confusion⁹⁵⁴, un enregistrement et un usage déloyaux de marques ou un usage déloyal d'une autre propriété intellectuelle. À titre subsidiaire, le parasitisme peut être analysé dans le cadre de la disposition générale sur la concurrence déloyale.

Dans la pratique russe, par exemple, plusieurs dispositions, notamment la clause générale par défaut visée à l'article 14.8) de la loi sur la protection de la concurrence, couvrent les situations dans lesquelles la réputation d'une personne est utilisée pour en tirer un profit déloyal, sans nécessairement créer une confusion ou porter préjudice à cette personne, même si le contrevenant présumé ne peut pas être considéré comme un concurrent⁹⁵⁵.

L'interdiction du parasitisme peut parfois découler de l'évaluation d'une violation au titre de la disposition juridique concernant l'enregistrement déloyal d'une marque (actuellement l'article 14.4) de la loi russe sur la protection de la concurrence), en particulier lorsque la législation ordinaire sur la marque ne s'applique pas en l'absence de similitude ou d'identité des produits et services⁹⁵⁶. Dans l'affaire *Vacheron Constantin*, le Présidium de la Cour suprême de commerce a déclaré que l'enregistrement d'un signe utilisant le terme "Vacheron" en tant que marque pour des vêtements, chaussures et chapellerie constituait un acte de concurrence déloyale, en dépit du fait que le plaignant n'avait pas enregistré cette marque en Russie pour ces produits, au motif que ce signe avait acquis une renommée internationale en tant que désignation de montres haut de gamme, fabriquées en Suisse par le plaignant. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'il existait un risque de confusion et que le défendeur n'avait pas fait preuve du niveau de précaution requis pour éviter une conclusion d'usage déloyal d'avantages économiques acquis par le plaignant et résultant de sa réputation auprès des consommateurs⁹⁵⁷.

4.3 Restrictions des importations parallèles

Une autre tendance observée en Russie depuis 2017 est celle selon laquelle des restrictions imposées à l'importation parallèle de produits sous une marque enregistrée sans le consentement du titulaire du droit peuvent être qualifiées d'actes de concurrence déloyale. Dans l'affaire *Daimler*, dans laquelle le constructeur automobile n'avait pas répondu à des demandes d'autorisation formulées par des importateurs indépendants de pièces détachées, le FAS a conclu que le comportement de Daimler équivalait à un acte de concurrence déloyale. Cette décision a été récemment confirmée par le Tribunal de commerce de Moscou⁹⁵⁸. Il s'agit d'un cas unique pour le moment, mais il résulte de la clarification apportée en 2018 par la Cour constitutionnelle à propos de l'épuisement des marques en vertu de la législation en matière de propriété intellectuelle⁹⁵⁹. En particulier, la Cour constitutionnelle a précisé que les dispositions visées devaient être appliquées "dans le cadre des principes juridiques généraux d'égalité et d'équité et en tenant compte des exigences de proportionnalité et de respect de l'équilibre des

⁹⁵⁴ *Guide de l'UEEA sur le droit de la concurrence*, 2019, 63.

⁹⁵⁵ *Commentaire russe*, 2016, pages 366 et suivantes.

⁹⁵⁶ Article 14.2) de la loi russe sur la protection de la concurrence. NB : La loi russe sur la marque ne contient pas de concept analogue à celui des "marques renommées" de l'UE. Conformément à l'article 6*bis* de la Convention de Paris, les marques notoires peuvent être reconnues en tant que telles par une procédure d'enregistrement spécifique auprès de l'Office russe de la propriété intellectuelle (Rospatent).

⁹⁵⁷ Présidium de la Cour suprême de commerce de Russie d'avril 2012, n° 16912/11.

⁹⁵⁸ Tribunal de commerce de Moscou, 11 août 2021, affaires jointes A40-222446/20-144-1667 (Daimler AG). En particulier, il a été conclu à un comportement déloyal au titre de l'article 10*bis*.2) de la Convention de Paris en l'absence de procédure d'examen des demandes émanant d'importateurs qui souhaitaient obtenir le consentement du titulaire du droit pour importer des produits originaux revêtus de la marque, alors qu'il existe une demande des consommateurs russes pour ces produits.

⁹⁵⁹ Point 5 de l'arrêt n° 8-P de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 13 février 2018 ("PAG LLC"), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 2018, 685.

droits concurrents et des droits légitimes qui découlent de ces principes” et que des restrictions déloyales du mécanisme d'épuisement consistaient, par exemple, “à limiter l'importation en Russie de produits spécifiques ou à fixer des prix supérieurs pour le marché russe, par rapport à d'autres marchés, à un niveau plus élevé que celui qui caractérise une activité économique normale et le respect de l'intérêt économique raisonnable du titulaire du droit, dès lors que ces actes entraînent des restrictions de l'accès des consommateurs russes aux produits concernés”⁹⁶⁰. Par conséquent, l'objectif de renforcement de la concurrence par des importations parallèles est lié à la protection des intérêts des consommateurs.

4.4 Technologies modernes

À l'heure actuelle, il n'existe aucune nouvelle obligation légale traitant spécifiquement des pratiques de concurrence déloyale qui recourent aux technologies modernes. Néanmoins, au niveau de l'UEEA, une recommandation a été adoptée sur la base d'une analyse des meilleures pratiques en matière de réglementation relative à la lutte contre les monopoles sur les marchés numériques⁹⁶¹.

Plusieurs affaires montrent comment le FAS et les tribunaux russes traitent ces nouvelles pratiques. Pour ce qui est des systèmes de publicité en ligne basés sur des mots-clés utilisant des signes distinctifs de tiers, la Cour suprême a jugé que ces actes pourraient être qualifiés de concurrence déloyale en vertu de l'article 14.6) de la loi sur la concurrence déloyale et de l'article 10*bis* de la Convention de Paris⁹⁶². Par la suite, le FAS russe a formellement recommandé une approche plus stricte en rappelant que pour conclure à l'existence d'une violation, la simple utilisation de mots-clés n'est pas suffisante. En revanche, tous les critères énoncés à l'article 4.9) et à l'article 14.6) de la loi sur la protection de la concurrence, notamment un risque de confusion, devaient être réunis⁹⁶³.

Dans une affaire opposant deux sites publicitaires⁹⁶⁴, Avito.ru et Avto.ru, le premier a invoqué plusieurs moyens de droit selon lesquels le second copiait les annonces de ses utilisateurs pour des voitures d'occasion. Les activités d'Avto.ru consistaient à appeler chaque utilisateur ayant publié une annonce sur Avito.ru et à lui demander son consentement pour publier également l'annonce sur Avto.ru, avec des détails supplémentaires qui étaient cachés sur Avito.ru. Le FAS s'est servi d'études sur le marché des sites publicitaires et sur les comportements et perceptions des utilisateurs pour évaluer la situation. Il a donc rejeté l'argument de non-respect des “normes du marché” et des “usages commerciaux” avancé par Avito. Il a également rejeté l'argument selon lequel Avto.ru tirait profit d'un “effet de réseau” en copiant les annonces⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ *Id.*, point 5.

⁹⁶¹ Recommandation du Collège de la CEEA du 25 mai 2021 sur l'étude “Réglementation de la concurrence (lutte contre les monopoles) sur les marchés numériques”. L'étude est disponible à l'adresse : <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/caa/cpol/konkurentpol/Documents/Oбзор.pdf> (en russe).

⁹⁶² Point 172 de l'arrêt n° 10 de la Cour suprême de la Fédération de Russie (plénière) du 23 avril 2019 sur l'application de la partie quatre du Code civil de la Fédération de Russie.

⁹⁶³ *Recommandations sur l'utilisation de signes distinctifs dans les mots-clés* du FAS du 21 octobre 2019, n° AK/91352/19. Le Tribunal de la propriété intellectuelle a confirmé une décision du FAS dans laquelle la simple utilisation d'une marque dans des mots-clés n'était pas suffisante, étant donné que le tribunal a déclaré que les mots-clés des moteurs de recherche peuvent être choisis par les entreprises ou ajoutés automatiquement : arrêt du Tribunal de la propriété intellectuelle du 12 février 2021, n° A13-1228/2019. En règle générale, l'utilisation de la marque d'un tiers dans des mots-clés ne porte pas atteinte au droit exclusif, comme l'a expliqué à de nombreuses reprises le Tribunal russe de la propriété intellectuelle, par exemple dans ses arrêts du 16 août 2021 dans l'affaire n° A41-88433/2018 ou du 25 avril 2019 dans l'affaire n° A40-167611/2018.

⁹⁶⁴ Décision du Tribunal de commerce de Moscou du 19 décembre 2019 dans l'affaire n° A40-183412/19-122-1521 (*Avito/Avto.ru*).

⁹⁶⁵ Pour une étude critique de la décision sur ce point, voir Aleksey V. Petrov, “Network effects and unfair competition in the digital platforms markets: Avito vs. Auto.ru Case”, *Predprinimatelskoïe pravo*, 2020, n° 4, 43-50. La notion d’“effets de réseau” sera définie dans le *Cinquième train de mesures contre les monopoles*.

Le FAS n'a pas conclu à une concurrence déloyale, comme l'a confirmé une décision judiciaire ultérieure qui soulignait qu'en substance, Avito revendiquait l'exclusivité des annonces publiées par les utilisateurs. Or, cela était contraire aux intérêts des vendeurs individuels et de la concurrence en général.

O. UNION EUROPÉENNE (UE)*

1. Cadre législatif

Dans l'Union européenne ("UE"), la législation sur la concurrence déloyale n'est pas complètement harmonisée. La protection effective contre la concurrence déloyale, telle que visée à l'article 10*bis*.1) de la Convention de Paris, résulte de l'interaction entre la législation de l'UE dans certains domaines de la législation en matière de concurrence déloyale et le droit et la pratique des États membres. À l'échelle de l'UE, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales⁹⁶⁶ harmonise l'approche des pratiques déloyales dans les relations entre les entreprises et les consommateurs. Elle protège les consommateurs contre les pratiques trompeuses et agressives. La directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative⁹⁶⁷ établit des règles harmonisées dans le domaine de la publicité. La protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués a été harmonisée par la directive sur les secrets d'affaires⁹⁶⁸.

Outre ces instruments législatifs spécifiques, la législation nationale régit des domaines importants du droit matériel sur la concurrence déloyale⁹⁶⁹. L'approche réglementaire des États membres de l'UE varie considérablement. Certains pays, comme l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Grèce, la Hongrie, la Slovaquie et la Suède, ont adopté des lois spécifiques sur la concurrence déloyale en vue de protéger la concurrence dans l'intérêt de tous les acteurs du marché, y compris les concurrents et les consommateurs et d'atteindre l'objectif de sauvegarder l'intérêt général du public dans le cadre d'une concurrence non faussée⁹⁷⁰. La protection contre la concurrence déloyale peut également être inscrite dans le Code de la propriété intellectuelle (Portugal), dans le Code de commerce (République tchèque et Slovaquie) ou dans une loi sur la concurrence comprenant des dispositions antitrust (Estonie,

* M. Martin Senftleben, professeur de propriété intellectuelle et directeur, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam, Amsterdam (Pays-Bas). L'auteur tient à remercier Luna Schumacher pour son aide à la recherche et Ilaria Buri, João Pedro Quintais, Ole-Andreas Rognstad, Morten Rosenmeier et Nuno Sousa e Silva pour leurs précieux avis et informations sur la jurisprudence. L'auteur assume la responsabilité de toute erreur ou omission.

⁹⁶⁶ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *Journal officiel* L 149, page 22.

⁹⁶⁷ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), *Journal officiel* L 376, page 21.

⁹⁶⁸ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection du savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *Journal officiel* L 157, page 1.

⁹⁶⁹ Ansgar Ohly, "Trademark Law and Advertising Law in the European Union: Conflicts and Convergence", in: Irene Calboli & Jane C. Ginsburg (éd.), *Cambridge Handbook on International and Comparative Trademark Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 323 (323-324).

⁹⁷⁰ Article 3.1) de la loi danoise sur les pratiques en matière de marketing; article 1 de la loi allemande contre la concurrence déloyale; article 1 de la loi espagnole sur la concurrence déloyale. Pour le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède, voir également Monica Viken, "The Borderline Between Legitimate and Unfair Copying of Products – A Unified Scandinavian Approach?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51 (2020), 1033 (1036).

Lettonie et Lituanie)⁹⁷¹. D'autres pays, comme la France, l'Italie et les Pays-Bas, opèrent une distinction entre la législation relative à la protection des consommateurs et les modalités d'application qui en découlent et la responsabilité civile générale d'actes de concurrence déloyale, en particulier sur la base des règles générales de la responsabilité civile délictuelle⁹⁷².

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Reconnaissant la nécessité d'un cadre réglementaire flexible pour permettre au droit de suivre le rythme de l'évolution constante des pratiques commerciales et des conditions du marché⁹⁷³, la législation relative à la concurrence déloyale dans l'UE s'appuie sur des clauses générales et souples. L'article 5.1) de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales dispose que "[l]es pratiques commerciales déloyales sont interdites". Une interdiction générale similaire – couvrant les relations entre entreprises – figure dans la législation relative à la concurrence déloyale des États membres de l'UE⁹⁷⁴. Une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales peut également résulter de l'application des règles générales relatives à la responsabilité civile délictuelle⁹⁷⁵. L'examen des décisions judiciaires appliquant ces règles générales fait apparaître des groupes d'affaires qui se sont frayé un chemin dans les listes non exhaustives des pratiques déloyales mentionnées dans la législation⁹⁷⁶. Dès lors, la législation relative à la concurrence déloyale dans l'UE se caractérise par l'interaction entre des clauses flexibles et ouvertes interdisant les pratiques commerciales déloyales en général et des exemples réglementaires plus concrets de comportement malhonnête (voir les sections 3 et 4).

En ce qui concerne la notion générale des "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale", on peut observer une tendance à s'écarter des approches traditionnelles axées sur les principes éthiques d'équité et de décence dans une communauté donnée⁹⁷⁷. Cette

⁹⁷¹ Voir la vue d'ensemble présentée par Frauke Henning-Bodewig, "Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 2010, 273 (283-284).

⁹⁷² Ohly, *Trademark Law and Advertising Law*, 325.

⁹⁷³ Cour suprême espagnole (Tribunal Supremo), 7 avril 2014, ECLI:ES:TS:2014:1876, Rumba/Ryanair, 8 (5°), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 2015, 1047 (1049).

⁹⁷⁴ L'article 1.1) n° 1 de la loi fédérale autrichienne contre la concurrence déloyale vise à empêcher les acteurs du marché d'utiliser "une pratique commerciale déloyale ou un autre acte déloyal susceptible d'influencer la concurrence au détriment d'entreprises dans une mesure plus qu'insignifiante". Conformément à l'article 3.1) de la loi danoise sur les pratiques commerciales, "[l]es opérateurs appliquent de bonnes pratiques commerciales". L'article 3.1) de la loi allemande contre la concurrence déloyale dispose que "[l]es pratiques commerciales déloyales sont illégales". L'article 4.1) de la loi espagnole sur la concurrence déloyale dispose que "[t]out comportement objectivement contraire aux critères de bonne foi est considéré comme déloyal". L'article 5 de la loi suédoise sur la commercialisation exige que celle-ci soit "conforme aux bons usages en matière de commercialisation". Quant à la condition d'entraver la concurrence d'une manière plus qu'insignifiante, voir Frauke Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law – European Union and Member States*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2006, 129. Voir aussi l'article 30 de la loi bulgare sur la protection de la concurrence, l'article 44 du Code de commerce tchèque, l'article 50 de la loi estonienne sur la concurrence, l'article 1 de la loi grecque contre la concurrence déloyale, l'article 18.1) et 18.2) de la loi lettone sur la concurrence, l'article 16 de la loi lituanienne sur la concurrence, l'article 2 de la loi hongroise contre la concurrence déloyale, l'article 14 de la loi luxembourgeoise sur les pratiques commerciales, l'article 3.1) de la loi polonaise contre la concurrence déloyale, l'article 317 du Code de la propriété intellectuelle portugais, l'article 1 de la loi roumaine contre la concurrence déloyale, l'article 44 du Code de commerce slovaque, l'article 13.2) de la loi slovène sur la protection de la concurrence. En ce qui concerne l'Espace économique européen, l'article 25 de la loi norvégienne sur le contrôle de la commercialisation précise qu'"[a]ucun acte contraire aux bons usages en matière commerciale n'est autorisé entre les opérateurs dans la vie des affaires".

⁹⁷⁵ Article 1240 du Code civil français, article 6:162 du Code civil néerlandais.

⁹⁷⁶ Ansgar Ohly, "A Fairness-Based Approach to Economic Rights", in: P. Bernt Hugenholtz (éd.), *Copyright Reconstructed – Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018, 83 (89-90).

⁹⁷⁷ Voir Karl-Nikolaus Peifer, "Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?", in: Reto M. Hilty & Frauke Henning-Bodewig (éd.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 125 (125-128); Eugen Ulmer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, vol. I, Munich 1965,

évolution trouve son origine dans l'inquiétude concernant les critères d'évaluation circulaires. Si l'accent est mis sur les usages et la perception de l'honnêteté dans un secteur donné, le cercle d'affaires dont les pratiques commerciales servent de point de référence pour déterminer des usages honnêtes façonne *de facto* les normes juridiques à l'aune desquelles le caractère déloyal d'un comportement doit être apprécié⁹⁷⁸. Pour échapper à cette circularité, la notion d'usages honnêtes peut être alignée sur l'objectif de garantir le bon fonctionnement de la concurrence en tant qu'instrument fondamental des économies de marché⁹⁷⁹.

L'évolution observée dans les États membres de l'UE atteste de cette tendance⁹⁸⁰. Avant l'adoption de la loi de 2004 sur la concurrence déloyale, la Cour suprême fédérale allemande considérait un acte de concurrence comme déloyal s'il était "contraire au sens de décence d'un commerçant moyen raisonnable ou si le grand public désapprouv[ait] [l'acte] ou le juge[ait] intolérable"⁹⁸¹. Cette approche éthique a été abandonnée au profit d'une analyse visant à préserver la liberté des concurrents de développer leur activité commerciale dans un environnement de concurrence loyale et non faussée⁹⁸². Discutant de l'obstruction délibérée de concurrents⁹⁸³, la Cour a jugé une entrave déloyale "lorsque la finalité de l'entrave est d'empêcher les concurrents de développer leur activité commerciale et, partant, de les déplacer, ou lorsque l'entrave a pour effet que les concurrents empêchés ne sont plus en mesure de réaliser les performances adéquates sur le marché par leurs propres efforts"⁹⁸⁴. Au sujet de la hiérarchie entre les considérations éthiques et économiques, la Cour suprême espagnole a déclaré que les considérations éthiques à caractère général étaient subordonnées aux conditions résultant directement des exigences de la concurrence économique. Il serait erroné d'invoquer des limites éthiques pour réprimer un comportement "qui se révèle efficace sur le plan de la concurrence et promeut les performances d'une personne ou d'un tiers sur la base de ses mérites, sans provoquer de changement dans la structure de la concurrence ou dans le fonctionnement normal du marché"⁹⁸⁵.

42-43; Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights – National and International Protection*, vol. III, Cambridge, Massachusetts, 1975, 1685-1686.

⁹⁷⁸ Ulmer, *Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 249; Hans-Wolfgang Micklitz *et al.*, *Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading*, Volumes I-II, Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. 2000, 13 et 467.

⁹⁷⁹ Rupprecht Podszun, "Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht: Plädoyer für ein allgemeines Europäisches Wettbewerbsrecht", in: Reto M. Hilty and Frauke Henning-Bodewig (éd.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York: Springer 2009, 151 (156-157 et 163-168). En ce qui concerne l'évolution des approches qui considèrent le fonctionnement de l'économie de marché comme un tout, voir Anselm Kamperman Sanders, "Unfair Competition: Complementary or Alternative to Intellectual Property in the EU?", in: Christophe Geiger (éd.), *Constructing European Intellectual Property – Achievements and New Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 329 (338); Rudolf Callmann, "Unlauterer Wettbewerb zum Wohl der Allgemeinheit?", *Markenschutz und Wettbewerb* 1926/1927, 378; Rudolf Callmann, *Der unlautere Wettbewerb*, Mannheim: Bensheimer 1929.

⁹⁸⁰ Voir Viken, *Legitimate and Unfair Copying*, 1045.

⁹⁸¹ Cour suprême fédérale allemande, 14 octobre 1993, affaire I ZR 40/93, "PS-Werbung II", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1994, 220 (222); Cour suprême fédérale allemande, 18 mai 1995, affaire I ZR 91/93, "Busengrapscher", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1995, 592 (593-594); Cour suprême fédérale allemande, 25 janvier 2001, affaire I ZR 53/99, "Telefonwerbung für Blindenwaren", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2001, 1181 (1182). Voir Peifer, *Schutz ethischer Werte*, 134-137.

⁹⁸² Rupprecht Podszun, "UWG § 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen", in: Henning Harte-Bavendamm and Frauke Henning-Bodewig (éd.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 4^e éd., Munich: Beck 2016, paragraphe 142.

⁹⁸³ Article 4, n° 4, de la loi allemande contre la concurrence déloyale.

⁹⁸⁴ Cour suprême fédérale allemande, 22 juin 2011, affaire I ZR 159/10, "Automobil-Onlinebörse", point 65 (traduction libre de l'auteur).

⁹⁸⁵ Cour suprême espagnole (*Tribunal Supremo*), 8 octobre 2007, ECLI:ES:TS:2007:6143, Schindler/Ascensores Pruertollano, 6 (7°) (traduction libre de l'auteur). Voir Rafael García Pérez, commentaire sur l'arrêt de la Cour suprême espagnole (*Tribunal Supremo*), 7 avril 2014, ECLI:ES:TS:2014:1876, Rumba/Ryanair, Quinto, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 2015, 1049 (1051).

En ce qui concerne la relation de concurrence nécessaire pour engager une action pour concurrence déloyale, des concepts élastiques – exigeant simplement qu’un opérateur se place d’une certaine manière en concurrence avec le plaignant – sont apparus dans quelques États membres⁹⁸⁶. Ainsi, une relation de concurrence ou de substitution indirecte entre des produits ou des services peut déjà suffire⁹⁸⁷. Par exemple, il peut être considéré comme suffisant qu’il existe une interdépendance entre les avantages commerciaux qu’une partie entend obtenir pour elle-même ou pour un tiers et les désavantages – dans le sens d’une entrave à la concurrence – que le plaignant subit⁹⁸⁸.

La jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) en matière de droit des marques donne des indications précises sur les comportements qui peuvent être considérés comme malhonnêtes. Dans l’UE, des limitations des droits exclusifs des titulaires de marques ne peuvent être invoquées que si l’usage en cause est fait conformément aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale⁹⁸⁹.

Approfondissant la condition des usages honnêtes dans ce contexte, dans l’affaire *Gillette*, la CJUE a jugé – en se fondant apparemment sur les critères de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative pour déterminer l’admissibilité d’une publicité comparative – que l’usage d’une marque n’est pas conforme aux usages honnêtes lorsque

il est fait d’une manière telle qu’il peut donner à penser qu’il existe un lien commercial entre le tiers et le titulaire de la marque; il affecte la valeur de la marque en tirant indûment profit de son caractère distinctif ou de sa renommée; il entraîne le discrédit ou le dénigrement de ladite marque, ou que le tiers présente son produit comme une imitation ou une reproduction du produit revêtu de la marque dont il n’est pas le titulaire⁹⁹⁰.

3. Mise en œuvre de la notion d’acte expressément interdit

S’agissant des actes déloyaux énumérés à l’article 10*bis*.3) de la Convention de Paris, le droit de l’Union européenne prévoit plusieurs moyens pour se protéger contre la confusion (3.1), les allégations entraînant le discrédit ou le dénigrement (3.2) et les pratiques trompeuses (3.3).

3.1 Créer une confusion

Conformément à l’article 10*bis*.3), n° 1, de la Convention de Paris, la publicité comparative n’est pas autorisée dans l’Union européenne lorsqu’elle est source de confusion parmi les professionnels, l’annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, d’autres signes distinctifs, biens ou services de l’annonceur et ceux d’un concurrent⁹⁹¹. Dans l’affaire *Toshia/Katun*, la CJUE a précisé qu’un signe utilisé par une entreprise peut correspondre à la notion de “signe distinctif” lorsqu’il est identifié par le public comme provenant

⁹⁸⁶ Wolfgang Büscher, “Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Lauterkeitsrecht seit Ende 2015”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2017, 105 (105-106).

⁹⁸⁷ Pour une description des différentes approches, voir Henning-Bodewig, *Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, 273-287. En ce qui concerne l’évolution historique de la protection au-delà de la concurrence directe, voir Kamperman Sanders, *Unfair Competition: Complementary or Alternative*, 338.

⁹⁸⁸ Cour suprême fédérale allemande (Bundesgerichtshof), 21 avril 2016, affaire I ZR 151/15, “Ansprechpartner”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 1193, point 15.

⁹⁸⁹ Article 14.2) du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l’Union européenne (codification), *Journal officiel* 2017 L 154, page 1 (“RMUE”); article 14.2) 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, *Journal officiel* 2015 L 336, page 1.

⁹⁹⁰ CJUE, 17 mars 2005, affaire C-228/03, *Gillette/L.A.-Laboratories*, point 49. Pour une discussion plus détaillée de la condition des usages honnêtes dans la législation sur la marque de l’Union européenne, voir Annette Kur et Martin Senftleben, *European Trade Mark Law – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2017, paragraphes 6.71-6.77.

⁹⁹¹ Article 4.h) de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

d'une entreprise déterminée⁹⁹². La protection résultant de l'interdiction d'usages commerciaux créant une confusion va donc au-delà des marques et des noms commerciaux. Elle inclut d'autres éléments d'identification de l'origine commerciale. S'agissant de numéros d'articles attribués par un fabricant d'appareils pour identifier des pièces de rechange et des consommables, la qualification d'"autres signes distinctifs" peut néanmoins être douteuse, lorsque ces numéros sont utilisés seuls, sans indication de la marque du fabricant⁹⁹³.

Quant à la notion de confusion, la CJUE a établi un parallèle avec le critère de confusion visé dans le droit des marques de l'Union européenne⁹⁹⁴. En principe, l'interprétation est la même au niveau européen⁹⁹⁵ et national⁹⁹⁶. Constitue un risque de confusion susceptible de recours "le risque que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement"⁹⁹⁷. Le risque de confusion est d'autant plus élevé que l'identifiant de la source est plus distinctif⁹⁹⁸. Toutefois, le critère de confusion n'est pas satisfait lorsqu'un usage non autorisé rappelle simplement les marques d'un concurrent sans créer une confusion directe (produit) ou indirecte (origine)⁹⁹⁹.

Dans le domaine des relations des entreprises vis-à-vis des consommateurs, une pratique créant une confusion n'est susceptible de recours que lorsqu'elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement¹⁰⁰⁰. Alors qu'une action créant une confusion influencera les décisions des consommateurs, des doutes peuvent surgir lorsque la publicité combine l'achat d'un produit et un but caritatif¹⁰⁰¹. La promesse de protéger un mètre carré de forêt tropicale, par exemple, soulève la question de savoir si le consommateur se soucie du mètre carré spécifique ou s'il souhaite apporter un soutien plus général au projet environnemental¹⁰⁰².

3.2 Allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent

Les dommages spécifiques causés par les fausses allégations décrites à l'article 10bis.3) n° 2 de la Convention de Paris sont abordés dans des dispositions nationales déclarant qu'il est déloyal – à moins que les faits puissent être démontrés – d'affirmer ou de diffuser des faits sur les produits, services ou activités d'un concurrent ou sur le dirigeant ou un membre de la direction de l'entreprise, qui pourraient porter préjudice à l'exploitation de l'entreprise ou à la réputation de son dirigeant¹⁰⁰³. Pour apprécier si une déclaration porte sur des "faits" pertinents au sens de l'interdiction, une distinction doit être établie entre des jugements de valeur subjectifs et des déclarations factuelles¹⁰⁰⁴. En ce qui concerne les simples jugements de

⁹⁹² CJUE, 25 octobre 2001, affaire C-112/99, Toshiba/Katun, point 49.

⁹⁹³ CJUE, id., points 50-51.

⁹⁹⁴ Article 9.2)b) du RMUE; article 10.2)b) de la directive sur les marques. Voir Kur/Senftleben, *European Trade Mark Law*, paragraphes 5.105-5.110.

⁹⁹⁵ CJUE, 12 juin 2008, affaire C-533/06, O2/Hutchison, point 49; CJUE, 22 juin 1999, affaire C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, point 17.

⁹⁹⁶ Pour une confirmation explicite de ce point, voir Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*), 10 mai 2011, affaire 17 Ob 10/11m, Jungle Man, 8. Voir Büscher, *Rechtsprechung EuGH und BGH*, 116.

⁹⁹⁷ CJUE, id., point 59.

⁹⁹⁸ CJUE, 11 novembre 1997, affaire C-251/95, Puma/Sabel, point 24.

⁹⁹⁹ CJUE, id., points 16 et 26.

¹⁰⁰⁰ Article 6.2)a), de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales. Pour une appréciation de cette exigence dans le domaine des indications de prix trompeuses, voir CJUE, 26 octobre 2016, affaire C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800, Canal Digital Danmark, points 45-47.

¹⁰⁰¹ En ce qui concerne la réintroduction de considérations éthiques à la suite de ce type de commercialisation de produits, voir Peifer, *Schutz ethischer Werte*, 137-141.

¹⁰⁰² Cour suprême allemande (*Bundesgerichtshof*), 26 octobre 2006, affaire I ZR 33/04, "Regenwaldprojekt I", point 34.

¹⁰⁰³ Article 7.1) de la loi fédérale autrichienne contre la concurrence déloyale; article 4.2) de la loi allemande contre la concurrence déloyale; article 9 de la loi espagnole sur la concurrence déloyale.

¹⁰⁰⁴ Voir Cour suprême allemande (*Bundesgerichtshof*), 31 mars 2016, affaire I ZR 160/14, "Im Immobiliensumpf", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 710, points 28-31.

valeur, le droit national peut compléter l'interdiction des fausses déclarations factuelles par une interdiction plus générale sur les allégations entraînant le discrédit ou le dénigrement¹⁰⁰⁵. L'évaluation d'allégations de ce type (l'insinuation d'un comportement criminel, par exemple) requiert de mettre en balance les intérêts en tenant compte du droit à la liberté d'expression¹⁰⁰⁶. Dans l'affaire *Rumba/Ryanair*, la Cour suprême espagnole a examiné des déclarations publiées dans les médias dans lesquelles Ryanair avait qualifié des fournisseurs de services de réservation de vols en ligne de "parasites du secteur", en plus d'allégations de ventes illégales de billets et de vols des consommateurs¹⁰⁰⁷. La Cour a souligné que le droit de chaque acteur du marché au respect de son honneur et de sa réputation devait être mis en balance avec la liberté d'expression de Ryanair¹⁰⁰⁸. La mise en balance des intérêts à la lumière du principe de proportionnalité n'a toutefois pas penché en faveur des messages insultants qui discréditent objectivement un concurrent. Étant donné que les déclarations de Ryanair n'étaient pas une critique de l'activité professionnelle des agences de voyages, mais une "récusation insultante et inutile" de leur comportement professionnel, la Cour a jugé que le comportement de Ryanair constituait une pratique commerciale déloyale¹⁰⁰⁹.

D'autres règles relatives aux déclarations entraînant le discrédit ou le dénigrement existent dans le domaine de la publicité comparative¹⁰¹⁰. Dans l'affaire *Pippig/Hartlauer*, la CJUE a précisé que la confrontation des offres concurrentes, notamment en ce qui concerne les prix, relève de la nature même de la publicité comparative. Par conséquent, la comparaison des prix ne peut pas en soi entraîner le discrédit ou le dénigrement d'un concurrent qui pratique des prix plus élevés¹⁰¹¹. L'annonceur jouissait également de la liberté de choisir le nombre de comparaisons de produits. Il n'y avait pas d'obligation de circonscrire chaque comparaison de prix aux prix moyens des produits offerts par l'annonceur et des produits concurrents¹⁰¹². L'annonceur était également libre, aux fins d'une publicité comparative licite, de reproduire le sigle et une image de la façade du magasin du concurrent¹⁰¹³.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

L'harmonisation de la législation relative à la concurrence déloyale a donné lieu à une concrétisation remarquable de l'interdiction des actes trompeurs au sens de l'article 10*bis*.3) n° 3 de la Convention de Paris. Un usage commercial est considéré comme trompeur lorsqu'il induit ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auquel il s'adresse et peut influencer leur comportement économique en raison de son caractère trompeur. Un comportement trompeur est également susceptible de recours lorsque, en raison de son impact, il porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à un concurrent¹⁰¹⁴. L'acte trompeur peut concerner divers éléments, notamment :

- les caractéristiques du produit, telles que sa disponibilité, sa nature, son exécution, sa composition, son mode et sa date de fabrication, son aptitude à l'usage, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale;

¹⁰⁰⁵ Article 4.1) de la loi allemande contre la concurrence déloyale.

¹⁰⁰⁶ Cour suprême allemande, id., points 51-57.

¹⁰⁰⁷ Cour suprême espagnole (*Tribunal Supremo*), 7 avril 2014, ECLI:ES:TS:2014:1876, *Rumba/Ryanair*, 3 (1°).

¹⁰⁰⁸ Cour suprême espagnole, id., 8 (5°).

¹⁰⁰⁹ Cour suprême espagnole, id., 8 (5°).

¹⁰¹⁰ Article 4.d) de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. Au-delà de la publicité, la législation nationale peut également appliquer cette règle plus largement. Voir l'article 4.1) de la loi allemande contre la concurrence déloyale.

¹⁰¹¹ CJUE, 8 avril 2003, affaire C-44/01, ECLI:EU:C:2003:205, *Pippig/Hartlauer*, point 80.

¹⁰¹² CJUE, id., point 81.

¹⁰¹³ CJUE, id., points 83-84.

¹⁰¹⁴ Article 2.b) de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative; article 6.1) de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

- les engagements, la motivation, le parrainage ou l'approbation de l'opérateur, y compris la conformité avec les codes de conduite;
- le mode de calcul du prix ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation;
- la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, notamment son identité, son patrimoine, ses qualifications, prix et distinctions, son affiliation et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle;
- les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement¹⁰¹⁵.

En ce qui concerne les indications de prix structurées en plusieurs composantes, la CJUE a déclaré, dans l'affaire *Canal Digital Danmark*, que la publicité peut être trompeuse lorsqu'une seule composante est mise en avant, tandis qu'une autre est totalement omise ou est présentée de manière moins apparente. Le consommateur moyen est susceptible d'avoir l'impression erronée qu'il ne devrait s'acquitter que de la seule composante du prix mise en avant¹⁰¹⁶. D'autres règles sur les relations des entreprises vis-à-vis des consommateurs découlent de l'énumération de 23 pratiques trompeuses à l'annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Cette "liste noire" officielle inclut plusieurs descriptions détaillées de comportement déloyal, telles que :

- proposer l'achat de produits à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits en question ou des produits équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit et du prix proposé (publicité appât)¹⁰¹⁷;
- déclarer faussement qu'un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause¹⁰¹⁸;
- utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publireportage)¹⁰¹⁹;
- créer, exploiter ou promouvoir un système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits¹⁰²⁰;

¹⁰¹⁵ Article 3 de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative; article 6.2) de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

¹⁰¹⁶ CJUE, 26 octobre 2016, affaire C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800, *Canal Digital Danmark*, points 43-44.

¹⁰¹⁷ Annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, n° 5. Conformément à la jurisprudence nationale, cette disposition ne concerne pas le stockage adéquat, mais des informations inadéquates sur l'absence de stockage. Le risque d'informations inadéquates ne peut être supprimé qu'en fournissant une note explicative, qui doit être "formulée de façon claire, compréhensible et aisément reconnaissable". Voir Cour suprême fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), 17 septembre 2015, affaire I ZR 92/14, "Smartphone-Werbung", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 395, point 20.

¹⁰¹⁸ Annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, n° 7.

¹⁰¹⁹ Annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, n° 11.

¹⁰²⁰ Annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, n° 14.

- affirmer dans le cadre d'une pratique commerciale qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable¹⁰²¹;
- inclure dans le matériel promotionnel une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit commercialisé alors que ce n'est pas le cas¹⁰²².

Les pratiques énumérées à l'annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales sont réputées déloyales par nature. Il n'y a dès lors pas lieu de démontrer l'existence d'un effet particulier sur les consommateurs ou sur le marché pour établir leur caractère déloyal et leur illicéité¹⁰²³.

La protection contre les pratiques déloyales englobe également les omissions, à savoir les cas où un professionnel dissimule une information substantielle ou la fournit de façon peu claire inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte¹⁰²⁴. Un professionnel fait de la rétention d'informations dès lors que le consommateur ne les reçoit pas ou ne les reçoit pas de telle sorte qu'il ne peut pas les prendre en considération lorsqu'il prend une décision commerciale¹⁰²⁵. Dans l'appréciation des omissions, il convient de tenir compte du contexte et des circonstances factuels, notamment des limites du moyen de communication utilisé¹⁰²⁶. Dans l'arrêt *Pippig/Hartlauer*, la CJUE a précisé que le fait d'omettre la marque la plus renommée est trompeur dans une publicité comparative, lorsque les informations de marques peuvent considérablement influencer le choix de l'acheteur et que les marques des produits concurrents présentent une importante différence en termes de notoriété¹⁰²⁷.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Outre la protection décrite contre le préjudice découlant de pratiques visant à créer une confusion, à discréditer et à tromper, les États membres peuvent également prévoir une protection supplémentaire contre l'imitation servile (4.1) et d'autres actes d'appropriation illicite (4.2). La directive sur les secrets d'affaires établit des règles détaillées pour assurer la protection des secrets d'affaires (4.3). En outre, de nouvelles obligations de transparence peuvent résulter de l'utilisation des nouvelles technologies (4.4).

4.1 Imitation servile

Il existe une protection contre la copie servile de produits ou de services¹⁰²⁸ dans de nombreux États membres de l'UE¹⁰²⁹. Étant donné que ce type de protection pourrait saper les limites conceptuelles spécifiques et les conditions de protection des droits de propriété

¹⁰²¹ Annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, n° 19.

¹⁰²² Annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, n° 21.

¹⁰²³ Ohly, *Approche fondée sur l'équité*, 90.

¹⁰²⁴ Articles 7.1) et 7.2) de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales.

¹⁰²⁵ Voir Cour de justice fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), 21 juillet 2016, affaire I ZR 26/15, "LDA tested", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 1076, point 27.

¹⁰²⁶ Article 7.2) de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

¹⁰²⁷ CJUE, 8 avril 2003, affaire C-44/01, ECLI:EU:C:2003:205, *Pippig/Hartlauer*, point 53.

¹⁰²⁸ En ce qui concerne l'extension aux services, voir Viken, *Legitimate and Unfair Copying*, 1042.

¹⁰²⁹ Voir Ole-Andreas Rognstad, "Om forholdet mellom retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring", *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 2000, 320 (326–327). En ce qui concerne l'admissibilité de la protection contre une imitation servile sur le plan national en dépit des interférences potentielles avec la libre circulation des biens et des services, voir CJUE, 14 septembre 2010, affaire C-48/09 P, ECLI:EU:C:2010:516, *Lego/Mega Brands*, point 61; CJUE, 2 mars 1982, affaire 6/81, ECLI:EU:C:1982:72, *BV Diensten Groep/Beele*, point 15. Voir Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law*, 29.

intellectuelle¹⁰³⁰, la copie non autorisée n'est susceptible de recours que si des critères spécifiques de déloyauté sont satisfaits¹⁰³¹. En particulier, une copie est jugée déloyale lorsqu'elle crée une confusion évitable quant à l'origine commerciale des produits ou services¹⁰³². La condition de confusion "évitable" préserve la libre concurrence après l'expiration des droits de propriété intellectuelle. L'imitation des caractéristiques techniques ou esthétiques d'un produit n'est susceptible de recours que si le concurrent avait pu appliquer le savoir-faire ou la conception technique sans recopier servilement le produit qui bénéficiait précédemment de la protection conférée par un brevet ou un dessin ou modèle industriel¹⁰³³.

Pour qu'une action fondée sur une imitation servile soit accueillie, le droit national peut exiger que le produit ou service imité ait acquis une position concurrentielle individuelle – son "propre visage"¹⁰³⁴ – sur le marché concerné. Il doit pouvoir être distingué d'autres produits ou services similaires¹⁰³⁵. Quant à la notion de confusion, la tendance consiste à aligner l'analyse sur les critères qui ont évolué dans le droit des marques harmonisé de l'UE (3.1)¹⁰³⁶. En conséquence, peu importe que le public considère que l'imitation est l'original ou pense que les produits en cause – même s'ils ne sont pas identiques, mais produisent une impression globale similaire – proviennent de la même entreprise ou d'entreprises liées économiquement¹⁰³⁷.

En dehors des affaires relatives à une confusion évitable, il peut également exister une protection contre une imitation servile lorsque l'offre de copies exploite ou entrave de manière déraisonnable l'appréciation des produits ou services copiés, ou lorsque les connaissances ou les documents nécessaires pour réaliser les copies ont été obtenus de manière malhonnête¹⁰³⁸.

4.2 Utilisation déloyale sans contrepartie

Avant l'harmonisation partielle au niveau de l'UE, la protection contre une utilisation déloyale sans contrepartie – au sens d'une large doctrine d'appropriation illicite couvrant l'évocation des produits, des services ou d'autres réalisations commerciales d'un concurrent – faisait déjà partie

¹⁰³⁰ Voir Anselm Kamperman Sanders, "Do Whiffs of Misappropriation and Standards for Slavish Imitation Weaken the Foundations of IP Law?", in: Estelle Derclaye (éd.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar, 567.

¹⁰³¹ Voir Cour suprême allemande (Bundesgerichtshof), 19 novembre 2015, affaire I ZR 149/14, "Pippi-Langstrumpf-Kostüm II", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2016, 725, points 22-28, où la Cour a refusé une protection supplémentaire pour les personnages fictifs sur le fondement de la disposition générale de l'article 3.1) de la loi allemande contre la concurrence déloyale en raison d'une législation spécifique sur la propriété intellectuelle qui prévoit plusieurs pistes de protection.

¹⁰³² Article 4.3)a) de la loi allemande contre la concurrence déloyale; article 30 de la loi norvégienne sur le contrôle de la commercialisation; article 14 de la loi suédoise sur la commercialisation.

¹⁰³³ Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 20 novembre 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, Lego, *Nederlandse Jurisprudentie* 2011, 302 (Lego); Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 31 mai 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0259, Borsumij/Stenman, *Nederlandse Jurisprudentie* 1992, 391. En ce qui concerne la condition d'une copie quasi exacte en droit danois, voir Morten Rosenmeier et Jens H. Schovsbo, "Brugskunstbeskyttelsen mod "meget nærgående efterligninger". Er Højesterets praksis på kant med EU-retten? U2015B.181", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2015, 181-185.

¹⁰³⁴ Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 19 mai 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, Mi Moneda, *Nederlandse Jurisprudentie* 2017, 315, point 3.4.2. Voir Cour de justice fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), 4 mai 2016, affaire I ZR 58/14, "Segmentstruktur", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2017, 79, points 58-59; Cour suprême norvégienne, 29 novembre 2005, affaire HR-2005-1857-A, Viet Thai Mat AS/Hong Kong Frukt Tobakk og Asiamat ("Rice bag"), *Norsk Retstidende* 2005, 1560, point 30.

¹⁰³⁵ Voir article 14 de la loi suédoise sur la commercialisation exigeant que le produit soit "connu et distinctif". Voir Cour suprême danoise, 19 juin 2013, affaire U2013.2636H, 7 mars 2012, affaire U2012.1983H, 9 février 2001, affaire U2001.1006H; Cour suprême italienne, Cass. 14 mai 2020, affaire 8944, Cass. 12 février 2009, affaire 3478, Cass. 26 novembre 2008, affaire 28215, Cass. 19 janvier 2006, affaire 1062.

¹⁰³⁶ Voir Viken, *Legitimate and Unfair Copying*, 1042-1043.

¹⁰³⁷ Cour suprême néerlandaise, id., point 3.4.5. Voir Viken, *Legitimate and Unfair Copying*, 1039-1040, 1043-1044.

¹⁰³⁸ Article 4.3)b) et c) de la loi allemande contre la concurrence déloyale.

des traditions juridiques de l'Europe continentale¹⁰³⁹. Les conséquences de ces traditions nationales ont influencé l'évolution du droit harmonisé de l'UE. L'article 4.f) de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, par exemple, interdit la publicité comparative qui tire indûment profit de la "notoriété attachée à une marque, un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents". Les marques jouissant d'une renommée bénéficient d'une protection contre les actes qui tirent indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque¹⁰⁴⁰.

En ce qui concerne la notion de "parasitisme" dans le cadre du droit des marques de l'UE, la CJUE a expliqué que cette notion couvre les cas où, grâce à un transfert de l'image de la marque ou à l'évocation des caractéristiques du produit, "il existe une exploitation manifeste dans le sillage de la marque renommée"¹⁰⁴¹. Plus précisément, cette protection est disponible lorsqu'un tiers rappelle la marque jouissant d'une renommée¹⁰⁴² et tente de se placer dans le sillage de celle-ci "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..."¹⁰⁴³.

L'inclusion d'une protection contre une utilisation déloyale sans contrepartie dans la législation spécifique en matière de propriété intellectuelle, comme le droit des marques, soulève la question de savoir dans quelles circonstances il existe une protection comparable au titre de la législation relative à la concurrence déloyale¹⁰⁴⁴. L'évolution observée dans les États membres de l'UE montre qu'un recours fondé sur la concurrence déloyale n'est possible que dans des circonstances exceptionnelles. En droit néerlandais, par exemple, il a été reconnu qu'une réalisation ne relevant pas du champ d'application de la législation en matière de propriété intellectuelle peut bénéficier d'une protection contre une utilisation déloyale sans contrepartie si elle peut être comparée à un effort créatif ou inventif éligible à la protection conférée par la propriété intellectuelle¹⁰⁴⁵. Toutefois, dans la pratique, la question de la comparabilité reçoit très rarement une réponse affirmative. Dans l'affaire *KNVB/NOS*, par exemple, la Cour suprême des Pays-Bas a conclu que l'organisation de la *Premier League* et du championnat de football néerlandais pour les clubs professionnels ne constituait pas une réalisation équivalente à l'effort nécessaire pour obtenir un droit de propriété intellectuelle¹⁰⁴⁶.

Les développements intervenus dans d'autres États membres de l'UE confirment le caractère exceptionnel de la protection. L'affaire allemande *Hartplatzhelden.de* concernait un site publicitaire en ligne pour le partage de clips vidéo montrant des phases de jeu remarquables de

¹⁰³⁹ Pour une discussion du champ d'application de la législation nationale relative à l'"appropriation déloyale des mérites", voir Cour suprême italienne, Cass. 13 juillet 2021, affaire 19954. Voir Ansgar Ohly, "Is the Unauthorised Commercial Exploitation of Sports Events Unfair?", in: Martin Senftleben, Joost Poort *et al.* (éd.), *Intellectual Property and Sports – Essays in Honour of Bernt Hugenholtz*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2021, 197 (200).

¹⁰⁴⁰ Article 9.2)c) du RMUE; article 10.2)c) de la directive sur les marques.

¹⁰⁴¹ CJUE, 18 juin 2009, affaire C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, L'Oréal/Bellure, point 41.

¹⁰⁴² CJUE, 23 octobre 2003, affaire C-408/01, Adidas/Fitnessworld, ECLI:EU:C:2003:582, point 29.

¹⁰⁴³ CJUE, 18 juin 2009, affaire C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, L'Oréal/Bellure, point 49.

¹⁰⁴⁴ Voir Annette Kur, "(No) Freedom to Copy? Protection of Technical Features under Unfair Competition Law", in: Martin Adelman, Robert Brauneis, Josef Drexler and Ralph Nack (éd.), *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Berlin: Springer 2009, 521 (522).

¹⁰⁴⁵ Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 27 juin 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AD7158, Holland Nautica/Decca, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987, 191, point 4.2; Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 20 novembre 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0056, Staat/Den Ouden, *Nederlandse Jurisprudentie* 1988, 311.

¹⁰⁴⁶ Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 23 octobre 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0055, Koninklijke Nederlandse Voetbalbond/Nederlandse Omroep Stichting, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987, 310, point 5.1. Voir Asser Institute and Institute for Information Law, *Study on Sports Organisers' Rights in the European Union*, Amsterdam/The Hague 2014, 35-36, disponible à l'adresse https://www.asser.nl/media/2624/final-report_sor-2014.pdf.

matches de football amateur¹⁰⁴⁷. L'une des associations régionales de football allemandes ayant poursuivi les exploitants du site pour avoir tiré indûment profit de ses efforts d'organisation et d'entraînement, la Cour suprême fédérale allemande s'est penchée sur la question de savoir si une protection pouvait découler de l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales prévue par la législation allemande sur la concurrence déloyale¹⁰⁴⁸. La Cour a conclu que cela n'était envisageable que si des conditions strictes étaient remplies. Il fallait que les autres moyens de protection, tels que les droits de propriété intellectuelle, soient insuffisants. La protection devait être nécessaire pour assurer le maintien des investissements dans les activités de l'organisation du plaignant. Enfin, la Cour a mis en balance les intérêts de la protection du plaignant et ceux de l'exploitant du site Web et du grand public¹⁰⁴⁹. Sur la base de ces critères, il a été conclu qu'une protection fondée sur la législation en matière de concurrence déloyale n'était pas nécessaire. Les clubs amateurs pouvaient invoquer leur droit de propriété sur les locaux pour contrôler l'accès au stade et les enregistrements vidéo¹⁰⁵⁰. Le site Web étant une source importante d'information sur les matches de football amateur, la liberté d'information des utilisateurs de la plateforme et l'intérêt du public à la libre concurrence ont fait pencher la balance en défaveur d'une conclusion d'utilisation déloyale sans contrepartie¹⁰⁵¹.

Le caractère exceptionnel d'une protection contre l'appropriation illicite a également été confirmé dans des décisions judiciaires sur le marketing sauvage. Dans l'affaire *FFR/FIAT*, la Cour de cassation française s'est penchée sur une campagne publicitaire pour la Fiat 500 dans laquelle le constructeur automobile faisait allusion à un match de rugby entre la France et l'Angleterre dans le Tournoi des Six Nations et à un match à venir entre la France et l'Italie¹⁰⁵². Se prévalant de la protection contre le parasitisme au titre de la législation française en matière de concurrence déloyale¹⁰⁵³, la Fédération française de rugby a fait valoir que Fiat avait indûment exploité ses efforts, ses investissements et sa notoriété. La Cour a toutefois souligné que Fiat avait simplement reproduit le résultat d'un jeu connu et un futur match. L'utilisation de ces éléments factuels ne pouvait être qualifiée d'activité déloyale exploitant les flux économiques résultant du tournoi de rugby¹⁰⁵⁴. La Cour a également rejeté les allégations tirées de la création d'une confusion. Fiat n'avait pas donné l'impression d'être un sponsor officiel¹⁰⁵⁵.

4.3 Protection des secrets d'affaires

À la suite de l'adoption de la directive sur les secrets d'affaires en 2016, des règles harmonisées détaillées ont été adoptées en matière de protection du secret d'affaires¹⁰⁵⁶. Conformément à l'article 39.2) de l'Accord sur les ADPIC, l'article 2.1 de la directive définit un "secret d'affaires" comme des informations qui : a) sont secrètes en ce sens qu'elles ne sont pas généralement connues dans les milieux concernés; b) ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes; et c) ont fait l'objet de dispositions raisonnables destinées à les garder

¹⁰⁴⁷ Cour suprême fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), 28 octobre 2010, affaire I ZR 60/09, "Hartplatzhelden.de", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2011, 436, points 1-3.

¹⁰⁴⁸ Article 3.1) de la loi allemande contre la concurrence déloyale.

¹⁰⁴⁹ Cour suprême fédérale allemande, id., points 24-28. Voir Ohly, *Exploitation of Sports Events*, 200-202.

¹⁰⁵⁰ Cour suprême fédérale allemande, id., points 24 et 27.

¹⁰⁵¹ Cour suprême fédérale allemande, id., points 25 et 27.

¹⁰⁵² Cour de cassation française, 20 mai 2014, ECLI:FR:CCASS:2014:CO00515, Fédération française de rugby/Fiat, premier moyen.

¹⁰⁵³ Article 1240 du Code civil. Voir Sylvie Nérison, "France", in: Frauke Henning-Bodewig (éd.), *International Handbook on Unfair Competition*, Munich: C.H. Beck 2013, 207 (§ 11), paragraphes 62-69.

¹⁰⁵⁴ Cour de cassation française, id., premier moyen.

¹⁰⁵⁵ Cour de cassation française, id., second moyen.

¹⁰⁵⁶ Sur les approches nationales précédentes fondées sur les règles générales de la responsabilité civile délictuelle, voir par exemple Cour suprême néerlandaise (*Hoge Raad*), 31 janvier 1919, affaire ECLI:NL:HR:1919:AG1776, Lindenbaum/Cohen, *Nederlandse Jurisprudentie* 1919, 161.

secrètes. Le cercle des détenteurs de secrets d'affaires habilités à invoquer une protection couvre non seulement le développeur original du savoir-faire, mais aussi toute autre personne physique ou morale qui a "le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite"¹⁰⁵⁷, telle que les titulaires de licence qui ont accès au secret dans le cadre d'accords de recherche, de production ou de distribution. L'étendue de la protection couvre

- l'obtention illicite résultant d'un comportement qui est contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, en particulier un accès non autorisé à tout document, matériaux, substance ou fichier électronique ou une appropriation ou copie non autorisée de ces éléments révélant les informations secrètes¹⁰⁵⁸;
- l'utilisation ou la divulgation illicite par une personne qui a obtenu le secret d'affaires de façon illicite; agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires; ou agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation du secret d'affaires¹⁰⁵⁹.

Dans ce contexte, les "biens en infraction" sont les "biens dont le dessin ou modèle, les caractéristiques, le fonctionnement, le procédé de production ou la commercialisation bénéficient de manière significative de secrets d'affaires obtenus, utilisés ou divulgués de façon illicite"¹⁰⁶⁰. Cette définition peut être comprise comme étendant la protection au-delà des caractéristiques observables des produits. On pourrait dire qu'un produit est également en infraction lorsque des données commerciales secrètes, telles que des informations sur les clients et les fournisseurs, des plans d'exploitation, des études de marché et des stratégies¹⁰⁶¹, ont été utilisés à des fins de production ou de commercialisation.

La protection des secrets d'affaires dans l'UE fixe toutefois également des limites. L'obtention est licite lorsqu'elle est conforme aux usages honnêtes en matière commerciale, telles qu'une découverte ou une création indépendante, l'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information et qui n'est pas liée par une obligation juridiquement valide de limiter l'obtention du secret d'affaires¹⁰⁶². L'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, y compris la liberté de la presse et le pluralisme des médias, n'est pas soumis au contrôle des détenteurs de secrets d'affaires. En outre, la protection des secrets d'affaires n'affecte pas le privilège des "lanceurs d'alerte" de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que cela soit fait dans le but de protéger l'intérêt public général¹⁰⁶³.

4.4 Nouvelles règles en matière de technologies modernes

Dans le domaine des nouvelles technologies et des outils de commercialisation connexes, il ressort des débats sur la publicité fondée sur des mots-clés dans la législation de l'UE en matière de marques et de concurrence déloyale que des mesures supplémentaires de transparence peuvent être nécessaires pour garantir un comportement loyal et le bon fonctionnement du marché. Dans l'affaire *Google/Louis Vuitton*, la CJUE a déclaré que la publicité fondée sur des mots-clés équivalait à une atteinte à la marque lorsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement

¹⁰⁵⁷ Articles 2.2) et 4.1) de la directive sur les marques.

¹⁰⁵⁸ Article 4.2) de la directive sur les marques.

¹⁰⁵⁹ Article 4.3) de la directive sur les marques.

¹⁰⁶⁰ Article 2.4) de la directive sur les marques.

¹⁰⁶¹ Considérant 2 de la directive sur les marques.

¹⁰⁶² Article 3.1)a) et b) de la directive sur les marques.

¹⁰⁶³ Article 5.a) et b) de la directive sur les marques.

attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y est joint, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci¹⁰⁶⁴. Cet arrêt met en évidence un glissement de la preuve de l'existence d'un risque de confusion par le plaignant vers une obligation positive faite au défendeur de veiller à la transparence du marché¹⁰⁶⁵.

Les règles spécifiques sur la transparence ont évolué en ce qui concerne la commercialisation par des influenceurs. La Cour suprême fédérale allemande, par exemple, a déclaré que l'on ne saurait déduire la finalité commerciale d'une contribution promotionnelle publiée sur les réseaux sociaux par une influenceuse au profit d'une entreprise tierce du fait que l'on pourrait s'attendre à ce que l'influenceuse agisse non seulement à des fins purement privées, mais également au profit de sa propre entreprise. Il ne saurait être considéré comme suffisant qu'une finalité commerciale ressorte des circonstances. En revanche, l'influenceuse devait activement veiller à ce que les consommateurs puissent identifier une finalité commerciale au premier coup d'œil et sans l'ombre d'un doute. Quant à l'existence d'une finalité commerciale, la Cour a précisé que les publications de l'influenceuse pouvaient être réputées commerciales lorsqu'elles présentent un "supplément publicitaire" allant plus loin qu'un commentaire privé normal sur des expériences positives avec un produit. Pour qu'un supplément publicitaire soit pertinent, il suffisait généralement que l'influenceuse ajoute un lien vers le site Web du fabricant dont elle avait décrit le produit dans une publication sur un réseau social, même si l'achat des produits n'était pas directement possible sur la page du fabricant vers laquelle le lien conduisait¹⁰⁶⁶.

Le recours accru à des publicités ciblées et à des outils de marketing basés sur des algorithmes peut également entraîner des obligations spécifiques en termes de transparence et d'information¹⁰⁶⁷. Dans sa proposition de législation sur les services numériques¹⁰⁶⁸, la Commission européenne a insisté sur la nécessité de prévoir des obligations de transparence et d'information pour parvenir à des services numériques responsables¹⁰⁶⁹, de garantir un environnement équitable pour les opérateurs économiques¹⁰⁷⁰ et d'autonomiser les consommateurs¹⁰⁷¹. Conformément à la proposition de législation sur les services numériques, les plateformes, telles que les marchés en ligne, doivent veiller à ce que les utilisateurs de la plateforme reçoivent les informations leur permettant de comprendre quand et pour le compte de qui une publicité est affichée, y compris des explications compréhensibles de la logique qui sous-tend les systèmes de publicité ciblée¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁴ CJUE, 23 mars 2010, affaires C-236/08 à 238/08, Google France et Google/Louis Vuitton *et al.*, point 90; CJUE, 25 mars 2010, affaire C-278/08, BergSpechte/Trekking.at, points 36 et 38-40.

¹⁰⁶⁵ Martin Senftleben, "Adapting EU Trademark Law to New Technologies – Back to Basics?", in: Christophe Geiger (éd.), *Constructing European Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, 137 (162-163); Ansgar Ohly, "Keyword Advertising auf dem Weg zurück von Luxemburg nach Paris, Wien, Karlsruhe und Den Haag", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2010, 776 (780); Nicole van de Laan, "Die markenrechtliche Lage des Keyword Advertising", in: J. Taeger (éd.), *Digitale Evolution – Herausforderungen für das Informations- und Medienrecht*, Oldenburg: Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht 2010, 597 (605).

¹⁰⁶⁶ Cour suprême fédérale allemande, 9 septembre 2021, affaire I ZR 90/20, "Influencer I", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2021, 1400 (1400).

¹⁰⁶⁷ Stefan Scheuerer, "Artificial Intelligence and Unfair Competition – Unveiling an Underestimated Building Block of the AI Regulation Landscape", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 2020, 1 (3-4).

¹⁰⁶⁸ Commission européenne, 15 décembre 2020, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE*, document COM(2020) 825 final 2020/0361.

¹⁰⁶⁹ Commission européenne, id., Exposé des motifs, pages 1 et 2.

¹⁰⁷⁰ Commission européenne, id., Exposé des motifs, pages 5 à 7.

¹⁰⁷¹ Commission européenne, id., Exposé des motifs, page 9. En ce qui concerne les autres propositions visant à réduire la vulnérabilité des consommateurs dans l'environnement numérique, voir Natali Helberger, Orla Lynskey, Hans-Wolfgang Micklitz *et al.*, *EU Consumer Protection 2.0 – Structural Asymmetries in Digital Consumer Markets*, Bruxelles: BEUC 2021, pages 78 et 79.

¹⁰⁷² Commission européenne, id., articles 24 et 30; considérants 52 et 63.

P. ROYAUME-UNI*

1. Cadre législatif

Le Royaume-Uni ne dispose pas d'une base juridique uniforme en matière de protection contre la concurrence déloyale. Il n'existe pas un point de référence législatif unique ou un délit distinct de concurrence déloyale. Cette situation a conduit certains auteurs à affirmer qu'"il n'existe pas de législation anglaise sur la concurrence déloyale"¹⁰⁷³ ou qu'au Royaume-Uni, ce domaine "doit, dans une large mesure, être considéré comme une 'terra incognita'"¹⁰⁷⁴. S'il est vrai qu'il n'existe aucune source unique en responsabilité civile ou dans la législation, le Royaume-Uni propose néanmoins un menu varié en matière de concurrence déloyale, composé de délits relevant de la responsabilité civile individuelle ou d'abus en équité (essentiellement, la substitution frauduleuse, l'atteinte au crédit, la diffamation et l'abus de confiance), de l'interdiction de pratiques trompeuses au titre de la législation relative à la protection des consommateurs, du droit des marques et des codes réglementant la publicité¹⁰⁷⁵. En termes de couverture, ces régimes englobent dans une large mesure la protection qu'offrent les régimes civils de protection contre la concurrence déloyale. Il est donc plus exact de dire que le Royaume-Uni a mis en place *des lois* contre la concurrence déloyale.

Outre un manque potentiel de cohérence, cette approche entraîne trois conséquences. Premièrement, des doutes sont régulièrement exprimés quant à la question de savoir si le Royaume-Uni respecte l'interdiction générale de concurrence déloyale visée à l'article 10*bis*.1) et 2) de la Convention de Paris¹⁰⁷⁶. Compte tenu du libellé, du contexte, de l'objet et de l'historique de la négociation de l'article 10*bis*, lors des conférences de révision de la convention qui se sont succédé, le Royaume-Uni a toujours fait valoir – sans rencontrer d'opposition – que ses différents régimes nationaux satisfont à cette obligation. En réalité, à l'origine, le Royaume-Uni a été l'un des initiateurs de cette disposition¹⁰⁷⁷. Outre les trois catégories obligatoires prévues à l'article 10*bis*.3), l'histoire de la rédaction de cette disposition confirme que l'intention était de laisser à la discrétion des approches juridiques nationales la forme et le contenu de la législation en matière de concurrence déloyale¹⁰⁷⁸. Étant donné que l'Accord sur les ADPIC intègre désormais, en son article 2.1, l'article 10*bis* de la Convention de Paris, le récent rapport du groupe spécial de l'OMC *Australie – Emballage neutre* précise davantage l'obligation générale¹⁰⁷⁹. L'article 10*bis*.1) impose une "protection

* M. Dev Saif Gangjee, professeur, Faculté de droit, Université d'Oxford, Royaume-Uni; professeur invité, Université nationale de droit, Delhi, Inde

¹⁰⁷³ Rogier W. De Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash between Legal Families* (Martinus Nijhoff, The Hague 2006) 4.

¹⁰⁷⁴ F. K. Beier : "The Law of Unfair Competition in the European Community: Its Development and Present Status" [1985] *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 139, 161.

¹⁰⁷⁵ R. Arnold, "English Unfair Competition Law" [2013] *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 63; J. Davis, "Unfair Competition: The United Kingdom", in F. Henning-Bodewig (éd.), *International Handbook on Unfair Competition* (C H Beck : Hart, 2013), 600.

¹⁰⁷⁶ Voir, par exemple, *L'Oréal SA & Ors c. Bellure NV & Ors* [2007] EWCA Civ 968, [135]-[142] (Jacob LJ) (rejetant l'argument selon lequel le délit de substitution frauduleuse doit être étendu au-delà des fausses déclarations pour couvrir l'appropriation illicite afin de se conformer aux obligations internationales découlant de la Convention de Paris).

¹⁰⁷⁷ C. Wadlow, *Wadlow on the Law of Passing Off*, 6^e éd. (Sweet & Maxwell 2021), Ch. 2.

¹⁰⁷⁸ GHC Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property* (Bureau de l'Union, 1968) 142-148; Wadlow, *Passing Off*, 54-78; S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary* (OUP, 2015), [13.33]-[13.59].

¹⁰⁷⁹ Rapport du groupe spécial, *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*, WT/DS458/R, WT/DS457/R (diffusé le 28 juin 2018, adopté le 27 août 2018).

effective” contre la concurrence déloyale, mais ne précise ni la forme ni le mode de protection¹⁰⁸⁰. Le rapport du groupe spécial précise également que la concurrence déloyale visée à l'article 10*bis*.2) fait référence “à quelque chose qui est fait par un acteur du marché pour concurrencer d'autres acteurs du marché d'une manière qui est contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie *au sein d'un certain marché*” (sans italiques dans l'original)¹⁰⁸¹. Dès lors, cette définition objective du caractère déloyal doit être intégrée au niveau local, dans le cadre du droit national¹⁰⁸². Ainsi, “il est demandé aux Membres de l'OMC non seulement d'interdire les trois types spécifiques d'actes indiqués au paragraphe 3 de l'article 10*bis*, mais aussi d'assurer une protection effective contre tous les actes relevant plus généralement du paragraphe 2 de cet article... [toutefois] la portée des autres usages en matière industrielle et commerciale contre lesquels [tout Membre] est tenu d'assurer une protection effective doit être considérée dans le contexte des systèmes juridiques et des conceptions de ce qui constitue un acte contraire à ce qui serait usuellement ou coutumièrement considéré comme sincère, loyal et exempt de tromperie au sein du marché intérieur en cause”¹⁰⁸³. Tout en étant ouverte aux comparaisons ou aux influences multilatérales, la question de savoir ce qui constitue un acte déloyal trouve inévitablement une réponse au niveau national.

La deuxième conséquence de l'approche séparée est la nécessité de regarder au-delà des voies de recours civiles. Historiquement, le Royaume-Uni a choisi des sanctions relevant du droit pénal comme moyen de “protection effective”. Les lois sur les marques de produits adoptées entre 1887 et 1953 sont un effet remarquable de cette approche. Ce régime a notamment permis aux services gouvernementaux ou aux autorités locales d'engager des poursuites contre des descriptions de produits fausses et trompeuses et les demandes abusives de marques. Des poursuites pouvaient également être engagées à la suite du dépôt de plaintes émanant de commerçants légitimes ou de consommateurs¹⁰⁸⁴. Au cours de cette période, les explications avancées étaient l'absence d'un système de tribunaux locaux capables d'offrir un accès rapide et abordable à une justice civile et la conviction que l'élimination effective des fraudes devait reposer sur une responsabilité pénale¹⁰⁸⁵. C'est un rappel du fait que les sanctions pénales font partie de la combinaison de mesures de lutte contre la concurrence déloyale, aux côtés des procédures civiles, des mesures administratives et des codes de bonnes pratiques¹⁰⁸⁶. Un examen de la mise en œuvre de l'article 10*bis* de la Convention de Paris au Royaume-Uni qui se bornerait à l'analyse des procédures civiles omettrait donc cette dimension importante.

La troisième conséquence est l'absence de cadre théorique général chapeautant la législation sur la concurrence déloyale au Royaume-Uni, étant donné que chaque régime du menu aura une raison d'être et des priorités qui lui sont propres. Il est largement admis que la “protection contre la concurrence déloyale sert à protéger aussi bien les concurrents que les consommateurs, en même temps que l'intérêt public [dans les marchés efficaces]”¹⁰⁸⁷. Ainsi qu'on le verra dans les sections qui suivent du présent rapport, au Royaume-Uni, différents régimes répondent à ces trois groupes d'intérêts à des degrés divers. Si le délit de substitution frauduleuse reconnaît l'intérêt exclusif d'un commerçant pour sa cote d'estime commerciale, les

Cet aspect n'a pas fait l'objet d'un recours devant le groupe spécial d'appel : WT/DS435/AB/R et WT/DS441/AB/R (9 juin 2020).

¹⁰⁸⁰ Ibid., [7.2663].

¹⁰⁸¹ Ibid., [7.2667].

¹⁰⁸² Ibid., [7.2672]-[7.2675].

¹⁰⁸³ Ibid., [7.2679].

¹⁰⁸⁴ Examiné dans le rapport final du Comité de la protection des consommateurs, 1962 (Cmnd. 1781) [573]-[725].

¹⁰⁸⁵ Wadlow, *Passing Off*, 56-57.

¹⁰⁸⁶ OMPI, *Protection against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation* (1994), 69-81.

¹⁰⁸⁷ Groupes spéciaux de l'OMC, *Australie – Emballage neutre*, [7.2680]. Voir également le considérant 21 du règlement (CE) n° 864/2007 de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”) (“En matière de concurrence déloyale, la règle de conflit de lois devrait protéger les concurrents, les consommateurs et le public en général, et garantir le bon fonctionnement de l'économie de marché”).

systèmes de protection des consommateurs accordent clairement la priorité aux intérêts des consommateurs et à la qualité des informations auxquelles ils ont accès. Le public protégé par chaque système se traduit par des règles sur la qualité pour agir ou la capacité d'intenter une action. Les commerçants ne sont pas reconnus comme des parties directement lésées par les régimes de protection des consommateurs, tandis que les consommateurs ne peuvent pas engager une procédure pour substitution frauduleuse.

Du point de vue de la propriété intellectuelle, cette méthode permet de distinguer la législation tendant "uniquement" à protéger les consommateurs des règles de lutte contre la concurrence déloyale qui permettent aux commerçants d'engager des procédures pour protéger des actifs incorporels précieux, tels que leurs secrets d'affaires ou leur renommée sur le marché. Elle constitue également un rappel du fait que chaque régime s'inscrivant dans la vaste catégorie générale de la législation relative à la concurrence déloyale n'est pas nécessairement pertinent aux fins de la propriété intellectuelle. Le fait qu'un concurrent verse des pots-de-vin à des agents ou des salariés d'une autre entreprise ou incite systématiquement à la violation d'accords contractuels peut être constitutif d'un acte reconnu de concurrence déloyale sans qu'un actif incorporel précieux soit directement lésé¹⁰⁸⁸. Quel est donc l'objet de la protection (les actifs incorporels précieux?) et qui peut engager une action pour protéger quels intérêts (les commerçants, les consommateurs, les régulateurs du marché ou d'autres organes administratifs?) sont des questions qu'il convient de se poser pour identifier le sous-ensemble des règles relatives à la concurrence déloyale qui revêtent une "importance pour la propriété intellectuelle" au sein d'un territoire. En conséquence, le présent rapport se concentre sur les parties commerciales qui engagent des actions pour concurrence déloyale afin de protéger des intérêts intangibles, en complément au droit de la propriété intellectuelle.

2. Usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale

Le Royaume-Uni ne disposant pas d'une source unique de législation en matière de concurrence déloyale, il n'existe pas d'interdiction générale des actes de concurrence "contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". On observe une préférence claire pour des motifs de recours définis, assortis de critères et de limites qui leur sont propres¹⁰⁸⁹. L'ancien statut du Royaume-Uni en tant qu'État membre de l'Union européenne n'a pas modifié cet état de fait, étant donné que seuls certains aspects des relations entre les entreprises et les consommateurs (en donnant la priorité aux pratiques commerciales déloyales) et des relations entre entreprises (en insistant sur la publicité trompeuse et comparative) étaient harmonisés¹⁰⁹⁰. À propos des procédures civiles, un commentateur observe ce qui suit :

La *common law* ne prévoyant pas une responsabilité civile générale en matière de concurrence déloyale, les délits économiques sont la méthode privilégiée pour lutter contre une concurrence ou des efforts économiques excessifs (plutôt que simplement agressifs), qu'ils prennent la forme d'un détournement des usages ou d'atteintes aux liens commerciaux¹⁰⁹¹.

Ils incluent les délits d'incitation à la rupture de contrat, le délit de perte causée par des moyens illicites, l'intimidation, la conspiration par des moyens légaux (lorsque les défendeurs conspirent pour commettre des actes préjudiciables mais licites), la conspiration par des moyens illégaux

¹⁰⁸⁸ OMPI, *World situation*, 68.

¹⁰⁸⁹ On peut remonter à une approche plus particulière et spécifique des délits fondée sur les faits et le préjudice dans la tradition de la *common law*, par opposition à une approche plus abstraite et raisonnée en droit civil. Gerhard Wagner, "Comparative Tort Law" in Mathia Reimann & Reinhard Zimmermann (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (OUP, 2006), 1005.

¹⁰⁹⁰ Voir Senftleben, Rapport sur l'Union européenne, section O.1. Voir également Christopher Wadlow, "The Emergent European Law of Unfair Competition and its Consumer Law Origins" (2012) *Intellectual Property Quarterly* 1.

¹⁰⁹¹ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (OUP, 2010), 2.

(lorsque les défendeurs conspirent pour commettre des actes illicites), la tromperie et le mensonge malveillant, ainsi que la substitution frauduleuse. Du point de vue de la propriété intellectuelle, la substitution frauduleuse est généralement considérée comme le délit le plus important et correspond à une concurrence déloyale au moyen de fausses déclarations quant à l'origine des produits (voir la section 3.1 ci-dessous).

Depuis les années 1960, des tentatives périodiques ont néanmoins eu lieu pour étendre la substitution frauduleuse au-delà d'un délit fondé sur de fausses déclarations et en faire un délit plus large de concurrence déloyale¹⁰⁹². Plus précisément, il a été avancé que les tribunaux devraient connaître des recours pour appropriation illicite ou parasitisme, même en l'absence de fausses déclarations¹⁰⁹³. En ce sens, le "délit de concurrence déloyale" est synonyme de prévention d'appropriation illicite, mais ne va pas aussi loin que la clause ouverte générale que l'on trouve dans le droit français de la responsabilité civile ou dans la législation allemande. En dépit de quelques signes de réceptivité des juges, dans l'affaire *Cadbury Schweppes c. Pub Squash*¹⁰⁹⁴, le Conseil privé a conclu que les affaires antérieures faisant référence à une "concurrence déloyale" reposaient, en fin de compte, sur une description erronée d'une classe de produits (par exemple, le "champagne espagnol") et non sur de fausses déclarations quant à l'origine commerciale. En d'autres termes, elles concernaient une nouvelle forme de fausses déclarations relatives aux caractéristiques d'un produit. Des jugements ultérieurs ont confirmé que la substitution frauduleuse ne devait pas être étendue à un délit plus large d'appropriation illicite ou de simple copie de l'effort d'autrui :

Il n'existe pas de délit de copie. Le fait de prendre le marché ou les clients de quelqu'un ne constitue pas un délit. Le marché ou les clients du plaignant ne lui appartiennent pas. L'utilisation de l'image de marque d'un tiers ne constitue pas un délit en soi. La concurrence n'est pas un délit... La substitution frauduleuse trouve son origine dans la tromperie ou le risque de tromperie, celle du consommateur final en particulier... Il n'y a jamais eu le moindre signe que le délit aille au-delà de cas de tromperie. Si cela devait se produire, il entrerait dans le domaine de la concurrence loyale, déclarée illégale pour un motif autre que le caractère trompeur. Je ne saurais imaginer pourquoi il devrait exister un autre motif. Cela ne servirait qu'à entraver la concurrence¹⁰⁹⁵.

[La] législation relative à la substitution frauduleuse n'a pas pour but de protéger une personne contre une concurrence loyale. Pas plus qu'elle ne protège la personne contre la vente des mêmes produits, voire de produits copiés par d'autres. En effet, elle protège l'image de marque et empêche une personne de faire passer frauduleusement ses produits ou services pour ceux d'un autre¹⁰⁹⁶.

Il convient également de garder à l'esprit l'exercice d'équilibre qui sous-tend la législation relative à la substitution frauduleuse, [décrite] comme "un compromis entre deux objectifs contradictoires, l'intérêt public pour la libre concurrence, d'une part, et la protection d'un commerçant contre la concurrence déloyale d'autres commerçants, d'autre part"... Outre le critère assez strict selon lequel la substitution frauduleuse doit impliquer un préjudice pour le plaignant, il ne suffit pas qu'un client démontre la copie pour que son recours soit accueilli. Toutes les réalisations, qu'elles soient commerciales, artistiques, professionnelles ou scientifiques, se font en exploitant les idées d'autrui : la copie est souvent une étape essentielle du progrès¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹² Les tribunaux britanniques ont, à l'occasion, fait preuve de sympathie pour cette approche dans le passé. Voir, par exemple, *Vine Products Ltd. c. MacKenzie & Co Ltd.* [1969] R.P.C. 1, 23 (qui décrit le développement de la substitution frauduleuse "dans le domaine non cartographié du 'commerce déloyal' ou de la 'concurrence déloyale'); *Arsenal Football Club Plc c. Reed* [2003] EWCA Civ 696, [70]-[71] (les commentaires du juge Aldous, bien que de manière incidente, étaient favorables à une extension). G. Dworkin, 'Unfair Competition: Is the Common Law Developing a New Tort' [1979] EIPR 242.

¹⁰⁹³ M. Spence, "Passing Off and the Misappropriation of Valuable Intangibles" [1996] LQR 472.

¹⁰⁹⁴ [1981] RPC 429, 461-464.

¹⁰⁹⁵ *Hodgkinson & Corby Ltd. c. Wards Mobility Ltd.* [1994] 1 WLR 1564, 1569-1570 (Jacob J).

¹⁰⁹⁶ *Robyn Rihanna Fenty c. Arcadia Group Brands Ltd.* [2015] EWCA Civ 3, [33] (Kitchin LJ).

¹⁰⁹⁷ *Starbucks (HK) Ltd. & Anor c. British Sky Broadcasting Group Plc & Ors* [2015] UKSC 31, [61] (Neuberger J).

Cette résistance à l'extension de la substitution frauduleuse à un délit plus large d'appropriation illicite illustre l'approche générale suivie en *common law*, laquelle privilégie la protection d'intérêts spécifiques et évite les interdictions ouvertes. Plusieurs raisons fondamentales expliquent ce choix. Tout d'abord, le droit de la responsabilité civile a tendance à se développer graduellement et par analogie avec des actions existantes¹⁰⁹⁸. L'imposition d'une obligation (non contractuelle) au moyen d'un délit entrave l'autonomie de la partie à laquelle cette obligation est imposée. Dans la mesure où la copie doit être évitée et où de nouvelles formes d'atteinte doivent être reconnues, le parlement est considéré comme l'instance idoine pour intervenir en adoptant une législation équilibrée et adaptée, telle que les différentes lois sur la propriété intellectuelle. Ensuite, la crainte est qu'une action ouverte n'entrave une concurrence libre et loyale, comme le montrent les extraits de la jurisprudence ci-dessus. La conviction "est que, de manière générale, il y ait davantage à perdre qu'à gagner si les juges devaient prendre sur eux d'imposer des restrictions arbitraires et éventuellement personnelles à la libre concurrence d'un commerçant particulier, que ce soit de manière ad hoc dans un cas spécifique ou au nom de quelque principe vague, mais supposément général tel que l'équité"¹⁰⁹⁹. Enfin, il y a la dimension institutionnelle, à savoir la réticence des juges à assumer la responsabilité de prendre de telles décisions sur un comportement de marché acceptable, étant donné qu'une concurrence effective engendre invariablement des pertes économiques pour certaines parties¹¹⁰⁰. "La *common law* est traditionnellement réticente à intervenir dans l'établissement de règles de concurrence loyale... Elle a, dans une large mesure, laissé cette responsabilité au Parlement"¹¹⁰¹. Considérées conjointement, ces raisons expliquent pourquoi les pays de *common law* ne se sont pas dotés d'une disposition générale et ouverte contre la concurrence déloyale. Cette réticence à adopter un principe général a ses critiques, lesquels font valoir que la flexibilité est une vertu. En son absence, les juges étendent, de façon discutable, les limites de la substitution frauduleuse en reconnaissant de fausses déclarations farfelues et de nouvelles formes de préjudice, admettant ainsi indirectement des recours fondés sur une appropriation illicite¹¹⁰². Toutefois, le statu quo a également ses fervents partisans, qui attachent de la valeur à la liberté de copier et de jouer le jeu de la concurrence en l'absence de préjudice sérieux¹¹⁰³.

3. Mise en œuvre de la notion d'acte expressément interdit

En ce qui concerne les actes spécifiquement visés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris, le droit britannique dispose de différentes options pour éviter la confusion (3.1), les allégations entraînant le discrédit ou le dénigrement (3.2) et les pratiques trompeuses (3.3). L'analyse qui suit n'inclut pas les droits de propriété intellectuelle, tels que le droit des marques, qui présente un intérêt pour la prévention de la confusion¹¹⁰⁴.

3.1 Créer une confusion

Le délit de substitution frauduleuse est la première réponse à l'obligation énoncée à l'article 10*bis*.3), point 1, de la Convention de Paris, pour interdire les "faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou

¹⁰⁹⁸ Carty, *Analysis of the Economic Torts*, 8.

¹⁰⁹⁹ Wadlow, *Emergent European Law*, 3.

¹¹⁰⁰ *Mogul c. McGregor Gow* (1889) L.R. 23 QBD 598, 625-626 (CA) (Fry LJ) ("Distinguer entre une concurrence loyale et déloyale, entre ce qui est raisonnable et ce qui ne l'est pas, relève de la compétence des tribunaux").

¹¹⁰¹ *OBG Ltd. c. Allan* [2007] UKHL 21, [56] (Hoffmann L).

¹¹⁰² J. Davis, "Why the United Kingdom Should Have a Law Against Misappropriation" [2010] CLJ 561.

¹¹⁰³ H. Carty, "The Common Law and the Quest for the IP Effect" [2007] *Intellectual Property Quarterly* 237; C. Wadlow, "Rudolf Callmann and the Misappropriation Doctrine in the Common Law of Unfair Competition" [2011] *Intellectual Property Quarterly* 111.

¹¹⁰⁴ Voir la loi de 1994 sur les marques.

l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent". Il a été décrit comme "le droit des marques non enregistrées"¹¹⁰⁵. On "peut le résumer en une courte phrase générale : nul ne peut substituer ses produits à ceux d'autrui"¹¹⁰⁶. Pour qu'un recours aboutisse, il faut la "trinité classique" des éléments à établir : 1) une image de marque qui est protégée contre 2) de fausses déclarations qui 3) entraînent un dommage réel ou pourrait le faire¹¹⁰⁷. Les fausses déclarations sont au cœur de ce délit, les juges ayant résisté aux demandes de reconnaître la dilution ou l'appropriation illicite comme des substituts indépendants de celui-ci. Il "faut une confiance du client, fondée sur les fausses allégations du défendeur qui portent atteinte à l'image de marque du plaignant"¹¹⁰⁸.

Pour en venir au premier élément, l'image de marque est reconnue comme l'intérêt protégé dans une substitution frauduleuse. Lord MacNaghten l'a décrit de manière mémorable comme étant "le bénéfice ou l'avantage que confèrent le nom du produit, la renommée et les connexions d'une entreprise. C'est le pouvoir d'attraction qui apporte des affaires... une image de marque n'a pas d'existence indépendante. Elle ne peut subsister par elle-même. Elle doit être rattachée à une entreprise"¹¹⁰⁹. L'essentiel est qu'elle est reconnue comme une forme d'actif incorporel auquel les fausses déclarations du défendeur portent atteinte¹¹¹⁰. C'est cet intérêt exclusif qui permet au commerçant concerné, et non à un consommateur trompé, d'intenter une action. Diverses indications peuvent servir de symboles protégeables de cet intérêt exclusif, notamment des noms commerciaux, des logos, un habillage commercial, voire des aspects de l'image d'une célébrité¹¹¹¹. Bien que des voix dissonantes se fassent entendre, l'orthodoxie traditionnelle veut que l'image de marque ne soit pas simplement une renommée et que cette dernière ne suffise pas. Ainsi, les tribunaux britanniques sont d'avis qu'"une entreprise qui cherche à établir une image de marque pour des produits ne peut le faire, aussi grande soit la renommée de [sa] marque au Royaume-Uni, que si elle a des clients pour ces produits dans le grand public au Royaume-Uni"¹¹¹². Cette question a divisé les pays de *common law*. Certains tribunaux reconnaissent un "effet de contagion" ou une renommée transnationale en soi comme étant un fondement suffisant pour engager une action, en dépit de l'absence d'activité commerciale dans le territoire en cause, tandis que d'autres suivent l'exigence historique d'une telle activité commerciale¹¹¹³.

La conduite délictueuse au cœur de la substitution frauduleuse est la fausse déclaration. Il s'agit d'un critère plus strict qu'une simple confusion. Il requiert une *matérialité*, lorsque la confusion dans l'esprit du public acquéreur influence son comportement économique et entraîne un préjudice¹¹¹⁴. Le paradigme est le cas de la confusion de l'origine : du fait des fausses déclarations du commerçant B, le public croit que ses produits sont ceux du

¹¹⁰⁵ Davis, *The United Kingdom*, 600. Pour l'histoire de ce lien, voir Bently, L. Bently, "From Communication to Thing: Historical Aspects of the Conceptualization of Trade Marks as Property" in GB Dinwoodie and MD Janis (éd.), *Trade Mark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research* (Edward Elgar, 2008) 1.

¹¹⁰⁶ *Reckitt & Colman Products Ltd. c. Borden Inc.* [1990] 1 WLR 491, 499 (Lord Oliver).

¹¹⁰⁷ *Ibid.*; voir également *Warnink (Erven) BV c. Townend and Sons Ltd.* [1979] AC 731 (HL) ("Advocaat") pour une analyse plus approfondie de ce critère.

¹¹⁰⁸ H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, 2^e éd. (OUP, 2010) 266.

¹¹⁰⁹ *Commissioner of Inland Revenue c. Muller & Co's Margarine Ltd.* [1901] AC 217, 223 (HL).

¹¹¹⁰ RG Bone, "Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trade Mark Law" (2006) 86 *Boston University Law Review* 547.

¹¹¹¹ *Fenty & Ors c. Arcadia Group Brands Ltd. & Anor* [2013] EWHC 2310 (Ch); confirmé, [2015] EWCA Civ 3 (reconnaissance de l'image de marque dans l'image de Rihanna, la star internationale de la chanson, telle qu'elle est représentée dans des photographies qui ont été utilisées sur un t-shirt sans son autorisation).

¹¹¹² Comme confirmé dans *Hotel Cipriani SRL c. Cipriani (Grosvenor Street)* [2010] EWCA Civ 110 au point [106] (Juge Lloyd).

¹¹¹³ Les diverses références sont examinées dans *Starbucks (HK) Ltd. & Anor c. British Sky Broadcasting Group PLC & Ors* [2015] UKSC 31. Pour une critique approfondie, voir C. Ng, *Goodwill in Passing Off* (Edward Elgar, 2021).

¹¹¹⁴ Par exemple *Argos Ltd. c. Argos Systems Inc.* [2017] EWHC 231 (Ch) (Absence de fausses déclarations matérielles).

commerçant A. Les fausses déclarations peuvent revêtir plusieurs formes, le commerçant B utilisant une marque ou un logo similaire ou identique à celui du commerçant A sur ses produits – comme dans le cas d’une atteinte à la marque – ou prendre une forme plus subtile, comme la fourniture des produits du commerçant B lorsque le public demande ceux du commerçant A ou l’adoption d’une méthode de commercialisation trompeuse pour créer une confusion quant à l’origine des produits¹¹¹⁵. Les variantes dans la nature des fausses déclarations ont donné naissance à des sous-catégories de substitution frauduleuse, comme l’illustrent les deux tendances suivantes. La première est la substitution frauduleuse élargie, qui décrit “une série d’affaires s’étendant sur près de 50 ans, dans lesquelles les fournisseurs de produits répondant à une description particulière ont tenté d’empêcher des commerçants rivaux d’utiliser cette description, ou une expression similaire au point de prêter à confusion, pour des produits qui ne correspondent pas à ladite description”¹¹¹⁶. À la différence de la substitution frauduleuse classique, les fausses déclarations ici ne concernent pas une origine commerciale particulière, mais l’appartenance à une classe de produits, ce qui donne à penser que le produit possède certaines qualités. Par conséquent, l’utilisation d’un “chalet suisse” sur un chocolat qui n’est pas fabriqué en Suisse selon une recette suisse a été considérée comme une fausse déclaration susceptible de recours¹¹¹⁷. Essentiellement invoquée dans les litiges concernant du champagne et du whisky écossais, la substitution frauduleuse élargie est une stratégie viable pour protéger des indications géographiques dans les pays de *common law*¹¹¹⁸. La seconde variante est une confusion liée à un parrainage ou à une affiliation, dont certaines des affaires les plus importantes ont trait au soutien de célébrités ou aux produits dérivés liés à des célébrités¹¹¹⁹. Les fausses déclarations peuvent amener les clients à croire que le plaignant (généralement célèbre) a autorisé le produit du défendeur, en suggérant l’existence d’un accord de licence ou d’une autre forme d’association commerciale.

Le troisième élément du délit requiert que ces fausses déclarations causent un préjudice. Le préjudice le plus classique est la perte de ventes découlant de la confusion. Si le préjudice peut être démontré, il peut également être présumé, en tant qu’“atteinte qui est intrinsèquement susceptible d’être subie par toute entreprise lorsqu’elle est fréquemment confondue par des clients ou des clients potentiels avec une entreprise détenue par un autre propriétaire ou qu’elle est reliée à tort avec cette entreprise”¹¹²⁰. Outre cette forme paradigmatique de préjudice, des preuves plus convaincantes sont généralement requises à l’appui des recours en dommages-intérêts¹¹²¹ :

- la perte de valeur d’une renommée (par exemple, lorsque le défendeur fait passer des produits de moindre qualité pour ceux du plaignant ou que l’entreprise du défendeur a une image incompatible avec celle du plaignant);
- la limitation du potentiel d’expansion dans un nouveau domaine d’activité, dans lequel l’expansion est probable;
- (de façon plus hypothétique) une “perte de contrôle” générale sur sa renommée; et
- une dilution, également dénommée érosion du caractère distinctif, qui doit toutefois découler de fausses déclarations. L’érosion du caractère distinctif ne saurait dès lors pas, à elle seule, fonder une action.

¹¹¹⁵ Wadlow, *Passing Off*, chapitres 5 et 7.

¹¹¹⁶ *Diageo c. Intercontinental Brands* [2010] EWHC 17 au point [1] (Arnold J).

¹¹¹⁷ *Chocosuisse Union des fabricants suisses de chocolat c. Cadbury Ltd.* [1998] RPC 117, 127 (Ch D); confirmé [1999] RPC 826 (CA).

¹¹¹⁸ DS. Gangjee, “*Spanish Champagne: An Unfair Competition Approach to GI Protection*” in RC Dreyfuss & JC Ginsburg (éd.) *Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP* (CUP, 2014) 105.

¹¹¹⁹ Voir *Irvine c. Talksport* [2002] FSR 60; *Fenty c. Arcadia* [2015] EWCA Civ 3.

¹¹²⁰ *Chelsea Man Menswear Ltd. c. Chelsea Girl Ltd.* [1987] RPC 189 à la page 202 (Slade, LJ).

¹¹²¹ Wadlow, *Passing Off*, chapitre 4.

3.2 Allégations de nature à discréditer ou à dénigrer un concurrent

Les allégations désobligeantes ou dénigrantes faites par un commerçant sur un autre commerçant sont examinées dans le cadre du délit de mensonge malveillant ou préjudiciable. Bien qu'il s'agisse d'un délit distinct de la diffamation, il est également appelé "diffamation commerciale". Si la diffamation nuit à la réputation, le mensonge malveillant nuit à l'activité commerciale. Déclarer de manière mensongère qu'une personne s'est retirée de son entreprise peut porter préjudice à l'entreprise, sans nécessairement porter atteinte à sa renommée. La perte ou le préjudice est généralement une perte commerciale. Le délit comprend trois éléments principaux : les fausses déclarations ou mensonges, l'intention malveillante et le préjudice¹¹²².

Les éléments essentiels de ce délit sont le fait que le défendeur ait publié à propos du plaignant des déclarations mensongères, qu'elles aient été publiées dans une intention malveillante et que le résultat direct et naturel de leur publication a été un préjudice particulier. S'agissant du préjudice particulier, aux termes de l'article 3.1) de la loi de 1952 sur la diffamation, il suffit que les mots publiés par écrit soient calculés pour causer un préjudice financier au plaignant. L'intention malveillante sera induite s'il est démontré que les mots ont été calculés pour porter préjudice et que le défendeur savait en publiant ces mots qu'ils étaient mensongers ou qu'il ne se souciait pas qu'ils soient ou non mensongers¹¹²³.

Quant aux conditions essentielles à remplir, les fausses déclarations doivent être publiées et faire directement ou indirectement référence au plaignant ou à son entreprise¹¹²⁴. "Outre la condition évidente de mensonge objectif (et celle extrinsèque d'intention malveillante), les fausses déclarations doivent concerner les produits du plaignant ou, plus généralement, sa personne, son entreprise, son établissement ou ses services, et elle doit être de nature à causer un préjudice d'ordre pécuniaire, plutôt qu'une atteinte à l'honneur et à la réputation du plaignant dans le sens protégé par la loi sur la diffamation"¹¹²⁵. Les fausses déclarations et l'intention malveillante sont donc deux conditions indépendantes. Les premières incluent les fausses déclarations selon lesquelles les produits du plaignant sont trompeurs, inférieurs ou dangereux¹¹²⁶. La seconde requiert un motif inapproprié ou la connaissance ou l'insouciance vis-à-vis de la fausseté des déclarations formulées¹¹²⁷. L'élément subjectif et intentionnel de malveillance est considéré comme la clé d'une action couronnée de succès. "La difficulté pour le futur plaignant réside, bien évidemment, dans l'obligation de prouver l'intention malveillante"¹¹²⁸. D'autres raisons expliquant la visibilité relativement faible de ce délit sont, notamment, le fait qu'il recoupe – en ce qui concerne l'exigence de fausses déclarations – la substitution frauduleuse, laquelle n'exige pas qu'il y ait intention malveillante, l'émergence d'un régime distinct destiné à réglementer la publicité comparative impliquant des comparaisons déloyales (examinée plus loin), et la réticence des juges à interdire une simple "vantardise", en prétendant que les produits d'un commerçant sont meilleurs que ceux d'un autre¹¹²⁹.

3.3 Indications ou allégations trompeuses

Les déclarations trompeuses au sujet des propres produits d'un commerçant sont régies par une réglementation qui a été, dans une large mesure, harmonisée dans le droit de l'Union

¹¹²² Wadlow, *Passing Off*, chapitre 6; Ch 22 of A Tettenborn (éd.), *Clerk & Lindsell on Torts* 23^e éd. (Sweet and Maxwell, 2021).

¹¹²³ *Kaye c. Robertson* [1991] FSR 62 CA; VOIR AUSSI *Ratcliffe c. Evans* [1892] 2 QB 524 CA.

¹¹²⁴ *Marathon Mutual Ltd. c. Waters* [2009] EWHC 1931 (QB).

¹¹²⁵ Wadlow, *Passing Off*, 373.

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ *Spring c. Guardian Assurance Plc* [1993] 2 All E.R. 273 CA. Les décisions postérieures de la Chambre des Lords n'ont pas affecté la caractérisation d'intention malveillante faite par la Cour d'appel.

¹¹²⁸ Arnold, *English Unfair Competition Law*, 75.

¹¹²⁹ Davis, *The United Kingdom*, 608-609.

européenne. Cette réglementation a été conservée au Royaume-Uni et continue de s'appliquer après le Brexit.

La publicité trompeuse entre entreprises est régie par le règlement de 2008 relatif à la protection des entreprises contre la commercialisation trompeuse¹¹³⁰. Il s'agit de la transposition en droit national de la directive européenne en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative¹¹³¹. Ce régime interdit la publicité trompeuse entre entreprises, qui, de quelque manière que ce soit, y compris sa présentation, trompe ou est susceptible de tromper les commerçants auxquels elle s'adresse ou qu'elle atteint, et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique¹¹³². La publicité peut être trompeuse en ce qui concerne, par exemple, les caractéristiques d'un produit, notamment sa disponibilité, sa composition, son mode et sa date de livraison ou ses utilisations. La publicité comparative couvre toute publicité qui identifie un concurrent ou le produit d'un concurrent. Elle doit respecter une série de conditions, notamment l'interdiction d'une publicité qui induit en erreur, qui ne compare pas les caractéristiques des produits de manière objective, qui crée une confusion dans l'esprit des commerçants (y compris une confusion au niveau des marques) ou qui tire profit de la renommée d'une marque¹¹³³. Le règlement est appliqué par les pouvoirs publics, notamment les services chargés des normes commerciales, qui sont dotés de pouvoirs d'enquête. Les possibilités d'application incluent les poursuites pénales, ainsi que les injonctions et les engagements de veiller au respect du règlement de 2008. Bien que certaines de ces activités constituent une atteinte aux marques, les titulaires de droits devront convaincre les pouvoirs publics, dont les ressources sont limitées, de prendre des mesures.

Les comportements trompeurs entre entreprises sont régis par le règlement de 2008 relatif à la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales¹¹³⁴. Celui-ci a été adopté pour mettre en œuvre la directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales¹¹³⁵. Il est à noter que la directive protège directement les intérêts des consommateurs et ne protège qu'indirectement les entreprises légales contre les comportements abusifs. Les formes de concurrence déloyale qui portent préjudice aux concurrents, mais pas aux consommateurs, comme le parasitisme ou l'appropriation illicite, ne sont pas couvertes par son champ d'application¹¹³⁶. Le règlement de 2008 a été un instrument important de la réforme législative, dans la mesure où il a effectivement remplacé 23 instruments antérieurs, notamment une grande partie de la loi de 1968 sur les descriptions commerciales et des parties de la loi de 1967 sur les fausses déclarations. Un grand nombre de ces instruments présentaient des analogies entre les pays de *common law*, de sorte que le règlement a marqué une rupture avec l'approche suivie précédemment par le Royaume-Uni. Le règlement relatif aux pratiques commerciales déloyales impose aux commerçants de tous les secteurs une interdiction générale de recourir à de telles pratiques à l'égard des consommateurs. En particulier, il protège les consommateurs contre les pratiques commerciales trompeuses et interdit les omissions trompeuses tout autant que les tactiques de vente agressives. Les critères généraux pour définir des pratiques trompeuses ou agressives (règlements 9 à 11) sont complétés par une liste de 31 pratiques commerciales qui sont jugées

¹¹³⁰ Règlement 2008/1276.

¹¹³¹ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, [2006] JO L376, p. 21. Voir aussi Senftleben, Report on the European Union, O.3.3.

¹¹³² Règlement 3, BPR 2008.

¹¹³³ Règlement 4, BPR 2008. Sur l'importance de ce régime pour l'application du droit des marques, voir J. Smith et R. Montagnon, "The New Consumer and Business Protection Regulations: Another String to the Brand Owner's Bow?" (2009) 4 JIPLP 33.

¹¹³⁴ SI 2008/1277.

¹¹³⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, 2005, JO L 149, p. 22. Voir aussi Senftleben, Report on the European Union, O.3.3.

¹¹³⁶ Considérants 6 et 8 de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales.

déloyales dans tous les cas. Cette liste inclut la publicité-appât, les fausses offres “gratuites” et la vente forcée. En ce qui concerne les interdictions générales, la pierre angulaire est la question de savoir si la pratique déloyale est susceptible de fausser effectivement la prise de décision en incitant “le consommateur moyen à prendre une décision d’achat qu’il n’aurait pas prise autrement” (règlement 5.2.b)), comme conclure un contrat ou effectuer un paiement. Le consommateur moyen (règlement 2.2)), à son tour, est le même sujet ou modèle juridique hypothétique que celui créé pour le droit européen des marques¹¹³⁷. Dans certains contextes, il peut être remplacé par des catégories de consommateurs plus vulnérables (règlement 2.5)). D’un point de vue administratif, le règlement de 2008 relatifs aux pratiques commerciales déloyales est appliqué par les autorités publiques, à savoir l’Autorité responsable de la concurrence et des marchés, en partenariat avec d’autres instances, telles que des organes locaux chargés de l’application des normes commerciales. Le système repose sur des sanctions pénales et des ordonnances d’exécution (civile). Depuis 2014, un droit de recours privé a été créé pour les consommateurs¹¹³⁸. Les consommateurs lésés peuvent désormais résilier un contrat, réclamer une ristourne sur le prix payé ou demander réparation.

Enfin, le tableau serait incomplet si l’on omettait de mentionner l’autoréglementation au Royaume-Uni, qui passe par l’Autorité chargée des normes en matière de publicité (ASA), laquelle applique les codes de la publicité en matière d’annonces radio et télédiffusées ou non¹¹³⁹. Lorsque des produits ou services font l’objet d’annonces publicitaires, les entreprises doivent respecter les règles énoncées dans ces codes. Ces règles comprennent les interdictions prévues par la réglementation britannique précitée. L’Autorité chargée des normes en matière de publicité statue sur les plaintes relatives à des violations des codes et publie ses décisions sur son site Web¹¹⁴⁰. Les sanctions en cas de non-respect incluent le renvoi des contrevenants devant les instances réglementaires chargées des normes commerciales, une mauvaise publicité et une disqualification pour la remise de récompenses de l’industrie.

4. Autres actes de concurrence déloyale

Outre les délits économiques mentionnés dans le présent rapport et les divers régimes de protection des consommateurs, il existe un autre acte directement pertinent aux fins de la protection des actifs incorporels précieux : l’abus de confiance. Cet acte repose sur les principes d’équité et crée une obligation de préserver la confidentialité, indépendamment de toute relation contractuelle¹¹⁴¹. Les secrets d’affaires sont une forme particulière d’informations confidentielles. Ils sont protégés par le recours en équité, mais aussi par un régime légal spécifique¹¹⁴², qui donne effet à la directive européenne sur les secrets d’affaires¹¹⁴³. Le fondement d’un recours en équité a été décrit comme suit : “[Quiconque] a reçu des informations confidentielles ne peut en tirer indûment profit. Il ne doit pas en faire usage au détriment de la personne qui les lui a confiées sans le consentement de cette dernière”¹¹⁴⁴. La violation de cette obligation est appréciée à l’aune d’un triple critère¹¹⁴⁵ :

- l’information elle-même doit avoir la qualité essentielle d’être confidentielle. Pour le déterminer, les tribunaux établiront si elle relève du domaine public ou si elle

¹¹³⁷ G.B. Dinwoodie et D.S. Gangjee, “The Image of the Consumer in European Trade Mark Law” in Dorota Leczykiewicz and Steve Weatherill (éd.), *The Image(s) of the Consumer in EU Law* (Hart 2016) 339.

¹¹³⁸ Règlements de 2014 relatifs à la protection des consommateurs (Amendement), SI 2014/870.

¹¹³⁹ Voir : <https://www.asa.org.uk/>

¹¹⁴⁰ Voir : <https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/rulings.html>

¹¹⁴¹ T. Aplin, L. Bently, P. Johnson et S. Malynicz, *Gurry on Breach of Confidence: The Protection of Confidential Information* (OUP, 2012).

¹¹⁴² Règlement de 2018 relatif aux secrets d’affaires (Application, etc.), SI 2018/597.

¹¹⁴³ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection du savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d’affaires) contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites, [2016] JO L157, p. 1. Voir aussi Senftleben, Report on the European Union, O.4.

¹¹⁴⁴ *Seager c. Copydex* [1967] FSR 211, 220.

¹¹⁴⁵ *Coco c. AN Clark (Engineers) Ltd.* [1968] FSR 415.

- constitue un “secret”. Les formules secrètes, les algorithmes de recherche de Google ou des informations financières sensibles en sont quelques exemples;
- cette information doit avoir été fournie dans des circonstances impliquant une obligation de confidentialité, laquelle est évaluée objectivement. Elle peut être imposée par contrat, mais peut aussi découler d'une relation contractuelle existante. L'acquéreur doit avoir une connaissance réelle ou supposée, induite par les circonstances de la divulgation, du fait que l'information est confidentielle (par exemple la relation particulière avec d'anciens salariés);
 - il doit y avoir un usage non autorisé de cette information au détriment du titulaire des droits.

Les secrets d'affaires et, plus généralement, l'abus de confiance connaissent un regain d'intérêt, en particulier dans le domaine de l'intelligence artificielle et de l'apprentissage automatique, où les algorithmes et les données de formation peuvent potentiellement être protégés¹¹⁴⁶.

Pour terminer ce tour d'horizon, il n'y a pas d'imitation servile en tant que telle en l'absence de fausses déclarations. Lorsque l'apparence ou l'emballage d'un produit a été copié *et* que cette reproduction est véritablement trompeuse, elle est passible d'un recours pour substitution frauduleuse¹¹⁴⁷. Malgré les lamentations anciennes de ceux qui se plaignent d'un emballage similaire ou du “me too”, le Royaume-Uni n'a pas admis de tels recours pour la copie d'un produit ou de son habillage en dehors des catégories établies de propriété intellectuelle, telles que la protection des marques ou des dessins et modèles¹¹⁴⁸. Par conséquent, “le droit anglais considère que, en l'absence d'un droit de propriété intellectuelle applicable et en l'absence d'une confusion dans l'esprit du consommateur, il n'y a pas lieu de considérer la copie servile du produit d'un concurrent comme étant déloyale ou illicite. Au contraire, elle est bénéfique pour le consommateur. Il est donc peu probable que la *common law* évolue sur ce point”¹¹⁴⁹.

V. SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS

Après un passage en revue des points de discussion recensés plus haut à la lumière du cadre international de protection (section III.F), la synthèse ci-après des principales conclusions résume les résultats de l'analyse des développements intervenus dans les différents pays et régions du monde. Cette synthèse revient sur la base juridique utilisée pour assurer une protection effective contre la concurrence déloyale (section A), sur les raisons d'être d'une telle protection (section B), ainsi que sur l'interprétation et la mise en œuvre du principe fondamental des “usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale” énoncé à l'article 10*bis*.2) de la Convention de Paris (section C), les conditions de l'interdiction des actes déloyaux relevant de l'une des catégories énumérées à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris (section D), l'identification d'exemples supplémentaires de comportement déloyal (section E), l'impact des technologies modernes (section F) et l'interaction avec la protection des droits de propriété intellectuelle (section G).

¹¹⁴⁶ S.K. Sandeen et T. Aplin, “Trade Secrecy, Factual Secrecy and the Hype Surrounding AI” in R. Abott (éd.), *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence* (Edward Elgar, 2022, à paraître).

¹¹⁴⁷ Par exemple, *Moroccanoil Israel Ltd. c. Aldi Stores Ltd.* [2014] EWHC 1686 (IPEC) (Pas de fausses déclarations lorsqu'un emballage similaire d'huile capillaire a été adopté par une grande chaîne de supermarchés).

¹¹⁴⁸ Don Edwards and Associates, *A study into the impact of similar packaging on consumer behaviour* (British Brands Group, 2009); P. Johnson, J. Gibson et J. Freeman, *The Impact of Lookalikes: Similar packaging and fast-moving consumer goods* (UKIPO Report 2013/18).

¹¹⁴⁹ Arnold, *English Unfair Competition Law*, 77.

A. BASE JURIDIQUE DE LA PROTECTION

Comme indiqué à la section III.F, la première question qui se pose en ce qui concerne les initiatives nationales et régionales visant à mettre en œuvre une protection contre la concurrence déloyale, porte sur la base juridique choisie à cet effet. L'obligation internationale d'assurer une protection effective, prévue à l'article 10*bis*.1) de la Convention de Paris, ne requiert pas nécessairement l'adoption d'une législation spécifique¹¹⁵⁰. Comme l'ont fait observer les groupes spéciaux de l'OMC dans le rapport *Australie – Emballage neutre* au sujet de l'introduction de l'article 10*bis*.1) de la Convention de Paris dans l'Accord sur les ADPIC, par la référence faite à l'article 2.1) dudit accord, les Membres de l'OMC sont libres de déterminer "comment s'acquitter au mieux de leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques". La troisième phrase de l'article 1.1) de l'Accord sur les ADPIC laisse aux Membres le soin de choisir "les méthodes appropriées dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques pour réprimer tout usage malhonnête de ce type"¹¹⁵¹.

Dans ce contexte, le rapport sur les stratégies de mise en œuvre dans les différents pays et régions du monde montre que les mécanismes juridiques choisis pour assurer une protection contre la concurrence déloyale reflètent les différentes traditions juridiques et sources historiques de la législation relative à la concurrence déloyale¹¹⁵². Les stratégies nationales et régionales de mise en œuvre vont de l'application du droit de la responsabilité civile générale (Région arabe : H.1; ARIPO et Afrique du Sud : A.5; UE : O.1) et, dans la sphère d'influence de la tradition anglo-américaine, des procédures de *common law*, notamment la substitution frauduleuse (ASEAN : L.1; Australie et Pacifique Sud : M.1; Canada et États-Unis d'Amérique : C.1; Inde : J.1; Royaume-Uni : P.1), à des lois ou règlements spécifiques traitant de certains aspects du commerce loyal. Selon le contexte de mise en œuvre choisi au niveau national ou régional, des règles spécifiques relatives à la concurrence déloyale peuvent faire partie de la législation en matière de propriété intellectuelle (et, en particulier, des marques), d'un code de commerce national, d'une loi de protection des consommateurs ou de la concurrence ou de réglementations régionales visant à promouvoir une concurrence libre et loyale (Communauté andine : F.1; Région arabe : H.1; ARIPO et Afrique du Sud : A.1.1; ASEAN : L.1; Australie et Pacifique Sud : M.1.2; Canada et États-Unis d'Amérique : C.1; Amérique centrale : E.1; CEI : N.1; UE : O.1; MERCOSUR : G.2; OAPI : B.1). Dans plusieurs pays, des législations exhaustives ont été adoptées afin d'assurer une protection contre la concurrence déloyale tant aux concurrents qu'aux consommateurs (Australie et Pacifique Sud : M.1.2; Caraïbes : D.1; Chine : I.1; CEI : N.1; UE : O.1; Japon et Corée : K.1)¹¹⁵³. Cette dernière approche ne semble toutefois pas prendre une ampleur telle qu'on puisse parler d'une tendance plus marquée en faveur de l'adoption de législations exhaustives en matière de concurrence déloyale.

En dépit des différences qui subsistent dans la conception de la réponse réglementaire, il ressort clairement du rapport que, sous une forme ou une autre, les ingrédients de base du modèle réglementaire choisi à l'article 10*bis* de la Convention de Paris sont présents dans tous les pays et régions examinés : la protection effective contre une concurrence déloyale

¹¹⁵⁰ M. Pflüger, "Article 10*bis*", in: T. Cottier/P. Véron (éd.), *Concise International and European IP Law*, 3^e éd., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, 298.

¹¹⁵¹ Groupes spéciaux de l'OMC, 28 juin 2018, rapports WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R, *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*, § 7.2682.

¹¹⁵² Cf. Pflüger, *Article 10bis*, 298; F. Henning-Bodewig, "International Protection Against Unfair Competition – Art. 10*bis* Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 1999, 166 (166-170). Pour une vue d'ensemble des différentes traditions en matière de législation relative à la concurrence déloyale, voir OMPI, *Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation*, Publication n° 725 de l'OMPI, OMPI : Genève 1994, 15-17.

¹¹⁵³ Voir l'aperçu des approches nationales dans l'étude l'OMPI, 20-21.

(article 10*bis*.1) de la Convention de Paris) semble requérir une combinaison mêlant une clause “fourre-tout” ouverte et générale (le rôle joué par l’article 10*bis*.2) de la Convention de Paris sur le plan international)¹¹⁵⁴ et plusieurs dispositions plus spécifiques – ou des instruments législatifs spécifiques – traitant de formes particulières de comportement déloyal en vue de protéger les concurrents (article 10*bis*.3), points 1 et 2, de la Convention de Paris) et les consommateurs (article 10*bis*.3), point 3, de la Convention de Paris)¹¹⁵⁵.

En prenant cette matrice réglementaire comme cadre analytique, il est possible de recenser les tendances générales suivantes dans le droit et la pratique relatifs à la concurrence déloyale, qui ont évolué dans les différents pays et régions au cours des dernières décennies :

En ce qui concerne la clause générale :

- la clause générale prend souvent pour modèle, voire est directement inspirée de la formule ouverte des “usages honnêtes” visée à l’article 10*bis*.2) de la Convention de Paris (ARIPO et Afrique du Sud : A.2; ASEAN : L.2; Caraïbes : D.2; Amérique centrale : E.1; Chine : I.2; UE : O.2; MERCOSUR : G.2; OAPI : B.2). On peut dire que l’exigence d’“usages honnêtes en matière industrielle et commerciale” sert de modèle et de référence aux stratégies nationales de mise en œuvre;
- les pays et régions qui suivent la tradition de la *common law* appliquent une combinaison de substitution frauduleuse et d’autres délits – incitation à la rupture de contrat, perte causée par des moyens illégaux, intimidation, conspiration par des moyens légaux et illégaux, tromperie et mensonge malveillant – pour trouver des réponses réglementaires à un comportement de concurrence déloyale qui ne relève pas du champ d’application de lois plus spécifiques couvrant des types particuliers de conduite déloyale (Australie et Pacifique Sud : M.2; ASEAN : L.1; Caraïbes : D.1; Royaume-Uni : P.2). L’harmonisation internationale de la législation sur la concurrence déloyale visée à l’article 10*bis* de la Convention de Paris n’a pas conduit à l’adoption d’un délit de concurrence déloyale en *common law* (Australie et Pacifique Sud : M.1.5; Inde : J.2; Royaume-Uni : P.2; voir toutefois aussi ARIPO et Afrique du Sud : A.1.2).

En ce qui concerne l’interaction avec des dispositions plus spécifiques couvrant des formes particulières de concurrence déloyale :

- la réglementation d’aspects particuliers de la concurrence déloyale peut conduire à l’adoption d’instruments législatifs spécifiques couvrant le domaine en cause. Des initiatives régionales d’harmonisation peuvent également se concentrer sur des aspects spécifiques de la législation en matière de concurrence déloyale, comme les relations entre les entreprises et les consommateurs ou les pratiques en matière de publicité (UE : O.2; MERCOSUR : G.3);
- l’application de mécanismes juridiques couvrant des concepts plus larges, tels que le délit de substitution frauduleuse, combinés à des dispositions législatives spécifiques, comme les régimes juridiques de protection des consommateurs interdisant les comportements trompeurs et mensongers, peut aboutir à une approche mixte, qui réunit effectivement les conditions à remplir pour établir une concurrence déloyale (Australie et Pacifique Sud : M.1.3; Caraïbes : D.1);
- l’identification de cas spécifiques de préjudice causé par une concurrence déloyale peut conduire à un système extrêmement différent de comportement interdit qui rend presque obsolète l’ajout d’une clause générale distincte. D’une part, ce résultat peut être atteint en dressant une liste détaillée et variée des comportements interdits. D’autre part, l’énumération des comportements interdits peut inclure des

¹¹⁵⁴ Pflüger, *Article 10bis*, 298.

¹¹⁵⁵ Pour une discussion de l’article 10*bis* de la Convention de Paris en tant qu’ébauche de la législation nationale, voir Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 188.

cas assez vagues ayant une portée relativement large. Afin de couvrir les lacunes potentielles de la liste des actes prohibés, il est parfois possible d'invoquer des dispositions générales du droit de la responsabilité civile et de l'enrichissement sans cause (UE : O.3.3; Japon et Corée : K.1).

B. RAISONS D'ÊTRE DE LA PROTECTION

En étudiant les rapports nationaux et régionaux, on peut, semble-t-il, supposer que, outre l'objectif premier de protéger les commerçants contre des pratiques de concurrence déloyale, l'idée de protéger les consommateurs s'est frayé un chemin dans la législation relative à la concurrence déloyale à travers le monde. Tous les rapports mentionnent l'intention de protéger les consommateurs contre les pratiques commerciales trompeuses. Dans les systèmes juridiques dotés d'une loi spécifique sur la concurrence déloyale, la protection des consommateurs peut être expressément mentionnée comme l'une des raisons d'être de la législation. En outre, l'intérêt public pour une concurrence loyale et non faussée peut être invoqué pour jeter les bases de l'octroi d'une protection (ANDEAN : F.1; ARIPO et Afrique du Sud : A.1; Caraïbes : D.1; Chine : I.1; CEI : N.1; UE : O.1; Japon et Corée : K.1; MERCOSUR : G.1). En ce qui concerne la substitution frauduleuse, on peut dire que la législation est axée sur les intérêts des commerçants, dont la recherche d'une réparation profite indirectement aux consommateurs. Lorsque des commerçants engagent une procédure pour substitution frauduleuse, les consommateurs bénéficient de la fiabilité accrue des informations sur le marché. Alors que la législation peut viser, au premier chef, la protection des concurrents, les intérêts des consommateurs et du grand public sont également pris en considération. En cherchant à offrir une protection contre les fausses déclarations sur le marché, la législation se concentre sur un comportement qui affecte négativement les commerçants et les consommateurs et, plus généralement, l'intérêt public pour une concurrence libre et non faussée. La substitution frauduleuse promeut ainsi une efficacité économique concurrentielle (ARIPO et Afrique du Sud : A.2; Canada et États-Unis d'Amérique : C.1.1).

En résumé, on peut conclure que, indépendamment du fait que l'approche suivie pour assurer une protection contre la concurrence déloyale relève du droit civil ou de la *common law*, la législation et la pratique dans les différents pays et régions du monde cherchent à protéger (Australie et Pacifique Sud : M.1.3; Caraïbes : D.1; Canada et États-Unis d'Amérique : C.1.1; Chine : I.1; CEI : N.1; UE : O.1; Japon et Corée : K.1; Royaume-Uni : P.1) :

- les concurrents contre un préjudice commercial résultant d'actes déloyaux;
- les consommateurs contre des pratiques commerciales trompeuses; et
- le public en général en préservant une concurrence loyale et non faussée¹¹⁵⁶.

C. NOTION D'USAGES HONNÊTES

Comme indiqué précédemment, une clause générale interdisant les pratiques commerciales déloyales est le pilier central des approches nationales et régionales faisant l'objet de l'analyse. En l'absence d'un instrument réglementaire ouvert et flexible, il est possible que la législation relative à la concurrence déloyale ne puisse pas suivre le rythme de l'évolution constante des nouveaux modèles commerciaux et des outils de commercialisation émergents (Canada et

¹¹⁵⁶ Cf. Groupes spéciaux de l'OMC, 28 juin 2018, rapports WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R, Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage, § 7.2680, où il est mentionné que "la protection contre la concurrence déloyale sert à protéger les concurrents aussi bien que les consommateurs, en même temps que l'intérêt public".

États-Unis d'Amérique : C.2.1; UE : O.2). L'étude confirme que la notion d'"usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" énoncée à l'article 10*bis*.2) de la Convention de Paris constitue un important point de référence pour concevoir et élaborer des solutions flexibles aux niveaux national et régional, qui assurent une protection effective contre une concurrence déloyale, même si de nouveaux types de comportement concurrentiel déloyal apparaissent qui échappent à la portée des interdictions plus spécifiques existantes (ARIPO et Afrique du Sud : A.2; ASEAN : L.2; Caraïbes : D.2; Amérique centrale : E.1; Chine : I.2; UE : O.2; MERCOSUR : G.2; OAPI : B.2).

Compte tenu de l'avantage décrit précédemment que représente une norme générale et ouverte – en particulier, la possibilité de réagir rapidement aux nouvelles formes de comportement déloyal¹¹⁵⁷ –, il n'est pas surprenant que l'analyse ci-dessus de l'évolution de la législation en matière de concurrence déloyale n'ait pas mis en évidence une définition précise de la notion d'"usages honnêtes". Apparemment, l'impression générale est que toute tentative de fixer le sens de l'expression "usages honnêtes" mettrait à mal l'avantage consistant à réagir rapidement aux nouveaux développements imprévus sur le marché. Cela pourrait priver la législation relative à la concurrence déloyale de la flexibilité nécessaire pour assurer une protection effective au sens de l'article 10*bis*.1) de la Convention de Paris, lorsque de nouvelles pratiques concurrentielles perturbent une lutte loyale pour décrocher des parts de marché.

Il s'ensuit que les approches étudiées, adoptées pour déterminer le respect des usages honnêtes, reposent sur des critères d'appréciation généraux et ouverts. D'un point de vue juridique positiviste, la concurrence déloyale – au sens d'un comportement contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale – peut être assimilée à un comportement contraire à la loi (ANDEAN : F.2; Amérique centrale : E.2; CEI : N.2). L'ajout des notions générales de caractère déloyal et de concurrence non faussée peut conduire à des concepts visant à interdire des actes qui sont exécutés d'une manière déloyale ou contraire à la loi, qui entravent la concurrence ou le bon fonctionnement du marché, ou qui causent un préjudice économique (ANDEAN : F.2; ASEAN : L.2; Canada et États-Unis d'Amérique : C.2; UE : O.2). Un autre élément de l'exigence relative aux usages honnêtes peut être rattaché aux coutumes et aux pratiques commerciales établies dans un secteur donné et aux perceptions des notions correspondantes de bonnes mœurs, de loyauté, d'honnêteté, de caractère raisonnable et d'intégrité. L'inclusion de cet élément empirique peut conduire à comprendre la concurrence déloyale comme couvrant tout acte contraire à la législation nationale, aux habitudes commerciales ou aux principes moraux et éthiques d'honnêteté, d'intégrité, de caractère raisonnable et de loyauté (ANDEAN : F.2; ARIPO et Afrique du Sud : A.1.2; Caraïbes : D.2; Chine : I.2; CEI : N.2; MERCOSUR : G.2).

En définitive, le rapport montre que les critères d'évaluation utilisés pour identifier un comportement contraire aux "usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale" peuvent relever de différentes catégories. Les autorités compétentes peuvent adopter une approche axée sur la conformité avec la loi, fondée sur les coutumes et la perception de l'honnêteté dans le secteur, ou chercher à améliorer le fonctionnement du marché. À des degrés variables, la notion d'"usages honnêtes", qui a évolué dans les systèmes juridiques et les pratiques nationales ou régionales, comprend donc les éléments suivants :

- des critères juridiques positivistes (conformité avec la loi); et/ou
- des critères empiriques (conformité avec les coutumes ou les perceptions du caractère loyal dans le secteur); et/ou
- des critères fonctionnels (conformité avec les conditions économiques préalables pour une concurrence non faussée sur un marché qui fonctionne bien).

¹¹⁵⁷ Cf. Pflüger, *Article 10bis*, 298-299.

D. INTERDICTION DES ACTES DÉLOYAUX ÉNUMÉRÉS À L'ARTICLE 10*bis*.3) DE LA CONVENTION DE PARIS

Outre le concept fondamental des usages honnêtes, l'étude qui précède a également tenté de préciser de quelle manière l'interdiction des actes déloyaux énumérés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris a été mise en œuvre au niveau national ou régional. Elle montre clairement que les exemples de comportement déloyal visés audit article servent de points de référence importants pour les législateurs et les juges qui s'efforcent d'identifier un comportement concurrentiel inacceptable. Les catégories traditionnelles de comportement prohibé – créant une confusion (n° 1), fausses allégations (n° 2), allégations ou informations trompeuses (n° 3) – remplissent une fonction importante dans les systèmes de protection contre la concurrence déloyale qui ont été mis en place dans le monde.

S'agissant de la première catégorie d'actes prohibés visée à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris – créer une confusion quant à l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent –, le rapport reflète, premièrement, une tendance à couvrir un large éventail d'indications sur l'entreprise et le produit. La protection s'étend au-delà des indications de l'origine au sens du droit des marques et des noms commerciaux. Elle couvre d'autres caractéristiques distinctives des produits et des services que le public reconnaît comme étant des références distinctives appartenant à une entreprise particulière. Ainsi, la gamme d'indications protégeables peut inclure des caractéristiques distinctives des produits ou services, des indications géographiques, des noms de marque, un habillage commercial, un emballage, l'apparence globale des produits, des palettes de couleurs, des personnages de fiction, (des aspects) d'images de célébrités, des thèmes de commercialisation et la présentation et la conception de sites Web (ANDEAN : F.3.1; Région arabe : H.3.1; Australie et Pacifique Sud : M.1.4; Canada et États-Unis d'Amérique : C.4.1; Caraïbes : D.3; Chine : I.3.1; UE : O.3.1; MERCOSUR : G.4.3; OAPI : B.3; Royaume-Uni : P.3.1). Deuxièmement, il paraît clair que pour conclure à l'existence d'une confusion – ou d'une "fausse déclaration" dans le contexte d'une substitution frauduleuse –, il ne suffit pas d'évoquer simplement des indications que le public associe à l'entreprise d'un concurrent ou d'inciter les consommateurs à se demander si deux produits ont la même origine. Un risque de confusion susceptible de recours n'existe que lorsque le public peut croire que les produits ou services proviennent de l'entreprise d'un concurrent, qu'il émet des suppositions erronées quant aux qualités ou caractéristiques d'un produit ou qu'il pense qu'il existe un lien économique avec le concurrent, tel qu'une autorisation ou un accord de licence ou toute autre forme d'association commerciale, notamment le parrainage, l'affiliation et l'approbation (Australie et Pacifique Sud : M.3.1; Canada et États-Unis d'Amérique : C.3.1; Chine : I.3.1; CEI : N.3.1; UE : O.3.1; Japon et Corée : K.3.1; Royaume-Uni : P.3.1).

La deuxième catégorie d'actes visée à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris – fausses allégations de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent – peut englober, dans la pratique nationale ou régionale, les fausses allégations visant les produits ou services d'un concurrent qui attaquent leur qualité ou leur prix, avertissent d'un prétendu danger résultant de leur utilisation, affirment le non-respect des spécifications annoncées ou prétendent que les produits sont contrefaits ou impropres à la consommation (ANDEAN : F.3.2; Région arabe : H.3.2; Japon et Corée : K.3.2; Royaume-Uni : P.3.2). Une fausse allégation peut être susceptible d'un recours même si le produit concurrent n'est pas explicitement mentionné. Une allusion ou une référence indirecte peut suffire, en particulier lorsque le public peut facilement savoir quel est le produit visé. Il peut également suffire que l'acte déloyal vise toute une gamme de produits ou services d'un concurrent, sans désigner, directement ou indirectement, l'offre d'un concurrent spécifique (Région arabe : H.3.2; Canada et États-Unis d'Amérique : C.3.1; Inde : J.3.2; UE : O.3.2). Quant à l'établissement et aux activités d'un concurrent, l'interdiction peut, par exemple, couvrir les fausses allégations selon lesquelles le concurrent est au bord de la faillite, a pris sa retraite, a un comportement criminel ou est toxicomane. La protection peut également jouer lorsque des

déclarations discriminatoires sont faites au sujet de la nationalité, des convictions religieuses ou d'autres aspects privés ou personnels d'un concurrent (ANDEAN : F.3.2; Région arabe : H.3.2; UE : O.3.2; Royaume-Uni : P.3.2). En complétant la catégorie des fausses déclarations factuelles, les approches nationales ou régionales peuvent conduire à une compréhension plus large de l'évolution des différents motifs à l'origine des recours, en vue de couvrir les actes dénigrants et désobligeants qui reflètent des jugements de valeur subjectifs (Région arabe : H.3.2; UE : O.3.2; Royaume-Uni : P.3.2). L'atteinte au crédit ou les mensonges malveillants, par exemple, peuvent devenir un délit de diffamation assorti d'exigences minimales moindres et couvrir, par exemple, des commentaires négatifs sur les produits d'un commerçant dans une publicité comparative (Inde : J.3.2). Un éventuel assouplissement des critères relatifs au caractère déloyal est également observé en ce qui concerne la question de savoir s'il doit être démontré que de fausses allégations sont inexactes, répondent à une intention malveillante ou entraînent un type particulier de dommage, tel qu'un préjudice financier. Dans une certaine mesure, le rapport met en évidence un écart par rapport à l'application stricte de ces critères (Canada et États-Unis d'Amérique : C.3.1; Inde : J.3.2). Enfin, la constatation d'un comportement entraînant le discrédit ou le dénigrement peut également se fonder sur le fait que des informations importantes ont été omises (ANDEAN : F.3.2; MERCOSUR : G.3.2). En contrepois de l'octroi d'une protection, il est admis que l'objectif de prévenir un comportement préjudiciable entraînant le discrédit ou le dénigrement doit être mis en balance avec l'intérêt de préserver la liberté d'expression (commerciale) (Canada et États-Unis d'Amérique : C.1.1; UE : O.3.2; MERCOSUR : G.3.2).

Quant à la troisième catégorie d'actes interdits de concurrence déloyale énumérés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris – les indications ou allégations trompeuses à l'égard des produits d'un commerçant –, il ressort de l'étude que l'acte trompeur peut concerner différents éléments, notamment des aspects qui, plutôt que de viser les caractéristiques des produits, se rapportent au producteur, au fabricant ou au commerçant, ou les droits des consommateurs. Cette portée élargie de l'interdiction au niveau national ou régional peut résulter d'une combinaison entre l'article 10*bis*.3), point 3 (axé sur les produits) et l'article 10.1) (portant sur l'origine des produits et l'identité du producteur, du fabricant ou du commerçant) de la Convention de Paris¹¹⁵⁸. À titre d'exemple, la législation relative à la concurrence déloyale peut couvrir (ANDEAN : F.3.3; ARIPO et Afrique du Sud : A.3; ASEAN : L.3; Région arabe : H.3.3; Australie et Pacifique Sud : M.1.2 et M.3.1; Canada et États-Unis d'Amérique : C.3; Caraïbes : D.3; Amérique centrale : E.3; Chine : I.3.3; UE : O.3.3; Japon et Corée : K.3.3; MERCOSUR : G.3.3; OAPI : 3.3; Royaume-Uni : P.3.3) :

- les caractéristiques de produit, telles que la disponibilité, la nature, l'exécution, la composition, le mode et la date de fabrication ou de fourniture;
- le fait que les produits soient nouveaux ou aient un type, une qualité, une valeur, un niveau, un style ou un modèle particulier ou qu'ils aient une histoire particulière ou un usage antérieur particulier;
- l'origine géographique ou commerciale des produits, notamment tout usage direct ou indirect d'une indication d'origine fausse, incorrecte ou trompeuse;
- les caractéristiques de performance, telles que les modes d'utilisation, l'adaptation à l'usage prévu, les accessoires, la quantité, la spécification;
- le fait que les services soient d'un type, d'une qualité, d'une valeur ou d'un niveau particulier;
- le calcul du prix, notamment un cadeau ou un prix préférentiel spécifique, ou une ristourne résultant d'une prétendue liquidation ou faillite;
- la méthode de comptage des produits;
- la nécessité d'un entretien, d'une pièce, d'un remplacement ou d'une réparation;

¹¹⁵⁸ Pour une discussion de cette interaction entre les dispositions internationales, voir S. Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015, § 13.52 et 13.09.

- le fait que les produits ou services soient parrainés ou approuvés;
- les conditions dans lesquelles un produit ou un service est proposé ou fourni;
- l'identité du producteur, du fabricant ou du commerçant;
- la nature, les particularités et les droits du commerçant ou de son agent, notamment les actifs, qualifications, diplômes, prix et distinctions, affiliation, détention de droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle;
- l'engagement, la motivation, le parrainage ou l'approbation du commerçant, y compris le respect des codes de bonnes pratiques;
- les droits du consommateur, y compris les droits au remplacement ou au remboursement.

Pour qu'une allégation ou une indication soit considérée comme trompeuse, le droit national ou régional exige toutefois normalement que des critères supplémentaires tenant au caractère déloyal soient remplis. Les critères applicables peuvent refléter la double raison d'être de la protection qui est inhérente à l'interdiction des allégations et indications trompeuses, à savoir que l'interdiction d'un comportement déloyal dans ce domaine peut servir le double objectif de protéger à la fois les concurrents et les consommateurs (Royaume-Uni : P.3.3). Une déclaration trompeuse dans une publicité, par exemple, peut équivaloir à un acte de concurrence déloyale parce qu'elle trompe les consommateurs tout en portant préjudice aux concurrents. Dès lors, une pratique commerciale peut être considérée comme trompeuse, tout d'abord, lorsqu'elle influence le comportement économique des consommateurs en raison de son caractère trompeur, lorsque la pratique est susceptible de fausser de manière importante la prise de décision en incitant les consommateurs à conclure un contrat ou à effectuer un paiement, ou lorsqu'elle produit une impression erronée ou trompeuse et sème la confusion dans l'esprit du consommateur ou lui fait commettre une erreur (Région arabe : H.3.3; Canada et États-Unis d'Amérique : C.1.3; UE : O.3.3; Royaume-Uni : 3.3). Ensuite, l'allégation ou l'indication peut être susceptible de recours lorsque, en raison de ses effets, elle lèse ou est susceptible de léser un concurrent (Canada et États-Unis d'Amérique : C.2; UE : O.3.3). La protection contre les pratiques trompeuses couvre également les omissions, à savoir les cas où un commerçant cache des informations importantes, fournit ces informations de manière confuse, inintelligible, ambiguë ou inopportune ou ne précise pas l'intention commerciale qui sous-tend la pratique commerciale lorsque celle-ci ne ressort pas déjà du contexte (ANDEAN : F.2; Caraïbes : D.2; UE : O.3.3; Japon et Corée : K.3.3).

Afin de déterminer qu'un acte de concurrence déloyale relève du champ d'application de l'un des exemples énumérés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris, il peut être nécessaire de démontrer l'existence d'un rapport de concurrence. En particulier, il peut arriver que le plaignant doive prouver que le contrevenant présumé opère sur le même marché ou sur un marché connexe (domaine d'activité, produits ou services similaires; produits ou services substituables ou concurrents par ailleurs) et est actif dans une zone géographique qui recoupe à tout le moins en partie le territoire dans lequel le plaignant mène des activités commerciales (Région arabe : H.3.1; Amérique centrale : E.3; CEI : N.3; UE : O.2). Cependant, certains développements intervenus dans les pays et régions étudiés vont dans le sens d'un assouplissement du critère du rapport de concurrence. Outre les actes de concurrence directe, il peut suffire qu'un commerçant se mette en concurrence de manière indirecte. Un rapport de concurrence pertinent peut être constaté, par exemple, chaque fois qu'il existe une interdépendance entre les avantages commerciaux qu'une partie entend obtenir pour elle-même ou pour un tiers et les désavantages – au sens d'une entrave à la concurrence ou aux débouchés commerciaux – que le plaignant subit (Caraïbes : D.3; Chine : I.2; UE : O.2). Le fait que l'acte prétendument illicite porte préjudice à un éventail plus large d'acteurs du marché peut également suffire. Selon cette approche, il n'est pas nécessaire de prouver que l'acte prétendument illicite vise spécifiquement à porter atteinte aux activités du plaignant. De façon encore plus abstraite, il pourrait être jugé suffisant que l'acte prétendument illicite influence l'état de la concurrence (CEI : N.3).

E. AUTRES ACTES DE CONCURRENCE DÉLOYALE

Pour ce qui concerne les autres types de protection qui ne relèvent pas de la portée des exemples mentionnés à l'article 10*bis*.3) de la Convention de Paris, l'analyse aboutit à des résultats mitigés pour l'appropriation illicite. Dans plusieurs pays et régions, la tendance consiste à fournir une protection contre la concurrence parasitaire, par exemple en interdisant l'utilisation non autorisée des réalisations qui résultent d'investissements ou d'efforts importants de tiers, pour sa propre activité et de manière déloyale (ANDEAN : F.4.1; Région arabe : H.4.2; Amérique centrale : E.3; CEI : N.4.2; Japon et Corée : K.4.5; MERCOSUR : G.4.1; OAPI : B.4.1). Dans le domaine de la publicité, l'interdiction peut concerner le fait de tirer un profit déloyal de la renommée des marques d'un concurrent ou d'autres indications commerciales ou de produit (UE : O.4.2). Toutefois, comme indiqué, l'étude des approches nationales et régionales ne fait pas ressortir un consensus général sur les questions liées à l'appropriation illicite. Dans les pays de *common law*, la discussion a conduit à la conclusion que la substitution frauduleuse ne devait pas être étendue à une responsabilité civile plus large par rapport à l'appropriation illicite ou à la simple copie des efforts d'autrui (Australie et Pacifique Sud : M.2; Inde : J.2; Royaume-Uni : P.2).

L'absence d'accord sur une protection générale contre l'appropriation illicite n'exclut toutefois pas la possibilité de trouver un terrain d'entente pour accorder une protection contre des formes spécifiques de concurrence parasitaire, telles qu'une imitation servile de nature à créer une confusion en raison de fausses allégations (ANDEAN : F.3.1; Région arabe : H.3.1; Japon et Corée : K.4.2; OAPI : B.4.4; Royaume-Uni : P.4). En *common law*, le refus d'une responsabilité civile générale pour concurrence déloyale (qui engloberait le parasitisme déloyal) ne doit pas empêcher de conclure à une concurrence déloyale lorsqu'un défendeur copie servilement une chose pour laquelle le plaignant a acquis une renommée commercialement précieuse (par exemple, en imitant un produit ou en utilisant des indications telles qu'un personnage de fiction, l'image d'une célébrité ou un thème publicitaire), qui pourrait induire les consommateurs en erreur quant à l'existence d'un rapport commercial – par exemple, sous la forme d'une affiliation ou d'un parrainage – avec le plaignant (Australie et Pacifique Sud : M.2). Dans les pays ayant une tradition de droit civil, le positionnement par rapport à l'imitation servile peut être très similaire, malgré une forte tendance à accorder une protection plus générale contre l'appropriation illicite. Pour qu'une action pour imitation servile aboutisse, le droit national peut exiger que le produit ou le service imité ait acquis une position concurrentielle individuelle : un "aspect propre" qui permet de le distinguer d'autres produits ou services sur le segment de marché concerné. En outre, il peut être nécessaire de démontrer que des critères particuliers de caractère déloyal sont remplis. Plus précisément, un verdict de caractère déloyal peut nécessiter une constatation de confusion évitable, en ce sens que le public considère que l'imitation est l'original ou croit que les produits ou services proviennent de la même entreprise ou d'entreprises liées économiquement (Chine : I.4.1; UE : O.4.1). Compte tenu de l'harmonisation internationale résultant de l'article 10*bis* de la Convention de Paris, il n'est pas surprenant que le critère de la confusion et de la fausse allégation établisse un lien entre les pays de *common law* et les pays de droit civil. Du fait de cette exigence, la protection contre l'imitation servile peut être considérée comme une illustration de l'article 10*bis*.3), point 1, de la Convention de Paris.

Une autre forme de protection pouvant s'inscrire dans le cadre de l'appropriation illicite est le marketing sauvage. À cet égard, il ressort de l'étude que les pays de *common law* peuvent opter pour l'adoption d'une législation spécifique afin d'offrir, pendant une période limitée, une protection contre l'utilisation commerciale non autorisée de produits ou services ainsi que d'indications ou d'images protégées, associées à de grands événements sportifs qui suggérerait un parrainage ou un autre lien commercial. En particulier, une telle protection peut couvrir l'utilisation à des fins de publicité, de promotion ou de renforcement de la demande de produits ou de services, y compris la vente ambulante. Si l'on dépasse les limites

traditionnelles de la substitution frauduleuse, l'impression d'une association avec l'événement sportif peut suffire (Australie et Pacifique Sud : M.4). Ce type de protection contre le marketing sauvage se rapproche, sans doute, du statu quo atteint dans les pays de droit civil fondé sur la protection contre le parasitisme et la concurrence parasitaire.

En droit civil, l'accent sera mis sur l'exploitation déloyale des efforts, des investissements et de la notoriété de l'organisateur de l'événement, sur la tentative déloyale de capter le flux économique d'un événement sportif majeur et sur l'impression erronée d'un accord de parrainage (UE : O.4.2).

Enfin, l'analyse des approches nationales et régionales fait apparaître des changements importants dans le domaine de l'appropriation illicite des secrets d'affaires. Un consensus se dégage sur la nécessité d'offrir une protection contre l'utilisation abusive des secrets d'affaires dans tous les pays et régions étudiés. Les instruments légaux utilisés à cette fin peuvent toutefois varier. La protection des secrets d'affaires peut d'abord découler de clauses contractuelles explicites ou implicites concernant les informations confidentielles et de l'interdiction d'une rupture de contrat ou d'une incitation au délit (ANDEAN : F.4.4; Région arabe : H.4.3; Australie et Pacifique Sud : M.4). Dans les pays de *common law*, il est possible d'introduire un recours en équité pour abus de confiance et cette voie de recours pourrait gagner en importance. Cette forme de protection pourrait couvrir les situations où les informations peuvent être identifiées avec suffisamment de précision, ont le niveau de confidentialité nécessaire et ont été reçues dans des circonstances impliquant une obligation de confidentialité et où l'utilisation abusive réelle ou potentielle de ces informations porterait préjudice à leur détenteur légal (ASEAN : L.4; Australie et Pacifique Sud : M.4; Royaume-Uni : P.4). Outre ces instruments de protection, l'étude des développements nationaux et régionaux indique une tendance à l'adoption de régimes légaux de protection des secrets d'affaires (ASEAN : L.4; CEI : N.1; Canada et États-Unis d'Amérique : C.4.1; Caraïbes : D.4.3; Chine : I.4.3; Japon et Corée : K.4.3; UE : O.4.3; Royaume-Uni : P.4). En vertu de ces régimes légaux, tout acte ou pratique peut être considéré comme un acte de concurrence déloyale dès lors qu'il conduit à la divulgation, à l'acquisition ou à l'utilisation par un tiers non autorisé d'informations confidentielles sans le consentement de leur titulaire légal. La notion d'acquisition illicite peut, par exemple, inclure l'accès non autorisé, l'appropriation ou la copie de tout document, objet, matériel, substance ou fichier électronique révélant le secret d'affaires (ANDEAN : F.4.2; ASEAN : L.4; Australie et Pacifique Sud : M.4; Amérique centrale : E.4; Chine : I.4.3; Japon et Corée : K.4.3; UE : O.4.3; MERCOSUR : G.4.2; OAPI : B.4.2). Conformément à la note de bas de page 10 de l'Accord sur les ADPIC (renvoyant à l'article 39.2) dudit accord), les régimes légaux de protection peuvent couvrir, en particulier, les éléments suivants :

- l'espionnage industriel ou commercial;
- la rupture de contrat;
- l'abus de confiance;
- l'incitation à faire de l'espionnage industriel ou commercial, à rompre un contrat ou abuser de la confiance;
- l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant (UE : O.4.3; Japon et Corée : K.4.3; MERCOSUR : G.4.2; OAPI : B.4.2).

Quant aux produits ou services qui résultent de l'utilisation illicite d'informations confidentielles protégées, les motifs de recours prévus par la législation sur les secrets d'affaires peuvent couvrir l'offre, la vente, l'importation ou l'exportation de produits ou de services utilisant un secret d'affaires, pour autant que le défendeur ait su ou ait eu des motifs raisonnables de savoir que les informations en cause étaient utilisées sans le consentement de leur détenteur ou d'une manière contraire aux usages honnêtes. Plus précisément, la notion de "produits contrefaisants" peut désigner des produits dont la conception, les caractéristiques, le

fonctionnement, le procédé de production ou la commercialisation tirent grandement profit de secrets d'affaires acquis, utilisés ou divulgués illégalement (Amérique centrale : E.4; UE : O.4.3).

F. IMPACT DES TECHNOLOGIES MODERNES

Pour ce qui concerne les nouvelles technologies et les outils de commercialisation connexes, il ressort de la discussion sur le mot-clé publicité dans le droit des marques et la législation relative à la concurrence déloyale que des mesures de transparence supplémentaires pourraient être nécessaires pour assurer un comportement loyal et le bon fonctionnement du marché. Par exemple, il peut être conclu à une atteinte à une marque ou à un acte de concurrence déloyale lorsqu'un message publicitaire, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, est si vague quant à l'origine des produits ou services que les internautes ne sont pas en mesure de déterminer si l'annonceur est un tiers (UE : O.4.4; MERCOSUR : G.4.4).

Le recours croissant à la publicité ciblée et aux outils algorithmiques de marketing peut également entraîner des obligations de transparence et d'information afin de créer un environnement équitable pour les concurrents et les consommateurs. À titre d'exemple, l'étude met en évidence des initiatives visant à garantir que les fournisseurs de plateformes en ligne, tels que les marchés en ligne, fournissent aux utilisateurs des informations leur permettant de comprendre quand et pour le compte de qui une publicité est affichée et quels sont les paramètres utilisés pour leur adresser des publicités, en ce compris des explications sensées sur la logique qui sous-tend les systèmes de publicité ciblée. Lorsque des commerçants utilisent des données obtenues par des tiers auprès des utilisateurs, ils peuvent également être tenus d'obtenir une nouvelle fois le consentement des utilisateurs et de réutiliser les données sans porter atteinte à une concurrence loyale ni menacer les intérêts légitimes des consommateurs. La réglementation de la publicité comparative peut inclure une interdiction de promotion de produits fondée sur des éléments subjectifs, notamment des données psychologiques ou affectives (Chine : I.4.4; UE : O.4.4; MERCOSUR : G.3.1).

Les obligations de transparence peuvent également jouer un rôle dans le domaine du marketing d'influence. Les directives et la jurisprudence étudiées insistent sur l'importance d'obliger les influenceurs à divulguer les contrats publicitaires ou les accords de parrainage qui ont une incidence sur les publications sur les réseaux sociaux. Ainsi, des influenceurs peuvent être tenus de faire en sorte que les consommateurs puissent identifier, au premier coup d'œil et sans nul doute, une finalité commerciale quelconque dans une publication sur les réseaux sociaux mentionnant des produits de tiers (MERCOSUR : G.4.4; UE : O.4.4).

L'objectif de trouver des réponses réglementaires aux dernières évolutions technologiques peut également donner naissance à de nouvelles initiatives dans le domaine de la protection contre l'appropriation illicite. En réponse à l'économie totalement axée sur les données et à l'importance et à la valeur commerciale croissantes des données générées par des machines, on peut imaginer, par exemple, d'introduire une protection contre l'appropriation illicite de données couvrant l'acquisition, la divulgation et l'utilisation illicites des données. L'accent peut être mis sur les "mégadonnées" – au sens des informations techniques ou commerciales qui sont accumulées en quantités considérables et sont gérées par des moyens électroniques ou magnétiques – qui ne répondraient pas aux conditions pour bénéficier de la protection accordée aux secrets d'affaires ou au droit d'auteur (Chine : I.2; Japon et Corée : K.4.4).

G. INTERACTION AVEC LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

En ce qui concerne la relation entre les normes générales de protection contre la concurrence déloyale et les lois spécifiques offrant une protection des droits de propriété intellectuelle, différents types d'interaction sont envisageables.

D'une part, la législation dans le domaine de la propriété intellectuelle peut empêcher, dans son champ d'application spécifique, l'invocation des mécanismes juridiques généraux qui ont été mis en place pour assurer une protection contre la concurrence déloyale (ANDEAN : F.3.1; Japon et Corée : K.1). À défaut, les normes générales de protection dans le domaine de la législation sur la concurrence déloyale pourraient saper les exigences plus spécifiques destinées à obtenir une protection ou à constater une infraction, qui ont évolué dans le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, si un pays souhaite enregistrer un signe pour bénéficier de la protection conférée par la marque, la décision législative subordonnant cette protection à l'enregistrement pourrait être contrecarrée en accordant, subsidiairement, la même protection sous la forme d'une protection contre la concurrence déloyale. De même, des critères spécifiques visant à établir une atteinte en droit de la propriété intellectuelle peuvent être privés de sens si une autre possibilité consiste à invoquer des critères moins stricts pour obtenir la même protection¹¹⁵⁹. Dans la pratique, cela peut conduire à une situation dans laquelle, malgré une reconnaissance générale de la protection contre le parasitisme déloyal, les exigences à satisfaire pour obtenir une protection contre la concurrence parasitaire sont appliquées strictement. À titre d'exemple, l'octroi d'une protection au titre des règles relatives à la concurrence déloyale peut dépendre de la mise en balance des intérêts du plaignant et de l'intérêt général pour la liberté d'information et la libre concurrence (UE : O.4.2). Dans le domaine de la protection contre l'imitation servile, la copie non autorisée peut n'être considérée comme susceptible de recours que si des critères spécifiques tenant au caractère déloyal, tels que l'exigence d'une confusion évitable, sont satisfaits (UE : O.4.1).

Une règle permettant à la législation en matière de propriété intellectuelle de prévaloir ne doit toutefois pas empêcher l'application de la législation sur la concurrence déloyale à des actes qui peuvent être considérés comme déloyaux même s'ils satisfont aux exigences formelles pour bénéficier de la protection de la propriété intellectuelle. Par exemple, une demande d'enregistrement de marque parfaitement conforme aux exigences formelles en matière de demande peut toujours constituer un acte de concurrence déloyale si le déposant cherche à tirer indûment profit de la renommée du signe non enregistré d'un tiers (Japon et Corée : K.1).

D'autre part, il est évident que la protection contre la concurrence déloyale peut interagir de diverses manières avec les droits de propriété intellectuelle. Premièrement, la protection contre la concurrence déloyale peut compléter les droits de propriété intellectuelle, par exemple, en conférant une protection aux indications non enregistrées d'une origine commerciale et à d'autres indications d'entreprise et de produit ne relevant pas du champ d'application du droit des marques, telles que des noms commerciaux, un habillage commercial, des images de célébrités, des thèmes de marketing et la présentation de sites Web (Région arabe : H.3.1; Australie et Pacifique Sud : M.1.4; Canada et États-Unis d'Amérique : C.4.1; Caraïbes : D.3; Chine : I.1; CEI : N.1; OAPI : B.3; Royaume-Uni : P.3.1). Le point de départ pour régler l'interaction entre les deux régimes juridiques peut être l'indépendance – la protection contre la concurrence déloyale pouvant s'appliquer indépendamment et en sus des systèmes de protection de la propriété intellectuelle (Chine : I.1; OAPI : B.2). L'atteinte à un droit de propriété intellectuelle peut également être qualifiée simultanément d'acte de concurrence déloyale (Région arabe : H.3.1; Amérique centrale : E.2). Pour des raisons constitutionnelles, il peut même exister une obligation d'associer un recours pour substitution frauduleuse au titre du

¹¹⁵⁹ Cf. Henning-Bodewig, *International Protection Against Unfair Competition*, 174-175 et 184, qui discute également de l'approche d'une protection indépendante et supplémentaire sous-tendant les clauses types de l'OMPI.

droit fédéral à une marque enregistrée ou de *common law* (Canada et États-Unis d'Amérique : C.1.3).

Deuxièmement, certaines notions qui découlent de la législation relative à la concurrence déloyale, telle que le comportement trompeur ou les “usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale” (article 10*bis*.2) de la Convention de Paris), peuvent être utilisées pour délimiter la portée de la protection dans un domaine de la protection de la propriété intellectuelle, en particulier le droit des marques (ASEAN : L.2; Caraïbes : D.3; UE : O.2). À titre d'exemple, l'obligation d'utilisation conforme aux usages honnêtes peut servir, dans le droit des marques, de référence pour déterminer si un défendeur peut légitimement invoquer la protection conférée par la marque (ASEAN : L.2; UE : O.2). À l'inverse, les notions qui ont été définies précisément dans le droit des marques, comme le consommateur modèle ou la confusion, peuvent également être appliquées dans la législation relative à la concurrence déloyale (Australie et Pacifique Sud : M.3.1; Canada et États-Unis d'Amérique : C.3.1; Caraïbes : D.3; Chine : I.3.1; CEI : N.3.1; UE : O.3.1; Japon et Corée : K.3.1; MERCOSUR : G.3; Royaume-Uni : P.3.1).

[Fin du document]