

Université Mohammed V - Agdal - Rabat
Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et
Sociales

Centres d'Etudes Doctorales Droit et Economie

Droit privé

Thèse préparée en vue de l'obtention du grade de Docteur de
l'université Mohammed V

Discipline/spécialité : Droit de la propriété intellectuelle

Présentée et soutenue par

Hanane RHARRABI

le 06 Mars 2017

LA NOTION D'AGISSEMENT DÉLOYAL EN DROIT DE LA
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

(Étude de droit marocain et français)

Directeur de thèse : M. Farid EL BACHA

JURY

M. CHAKIB EL OUFIR	Président du jury	Professeur à l'Université Mohammed V Agdal Rabat
M. Farid EL BACHA	Directeur de thèse	Professeur à l'Université Mohammed V Agdal Rabat
Mme Latifa MAHDATI	Suffragante	Professeur à l'Université Mohammed V Agdal Rabat
M. Rachid M'RABET	Suffragant	Professeur à l'Institut supérieur de Commerce et d'administration des entreprises à Casablanca

À mes parents, pour leur soutien indéfectible.

À la mémoire de mes grands-parents.

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le Professeur Farid EL BACHA d'avoir dirigé avec diligence et bienveillance les recherches ayant conduit à cette thèse.

Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma sincère reconnaissance.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	2
INTRODUCTION.....	9
PREMIERE PARTIE : LE DOMAINE DE LA PROTECTION PAR L’ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE.....	24
TITRE I : LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.....	26
CHAPITRE I : LES CADRES JURIDIQUES INTERNATIONAUX DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.....	31
CHAPITRE II : LES DROITS SUR LES CRÉATIONS INDUTRIELLES.....	38
CHAPITRE III : LES DROITS SUR LES SIGNES DISTINCTIFS.....	91
TITRE II : LE DROIT D’AUTEUR ET LES DROITS VOISINS.....	138
CHAPITRE I : LA PROTECTION INTERNATIONALE DU DROIT D’AUTEUR ET DES DROITS CONNEXES.....	145
CHAPITRE II : LES RELATIONS DU DROIT D’AUTEUR AVEC LES DROITS PRIVATIFS.....	149
CHAPITRE III : LES CONDITIONS DE LA PROTECTION DU DROIT D’AUTEUR.....	151
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	203
SECONDE PARTIE : L’AGISSEMENT DÉLOYAL: UNE NOTION PROTÉIFORME ET ÉVOLUTIVE.....	204
TITRE I : LA CONTREFAÇON ET LA CONFUSION SUR LES DROITS DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	206
CHAPITRE I : LES BREVETS D’INVENTION.....	207
CHAPITRE II : LE SAVOIR FAIRE.....	212
CHAPITRE III : LES DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS.....	214
CHAPITRE IV : LA MARQUE.....	223
CHAPITRE V : LE NOM COMMERCIAL.....	254
CHAPITRE VI : LA DENOMINATION SOCIALE.....	260
CHAPITRE VII : L’ENSEIGNE.....	262
CHAPITRE VIII : LE NOM DE DOMAINE.....	264
CHAPITRE IV : LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE.....	266
TITRE II : L’AFFAIBLISSEMENT DE L’ENTREPRISE.....	272
CHAPITRE I : LE PARASITISME.....	273

CHAPITRE II : LE DENIGREMENT.....	324
CHAPITRE III : LA DESORGANISATION.....	354
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	365
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	367
BIBLIOGRAPHIE.....	373
TABLE DES MATIÈRES.....	383

INTRODUCTION

La concurrence renvoie au sens courant à la compétition ou à la confrontation entre plusieurs vendeurs ou acheteurs d'un même produit et par extension les autres entreprises qui sont sur le même marché que soi-même. Au sens économique, elle est une structure du marché où les vendeurs et acheteurs sont suffisamment nombreux pour qu'aucun ne puisse exercer une influence sur les prix. Seul le mécanisme de marché détermine les prix d'équilibre qui s'imposent donc à tous. La concurrence ne passe toutefois pas toujours par les prix : les entreprises cherchent à se démarquer les unes des autres en proposant des produits légèrement différents par leurs caractéristiques spécifiques (image de marque, qualité, situation dans la gamme...)¹.

Il a été communément admis que la concurrence, facteur d'efficacité et de progrès économique, remplit plusieurs fonctions qui, toutes concourent in fine à satisfaire au mieux les besoins des consommateurs, ultime maillon de la chaîne économique². Ce postulat a été infirmé en raison de la démonstration des défaillances de l'autosuffisance du marché : la contradiction entre l'intérêt général et les intérêts particuliers légitime l'existence de règles destinées à préserver la concurrence. L'intervention du droit est alors nécessaire afin de garantir le bon fonctionnement du marché car « trop de concurrence tue la concurrence ». Il ne s'agit plus de diriger et d'imposer, mais de veiller par la régulation à ce que les conditions de concurrence soient optimales pour qu'elle puisse s'exercer³. Ainsi, on ne peut promouvoir la libre concurrence entre les acteurs économiques et la protéger sans en limiter les excès, en l'occurrence toutes les pratiques abusives, contractuelles ou déloyales qui affectent l'équilibre concurrentiel. La liberté de la concurrence corollaire de la liberté du commerce et de l'industrie⁴, signifie que chaque

1 CAPUL (J-Y), 2005, Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, Hatier, Paris, p 265 à 266.

2 CHAGNY (M), 2004, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, th.Paris I, sous la dir de J. GHESTIN, Dalloz, p.552, n° 556.

3 NICOLAS-VULLIERME (L), 2011, Droit de la concurrence, Vuibert, Paris, p 39.

4 Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été posé en France par la loi du 2-17 Mars 1791, dite décret d'Allarde précisant qu' "il sera libre à toute personne de faire le négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon mais elle sera tenue auparavant de se munir d'une patente". Il a été complètement assuré par la loi « Le Chapelier » des 14-17 Juin 1791, qui a aboli les corporations et les réglementations commerciales et industrielles. C'est une liberté publique considérée par le doyen Vedel comme un principe général du droit c'est à dire une source infra législative et supra décrétole.

Au Maroc, le Dahir du 29 Juillet 2011 portant promulgation de la constitution consacre expressément les composantes essentielles de la liberté du commerce et de l'industrie en stipulant à l'article 35 que " l'Etat garantit la liberté d'entreprendre et la libre concurrence ". La liberté du commerce s'exprime en particulier par la liberté d'entreprendre entendue comme le droit pour toute personne physique ou morale de se livrer à l'activité commerciale de son choix, soit en créant une entreprise nouvelle, soit en faisant l'acquisition ou en prenant le contrôle d'une entreprise existante. Ce principe à valeur constitutionnel comprend deux volets : la liberté d'établissement et la liberté d'exercer l'activité économique.

entreprise commerciale a le droit d'utiliser les moyens qui lui semblent les meilleurs pour attirer la clientèle : dépôt de marque, baisse des prix, mise en place d'un réseau de distribution, innovations techniques, embauche du personnel le plus qualifié...⁵ Il en découle qu'elle autorise les opérateurs économiques à offrir à la même clientèle des produits ou services similaires. Tout commerçant est alors fondé à attirer vers lui la clientèle de son concurrent du fait que le détournement de la clientèle résulte inéluctablement de la loi de l'offre et de la demande qui gouverne le marché.⁶ Partant, "le principe de la licéité du dommage concurrentiel se trouve légitimé : la compétition pour la recherche de la clientèle étant libre, tout professionnel peut attirer celle des autres compétiteurs sans que puisse être engagée la responsabilité de l'auteur de ce déplacement de la clientèle"⁷. En définitive, "la clientèle est à qui sait la conquérir et la prendre"⁸.

De même, la liberté de la concurrence implique la liberté des prix du fait que toutes les modalités d'exercice des opérations économiques sont déterminées par le jeu de l'offre et de la demande : biens et services qui en sont l'objet, caractéristiques techniques, garanties, prix, conditions de livraison et de paiement ainsi que les services ultérieurs.⁹

Cependant, cette liberté de la concurrence ne peut être sans limites et doit s'exercer comme toute liberté dans le respect de celle d'autrui. A cet effet, la vie économique révèle que nombre d'entreprises ne se livrent pas à une véritable lutte concurrentielle et faussent la règle du libre jeu de l'offre et de la demande par les concentrations ainsi que les pratiques restrictives et anticoncurrentielles. Du reste, les procédés malhonnêtes sont omniprésents dans la vie des

Par ailleurs la garantie de la liberté de la concurrence est renforcée par les termes de l'article 36 de la constitution qui énonce que "le trafic d'influence et de privilèges, l'abus de position dominante et de monopole et toutes les autres pratiques contraires aux principes de la concurrence libre et loyale dans les relations économiques sont sanctionnées par la loi " .

Il s'agit d'une différence fondamentale par rapport à la constitution de 1996 dont l'article 15 stipule que "le droit de propriété et la liberté d'entreprendre demeurent garantis". Les constitutions antérieures, celles de 1962, 1970, 1972 et 1992 s'inscrivent dans la même tendance en énoncent aux termes du même article que "le droit de propriété demeure garanti ". Cette disposition a certes posé les jalons du libéralisme économique, le régime de la propriété privée mais aucune consécration solennelle de la liberté du commerce de l'industrie et à fortiori ses conséquences juridiques n'en suivirent.

Toutefois, une décision inédite de la chambre commerciale de la cour de cassation marocaine, en date du 2 Décembre 1981 (n° 878) a souligné que « la vie des affaires est régie par la licéité de la concurrence sous réserve de l'existence d'un contrat particulier pour une durée limitée, d'un texte juridique organisant le commerce dans une matière précise ou de l'utilisation de la marque ou du nom commercial d'autrui »

5 MESTRE (J), PANCRAZI (M-E), 2006, Droit commercial - Droit interne et aspects de droit international, LGDJ, p 72.

6 RIBERT (G), ROBLOT (R), 2001, Traité de droit commercial, T.I, Commerçants, Tribunaux de commerce, Fonds de Commerce, Propriété Industrielle, Concurrence (Droit communautaire et français), L.G.D.J, Paris, p 590

7 CHAPUT (Y), 2000, Clientèle et concurrence, Approche juridique du marché, LITEC, Paris, p 39.

8 ROUBIER (P), 1952, Le droit de la propriété industrielle - Volume 1, Sirey, Paris, p 493.

9 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), 2004, Concurrence, Droits et Obligations des entreprises au Maroc, Eddif, Casablanca, p 12 à13.

affaires et prennent chaque jour des formes nouvelles : le détournement de commandes, le débauchage systématique du personnel, l'utilisation du nom commercial d'un concurrent dans un nom de domaine, la publicité trompeuse, les ventes et prestations avec primes, les pratiques de prix et les marques d'appel, la méconnaissance des règles déontologiques de la profession, le couponnage électronique.... Ainsi, tous les moyens de concurrence ne sont pas acceptables, toute la difficulté est alors de déterminer où se situe précisément la frontière séparant ce qui est loyal de ce qui ne l'est pas.¹⁰

En effet, la notion de loyauté dans le monde des affaires n'a que des contours assez flous, mais l'on considère souvent que la concurrence déloyale constitue un usage excessif de la liberté de chacun et qu'il existe de multiples manières de se comporter de manière déloyale envers un concurrent¹¹.

Pour cerner cette notion de loyauté sous un aspect juridique, il est nécessaire de considérer que de manière assez voisine de son acception dans le langage ordinaire, elle est distincte mais proche de la notion de « fair play »¹². Celle-ci désigne la lutte menée contre les concurrents en n'utilisant que des armes « moralement acceptables ». Dès lors, « tous les moyens de concurrence ne sont pas acceptables ». Il appartient essentiellement aux tribunaux (et en cas de besoin au législateur) de distinguer ce qui est loyal de ce qui ne l'est pas.

Il en ressort que la concurrence déloyale représente l'un des domaines où le lien entre Morale¹³ (désignée sous le vocable de « morale des affaires » ou de « morale professionnelle ») et Justice est le plus évident, en particulier dans les affaires de parasitisme. Cependant, il est très fréquemment rappelé que l'élément intentionnel de la faute n'est en principe pas nécessaire. Une condamnation au titre de la concurrence déloyale peut avoir lieu pour (seulement) négligence ou imprudence.

Il n'en reste pas moins qu'« il ne suffit pas de se laisser guider par la distinction du bien et du mal, il faut prendre en compte l'aspect économique et social du problème ». Ainsi, il s'agit selon le doyen Roubier qui fut en France, au cours de la première partie du 20^{ème} siècle, l'un des créateurs de l'expression de concurrence déloyale de savoir dans quelles conditions la concurrence doit être conduite ».

10 TOPPORKOFF (M), 2010, Droit de la concurrence déloyale, Gualino, Paris, p. 25.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 La « morale des affaires », bien que distincte de la Morale générale, fait partie de celle-ci.

Au plus, les rapports entre morale et loyauté implique d'évoquer la notion d' « usages honnêtes en matière industrielle et commerciale ». Cette expression d' « usages honnêtes » est en fait déjà présente dans la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle adoptée en 1883¹⁴. Elle a été ratifiée par le Maroc le 27 Avril 1971 et est entrée en vigueur le 6 Août 1971. L'article 10 bis 2) de ce traité précise que « constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ». L'article 184 de la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée reprend cette définition¹⁵.

Le contenu de la notion de loyauté est fort variable selon les époques, les lieux et les milieux professionnels¹⁶. Le droit de la concurrence déloyale serait de cette manière en constante évolution : un comportement qui peut avoir été considéré comme déloyal à une certaine époque passée peut ne plus l'être actuellement¹⁷ à tel point que certains auteurs posent la question de savoir si ce droit de la concurrence déloyale ne serait pas « voué à une instabilité permanente »¹⁸. La réponse à cette question est selon Michel TOPORKOFF largement positive et contrairement à d'autres secteurs du droit, celui de la concurrence déloyale s'adapte en permanence aux incessantes modifications de la réalité économique¹⁹.

La notion de d' « usages » peut donc orienter le comportement du non-juriste comme un fil directeur dans une matière aussi mouvante²⁰. En effet, il pourra considérer qu'il existe une forme de présomption d'équivalence entre « conformité aux usages professionnels » et loyauté car il est fort rare qu'un comportement conforme à des usages professionnels suffisamment établis fasse l'objet de sanctions importantes.

Mais à l'instar de la loyauté et d'autres notions proches de la morale, cette notion d'« usages » est aussi variable selon les milieux professionnels. Certains comportements considérés comme

14 Révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958, à Stockholm le 14 juillet 196 et modifiée le 28 septembre 1979.

15 La loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle a été promulguée par la dahir n° 1-00-19 du 15 Février 2000. Elle a tout d'abord été modifiée par la loi n° 31-05 modifiant et complétant la loi n° 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par Dahir n° 1-05-190 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006). Elle a ensuite été modifiée par loi n° 23-13 modifiant et complétant la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par le Dahir n°1.14.188 du 27 moharrem 1436 (21 novembre 2014).

16 TOPORKOFF (M), op.cit, p.27.

17 L'inverse étant également envisageable.

18 Notamment MENDOZA-CAMINADE (A), « De la loyauté de toute compétition économique ou les mérites (redécouverts) de la concurrence déloyale », Petites affiches, 17 Octobre 2008, n°209.

19 TOPORKOFF (M), op.cit, p.27.

20 TOPORKOFF (M), op.cit, p.28.

normaux et parfois même désirables dans un milieu²¹ (ou dans un lieu²² ou une époque) donné, sont au contraire jugés comme gravement répréhensibles dans un autre.

En conséquence, afin de déterminer le contenu du concept de la loyauté dans les rapports de concurrence, il est indispensable d'analyser les textes pertinents et le contentieux en la matière en droit marocain.

La déloyauté est de prime abord directement visée par le Dahir du 29 Juillet 2011 portant promulgation de la constitution. Il y fait référence, au titre XII relatif à la bonne gouvernance et plus précisément dans la section sur les instances de bonne gouvernance et de régulation. L'article 166 de la loi suprême énonce que « le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante, chargée dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, les pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole ».

Toutefois, la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence²³ ne fait aucune référence explicite à la notion de loyauté. L'article premier alinéa 1 de ce texte dispose que « la présente loi s'applique à toutes les personnes physiques ou morales qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc, dès lors que leurs opérations ou comportements ont pour objet ou peuvent avoir un effet sur la concurrence sur le marché marocain ou une partie substantielle de celui-ci... ». Ainsi, la loi n°104-12 lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, les concentrations économiques et les pratiques restrictives de la concurrence, à condition qu'elles affectent le marché. Or, les pratiques restrictives et de concurrence déloyale n'affectent pas toujours le fonctionnement du marché. C'est seulement lorsque ces dernières porteraient atteinte à l'effectivité de la concurrence sur le marché que le conseil aura compétence pour en connaître. Les actes de concurrence déloyale sanctionnés par l'autorité de régulation concurrentielle constitueraient alors en même temps, des pratiques anticoncurrentielles ou des abus de position dominante²⁴. Toutefois, seuls les tribunaux

21 Par exemple, la pratique de la délation est considérée comme particulièrement contraire à la Morale dans certains pays et comme au contraire parfaitement civique et moralement justifiée dans d'autres.

22 Il est indiscutable qu'un certain nombre d'usages en vigueur dans l'industrie du luxe sont fort différents de ceux du monde de l'industrie lourde et de la brocante ambulante.

23 Promulguée par le Dahir n° 1-14-116 du 2 ramadan 1435 (30 Juin 2014).

24 Ce point de vue constitue également « la doctrine interne » du Conseil de la concurrence suite à l'adoption de la loi n°104-12 précitée (entretien avec M. Mohamed ABOUELAZIZ, conseiller juridique à la présidence et M. Khalid BOUAYACHI, directeur des instructions).

judiciaires peuvent indemniser les victimes de procédés déloyaux en vertu d'une action en responsabilité civile délictuelle.

On ne peut dès lors que s'interroger sur le sens des « pratiques commerciales déloyales » visées par l'article 166 du Constitution ? S'agit-il des faits qui fondent l'action en concurrence déloyale et qui se dégageraient de la jurisprudence ? Il est intéressant à cet égard de relever que les décisions des tribunaux en la matière emploient l'expression de concurrence déloyale et non « pratiques commerciales déloyales ». En outre, quel lien peut-on établir avec les pratiques restrictives prévues par la loi n°104-12 et qui visent à préserver la transparence dans les relations commerciales entre professionnels ainsi que la loyauté de la concurrence ? En effet, cette loi prohibe clairement la pratique du « prix imposé », ²⁵ l'interdiction des conditions discriminatoires, ²⁶ la vente refusée ²⁷ et forcée ²⁸ ainsi que le stockage clandestin. ²⁹ A cela s'ajoute les majorations illicites de prix ³⁰ pour les biens, produits ou services dont les prix sont réglementés. De la même manière, il est légitime de se demander si les « pratiques commerciales » prévues par la loi n°31-08 édictant des mesures de protection consommateur ³¹ ne seraient pas déloyales ? Ce texte vise assurément certaines « manipulations de vente dont le moyen et le but les ramènent à des détournements ou des abus de la liberté des prix ». Il en est ainsi de la publicité trompeuse ³², comparative illicite ³³, des ventes et prestations avec primes ³⁴, du refus et subordination de vente ou de prestation de service ³⁵, des ventes de service « à la boule de neige » ou pyramidale ³⁶ ainsi que de l'abus de faiblesse ou d'ignorance. ³⁷ Par ailleurs, l'article 184 de la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise quelques exemples d'agissements de concurrence déloyale prévus par l'alinéa 3 de l'article 10 bis de la convention Union de Paris ³⁸. Sont

25 Article 60 de la loi n°104-12.

26 Article 61 alinéa 1 et 4.

27 Article 61 alinéa 2.

28 Article 61 alinéa 3.

29 Article 62 et 66.

30 Article 67.

31 Promulguée par le Dahir n° 1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011).

32 Article 21.

33 Article 22.

34 Article 56.

35 Article 57.

36 Article 58.

37 Article 59.

38 Selon l'article 184 de loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée :

notamment interdits par cette disposition « 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 ». A cela, s'ajoute « 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 en découle une prohibition « des procédés dont l'objet est d'entraîner une confusion dans l'esprit de la clientèle entre des entreprises concurrentes ou entre leurs produits »³⁹.

La confusion « résulte en règle générale de l'imitation des signes de ralliement de clientèle (nom commercial, enseigne, publicité) ou de produits concurrents (conditionnement, confusion sur l'origine) ».⁴⁰ La confusion est aussi créée par la publicité trompeuse qui consiste dans des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur. Elle peut porter sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises.

Du reste, l'article 184 de la loi n°17-97 énonce que « 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 » sont constitutifs de concurrence déloyale. Cette disposition sanctionne le dénigrement qui consiste à jeter du discrédit sur une personne ou un produit et partant de porter atteinte à son image ou sa réputation.⁴¹ La publicité comparative illicite en constitue la manifestation la plus caractéristique. Celle-ci met en comparaison les caractéristiques ou les prix ou les tarifs des biens, produits ou services. A cette fin, elle utilise soit la citation ou la représentation de la marque de fabrique, de commerce ou de service d'autrui, soit la citation ou la représentation de la raison sociale ou de la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne d'autrui. Cette liste est non limitative, l'action en concurrence déloyale étant ouverte dès lors qu'existe une faute, c'est-à-dire un comportement contraire à la liberté du commerce.

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

Sont notamment interdits :

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

39 VOGEL (L), 2001, Traité de Droit commercial, Volume 1, 18ème édition, LGDJ, Paris, p.607.

40 VOGEL (L), op.cit, p 602.

41 Ibid.

La loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée a apporté des garanties nouvelles et plus consistantes aux titulaires des droits de la propriété industrielle et aux victimes de la concurrence déloyale. En ce sens elle a abrogé le Dahir du 23 Juin 1916 (21 Chaabane 1884) relatif à la protection de la propriété industrielle. Ainsi, l'article 234 de la loi n°17-97 dispose que la présente loi entrera en application six mois après la publication des textes pris pour son application⁴². Elle abrogera alors toutes les dispositions antérieures relatives au même objet en particulier le dahir du 23 juin 1916 relatif à la protection de la propriété industrielle, la loi du 4 octobre 1938 relative à la protection de la propriété industrielle dans la zone de Tanger et le dahir du 14 Août 1940 relatif à la délivrance des brevets d'invention intéressant la défense nationale, tels qu'ils ont été modifiés et complétés. Contrairement à l'avis exprimé par une partie de la doctrine⁴³, l'article 234 de la loi n°17-97 n'abroge nullement la totalité des dispositions de l'article 84 du code des obligations et contrats⁴⁴. Il est intéressant de souligner que postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 17-97, la cour d'appel de commerce de Fès a continué à se référer dans certains de ses arrêts à la fois aux articles 184 de cette loi et 84 du Dahir des obligations et contrats en matière de propriété industrielle⁴⁵.

En effet, l'actuelle législation relative à la propriété industrielle se limite à préciser avec plus de rigueur et de détail les exemples qui touchent aux éléments de la propriété industrielle⁴⁶. Elle distingue rigoureusement et clairement les domaines respectifs de la répression pénale et de la réparation civile en débarrassant les dispositions propres à la concurrence déloyale de toute connotation pénale. Ainsi, l'article 185 de la loi n°17-97 énonce que les faits de concurrence

42 Le décret n°2-00-368 du 18 rabii II 1425 (7 juin 2004) pris pour l'application de cette loi a été publié au bulletin officiel n° 5400 du 1er Safar 1427 (2 Mars 2006). Il en découle que la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée est entrée en vigueur le 8 Mars 2006.

43 CHOUKRI SBAI (A), 2015, Le fonds de commerce - Volume 2, étude du droit commercial marocain et comparé, de la jurisprudence et de la doctrine, Dar Nachar Al Maarifa, Rabat, 517 p (en arabe), p 483.

44 Selon l'article 84 du dahir des obligations du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats :

« Peuvent donner lieu à des dommages-intérêts les faits constituant une concurrence déloyale et, par exemple :

1° Le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaire à ceux appartenant légalement à une maison ou fabrique déjà connue, ou à une localité ayant une réputation collective, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant et la provenance du produit ;

2° Le fait d'user d'une enseigne, tableau, inscription, écriteau, ou autre emblème quelconque, identique ou semblable à ceux déjà adaptés légalement par un négociant, ou fabricant, ou établissement du même lieu, faisant le commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre ;

3° Le fait d'ajouter au nom d'un produit les mots : façon de..., d'après la recette de..., ou autres expressions analogues, tendant à induire le public en erreur sur la nature ou l'origine du produit ;

4° Le fait de faire croire, par des publications ou autres moyens, que l'on est le cessionnaire ou le représentant d'une autre maison ou établissement déjà connu ».

45 Fès.com, 25 Décembre 2008, n° 1852, inédit ; Fès.com, 5 Mars 2009, n° 398, inédit ; Fès.com, 2 Novembre 2010, n° 1574, inédit ; Fès.com, 11 Novembre 2012, n°1738, inédit.

46 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), op.cit, p 132.

déloyale ne peuvent donner lieu qu'à une action civile en cessation des actes qui la constituent et en dommages intérêts. Seuls les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître de ces actions conformément à l'article 15 de cette même loi⁴⁷.

L'article 185 reprend l'article 91 du dahir du 23 Juin 1916 (21 Chaabane 1884) relatif à la protection de la propriété industrielle. Il n'en reste pas moins que la conception du domaine de la responsabilité pour concurrence déloyale n'est pas la même. En fait, le droit antérieur de la propriété industrielle adoptait une vision beaucoup plus large que les infractions qu'ils punissaient⁴⁸, mais plus étroite que celle qui résulte de l'article 184 du dahir des obligations et contrats.

Ainsi, selon l'article 89 du dahir du 23 Juin 1916 constituent des faits de concurrence déloyale les infractions aux dispositions de ce texte lors même que les actes incriminés manqueraient de l'un des éléments susceptibles de les faire tomber sous le coup des sanctions qui en sont prévues. Cet article précise par ailleurs que les actes compris dans l'article 84 du Dahir formant code des obligations et contrats sont également des agissements malhonnêtes. Au plus, l'article 90 du dahir du 23 Juin 1916 édicte que cette énumération n'est pas limitative : les tribunaux apprécieront souverainement les faits qui leurs seront présentés comme pouvant constituer une concurrence déloyale.

En fait, l'article 184 de la loi n° 17-97 a le mérite de considérer la contradiction avec l'usage honnête en matière de propriété industrielle ou commerciale comme caractéristique de la déloyauté⁴⁹. Le législateur n'hésite pas à généraliser au maximum en visant tous les faits, toutes les allégations et toutes les indications. Cela concerne tous les éléments créateurs d'une apparence ou d'une réalité provoquant une confusion avec l'établissement, le produit ou l'activité, ou tendant à les discréditer. Ainsi, ce qui était simplement déductible de la rédaction générale de l'article 84 du Dahir des obligations et contrats à propos des faits de concurrence déloyale devient expressément prévu dans le cadre de la propriété industrielle⁵⁰.

47 L'article 15 de la loi n°17-97 énonce que : « Seuls les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître de tout litige né de l'application de la présente loi, à l'exception des actions pénales et des décisions administratives qui y sont prévues ». Dans le même sens, l'article 204 alinéa 2 prévoit que : « les actions mettant en jeu à la fois une question de marque et une question de dessin ou de modèle ou de concurrence déloyale connexes sont portées devant le tribunal ».

48 L'article 89 du Dahir du 23 Juin 1916 (21 Chaabane 1884) relatif à la propriété industrielle disposait que « constituent des faits de concurrence déloyale :

- 1) Les infractions aux dispositions du présent Dahir lors même que les actes incriminés manqueraient de l'un des éléments susceptibles de les faire tomber sous le coup des pénalités qui feront l'objet du titre X ci-après ;
- 2) Les actes compris dans l'article 84 de notre Dahir formant Code des obligations et Contrats ».

49 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), op.cit, p 132.

50 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), op.cit, p 133.

Les fautes citées à titre indicative conformément à l'article 184 de la loi n°17-97 s'appliquent à la propriété industrielle. Elles recouvrent des hypothèses plus nombreuses et plus larges que les exemples correspondants de l'article 84 du Dahir des obligations et contrats qu'ils rendent inutiles. Cependant, ils ne s'étendent guère aux faits étrangers à cette institution et pour lesquels l'article 84 du Dahir des obligations et contrats conserve toute son importance dans la sauvegarde de la loyauté de la concurrence. Il en est ainsi en matière de propriété littéraire et artistique⁵¹ et de droit de travail⁵².

Ainsi, la portée de l'article 84 du Dahir des obligations et contrats est plus étendue en raison de ses termes généraux embrassant tout acte déloyal mais aussi en raison de sa nature comme application directe de la responsabilité civile⁵³. Le législateur marocain ne fait pas de la concurrence déloyale une catégorie distincte de la faute civile prévue par les articles 77 et 78 du Dahir des obligations et contrats⁵⁴. Contrairement à la législation actuelle en matière de propriété industrielle, le dahir du 23 Juin 1916 énonçait expressément ce principe à l'article 90 alinéa 2 du titre relatif à la concurrence déloyale. Selon cette disposition « il n'est en rien dérogé aux principes posés dans les article 77 à 106 de Notre Dahir formant code des obligations et contrats »

Certes, le législateur marocain s'est inspiré du droit français dans lequel l'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1240 et 1241 du Code civil⁵⁵. Toutefois à l'instar des législations étrangères⁵⁶ qui prévoient des lois spécifiques consacrées à la concurrence

51 T.Com.Casablanca, 26 Juin 2000, n° 5627, la revue des juridictions marocaines n° 84, p 194 à 200.

52 Cass.com, 21 Juin 2006, n° 672, Les principales décisions de la cour suprême en matière commerciale, Tome I, Quatrième colloque régionale de la cour d'appel de Casablanca, 18-19 Avril 2007, Imprimerie Omnia, Rabat.

53 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), op.cit, p 135.

54 L'article 77 du dahir des obligations du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet »

L'article 78 du dahir des obligations du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats énonce que :

« Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet »

La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage. »

55 Les articles 1240 et 1241 du Code civil français correspondent respectivement aux dispositions 1382 et 1383 de ce même texte avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Selon l'article 1240 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »

L'article 1241 du Code civil : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

56 Notamment l'Allemagne qui a adopté une loi contre la concurrence déloyale du 7 Juin 1909, modifiée à de nombreuses reprises.

déloyale, le droit marocain a prévu quelques dispositions organisant le régime de cette action (Article 84 du Dahir des obligations et contrats ainsi que les articles 184 et 185 de la loi n° 17-97 relative à la propriété industrielle).

Par ailleurs, l'article 184 de la loi n°17-97 a le mérite d'éviter toute allusion à la fraude, la mauvaise foi ou l'intention de nuire⁵⁷. Les faits, les indications et les allusions malhonnêtes sont saisis par la loi dans leur sens objectif ou leur matérialité. La faute de concurrence peut donc être intentionnelle ou non intentionnelle. La mauvaise foi de l'auteur des agissements déloyaux n'est pas requise pour retenir sa responsabilité, ce qui est tout de même une curiosité dans la mesure où le vocable « concurrence déloyale » semble impliquer une action volontaire, une intention de nuire⁵⁸. Cette conception large du fondement de l'action en concurrence déloyale ressort aussi bien de la jurisprudence marocaine⁵⁹ que française. Toutefois, la mauvaise foi, joue un rôle indubitable. Elle permet par exemple de sanctionner des agissements « contraires aux usages honnêtes » et cela même en l'absence de préjudice. En effet, le but de l'action en concurrence déloyale n'est pas exclusivement indemnitaire. Dans ce sens, l'action civile en cessation des actes de concurrence déloyale prévue à l'article 185 de la loi n°17-97 vise de manière préventive à faire cesser le trouble commercial.

Un arrêt de la cour de cassation marocaine a accordé la cessation des actes déloyaux, alors qu'aucun préjudice n'a été démontré⁶⁰. La cour estime à cet égard que le préjudice n'est exigé qu'en cas de demande en réparation. Ce principe a été réitéré à plusieurs reprises par les cours d'appel de commerce de Casablanca et Fès. En conséquence, au-delà de l'intérêt privé de la victime, il est nécessaire de protéger l'intérêt du milieu professionnel, qui est le cadre naturel des relations de concurrence. D'où un certain aspect disciplinaire, répressif même, de l'action en concurrence déloyale, aspect qu'il serait difficile de nier. Comme il a été souligné en début de cette introduction, cette action a pour objectif principal de faire respecter une certaine morale professionnelle, une morale des affaires. Il s'agit moins de réparer le préjudice ressenti par la victime que de sanctionner certains agissements répréhensibles au regard de la morale professionnelle et cela indépendamment de l'existence d'un préjudice.

57 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), op.cit, p 134.

58 LECOURT (A), 2009, La concurrence déloyale, L'HARMATTAN, Paris, p 17.

59 Ce constat va être mis en relief relativement aux décisions condamnant pour concurrence déloyale des agissements portant atteinte à la marque.

60 Cass.com, 04 Mai 2005, n° 514, Dossier n° 192.3.1.04, revue de la jurisprudence de la cour suprême n° 64.65.2006, p.260

A ce propos, M J.AZEMA⁶¹ a suggéré un éclatement de l'actuelle action en concurrence déloyale qui aboutirait à distinguer une action spécifique en concurrence déloyale de l'action en responsabilité de droit commun. D'autres auteurs ont trouvé le fondement de la sanction de la concurrence déloyale dans la violation d'un droit. Il s'agit en particulier du doyen RIPERT qui a défendu cette thèse en avançant que « l'action en concurrence déloyale a pour but de protéger le droit qu'a le commerçant sur la clientèle, c'est-à-dire le fonds de commerce, véritable droit de propriété opposable à tous »⁶².

Enfin, plus récemment un auteur a proposé l'adoption d'un nouveau principe général du droit consistant dans « l'interdiction de la déloyauté des entreprises entre elles qu'elles soient directement concurrentes ou non »⁶³. Ce principe s'appuierait sur une théorie jurisprudentielle autonome relative « aux troubles anormaux de concurrence » à l'instar des troubles anormaux de voisinage. La jurisprudence française et marocaine n'a jamais fait sienne ces propositions doctrinales. En d'autres termes, il y a une permanence dans le fondement de la sanction de la concurrence déloyale. Les règles de la responsabilité civile servent toujours de fondement à la sanction de la concurrence déloyale.

La faute est donc constituée par un acte de concurrence qualifié de déloyal qu'il s'agisse d'un délit ou quasi-délit. La question se pose alors de savoir si l'agissement malhonnête qui conditionne l'ouverture de l'action, doit nécessairement être commis dans le cadre d'un rapport de concurrence ou s'il existe en dehors d'une telle situation. L'acte de concurrence est traditionnellement défini comme la captation d'une clientèle⁶⁴. L'action en concurrence déloyale suppose donc l'existence d'une clientèle et la communauté de cette clientèle entre l'entreprise fautive et l'entreprise victime. La spécialité des activités comparées permettent de déterminer l'existence d'une situation de concurrence entre elles. Toutefois, la complexité et l'évolution des relations économiques ont conduit la jurisprudence à adopter une approche plus compréhensive de la notion de situation de concurrence. Désormais, l'action en concurrence déloyale n'est plus subordonnée dans tous les cas à l'existence d'un rapport de concurrence entre les parties. La Cour de cassation française semble estimer aujourd'hui que la seule

61 AZEMA (M-J), 1989, Le droit français de la concurrence, 2ème édition, PUF, Paris n° 170.

62 RIPERT (G), 1986, Les aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^{ème} édition, LJDJ, Paris, n° 86.

63 FRISON-ROCHE (M-A), Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme, RJDA 6/94, p 483.

64 RIPERT (G), ROBLOT (R), 2001, Traité de droit commercial, T.I, Commerçants, Tribunaux de commerce, Fonds de Commerce, Propriété Industrielle, Concurrence (Droit communautaire et français), L.G.D.J, Paris, n° 730, p 595.

condition de recevabilité de l'action en concurrence déloyale réside dans l'existence d'une faute génératrice d'un préjudice, peu important la communauté de la clientèle⁶⁵. De surcroît, le parasitisme est admis par les tribunaux marocains et français même en l'absence de toute situation de concurrence.

En réalité l'examen de la jurisprudence tant marocaine que française révèle que les tribunaux s'attachent bien plus à la faute qu'au préjudice et, à fortiori au lien de causalité. Le véritable critère de la concurrence déloyale, comme son nom l'indique est bien plus la déloyauté en elle-même que les conséquences des actes illicites⁶⁶. L'essentiel est dans l'acte originaire qui a provoqué cette situation dommageable peu importe finalement que le commerçant voit sa clientèle détournée ou ses investissements usurpés....⁶⁷ Il faut « s'attaquer aux moyens et non aux buts »⁶⁸.

Par ailleurs, l'action en concurrence déloyale apparaît comme un instrument parmi d'autres, qui concourent tous à garantir le respect des règles de la concurrence. A cet égard, il convient de mettre en exergue les rapports entre la concurrence déloyale et les autres systèmes de régulation de la concurrence afin de mieux cerner les contours de cette institution.

La loi peut-elle même réglementer la concurrence en interdisant explicitement certains procédés. La concurrence est illégale lorsqu'elle est limitée par des dispositions législatives ou réglementaires de manière plus ou moins restrictive⁶⁹. Le législateur a ainsi adopté un certain nombre de textes qui réglementent les relations commerciales et interdisent certains procédés souvent déloyaux afin de moraliser l'activité économique⁷⁰. Sont notamment prohibées la publicité comparative illicite et trompeuse, les fraudes et les falsifications. La sanction de la méconnaissance de ces interdictions, c'est-à-dire de cette concurrence illégale, pourra alors consister, comme c'est le cas en matière de la concurrence déloyale dans la mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle du contrevenant⁷¹. Mais à cette sanction civile, la loi ajoute souvent une sanction pénale. Il arrive également que les actes juridiques accomplis au mépris

65 Cass.com, 30 Mai 2000, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

66 LECOURT (A), 2009, op.cit, p 65.

67 Ibid.

68 LE TOURNEAU (Ph), « Le bon vent du parasitisme » contrats-concurrence-consommation, janv. 2001, chroniques, n° 3.

69 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 726, p 593.

70 Ibid.

71 VINEY (G), « Rapport de synthèse », La concurrence déloyale, permanence et devenir sous la direction d'Yves SERRA, 2001, Dalloz Sirey, Paris, p 124.

de ces interdictions soient annulés. La concurrence déloyale se distingue donc de la concurrence illégale à la fois par sa source, qui procède uniquement de la loi mais par ses sanctions en partie différente⁷². En outre, alors que l'action en concurrence déloyale tend d'abord à assurer la réparation du préjudice causé au demandeur par le fait reproché au défendeur, le premier but de l'action qui repose sur une interdiction légale est tout autre⁷³. Celle-ci vise surtout à rétablir les conditions d'une concurrence juste et ceci dans l'intérêt non seulement du demandeur, mais de tous les agents économiques intéressés.

Du reste, la concurrence déloyale se distingue à priori tout aussi nettement de la concurrence anticontractuelle. La pratique des clauses de non-concurrence s'est particulièrement développée dans divers contrats tels que les contrats de travail, de distribution, de représentation (Voyageur, représentant ou placier de commerce et d'industrie, agent commercial, dirigeant social), de cession de parts sociales, les statuts de société, les règlements de copropriété des centres commerciaux ou encore les ventes ou locations de fonds de commerce. Elles sont assorties de conditions strictes puisqu'elles exigent que cette restriction soit limitée quant à son objet ainsi que dans l'espace et dans le temps et qu'elle apparaisse nécessaire pour garantir les intérêts légitimes de l'entreprise qui en bénéficie⁷⁴. Corrélativement, ceux qui ont stipulé ces clauses ont la possibilité de les faire respecter, au besoin par une action en justice. Cette action se distingue alors de l'action en concurrence déloyale, non seulement parce qu'elle est de nature contractuelle, mais aussi parce qu'elle tend uniquement à donner effet à une limitation de la concurrence⁷⁵. En effet, à la différence de la concurrence anticontractuelle, la concurrence déloyale est un moyen de faire respecter l'équité dans le jeu de la concurrence, à partir d'un principe de liberté. Du moins l'une et l'autre sont-elles destinées à assurer d'abord la défense de l'intérêt du demandeur.

Ainsi cette diversité des instruments qui concourent à garantir le respect des règles de la concurrence est nécessaire et n'est nullement menacée en son principe. En revanche, l'imbrication des domaines d'application de l'action en concurrence déloyale et de celle qui sanctionne la concurrence anticontractuelle ou la concurrence illégale est manifeste⁷⁶.

D'une part, il arrive fréquemment que l'action en concurrence déloyale vienne au secours du contrat afin de sanctionner le manquement à une clause contractuelle limitant la concurrence⁷⁷.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ VINEY (G), op.cit, p 125.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ PICOD (Y), « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », in La concurrence déloyale, permanence et devenir sous la direction d'Yves SERRA, 2001, Dalloz Sirey, Paris, p 24 et 25.

C'est le cas en particulier lorsqu'un tiers au contrat participe sciemment à la violation de la clause de non concurrence. Les tribunaux français estiment en effet qu'à défaut de pouvoir exercer l'action contractuelle qui ne peut être dirigée que contre le contractant, le bénéficiaire de clause ou de l'obligation de plein droit peut agir en concurrence déloyale contre le tiers.

La jurisprudence l'a admise depuis très longtemps à propos de l'hypothèse d'embauche d'un salarié lié par une clause explicite ou tenu par une obligation de plein droit de non concurrence.

Elle l'a également affirmé dans le cas où un réseau de distribution sélective ou exclusive a été constitué régulièrement. C'est le cas lorsqu'un distributeur extérieur au réseau parvient à se procurer la marchandise et la vend alors qu'il connaît la convention dont il contribue par ce fait à en ruiner l'économie. Le producteur est alors fondée à agir en concurrence déloyale contre ce distributeur.

D'autre part, un phénomène analogue dans les relations entre concurrence déloyale et concurrence illégale se produit⁷⁸. Tout d'abord, les réglementations restrictives de concurrence, comme les monopoles publics ou les activités de service public reculent. La concurrence jusque-là interdite dans ces domaines d'activité devient licite, libérant un nouveau champ à l'application des règles de la concurrence déloyale lorsque des abus sont constatés dans l'exercice de cette concurrence. Ensuite, des textes légaux réglementent parfois spécialement certains cas de concurrence déloyale notamment les lois destinées à lutter contre les pratiques commerciales. Il en est ainsi de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur qui sanctionnent la publicité trompeuse⁷⁹, la publicité comparative illicite⁸⁰, les ventes et prestations avec primes⁸¹, le refus et la subordination de vente ou de prestation de service⁸², les ventes de service « à la boule de neige » ou pyramidale⁸³ ainsi que de l'abus de faiblesse ou d'ignorance.⁸⁴ Enfin, l'action en concurrence déloyale est mise au service de la sanction de la concurrence illégale qu'elle assure de manière subsidiaire ou alternative.

Ces développements liminaires ont permis d'aborder l'action en concurrence déloyale sous différents angles : son objectif, sa nature, ses conditions d'exercice, son évolution depuis la promulgation du dahir formant code des obligations et contrats et sa délimitation par rapport aux autres atteintes à la libre concurrence. Une question semble intéressante et pertinente à

78 VINEY (G), op.cit, p 126.

79 Article 21 de la loi n°31-08.

80 Article 22 de la loi n°31-08.

81 Article 56 de la loi n°31-08.

82 Article 57 de la loi n°31-08.

83 Article 58 de la loi n°31-08.

84 Article 59 de la loi n°31-08.

poser eu égard des remarques exprimées selon ces multiples perspectives. Quelles sont les actes, faits ou agissements de la concurrence déloyale sanctionnés par les tribunaux et\ ou par les autorités administratives au Maroc (Conseil de la Concurrence et Conseil supérieur de la communication audiovisuelle) ? En effet, au-delà des exemples prévus de manière non exhaustive dans les textes légaux, quelles sont les applications de la déloyauté, qui ont été condamnées par la pratique ?

Il ressort de l'étude d'un contentieux abondant de la cour de cassation, des cours d'appel de commerce de Casablanca et de Fès et du Conseil supérieur de la communication audiovisuelle que les fautes de concurrence déloyales sanctionnées concernent la propriété intellectuelle. Une large partie de cette jurisprudence protège les créations industrielles en particulier les marques et les modèles industriels contre les atteintes qui ne sont pas conformes à la morale des affaires. Au reste, une jurisprudence clairsemée punit des manœuvres malhonnêtes qui nuisent au brevet, nom commercial, savoir-faire, aux créations intellectuelles ou aux divers signes distinctifs par le biais de la publicité dénigrante. Quant à la jurisprudence du Conseil de la concurrence⁸⁵, il est important de souligner qu'il n'existe pas de cas qui recouvrent à la fois les pratiques sanctionnées par cette instance administrative et les agissements déloyaux tels qu'il sont envisagés par le DOC, la loi n°17-97 et la jurisprudence.

Il est certain que la faute en matière de concurrence déloyale ne peut être cantonnée à ses applications dans le domaine de la propriété intellectuelle. Toutefois, le choix de ce cadre pour le présent travail s'impose en raison de l'utilité et de la nécessité de mener une réflexion à partir des multiples sources du Droit. A cet égard, la jurisprudence disponible relative aux agissements contraire à l'éthique des affaires en droit marocain a conduit à la délimitation de cette étude aux propriétés incorporelles. A cet égard, l'éclairage de la doctrine française et du droit comparé s'est révélée inévitable tout au long de ce travail. Il a permis de mettre en relief certaines notions de la propriété industrielle et de la propriété littéraire et artistique et de mieux illustrer les actes de concurrence déloyale. En sus, le droit comparé a mis en exergue les applications de la concurrence déloyale dégagées relativement à certains signes distinctifs et à plusieurs œuvres d'esprit. En effet, à chaque fois qu'il y a absence de jurisprudence marocaine sur un signe distinctif ou une œuvre d'esprit, le droit français a comblé cette lacune en raison de la similitude des principes en la matière. Cette démarche a été mise en œuvre à propos du

85 Voir la conception de la déloyauté par le conseil de la concurrence en début de l'introduction à la page 9.

nom commercial, de l'enseigne, de la dénomination sociale et du nom de domaine. Elle a particulièrement été employée à propos des œuvres littéraires et artistiques.

Par ailleurs, une analyse fouillée de cette jurisprudence en vue de sa systématisation aboutit à la conclusion suivante : la notion de la concurrence déloyale se matérialise par diverses formes et est évolutive. La concurrence déloyale caractérisait initialement la création de la confusion entre les entreprises concurrentes et leurs produits⁸⁶ : la contrefaçon ou l'imitation frauduleuse de la marque, l'usurpation du nom commercial, l'utilisation d'une raison sociale inscrite au registre de commerce ou de la qualité de cessionnaire ou de représentant d'un établissement connu...

La faute de concurrence déloyale ne se limite plus à la contrefaçon ou à la confusion retenue parfois sous le vocable d'imitation. Elle embrasse d'autres comportements comme l'agissement parasitaire, la publicité dénigrante ou trompeuse, ou encore la désorganisation de l'entreprise par la divulgation du savoir-faire.

Tantôt l'auteur de ces fautes a pour but la contrefaçon et la création de la confusion dans l'esprit de la clientèle sur le fabricant, la provenance, le type, la qualité ou l'image du produit ou service. Tantôt, il vise essentiellement à l'affaiblissement d'une entreprise avec laquelle elle a ou non un rapport de concurrence. Ainsi, le parasitisme ne tend pas à détourner la clientèle, objet même de l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, mais à affaiblir le concurrent dans la compétition autrement que par l'exercice de ses propres mérites. En effet, le parasitisme est l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de profiter sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire. Bien que la concurrence parasitaire, distincte du parasitisme implique souvent un risque de confusion, elle sera abordée sous l'angle de du parasitisme dans un souci de cohésion d'ensemble. La concurrence parasitaire s'entend en fait du détournement des efforts et de la réputation d'un concurrent.

Par ailleurs, la notion de désorganisation et celle de dénigrement sont relativement proches : « elles visent en réalité le même but à savoir l'affaiblissement de l'entreprise concurrente »⁸⁷.

Le dénigrement porte fréquemment sur la qualité ou le prix des produits ou services de l'entreprise visée. Ce comportement dénote très clairement la volonté très déterminée de son auteur de tourner en dérision et de discréditer les produits concurrents. Au plus, la

86 BLANC (F-P), 2001, Les obligations et les contrats en droit marocain (DOC annoté), SOCHEPRESS, Casablanca, p 121 à 123.

87 BERTRAND (A.), 1998, Le droit français de la concurrence déloyale, CEDAT, Théorie et pratique, Paris, p.86

désorganisation est un dommage certain, significatif et illicite subi par une organisation économique constituée par la perte d'un outil concurrentiel de l'organisation ou par la perte de la valeur concurrentielle nécessaire à son fonctionnement (exemple : le savoir-faire). Ainsi, la caractéristique fondamentale de la notion de désorganisation réside dans la neutralisation de l'outil de l'organisation. En ce sens, la désorganisation sera constituée par l'affaiblissement de l'organisation, par l'atteinte portée à ses moyens de production ou de commercialisation.

Il ressort de ce large panel de fautes que la concurrence déloyale dépasse largement l'énumération indicative prévue par la loi. Aussi, la trilogie de Roubier⁸⁸ ramenant la concurrence déloyale aux griefs d'imitation, de désorganisation et de dénigrement semble aujourd'hui surannée, à tout le moins étriquée. Ce sont des illustrations certes significatives, (encore qu'elles mettent au même plan les comportements et leurs effets⁸⁹), mais insuffisantes de la concurrence déloyale. Cette trilogie à laquelle la doctrine moderne ajoute le parasitisme a certes acquis « valeur de droit positif » mais la variété et la complexité des procédés déloyaux invite à les remettre en cause.

Il convient dès alors de dresser une liste des cas pratiques dégagées qui pourrait servir de guide aux acteurs économiques. Ces comportements peuvent être regroupés en deux catégories : D'une part, la contrefaçon et la confusion sur les droits de propriété intellectuelle et d'autre part l'affaiblissement de l'entreprise. Ce fonds commun permettra aux opérateurs d'anticiper le caractère loyal et déloyal de leur activité compte tenu de l'incertitude et du développement du contentieux en la matière.

Cependant, cette classification n'est qu'une tentative de construction à partir de la pratique. Elle vise ainsi à contribuer à la prévisibilité de la sanction de la concurrence déloyale. Ce tableau ne peut être exhaustif car l'imagination des entreprises demeure particulièrement fertile et sans limite quand il s'agit de trouver des moyens d'attirer le chaland fût-ce aux dépens d'un concurrent.

88 ROUBIER (P), 1952, Le droit de la propriété industrielle - Volume 1, Sirey, Paris, p 505. Il dégage quatre groupes principaux de moyens de concurrence déloyale : la confusion, le dénigrement, la désorganisation interne de l'entreprise rivale et la désorganisation générale du marché.

89 Le dénigrement et l'imitation sont des comportements, tandis que la désorganisation du marché et de l'entreprise ainsi que la confusion constituent le résultat de la conduite déloyale comme cela a été démontré par la thèse de Muriel TEXIER. Cet auteur propose une refondation centrée sur la notion de désorganisation, entendue d'une façon neuve comme « un dommage certain, significatif et illicite subi par une organisation économique constituée par la perte d'un outil concurrentiel de l'organisation ou par la perte de la valeur concurrentielle nécessaire à son fonctionnement ». TEXIER (M), 2006, La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Presses Universitaires de Perpignan, Perpignan, n° 356.

La mise en exergue de cette taxinomie ne peut être claire et cohérente que suite à la clarification des principes qui sous-tendent les droits de propriété intellectuelle. La concurrence déloyale dans ce domaine renvoie à des notions propres à la propriété industrielle et au droit d'auteur et droits voisins. Tel est le cas du principe de spécialité, du monopole d'exploitation et de la contrefaçon. Il apparaît donc que leur explicitation pour le lecteur est impérative et répond à un souci de logique d'ensemble et de lisibilité de ce travail.

En conséquence, les éléments du régime juridique des droits de la propriété intellectuelle nécessaires à la compréhension de la concurrence déloyale (première partie) seront traités avant l'étude du caractère protéiforme et évolutive de cette notion (seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE : LE DOMAINE DE LA PROTECTION PAR L'ACTION EN CONCURRENCE DÉLOYALE

SECONDE PARTIE : L'AGISSEMENT DÉLOYAL EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : UNE NOTION PROTÉIFORME ET ÉVOLUTIVE

PREMIÈRE PARTIE

**LE DOMAINE DE LA PROTECTION
PAR L'ACTION EN CONURRENCE
DELOYALE**

Quels sont les droits de la propriété intellectuelle qui sont le plus fréquemment protégés par l'action en concurrence déloyale ? Répondre à cette question revient à dégager les propriétés incorporelles qui font l'objet d'atteintes sanctionnées par la concurrence déloyale sur la base de la jurisprudence marocaine et française.

Certains éléments de leur régime juridique sont nécessaires, sinon indispensables afin d'appréhender la faute de concurrence déloyale dans ce domaine.

Il résulte de ce double constat que ne seront traités que les droits de propriété industrielle qui font l'objet d'un contentieux significatif en la matière. Il en est ainsi du brevet et du secret pour les créations techniques, des dessins et modèles pour les créations ornementales. Quant aux signes de ralliement de clientèle, la marque fera l'objet d'un développement important : les atteintes à ce droit sont légion en raison de son rôle de nos jours. A côté de la marque, les règles relatives au nom commercial, à la dénomination sociale, à l'enseigne et au nom de domaine seront également exposées. On laissera de côté les droits privatifs sur certaines créations techniques particulières (schémas de configuration de circuits intégrés et obtentions végétales) en raison de l'absence de jurisprudence relative à la concurrence déloyale à la fois en droit français et marocain. Il en va de même des signes distinctifs à usage collectif, en l'occurrence les indications géographiques et les appellations d'origine.

D'autre part, la sélection des règles pertinentes par rapport au fait de concurrence déloyale suivra une autre approche en matière de propriété littéraire et artistique. La nature des agissements malhonnêtes dégagés commande de mettre l'accent sur les conditions de protection des œuvres d'esprit par la législation du droit d'auteur et droits voisins et sur l'action civile en violation de ces droits.

Il est à souligner que seule la réglementation des droits de la propriété intellectuelle utile et requise pour comprendre et analyser l'agissement déloyal sera abordée dans cette partie. Ainsi seront exclues de ce travail les règles relatives aux conditions de forme d'obtention des titres relatifs aux propriétés incorporelles précitées. Il en va de même de la transmission, de la perte des droits sur ainsi que des opérations juridiques sur ces droits : nantissement, cession...

Titre I :

Les droits de propriété industrielle

Les droits de propriété industrielle constituent un élément d'un ensemble plus vaste qui est la propriété intellectuelle. Celle-ci comporte à côté de la propriété intellectuelle les règles protectrices du droit d'auteur⁹⁰. Selon le deuxième alinéa de l'article premier de la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle adoptée en 1883⁹¹ : « La protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale ». Le premier article de la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle a qu'elle été modifiée et complétée par les lois n° 31-05⁹² et n° 23-13⁹³ reprend cette définition à deux différences près : il inclut la protection des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés et ne cite pas l'enseigne. En revanche, d'autres droits ou valeurs qui ne sont pas visés dans cet article, ni dans la convention font certainement partie intégrante de la propriété industrielle, comme les certificats d'obtention végétale ou la notion de secret de fabrique ou de savoir-faire⁹⁴.

La nature des droits de propriété industrielle

La nature des droits de propriété industrielle a été discutée⁹⁵. Selon le Doyen Roubier, tous les droits de propriété industrielle sont des " droits de clientèle ". Ils se caractérisent par une exclusivité et monopole et constituent à côté des droits personnels et réels une troisième catégorie de droits⁹⁶. Le Doyen Roubier a même proposé de distinguer à l'intérieur de la famille des droits de clientèle

90 La notion de « droits intellectuels » est utilisée par la majorité de la doctrine. Mais certains auteurs préfèrent parler de « propriétés incorporelles ». La pratique utilise les expressions de « propriété littéraire et artistique », « propriété industrielle » et « propriété commerciale ». Au Maroc, la loi n°17-97, telle qu'elle a été modifiée et complétée est relative à la propriété industrielle, tandis que la loi n°2-00, telle qu'elle a été modifiée et complétée est relative aux droits d'auteur et droits voisins. En revanche, le législateur français a institué par la loi n° 92-597 du 1^{er} Juillet 1992 le code de propriété intellectuelle. Utilisées pour désigner les mêmes catégories de droits, ces deux expressions sont synonymes et leur opposition plus théorique que pratique. En ce sens FLOUR (J), AUBERT (J-L), Droit civil. Les obligations. L'acte juridique, A. Colin, coll.U, 8^{ème} éd, 1998, n° 19

91 Révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958, à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979.

92 La loi 31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par Dahir n° 1-05-190 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006).

93 La loi n° 23-13 modifiant et complétant la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par le Dahir n°1.14.188 du 27 moharrem 1436 (21 novembre 2014)

94 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, DALLOZ, 7^{ème} édition, Paris, n° 1, p 1.

95 Ibid

96 Ils diffèrent des droits personnels parce qu'ils sont opposables à tous. Le breveté peut en effet, interdire à quiconque la fabrication d'un produit protégé ou l'utilisation du procédé couvert par le brevet. De même le titulaire de la marque peut s'opposer à ce que tout concurrent utilise le même signe pour désigner un produit semblable. Mais les droits de propriété industrielle ne sont pas pour autant des droits réels, parce qu'ils sont d'une durée relativement brève. CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, DALLOZ, 7^{ème} édition, Paris, n° 2, p 1.

un groupe de droits qu'il a qualifié d'intellectuels. Ils procèdent d'un acte de création intellectuelle : les brevets d'invention ainsi que les droits afférents aux modèles et dessins industriels. Les droits sur les signes distinctifs n'entrent pas dans cette catégorie car ils n'impliquent aucun effort créateur. Cette théorie a fait l'objet de critiques : on lui reproche d'être exclusivement fondée sur la fonction des droits de propriété industrielle, qui réalisent sur la clientèle une emprise originale. Or la définition des droits de propriété industrielle doit reposer sur l'analyse du contenu de ces droits. C'est la démarche qui a été suivie par M. MOUSSERON⁹⁷ qui lui a permis de démontrer que le droit du breveté n'était rien d'autre qu'un droit de propriété, "un droit de propriété incorporelle ». Cette qualification a été confirmée pour tous les droits de propriété industrielle par le législateur et la jurisprudence française.

L'incidence du droit de la concurrence

Sur le plan économique, les droits de propriété industrielle peuvent être analysés comme des instruments de concurrence⁹⁸. En effet, les droits de propriété industrielle correspondent tous à des droits privatifs qui assurent à leurs titulaires une exclusivité de reproduction vis-à-vis de leurs concurrents. Mais cette reproduction réservée n'est pas la même, aussi bien entre concurrents qu'à l'égard de la clientèle. Certains protègent des créations nouvelles⁹⁹ et pour cette raison confèrent à ceux qui en sont titulaires, sur la création qui en est l'objet, un monopole. Celui-ci leur permet d'interdire à quiconque de fabriquer, commercialiser et d'utiliser le produit protégé. Ils constituent ainsi des instruments de monopolisation de la clientèle et risquent de peser de façon plus lourde sur la production d'un pays. C'est pourquoi, les droits sur les créations nouvelles n'ont qu'une durée temporaire. Tel est le cas des brevets d'invention ou des dessins et modèles. D'autres ne visent que la protection de signes distinctifs¹⁰⁰ et ne permettent pas à leur titulaire d'acquérir un monopole sur le produit. Ils ne leur confèrent qu'un droit exclusif sur un signe permettant de le distinguer des produits concurrents¹⁰¹. Les concurrents des titulaires des signes distinctifs peuvent

97 MOUSSERON (J-M), 1960 Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention, LGDJ, Paris.

98 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 3, p 2 et n° 32, p.22. L'expression « droit de la concurrence » est prise dans un sens large, c'est à dire l'ensemble des règles juridiques gouvernant les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle. Ce choix se justifie par le fait que cette acception englobe le droit de la concurrence déloyale, tendant à protéger les victimes de tout procédé de conquête malhonnête de leur clientèle par un autre acteur économique.

Cette acception se distingue du sens «étroit ou technique » du droit de la concurrence, défini comme un corps de règles permettant de réprimer certains comportements (ententes ou abus de position dominante) dont l'objet ou l'effet est réellement ou potentiellement anticoncurrentiel. En effet, l'exploitation d'un droit de propriété industrielle peut dans certains cas apparaître comme de nature à fausser la concurrence. Au plus, certains comportements ou clauses des contrats en la matière constituent des infractions au droit de la concurrence.

99 Ibid.

100 Ibid.

101 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 3, p 2 : il y a une « différence dans la portée du monopole ». CORNU (G), 1987, Vocabulaire juridique, PUF, Paris,

vendre des produits de même nature mais sous une marque différente, ou sans marque du tout. De même, ils pourront exercer le même genre de commerce, mais sous un nom commercial distinct. Les droits sur les signes distinctifs n'ont donc qu'un caractère beaucoup plus relatif et constituent davantage des instruments de conquête et de ralliement de la clientèle. Leur importance économique est considérable surtout à une époque où la publicité joue un rôle aussi fondamental dans le commerce national et international¹⁰². En effet, le rôle des signes distinctifs dans l'attraction de la clientèle n'est plus à démontrer. La question est largement exposée par les spécialistes de ces questions¹⁰³. Le nom commercial, l'enseigne, les appellations d'origine et les indications de provenance constituent sans aucun doute des éléments attractifs de clientèle. L'efficacité de certains de ces signes a même pris une importance accrue avec l'apparition des nouvelles formes de distribution. La marque constitue l'exemple le plus probant. En conséquence, les droits sur les signes distinctifs ont vocation à la pérennité, sous réserve d'être conservés ou renouvelés selon les modalités prévues par la loi. Il n'y a en principe pas d'objection à ce que leur rôle d'avertissement et de ralliement de clientèle dure aussi longtemps que le titulaire du droit le désire¹⁰⁴. Il en est ainsi des marques, nom commercial et des appellations d'origine.

Au demeurant, le droit de la concurrence déloyale et le droit de la propriété industrielle ou intellectuelle ont pour objets communs la sauvegarde du bon fonctionnement du marché et la lutte contre les distorsions de concurrence illégitimes, et tendent donc tous deux à l'élimination de la contrefaçon. L'action en concurrence déloyale possède la même finalité que la responsabilité civile : protéger quiconque souffre d'un préjudice dans les activités commerciales alors qu'aucune autre voie de droit ne lui est offerte. La cour de cassation française suivie par les juges de fond a remarquablement posé le principe que « l'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif »¹⁰⁵. En ce

V. Monopole d'exploitation, p.560 : « Droit exclusif pour l'auteur d'une œuvre ou le titulaire d'une marque, etc, de procéder ou faire procéder à l'exploitation de celle-ci, et d'en tirer un profit pécuniaire »

102 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOW, op.cit, n° 1413, p 786.

103 CHAVANE (A) et BURST (J-J), 1998, Droit de la propriété industrielle, Dalloz, coll.précis, 5^{ème} éd.1998, n°856 : « Ils sont un facteur essentiel de conquête des marchés ». RIPERT (G), ROBLOT (R), 2001, Traité de Droit commercial, Tome 1, Volume 1, Commerçants, Tribunaux de commerce, Fonds de commerce, Propriété industrielle et Concurrence (droits communautaires et français), 18^{ème} édition par L.VOGEL et M.GERMAIN, LGDJ, Paris, n° 744, p 608.

Adde :THIBIERGE (C), Rapport de conclusion aux 60^{ème} Congrès des notaires de France, R.T.D.Com.1962.585.spéc.p.598 et 603. MATHELY (P), 1984, Le droit français des signes distinctifs, Lib. Journal des notaires et avocats, 1984, p.4.

104 Ibid.

105 Notamment : Cass.com, 3 Octobre 1978, <https://www.legifrance.gouv.fr/>; Cass.com 15 juin 1983, <https://www.mcj.fr/>, Cass.com, 6 Décembre 1984 <https://www.legifrance.gouv.fr/>; Cass.com, 22 Octobre 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/>; Cass.com, 17 Mars 2004, Cass.com 17 Mars 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr/>; Cass.com, 26 Mai 2004, https://www.legifrance.gouv.fr ; Cass.com 12 décembre 2006, <https://www.mcj.fr/>, Cass.civ,

sens l'action est subsidiaire. Partant, la jurisprudence distingue l'action en concurrence déloyale de l'action en contrefaçon qui procèdent de causes différentes. La première protégeant la liberté générale est fondée sur la responsabilité civile, tandis que la seconde, sauvegardant un monopole est fondée sur l'atteinte à un droit subjectif.

Il n'en reste pas moins qu'un vibrant plaidoyer a été présenté en faveur du cumul des actions, afin de mieux protéger les droits intellectuels contre les usurpations illicites¹⁰⁶. La Cour de cassation ne semble pas y avoir été insensible, puisqu'elle a affirmé catégoriquement en 2007 « qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif »¹⁰⁷. Mais depuis, il lui arrive de reprendre des formules plus traditionnelles. Ainsi, « l'action en concurrence déloyale n'est pas un succédané de l'action en contrefaçon et exige la preuve d'une faute relevant des faits distincts de ceux allégués au titre de la contrefaçon »¹⁰⁸. En effet, l'action en concurrence déloyale ou pour parasitisme peut être accueillie concurremment à l'action en contrefaçon lorsque sont établis des actes ou des faits distincts de la contrefaçon ainsi qu'un préjudice distinct de celle-ci. Il est nécessaire d'isoler un comportement fautif en dehors du seul comportement contrefacteur. Une action sanctionnera la contrefaçon, l'autre le comportement distinct parallèle. La jurisprudence française est abondante en matière de marque, dénomination sociale, nom de domaine, brevet, dessins et modèles, propriété littéraire et artistique, logiciel, site internet, et l'extraction illicite d'éléments d'une base de données¹⁰⁹. De surcroît, bien que l'action en concurrence déloyale ne soit pas une action en substitution à la contrefaçon, elle peut survivre à la disparition de celle-ci lorsqu'elle a échoué pour une raison de droit (et non parce que l'élément matériel de l'infraction faisait défaut) et qu'il existe un risque de confusion¹¹⁰. Enfin, l'action en concurrence déloyale ou pour parasitisme est recevable lorsqu'elle a été intentée par un distributeur parallèlement à l'action en contrefaçon du titulaire des droits sur un droit de propriété industrielle, même si les faits invoqués sont identiques, dans la mesure où les demandeurs sont distincts¹¹¹.

20 Mars 2007, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; Cass.com 3 juin 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/>; cass.com 10 février 2009, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

106 PUTTEMANS (A), 2000, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Emile Bruylant, Bruxelles, 569 p. L'auteure démontre l'opportunité et la possibilité d'assurer aux droits intellectuels une protection par l'action en concurrence déloyale principalement sous la forme d'une action en cessation. L'ouverture de celle-ci pourrait permettre aux personnes lésées par la violation d'un droit intellectuel de combattre la contrefaçon tout en maintenant un équilibre entre les intérêts respectifs du titulaire du droit et des autres acteurs économiques.

107 Cass.com, 12 Juin 2007, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

108 Cass.com, 16 Décembre 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/>;

109 LE TOURNEAU (P), 2005, *Responsabilité civile professionnelle*, Dalloz Sirey, Paris, n° 7019, p 1554.

110 Ibid, n° 7020, p 1555.

111 LE TOURNEAU (P), *op.cit*, n° 7019, p 1554.

Chapitre 1 : Les cadres juridiques internationaux de la propriété industrielle

Dès le milieu du dix-neuvième siècle, on assiste à un décloisonnement géographique, à un essor exceptionnel du commerce international et à une circulation plus intense des idées et des hommes, c'est-à-dire à un monde plus ouvert, plus concurrentiel mais aussi plus solidaire. Cela s'explique par le développement considérable des moyens de communication parallèlement à un progrès technologique marquant¹¹². Les premières expositions universelles ouvrirent aux entrepreneurs et aux créateurs l'accès aux nouveautés industrielles à l'échelle mondiale, ainsi qu'à de nouveaux marchés, en même temps qu'elles suscitèrent la crainte d'une protection insuffisante des innovations exposées. Le droit international a naturellement traduit cette révolution intellectuelle, technologique et commerciale et les impératifs qu'elle engendrait. A la suite de traités bilatéraux¹¹³ organisant une égalité de traitement aux sujets des États contractants pour le bénéfice des droits intellectuels, des accords plus larges ou des Unions¹¹⁴ jetant les bases d'un ordre international, sinon universel ont été conclus. La Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle a été adoptée en 1883¹¹⁵. Le mouvement d'unification de la propriété industrielle n'a pas cessé depuis lors. Mais, il n'a jamais abouti à la création d'une législation unique en la matière¹¹⁶.

112 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 65, p.45.

113 Conclut dans les années 1860-1880 tel que le traité franco-prussien de 1862, franco-italien de 1869 et franco-américain de 1869.

114 Ces Unions sont fondées sur des principes communs assurant « une sorte d'assurance mutuelle contre le plagiat et la contrefaçon ».

115 Révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958, à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979

116 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 65, p.46. En effet l'unification n'a pas fait s'évanouir la diversité des législations nationales à la différence de l'Union Européenne. Toutefois, l'unification au sein de celle-ci s'est faite à une échelle géographique plus réduite. Il s'agit d'une branche essentielle du droit de propriété industrielle et il embrasse désormais l'ensemble des instruments juridiques de cette branche de sorte qu'il est possible de parler d'un droit communautaire de la propriété industrielle. L'Union s'est vu reconnaître la possibilité d'intervenir en ce domaine dès lors qu'il n'est pas réservé aux États membres, ce qui s'inscrit dans le cadre du marché intérieur caractérisé par l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des marchandises (art 34 à 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). La construction de ce droit emprunte deux voies : l'intégration et l'harmonisation. L'intégration consiste à doter l'ensemble des pays membres de l'Union européenne de droits intellectuels unitaires, délivrés, le cas échéant, selon une procédure unique, et immédiatement valables sur l'ensemble du territoire communautaire. En principe, la création de droits pan-communautaires n'entraînent pas la disparition des instruments nationaux préexistants. Les créateurs peuvent avoir intérêt à rechercher une protection non pas pour l'ensemble du marché communautaire, mais pour une fraction de celui-ci, voire pour leur seul marché national. Le règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 Décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires est un texte d'intégration. Quant à la voie d'harmonisation, elle consiste à modifier les lois nationales relatives aux mêmes instruments juridiques de façon à ce que les conditions d'obtention des droits nationaux visées et les conditions d'exploitation soient similaires dans chacun des pays de l'Union. Cette voie ne contredit pas l'intégration, elle lui ouvre le chemin. Il en est ainsi de la directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques et transposée en droit français par la loi du 4 janvier 1991. Elle a été remplacée par la directive n° 2008/95 du 22 Octobre 2008.

Les cadres internationaux de la propriété industrielle sont constitués par les dispositions conventionnelles¹¹⁷ régissant la matière. Leur application est mise en œuvre par la mise en place d'institutions administratives qui en assurent l'application¹¹⁸.

De nos jours, il s'avère nécessaire que le plus grand nombre de pays dispose d'une législation de nature à protéger les investissements et éviter le piratage ou la contrefaçon, aux fins d'exploiter et de distribuer le plus largement possible les produits revêtus ou les services accompagnés de signes distinctifs. Ce grand dessein ne peut être efficacement réalisé qu'en dotant les pays dans lesquels les marchandises protégées par un droit de propriété industrielle vont circuler, d'une législation comparable permettant aux exportateurs de bénéficier de la même protection que les nationaux. Ce mouvement d'internationalisation de la propriété industrielle a débuté avec la Convention de l'Union de Paris du 20 Mars 1883. Aujourd'hui, l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle administre 23 traités internationaux relatifs à la propriété intellectuelle dont 16 consacrés à la propriété industrielle¹¹⁹.

117 Le droit de l'Union européenne ne sera pas développé dans ce chapitre, bien que ses enseignements à titre de droit comparé seront mesurés en même temps que seront exposés certains développements droits de propriété industrielle.

118 L'OMPI (organisation mondiale de la propriété intellectuelle) est une institution intergouvernementale à vocation universelle dont le rôle général est de promouvoir la protection de la propriété intellectuelle dans le monde et d'assurer l'administration des différents instruments internationaux qui vont être évoqués. Plus particulièrement, ses missions visent à l'harmonisation des législations et des procédures nationales, à la prestation de services relatifs aux demandes internationales de titres de propriété industrielle, à l'échange d'information, à la fourniture d'une assistance juridique et technique aux pays en voie de développement et au règlement de litiges de propriété intellectuelle d'ordre privé. Les champs de développement de la propriété industrielle actuellement prospectés par l'OMPI sont les savoirs traditionnels, la biodiversité et les ressources génétiques, les biotechnologies, les noms de domaine et le cybersquattage. Dans ce dernier secteur l'OMPI a créé un Centre d'arbitrage et de médiation qui est devenu la principale institution de règlement des litiges portant sur l'enregistrement et l'usage abusifs des noms de domaine. Cette organisation a acquis le statut d'institution spécialisée des Nations Unies en 1974. Elle résulte de la convention de Stockholm signée le 14 Juillet 1967 et entrée en vigueur en 1970. Par cet texte l'OMPI a succédé au Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI). Ces derniers constituaient les bureaux administratifs chargés d'assurer la gestion de la Convention d'Union de Paris de 1893 ainsi que la Convention de Berne des droits d'auteur.

119 Les conventions multilatérales ne doivent pas faire oublier l'existence de conventions bilatérales dont l'intérêt était devenu moindre compte tenu du nombre et de l'importance des premières. On note actuellement un regain d'intérêt pour ce cadre bilatéral : c'est ainsi que dans l'approche « ADPIC-plus » consistant à adopter des dispositions allant au-delà des obligations résultant de l'annexe ADPIC de l'accord sur l'OMC, des accords bilatéraux de libre-échange peuvent comporter des volets importants en matière de propriété intellectuelle. Ainsi, le Maroc et l'UE opèrent leurs échanges à travers une zone de libre échange qui a été mise en place progressivement par l'Accord d'association UE-Maroc depuis le 1er mars 2000. Il faut ajouter à cela l'entrée en vigueur le 1er octobre 2012 de l'accord communément appelé "accord agricole". Les négociations pour un Accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA) entre l'UE et le Maroc ont été lancées à Rabat en mars 2013. Les négociations ALECA couvriront de nombreux secteurs tels que les marchés publics, les normes techniques pour les produits industriels, les procédures douanières et la facilitation des échanges, les mesures sanitaires, les droits de propriété intellectuelle, la concurrence, le commerce de l'énergie, des aspects commerciaux du développement durable, etc. Ce regain s'explique également par la nécessité de renforcer la lutte contre la contrefaçon. De plus en plus d'accords bilatéraux renforcent la coopération entre les États dans ce domaine.

Section 1 : Les textes internationaux généraux de la propriété industrielle

Paragraphe 1 : La convention d'Union de Paris

La convention d'Union de Paris de 1883 est destinée à couvrir l'ensemble de la propriété industrielle. Ce texte a été ratifié par 176 pays¹²⁰. L'institution de l'Union signifie que les pays adhérents forment fictivement un territoire unique pour l'application des dispositions de la convention¹²¹. Les ressortissants de l'Union sont non seulement les ressortissants des pays adhérents, mais aussi les ressortissants des pays non adhérents, à la condition qu'ils aient dans l'un des pays membres soit leur domicile soit un établissement industriel ou commercial, effectif et sérieux. Cependant la convention demeure assez timide dans son œuvre d'harmonisation des différents droits.

Le principe de l'assimilation des unionistes aux nationaux est prévu par l'article 2 alinéa 1 de la convention d'Union de Paris. Celui-ci précise que : « les ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention ». Il ajoute qu' « en conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux ». Ainsi, l'égalité de traitement entre les unionistes est consacrée : l'unioniste français par exemple déposant un brevet au Maroc jouit des mêmes droits que le breveté marocain, mais se trouve naturellement soumis aux mêmes obligations.

Quant aux dispositions qui visent l'harmonisation du droit, elles s'imposent à tous les pays contractants, quel que soit le contenu de leur législation nationale¹²². La Convention d'Union n'a pas institué de titres internationaux ou supranationaux : les pays unionistes délivrent toujours des brevets nationaux émanant de leur souveraineté respective. Mais le droit conventionnel est d'une importance considérable : son contenu peut être regroupé autour de deux institutions à savoir le droit de priorité¹²³ et la règle de l'indépendance des brevets obtenus pour la même invention dans différents pays¹²⁴.

120 <http://www.wipo.int/>

121 MATHELY (P), 1984, Le droit français des signes distinctifs, op.cit, p.78.

122 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 81, p 52.

123 Article 4 de la convention d'Union de Paris.

124 Article 4 bis de la convention d'Union de Paris.

Paragraphe 2 : L'accord ADPIC¹²⁵

Il s'agit de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce signé à Marrakech le 15 Avril 1994, dont une annexe entière est consacrée aux droits de propriété intellectuelle. Cet instrument vise d'une manière générale à renforcer et à harmoniser à l'échelle mondiale la protection de la propriété intellectuelle. Il oblige les Etats qui l'ont ratifié à assurer une protection minimale des droits de propriété intellectuelle qui est la condition d'octroi des avantages douaniers prévus par cet accord¹²⁶. Par ailleurs, il prescrit aux Etats membres de prévoir des procédures et des mesures en vue de faire respecter les droits de propriété intellectuelle¹²⁷. Enfin, il établit un Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce chargé de suivre le fonctionnement de l'accord et une procédure de règlement des différends qui renvoie à l'organe de règlement des différends instauré par le GATT en 1994.

Le traité de l'OMC, en tant qu'il intègre en les renforçant les grandes conventions sur la propriété intellectuelle instrumentalise désormais celles-ci dans le cadre d'un mécanisme plus vaste de gestion des échanges mondiaux dont l'OMC est le grand ordonnateur¹²⁸. L'initiative politique en matière de propriété industrielle trouve aujourd'hui davantage sa source au sein de l'OMC qu'au sein de l'OMPI¹²⁹.

Les principes généraux de l'accord peuvent se résumer au traitement national¹³⁰, au traitement de la nation la plus favorisée¹³¹ et à un certain nombre de dispositions destinées au développement socio-économique et technologique.

L'accord ADPIC impose des normes substantielles pour les droits intellectuels et pour leur exercice, auxquelles les lois nationales doivent se conformer et qui reprennent ou prolongent celles déjà contenues dans les conventions internationales existantes. Elles concernent le droit d'auteur

125 Cette annexe est encore dénommée par son acronyme anglais TRIPS (Trade related Aspects of intellectual Property Rights Including Trade in Counetrfeit Goods)

126 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 86, p 55.

127 Ibid.

128 Ibid.

129 La coopération entre l'OMC et l'OMPI est organisé par un accord signé à Genève le 22 Décembre 1995 aux termes duquel l'OMPI fournit une assistance technique et juridique à l'OMC dans le domaine de la propriété industrielle, sujet désormais traité dans le cadre de l'OMC.

130 Selon l'article 3 de l'accord ADPIC : « chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce concerne la protection de la propriété intellectuelle » Ainsi, ce texte reprend le même principe faisant partie du GATT pour ce qui concerne le commerce des marchandises et de conventions de l'OMPI, dont il reprend d'ailleurs les mêmes exceptions.

131 Le traitement de la nation la plus favorisée (article 4 de l'accord ADPIC) est à la différence du principe précédent une innovation en matière de propriété intellectuelle. Elle vise à étendre aux ressortissants de tous les membres, tous les avantages, faveurs ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays. Ce principe souffre certaines exceptions tirées d'autres instruments internationaux

et les droits connexes¹³², les marques de fabrique ou de commerce¹³³, les indications géographiques¹³⁴, les dessins et modèles industriels¹³⁵, les brevets¹³⁶, les schémas de configuration de circuits intégrés¹³⁷ mai aussi les renseignements non divulgués, ce qui englobe la protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10 bis de la convention de Paris. Ces dispositions protègent également des types d'informations secrètes possédant une valeur commerciale, telles les données des dossiers d'autorisation administrative de mise sur le marché de certains produits comme les produits pharmaceutiques¹³⁸.

Ces normes sont complétées, et là réside sans doute la partie la plus importante du texte, par une série de dispositions relatives à l'acquisition et au maintien des droits de propriété intellectuelle, à l'exercice des droits et aux moyens propres à les faire respecter de manière effective. A ce propos l'article 40 traite du contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles tandis que les articles 42 à 49 évoquent les procédures et mesures correctives civiles et administratives. Quant à l'article 50, il édicte les mesures provisoires alors que les articles 51 à 60 prescrivent des mesures spéciales concernant les contrôles douaniers. En dernier lieu, l'article 61 prévoit les procédures pénales de lutte contre la contrefaçon.

Paragraphe 3 : L'accord commercial relatif à la contrefaçon (ACAC)¹³⁹

Cette convention multilatérale a vu le jour le 2 Octobre 2010 suite à des discussions entre les Etats Unis, le Japon, l'Australie, le Canada, l'Union Européenne, le Mexique, le Maroc, la Nouvelle Zélande, le Singapour, la Corée du Sud et la Suisse.

Il vise à renforcer les moyens de lutte contre la contrefaçon, le piratage et la coopération internationale en matière de lutte contre la contrefaçon et le piratage. Les moyens et les modalités de cette coopération n'ont pas encore été déterminés. En outre, cet accord tend à renforcer les capacités et l'assistance technique des pays en développement dans cette lutte et cette coopération.

132 Article 9 à 14 de l'ADPIC.

133 Article 15 à 21 de l'ADPIC.

134 Article 22 à 24 de l'ADPIC.

135 Articles 25 et 26 de l'ADPIC.

136 Article 27 à 34 de l'ADPIC.

137 Article 35 à 38 de l'ADPIC.

138 Article 39 de l'ADPIC.

139 Anti Conterfaiting Trade Agreement (ACTA) en anglais.

Section 2 : Les instruments internationaux spécifiques à un droit de propriété industrielle

Aux côtés de ces instruments à vocation générale, coexistent une dizaine d'instruments nationaux spécifiques à un droit de propriété industrielle en particulier. La plupart sont des arrangements particuliers au sens de la Convention de l'Union de Paris.

Paragraphe 1 : Les instruments internationaux relatifs aux marques

On se contentera de citer que les textes qui revêtent en pratique une importance fondamentale et qui ont été ratifiés par le Maroc.

Tout d'abord, l'Arrangement de Madrid, signé en 1891 instaure un système international des marques. Les quatre-vingt-dix-sept pays qui ont ratifié ce texte constituent entre eux une union particulière pour l'enregistrement des marques. Un enregistrement international unique assure la protection de la marque dans chacun des Etats membres comme si elle y avait été déposée puis enregistrée. L'Arrangement de Madrid a été révisé par le protocole signé dans la même ville le 28 Juin 1989. Il introduit des modifications importantes dans l'arrangement de Madrid destinées à aplanir les difficultés qui pouvaient retenir certains pays à adhérer à cet instrument. Le Maroc a ratifié ce protocole le 8 Juillet 1999.

Ensuite, l'Arrangement de Nice du 15 Juin 1957 a pour but de créer et de gérer une classification internationale des marques. La classification comporte actuellement 34 classes pour les produits et 11 pour les services. Elle est évidemment indispensable pour pouvoir comparer la portée des droits de marque conférés à l'échelon national ou étendus internationalement selon les modalités de la convention de Madrid. Ce texte est actuellement signé par 82 pays. Le Maroc a ratifié cet arrangement le 31 Janvier 2006.

Quant à l'arrangement de Vienne du 12 Juin 1973, il crée une classification internationale des éléments figuratifs des marques. Le Maroc y a adhéré le 24 Septembre 2012.

Enfin, un traité a été conclu sous l'égide de l'OMPI le 27 Octobre 1994 sur le droit des marques¹⁴⁰. Il tend à rendre les systèmes nationaux et régionaux d'enregistrement des marques plus faciles à utiliser en simplifiant et en harmonisant les procédures. Il est entré en vigueur à l'égard du Maroc le 6 Avril 2009.

140 TLT (Trademark Law treaty)

Paragraphe 2 : Les instruments internationaux en matière de brevet ¹⁴¹

Le traité de coopération en matière de brevet¹⁴² a été signé le 19 Juin 1970 et regroupe 150 pays. Il vise d'une part à améliorer les procédures de délivrance des brevets notamment dans les pays qui ne disposent pas d'un office pouvant exercer un contrôle sérieux des demandes en mettant en place une coopération internationale. D'autre part, cette convention a pour objectif de permettre une meilleure diffusion de l'information technique. Ce traité est entré en vigueur, à l'égard du Royaume du Maroc, le 8 octobre 1999.

Paragraphe 3 : Les instruments internationaux relatifs aux des dessins et modèles industriels

L'arrangement de la Haye du 6 Novembre 1925 organise le dépôt international des dessins et modèles industriels. A l'instar de l'Arrangement de Madrid pour les marques, il permet d'obtenir par un seul dépôt effectué auprès de l'OMPI, une protection dans plusieurs Etats. Il compte actuellement 65 pays. Le Maroc a ratifié cet arrangement le 4 Décembre 2012.

Paragraphe 4 : Les instruments internationaux relatifs aux appellations d'origine

La convention de Paris du 20 Mars 1883 vise expressément les appellations d'origine et les indications de provenance comme des droits de propriété industrielle à part entière¹⁴³. Il n'en demeure pas moins que l'organisation internationale de la protection des dénominations géographiques n'est apparue que tardivement. L'Arrangement de Madrid du 14 Avril 1891 n'a qu'un objet limité : il prévoit la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses. Le Maroc a adhéré à cet instrument le 30 Avril 1917. Ce n'est que depuis l'Arrangement de Lisbonne du 31 Octobre 1958 que les appellations d'origine ont eu une protection internationale organisée et complète. Ce traité organise un enregistrement international à partir de la protection accordée dans les pays d'origine. Cependant, il n'a eu qu'un succès relatif : il compte actuellement 27 pays. Le Maroc ne l'a pas ratifié.

141 Il est important de souligner que le Maroc n'a pas ratifié le traité sur le droit des brevets du 1^{er} Juin 2000 qui a pour objet à l'instar du TLT susmentionné à l'harmonisation internationale des conditions de formes s'appliquant aux demandes de brevets et aux brevets dans le cadre des différents systèmes nationaux et régionaux. Il en va de même de l'arrangement de Strasbourg du 24 Mars 1971 qui est au droit des brevets ce que l'Arrangement de Nice est au droit des marques.

142 PCT (Patent Cooperation Treaty)

143 L'article 2 alinéa 1 dispose que « la protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale ».

Chapitre 2 : Les droits sur les créations industrielles

Elles se distinguent des créations purement esthétiques relevant de la propriété littéraire et artistique par leur vocation utilitaire. De même leur caractère créatif les oppose aux signes distinctifs. Les créations industrielles comprennent les créations techniques et ornementales.

Section 1 : Les créations de caractère technique

Elles se caractérisent par un objet de nature technique qui peut être un enseignement ou un produit. La diversité de ces objets a conduit les systèmes juridiques à les protéger par une palette de droits différents, le plus souvent exclusifs les uns des autres. Le droit de brevet est la protection la plus ancienne, la plus complète et qui offre la protection la plus efficace. D'autres formes de protections existent et sont qualifiées de « périphériques » en raison de la place éminente qu'occupe le droit au brevet¹⁴⁴. Le législateur a ainsi forgé d'autres droits privatifs afin d'offrir une protection mieux adaptée aux créations techniques particulières : le droit sur les topographies de semi-conducteurs pour les micro-processeurs et le droit d'obtention végétale pour les créations végétales. Ces instruments juridiques ne seront pas développés dans le cadre de ce travail en l'absence de doctrine et de jurisprudence marocaine et étrangère relative à leur protection par la concurrence déloyale. Il existe aussi un instrument juridique qui ne constitue pas un droit privatif et qui permet de protéger les créations techniques : le secret.

Paragraphe 1 : Le droit de brevet

Il protège « dans tous les domaines technologiques, toute invention nouvelle, impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle »¹⁴⁵. Le brevet d'invention est le titre de propriété industrielle protégeant les inventions remplissant ces conditions et délivré pour une durée de protection de vingt ans à compter de la date de dépôt de la demande¹⁴⁶. Avant d'analyser les conditions légales susvisées, il convient de s'interroger sur l'existence même de cette invention qui constitue l'objet du droit de brevet et sur le domaine dans lequel elle peut être faite¹⁴⁷. L'exploitation du brevet sera examinée après l'analyse des conditions dans lesquelles un inventeur peut obtenir un droit de brevet,

144 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 181, p 107.

145 L'article 22 de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée.

146 L'article 17 de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée.

147 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 203, pp 130-131.

I. L'existence d'une invention

A. La notion d'invention

La recherche d'une définition de l'invention est une exigence intellectuelle comme le rappelait le doyen Roubier : « pour qu'on puisse parler de brevet d'invention, ne faut-il pas en premier lieu qu'on soit en présence d'une invention ? ¹⁴⁸ ».

Cette recherche s'annonce laborieuse en raison de la structure des articles 23 et 24 de la loi n°17-97. L'article 21 précise que « l'invention peut porter également sur des compositions pharmaceutiques, des produits pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce y compris les procédés et appareils servant à leur obtention ». Les dispositions de l'article 23¹⁴⁹ de cette loi énoncent par ailleurs un certain nombre d'objets qui ne peuvent être tenus pour des inventions et qui répondent à des finalités différentes.

Ainsi, la découverte n'est pas une création comme l'indique Roubier : « Dans l'invention seule, l'activité de l'homme est productive, dans la découverte, elle est seulement, dit-on réceptrice ». ¹⁵⁰ En effet, l'invention va au-delà de la découverte : la découverte ne concerne que l'opération par laquelle on ajoute aux connaissances humaines tandis que l'invention suggère, au-delà de cet ajout informationnel, une destination particulière de nature technique sinon pratique¹⁵¹.

Au surplus, les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles ne sont pas des inventions en raison de leur caractère trop abstrait. En effet, ces objets intellectuels se situent dans le domaine des concepts et non des réalisations techniques qui seules intéressent le brevet¹⁵². Il en ressort que la simple idée abstraite n'est pas brevetable en dehors de toute réalisation matérielle.

Au demeurant, les créations esthétiques se trouvent exclues du champ de la brevetabilité en raison de leur défaut de caractère industriel tant dans leur application que dans leur objet : rechercher une

148 ROUBIER (P), 1954, Le droit de la propriété industrielle : les créations nouvelles, volume 2, Sirey, Paris, n° 149, p.103.

149 L'article 23 de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée dispose que :

« Ne sont pas considérées comme des inventions au sens de l'article 22 ci-dessus :

1) les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ;

2) les créations esthétiques ;

3) la présentation d'informations.

4) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, ou en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs.

Toutefois, sont brevetables les inventions dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autre appareil programmable et présentant une ou plusieurs caractéristiques réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs. Pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur doit apporter une contribution technique.

Les dispositions du présent article n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés aux dites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considéré en tant que tel ».

150 ROUBIER (P), op.cit, p.90.

151 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 208, p 133.

152 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit n° 216, p 139.

émotion ne constitue pas un problème technique¹⁵³. Le manque de caractère technique justifie également l'exclusion des jeux ou les méthodes appliquées aux domaines des activités économiques. Pour la même raison, la présentation d'information se trouve aussi exclue du champ de brevetabilité dès lors qu'elle est uniquement caractérisée par l'information qu'elle contient. Cette exclusion vise la méthode de présentation et non pas le dispositif permettant de la mettre en œuvre : ainsi la façon de présenter une information, pour autant qu'elle soit distincte du contenu de l'information, peut-elle parfaitement constituer une caractéristique technique brevetable¹⁵⁴.

Le cas de l'exclusion de brevetabilité des programmes d'ordinateur est particulier dans la mesure où elle ne s'explique pas toujours, comme le laisserait penser le législateur, par l'idée d'absence de résultat industriel. Toutefois, ce dernier tempère sa position en précisant à l'alinéa 4 de l'article 23 que sont « brevetables les inventions dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autre appareil programmable et présentant une ou plusieurs caractéristiques réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs. Pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur doit apporter une contribution technique ».

Néanmoins, l'article 24 de la loi n°17-97 n'exclut la brevetabilité de ces éléments que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considéré en tant que tel.

Il en découle que les exclusions susvisées ont pour trait commun d'être dépourvues de caractère industriel, de résultat industriel, d'effet ou de caractère technique¹⁵⁵. A ce propos, plusieurs auteurs ont essayé de définir l'invention, mais la jurisprudence et la doctrine française se réfèrent largement à celle retenue par les chambres de recours de l'office européen des brevets (OEB)¹⁵⁶. Celles-ci considèrent l'invention comme une solution technique apportée à un problème technique. Cette définition a été reprise par un arrêt de la cour d'appel de Casablanca en date du 26 Octobre 2010 qui précise qu'elle ressort de la doctrine ainsi que d'une jurisprudence constante¹⁵⁷.

153 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 233, p 157.

154 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 232, pp 156-157.

155 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 218, p.142.

156 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 206, p.132.

L'Office européen des brevets, ou OEB, sis à Munich, est l'organisme chargé de délivrer les brevets européens. Il s'agit du bras exécutif de l'Organisation européenne des brevets, organisation intergouvernementale instituée par la Convention sur le brevet européen (CBE), signée à Munich le 5 octobre 1973 et entrée en vigueur le 7 octobre 1977. Les activités de l'OEB sont supervisées par le conseil d'administration de l'organisation, composé des représentants des États contractants.

Alors qu'elle n'est pas liée au système juridique communautaire (la convention de Munich n'étant pas fondée sur les traités européens), l'organisation européenne des brevets possède une pleine capacité juridique et une autonomie administrative et financière. Elle bénéficie alors de privilèges et immunités d'une organisation internationale.

157 Casablanca.com, 26 Octobre 2010, n°17/09/3361.

B. Le domaine d'invention

Une autre catégorie d'exclusions est envisagée par le législateur à l'article 24¹⁵⁸ de la loi n°17-97 afin de délimiter le domaine des brevets d'invention. Ces exceptions à la brevetabilité, sont motivées par l'ordre public, les craintes que suscite le développement des biotechnologies, ainsi que par la volonté de maintenir l'existence d'un domaine public garant d'un accès et d'une exploitation libre des ressources essentielles à la santé et à l'alimentation¹⁵⁹. Il est ainsi des inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. De même, les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal sont soustraites du champ de la brevetabilité. En effet, l'exercice de la profession de médecin n'est pas une industrie et la mise en œuvre de ces traitements ne doit pas être entravée par l'existence de brevets¹⁶⁰. Si les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal ne sont pas brevetables, il n'en va pas de même des produits, notamment des substances ou compositions pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes. Au demeurant, les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux ou de sélection des races d'animaux ne sont pas brevetables. Cette exception ne s'applique pas aux procédés microbiologiques¹⁶¹ et aux produits obtenus par ces procédés. De plus, les inventions portant sur les variétés végétales ou les races animales sont brevetables lorsqu'elles ont pour objet une matière biologique isolée de la variété ou de la race animale ou produite à l'aide d'un procédé technique. Cette dérogation s'applique aussi si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée. Du reste, une variété végétale nouvelle qui n'a pas fait l'objet d'une demande de certificat d'obtention végétale conformément à la législation en vigueur en matière de protection des obtentions végétales peut être protégée par un brevet d'invention.

158 « Ne sont pas brevetables :

a) les inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

b) les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits, notamment aux substances ou compositions pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes ;

c) les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou de sélection de races d'animaux. Cette disposition ne s'applique pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés. »

159 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n°236, p.159.

160 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n°249, p.168.

161 On entend par « procédé microbiologique » tout procédé utilisant un micro-organisme, c'est-à-dire une matière ou une entité d'une taille microscopique comme une bactérie ou un virus, ou constituée d'une fraction d'organisme vivant telle qu'une cellule, ou un être unicellulaire. Les procédés utilisant des micro-organismes pour la fabrication des vaccins sont ainsi brevetables. Le procédé essentiellement biologique, par contraste avec le précédent, est un procédé de nature non technique : l'homme n'interfère pas avec le cours naturel des choses, il ne l'infléchit pas vers un résultat déterminé et déterminable. Il en est ainsi des procédés qui font exclusivement appel à des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection.

II. Les caractères de l'invention :

A. L'application industrielle

Aux termes de l'article 29 de la loi n°17-97, une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle lorsqu'elle présente une utilité déterminée, probante et crédible.

Le terme industrie se comprend de façon très large : il implique néanmoins la recherche d'un but lucratif ce qui exclut la mise en œuvre dans un cadre strictement privé ou à titre personnel qui ne doit pas pâtir de l'existence des droits intellectuels¹⁶². Il s'agit de « l'exercice de toute activité physique à caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts ». De surcroît, il ne suffit pas que l'objet de l'invention puisse être utilisé ou fabriqué dans tout genre d'industrie, il doit aussi présenter une utilisation économique immédiate.

B. La nouveauté

Selon le premier alinéa de l'article 26 de la loi n°17-97 « une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». Après avoir négativement défini le concept de nouveauté, le législateur précise au second alinéa de cette disposition que l'état de la technique « est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen, avant la date de dépôt de la demande de brevet au Maroc, ou d'une demande de brevet déposée à l'étranger et dont la priorité est valablement revendiquée ». En outre, le troisième paragraphe de l'article 26 précise qu'« est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu des demandes de brevets déposées au Maroc, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au 2ème alinéa du présent article et qui ont été publiées à cette date ou à une date postérieure ». Il en ressort que la nouveauté est détruite par tout fait ayant eu pour conséquence de mettre l'invention à la disposition du public, autrement dit l'antériorité¹⁶³. Celle-ci résulte d'une publicité de l'invention avant le dépôt de la demande de brevet et peut avoir une double origine. En effet, l'invention peut être dans le domaine public sans que l'inventeur l'ait voulu ou publiée par l'inventeur lui-même. Il s'agit alors dans ce dernier cas d'une divulgation. Mais la divulgation de l'invention n'est pas prise en compte si elle a lieu dans les douze mois précédant la date du dépôt de la demande de brevet d'invention et a été effectuée, autorisée ou obtenue du titulaire de la demande de brevet d'invention.¹⁶⁴ Il en va de

162 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 281, p 191.

163 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 286, p 194.

164 Article 27 alinéa 1) de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée.

même si la divulgation « résulte de la publication, après la date de ce dépôt, d'une demande de brevet d'invention antérieure qui résulte directement ou indirectement d'un abus évident à l'égard du demandeur ou de son prédécesseur en droit ¹⁶⁵ ». Outre les abus commis par des tiers, le législateur ne considère pas comme divulgation le fait que « l'invention a été présentée pour la première fois par le demandeur ou son prédécesseur en droit dans des expositions internationales officielles ou officiellement reconnues, organisées sur le territoire de l'un des pays de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle »¹⁶⁶.

C. L'activité inventive

Le troisième critère de brevetabilité est l'activité inventive qui est définie à l'article 28 de la loi n°17-97. Aux termes de cette disposition, « une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ». La mise en œuvre de ce critère, encore dénommé « non évidence » s'apprécie par rapport à l'état de technique, le personnage de référence ainsi que l'activité inventive.

L'exigence d'une activité inventive, suppose une comparaison des éléments caractéristiques de l'invention à l'état de la technique. Ce concept, déjà utilisé pour l'appréciation de la nouveauté s'en distingue en vertu du second alinéa de l'article 28 de la loi précitée. Celui-ci édicte que « si l'état de la technique comprend également les documents visés au 3ème alinéa de l'article 26 ¹⁶⁷ ci-dessus, ils ne sont pas pris en considération pour l'appréciation de l'activité inventive ».

Au surplus, il faut définir la personne par rapport à qui l'invention ne doit pas paraître évidente. La loi n°17.97 n'a pas donné de définition de l'« homme du métier ». Cependant, pour définir ce terme, on peut se référer au droit français, qui à l'instar du droit marocain emploie ce standard et n'en donne aucune précision¹⁶⁸. L'homme du métier est celui de la discipline industrielle auquel se pose le problème technique, que résout l'invention¹⁶⁹. Mais lorsque l'invention ressortit à des domaines techniques différents, c'est le fabricant ou le constructeur qui doit être considéré comme l'homme du métier et non pas l'utilisateur¹⁷⁰. L'homme du métier dispose par ailleurs de

165 Article 27 alinéa 2) de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée.

166 Article 27 alinéa 3) de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée.

167 Le troisième alinéa de l'article 26 énonce qu'« est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu des demandes de brevets déposées au Maroc, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au 2ème alinéa du présent article et qui ont été publiées à cette date ou à une date postérieure ».

168 L'article L611-14 de la loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle précise qu'« une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Si l'état de la technique comprend des documents mentionnés au troisième alinéa de l'article L. 611-11, ils ne sont pas pris en considération pour l'appréciation de l'activité inventive ».

169 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 318, p.214.

170 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 318, p 215.

l'appareillage, de la documentation, des personnels nécessaires qui lui permettent d'être à la pointe de la technique considérée¹⁷¹. Il possède toutes « les connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses seules connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention »¹⁷². Mais dans les domaines complexes et composites (généralement de haute technologie) au confluent de spécialités distinctes, l'office européen des brevets (OEB) définit l'homme du métier par « un groupe de personnes, telle une équipe de recherche, ayant des compétences dans des domaines différents ».¹⁷³ La jurisprudence française adopte cette approche.

Enfin, la question de savoir si une invention fait ou non preuve d'activité inventive relève de l'appréciation souveraine des juges de fond. En l'absence de jurisprudence marocaine en la matière, les tribunaux français et les chambres de l'OEB appliquent souvent pour l'appréciation de l'activité inventive, « l'approche problème-solution »¹⁷⁴. Cette méthode consiste d'abord à identifier l'état de la technique le plus proche, puis partant de cet état de la technique, à identifier le problème technique que l'invention se propose de résoudre, à examiner ensuite si ce problème a bien été résolu par la solution revendiquée, sinon à reformuler un problème moins ambitieux et, enfin à examiner si la solution revendiquée s'imposait à l'évidence à l'homme du métier au vu de l'état de la technique pertinent. L'identification du problème à résoudre est évidemment essentielle et conditionne la validité du raisonnement subséquent. Elle s'appuie également sur des indices secondaires qui sont divers et nombreux. Ils répondent à l'absence de critère unique d'activité inventive et à la variété des situations dans lesquelles une telle activité inventive peut se révéler¹⁷⁵. Ainsi sont cités à l'appui de l'existence d'une activité inventive la présentation d'un problème technique qui n'a pas été posé dans l'art antérieur¹⁷⁶. Il en est de même si l'invention réalise un progrès technique important ou si elle procure un avantage économique¹⁷⁷.

171 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n°319, p 215.

172 Ibid.

173 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n°319, p 216.

174 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 323, p.219.

175 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 324, p.220.

176 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 325, p.220.

177 Ibid.

Au reste, le législateur prévoit les applications de la condition d'activité inventive à l'article 21 de la loi n°17-97. Ainsi, l'invention peut porter sur des produits¹⁷⁸, sur des procédés¹⁷⁹ et sur toute application nouvelle¹⁸⁰ ou une combinaison de moyens connus pour arriver à un résultat inconnu par rapport à l'état de la technique¹⁸¹. L'invention peut porter également aux termes du second alinéa de cette disposition sur des compositions et des produits pharmaceutiques ainsi que des remèdes de toute espèce y compris les procédés et appareils servant à leur obtention.

III. L'exploitation du brevet :

Après avoir examiné les conditions dans lesquelles un inventeur peut obtenir un droit de brevet, il importe de mettre en exergue les éléments de la vie de celui-ci qui présentent un lien pertinent avec la contrefaçon et la concurrence déloyale. Il en est ainsi des droits et obligations du breveté et de la sanction de la violation du droit de brevet, plus précisément la contrefaçon. Celle-ci sera développée dans la seconde partie, conformément à l'esprit qui préside à ce travail : la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle est abordée eu égard de ses rapports avec la concurrence déloyale. En revanche, les actes relatifs au droit du brevet volontaires¹⁸² ou obligatoires¹⁸³, ne se rattachent pas à la thématique principale de la thèse et ne seront en conséquence pas abordés.

A. Les droits du breveté

Les prérogatives du breveté :

Le contenu de ces prérogatives se trouve énoncé aux articles 53¹⁸⁴ et 54¹⁸⁵ de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle qu'elle a été modifiée et complétée. Le droit du brevet y apparaît

178 L'invention portant sur un béton réfractaire comportant notamment un défloculant, dès lors que rien dans l'état de la technique n'enseignait à l'homme du métier la possibilité de substituer un produit défloculant à un produit tensio-actif connu et que rien ne lui indiquait que cette substitution était susceptible d'aboutir au même résultat.

179 Il y a activité inventive dès lors que, même si l'homme du métier connaissait le système et pouvait concevoir de disposer le moyen d'une certaine matière, rien dans l'état de technique ne pouvait lui suggérer de le réaliser de la manière décrite.

180 Il s'agit d'un ensemble d'opérations industrielles permettant de fabriquer un produit : procédé de fabrication du sucre, d'un produit pharmaceutique, d'un matériau de construction.

181 Il est ainsi de la combinaison d'un métier à filer et d'un bobinoir comprenant un système transporteur des bouteilles de bière.

182 Il est question de la cession, l'apport du brevet en société, la concession de licence et le nantissement.

183 Il s'agit des licences obligatoires et d'office.

184 L'article 53 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que :

« Sont interdites, à défaut du consentement du propriétaire du brevet :

a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit objet du brevet ;

b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire marocain ;

c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet ».

185 L'article 53 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que :

« Est également interdite, à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire marocain, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en

comme une faculté d'interdire, un pouvoir d'exclure les tiers du bénéfice de l'exploitation d'une invention. Il n'en reste pas moins que l'étendue de ces prérogatives se trouve limitée par une série de prérogatives dont certaines ne trouvent pas naissance dans le droit de la propriété industrielle.

Le contenu des prérogatives du breveté

Le brevet confère le droit d'interdire à tout tiers, en l'absence du consentement du propriétaire du brevet la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien, l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit objet du brevet¹⁸⁶. Il en va de même de l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire marocain¹⁸⁷. Est également interdite à défaut du consentement du propriétaire du brevet, l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet¹⁸⁸. En dernier lieu, l'article 54 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée interdit à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire marocain, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Bien que la loi évoque « un droit d'interdire », définissant le droit du brevet de façon négative, il s'agit bien d'un droit positif qui s'apparente à une forme de propriété¹⁸⁹. Ces éléments seront analysés plus en détail lorsque le délit de contrefaçon sera traité dans les développements ultérieurs. En fait, le délit de contrefaçon consiste en l'atteinte illégitime portée aux prérogatives du breveté.

Quant à l'étendue pratique des droits du brevet, elle est déterminée par les revendications, le cas échéant, interprétées à la lumière de la description et des dessins¹⁹⁰.

œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre ».

186 Article 53 alinéa a) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

187 Article 53 alinéa b) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

188 Article 53 alinéa c) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

189 Voir Supra : p.21

190 L'article 52 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée dispose que :

« L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins peuvent servir à interpréter les revendications.

Si l'objet du brevet porte sur un procédé, la protection conférée par le brevet s'étend aux produits obtenus directement par ce procédé ».

🚦 L'étendue des prérogatives du breveté

❖ Le droit de la concurrence

Les droits de propriété industrielle apparaissent comme des éléments du droit de la concurrence dans la mesure ils constituent des instruments de concurrence¹⁹¹. Ce n'est pas le droit de brevet en lui-même qui est de nature à fausser la concurrence, mais l'exploitation de ce droit¹⁹². En effet, le droit exclusif que confère le brevet à son titulaire peut apparaître comme contraire au principe de la libre concurrence. Toutefois, résumer cette confrontation à l'équation selon laquelle les monopoles et donc le brevet qui établit un monopole d'exploitation au seul profit du breveté, nuit à la concurrence ne rend pas compte de la complexité des rapports entre ces deux droits¹⁹³.

En premier lieu, si le brevet investit son titulaire d'un droit exclusif, il ne lui assure pas nécessairement un pouvoir de marché ou à fortiori un monopole au sens économique du terme¹⁹⁴. L'existence d'autres technologies susceptibles d'applications équivalentes, voire substituables, vient limiter ou neutraliser l'avantage du breveté qui s'en trouve d'autant relativisé. Il en découle que le bénéfice du brevet n'est donc pas à lui seul restrictif de la concurrence.

Ensuite, la protection reconnue aux inventions contribue incontestablement au progrès technique¹⁹⁵. L'octroi du brevet n'a pas seulement pour objet de récompenser l'inventeur par un monopole légal, il est également destiné à stimuler les investissements de la recherche par la perspective d'obtenir un tel droit. Cela incite subséquemment à la publication et à la diffusion de la technologie protégée. Il en résulte que le droit des brevets sert le progrès et la concurrence. En fait, le droit de brevet cherche à sa façon à promouvoir la concurrence par l'innovation. L'opposition qui peut donc résulter entre les règles relatives aux droit de brevet et celles qui ont

L'article 35 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée explicite la notion de revendication :

« Les revendications définissent l'objet de la protection demandée en indiquant les caractéristiques techniques de l'invention. Une revendication ne peut, sauf absolue nécessité, se fonder pour exprimer les caractéristiques techniques de l'invention, sur de simples références à la description ou aux dessins.

Les revendications doivent être claires, concises et fondées sur la description.

Une invention revendiquée est suffisamment étayée par les informations divulguées lorsque lesdits renseignements montrent raisonnablement à un homme du métier que le demandeur était en possession de l'invention revendiquée, à la date du dépôt de la demande de brevet de l'invention ».

Selon l'article 31 alinéa 1 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée le dossier de dépôt d'une demande de brevet d'invention doit notamment comporter une description de l'invention (et/ou une partie de cette description, qui semble en constituer une, et/ou un renvoi à une demande déposée antérieurement, sous réserve qu'elle soit accessible), une ou plusieurs revendications ainsi que les dessins auxquels se réfèrent la description ou les revendications.

191 Voir Supra : p.28 et s.

192 Ibid.

193 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 636, p.393.

194 Ibid.

195 Ibid.

pour objet la préservation de la concurrence concerne essentiellement les moyens mis en œuvre pour amener les entreprises à pratiquer une saine concurrence, source de progrès économique¹⁹⁶. Ainsi les règles positives actuelles du droit de la concurrence obligent à rechercher s'il peut exister un bénéfice économique à certains comportements qui de prime abord paraissent restrictifs de concurrence¹⁹⁷.

Outre ces considérations, le droit de la concurrence fait appel à des moyens répressifs car sa fonction est de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, alors que le droit des brevets fait appel à un système de stimulation¹⁹⁸. Néanmoins, en cas d'abus, son exercice est limité à la fois par le droit de la propriété intellectuelle¹⁹⁹ et par les règles de concurrence²⁰⁰.

Enfin, il ne faut pas méconnaître l'impact d'une certaine instrumentalisation des mécanismes du droit de la concurrence afin de tenter de paralyser les effets des droits exclusifs des propriétés

196 Ibid.

197 Ibid.

198 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 636, p.394.

199 Le système des licences forcées en donne un bon exemple. Il sera traité dans le développement suivant relativement aux limitations apportées au droit de brevet par les considérations tirées de l'intérêt général.

200 Il s'agit des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles notamment la réglementation des ententes et des abus de position dominante définies respectivement aux articles 6 et 7 du Dahir n° 1-14-116 du 30 Juin 2014 portant promulgation de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence. A ce propos les accords relatifs à l'exploitation des inventions n'échappent pas par leur nature à l'application du droit des ententes. Ainsi, sont condamnables à ce titre, les pratiques qui ont pour objet ou pour effet de prolonger artificiellement la durée du monopole conféré par le brevet. De même, le brevet confère à son titulaire un monopole légal qui n'est pas en soi une position dominante. Par exemple, le breveté ne doit pas se livrer à diverses manœuvres dilatoires lors de la vente d'un dispositif industriel pour lequel il bénéficie d'une position dominante sur le marché spécifique concerné.

L'article 6 de ce texte prohibe les conventions qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu sur un marché. Selon cette disposition : « Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, notamment lorsqu'elles tendent à :

1. limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
2. faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
3. limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
4. répartir les marchés, les sources d'approvisionnement ou les marchés publics »

Quant à l'article 7 de la loi n° 104-12, il précise qu' :

« Est prohibée, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

1 d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;

2 d'une situation de dépendance économique dans laquelle se trouve un client ou un fournisseur ne disposant d'aucune

autre alternative équivalente.

L'abus peut notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Il peut consister également à imposer directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ».

intellectuelles²⁰¹. Cela tient au développement qu'a connu le droit de la concurrence à l'égard de celles-ci.

❖ Les limitations apportées au droit du brevet par des considérations d'intérêt général

D'une façon générale, le droit de brevet monopole de droit, ne doit pas conduire à un blocage du marché préjudiciable à la collectivité nationale. C'est la raison pour laquelle le droit marocain met en place un système de licences autoritaires. Cela signifie que le breveté peut être contraint dans des circonstances particulières et dans le but de sauvegarder l'intérêt général, d'octroyer des licences à des tiers.

C'est le cas des licences obligatoires pour défaut d'exploitation accordées conformément à l'article 60 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée²⁰². Les licences de dépendance font également partie des licences obligatoires en vertu de l'article 66 de ce texte²⁰³ : Elles évitent à l'auteur d'un perfectionnement portant sur une invention précédemment brevetée d'être empêché d'exploiter celle-ci en raison de l'opposition du titulaire du brevet antérieur.

201 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 636, p.394.

202 L'article 60 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée prévoit que :
« Toute personne de droit public ou privé peut, trois ans après la délivrance du brevet ou quatre ans après la date de dépôt de la demande de brevet, obtenir du tribunal une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles 61 et 62 ci-dessous, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes, le propriétaire du brevet ou son ayant cause:

- a) n'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire du Royaume du Maroc;
- b) n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché marocain; ou
- c) lorsque l'exploitation ou la commercialisation du brevet au Maroc a été abandonnée depuis plus de trois ans ».

203 L'article 66 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée dispose que :
« Lorsqu'une invention protégée par un brevet ne peut être exploitée sans qu'il soit porté atteinte aux droits attachés à un brevet antérieur dont le propriétaire refuse la licence d'exploitation à des conditions et modalités commerciales raisonnables, le propriétaire du brevet ultérieur peut obtenir du tribunal une licence obligatoire, dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 60 à 62 ci-dessus, sous réserve :

- a) que l'invention revendiquée dans le brevet ultérieur suppose un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable par rapport à l'invention revendiquée dans le brevet antérieur;
- b) que le titulaire du brevet antérieur ait droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l'invention revendiquée dans le brevet ultérieur; et
- c) que la licence en rapport avec le brevet antérieur soit incessible sauf si le brevet ultérieur est également cédé ».

Dans la même veine, des licences d'office sont prévues par la législation de la propriété industrielle dans l'intérêt de la santé publique²⁰⁴ ou pour répondre à des exigences de la défense nationale²⁰⁵.

B. Les obligations du breveté

Le droit de brevet donne naissance à des prérogatives mais également à des obligations. Ces dernières ne seront pas traitées exhaustivement comme les prérogatives car elles ne présentent aucun lien avec la contrefaçon et à fortiori la concurrence déloyale.

Les obligations consistent à payer les annuités destinées à maintenir le brevet en vigueur et à exploiter l'invention. En apparence, l'obligation d'exploiter une invention va de soi puisque l'Etat confère au breveté un monopole à cette fin. Pourtant, la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée n'affirme nulle part une telle obligation : elle se déduit à contrario des dispositions de l'article 60 de cette loi²⁰⁶. Force est de constater qu'à la différence d'autres droits de propriété industrielle comme la marque, la sanction de l'obligation d'exploiter n'est pas la déchéance mais la simple faculté pour des tiers de solliciter une licence²⁰⁷.

204 L'article 67 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que :
« Si l'intérêt de la santé publique l'exige, les brevets délivrés pour des médicaments, pour des procédés d'obtention de médicaments, pour des produits nécessaires à l'obtention de ces médicaments ou pour des procédés de fabrication de tels produits, peuvent au cas où ces médicaments ne sont mis à la disposition du public qu'en quantité ou qualité insuffisante ou à des prix anormalement élevés, être exploités d'office.

L'exploitation d'office est édictée par un acte administratif à la demande de l'administration chargée de la santé publique.

Les dispositions précitées s'appliquent également pour des médicaments destinés à être exportés vers un pays n'ayant aucune capacité de fabrication ou ayant une capacité insuffisante de fabrication conformément aux accords internationaux en la matière dûment ratifiés par le Royaume du Maroc ».

205 L'article 75 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée énonce que :
« L'Etat peut obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention, objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette exploitation soit faite par lui-même ou pour son compte.

La licence d'office est accordée à la demande de l'administration chargée de la défense nationale par un acte administratif.

Cet acte fixe les conditions de la licence à l'exclusion de celles relatives aux redevances auxquelles elle donne lieu. La licence prend effet à la date de la demande de licence d'office.

A défaut d'accord amiable entre le propriétaire du brevet et l'administration intéressée, le montant des redevances est fixé par le tribunal administratif de Rabat ».

206 Selon l'article 60 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée :
« Toute personne de droit public ou privé peut, trois ans après la délivrance du brevet ou quatre ans après la date de dépôt de la demande de brevet, obtenir du tribunal une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles 61 et 62 ci-dessous, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes, le propriétaire du brevet ou son ayant cause:

- a) n'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire du Royaume du Maroc;
- b) n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché marocain; ou
- c) lorsque l'exploitation ou la commercialisation du brevet au Maroc a été abandonnée depuis plus de trois ans ».

207 Cette licence obligatoire (ou pour défaut d'exploitation) est prévue à l'article 60 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle énoncée à la note précédente.

IV. La contrefaçon

Aux termes de l'article 16 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée²⁰⁸, le brevet confère à son titulaire ou à ses ayants droits un droit exclusif d'exploitation.

Les articles 53²⁰⁹ et 54²¹⁰ de ce texte énumèrent les prérogatives qui y sont attachées : elles permettent au breveté d'interdire à tout tiers d'exploiter l'invention brevetée. Aussi, certains auteurs parlent-ils du monopole du breveté pour désigner ce droit exclusif²¹¹. La formule n'est peut-être pas très heureuse et la discussion n'a qu'une portée purement théorique²¹².

La loi qualifie de contrefaçon l'atteinte portée au droit du breveté. L'article 201 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée établit que toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un brevet d'invention enregistré telle que définie aux articles 53 et 54 de ce texte constitue une contrefaçon²¹³. Comme les autres droits de propriété industrielle et intellectuelle en général, cette atteinte est sanctionnée tant sur le plan civil que sur le plan pénal.

208 L'alinéa 1 de cette disposition édicte que :

« Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par l'organisme chargé de la propriété industrielle. Ce titre confère à son titulaire ou à ses ayants droit un droit exclusif d'exploitation de l'invention. Le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur ou à ses ayants droit sous réserve des dispositions de l'article 18 ci-dessous ».

209 Cet article énonce que :

« Sont interdites, à défaut du consentement du propriétaire du brevet :

- a) la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit objet du brevet;
- b) l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire marocain;
- c) l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet »

210 Cette disposition prévoit que :

« Est également interdite, à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire marocain, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes interdits par l'article 53 ci-dessus.

Ne sont pas considérées comme personnes habilitées à exploiter l'invention, au sens du 1er alinéa ci-dessus, celles qui accomplissent les actes visés à l'article 55 ci-dessous »

211 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 699, p 431.

212 Ibid.

213 L'alinéa 1 de l'article 201 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que :

« Toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un brevet d'invention, d'un schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés, d'un dessin ou modèle industriel enregistré, d'une marque de fabrique, de commerce ou de service enregistrée ou d'une indication géographique ou d'une appellation d'origine enregistrée telle que définie respectivement aux articles 53, 54, 99, 123, 124, 154, 155 et 182 ci-dessus constitue une contrefaçon ».

L'acte de contrefaçon peut être défini comme une atteinte au droit du breveté, mais toute atteinte ne constitue pas un acte de contrefaçon. Il faut en plus qu'elle soit illégitime. Enfin, la contrefaçon s'apprécie par la comparaison de l'objet protégé et de l'acte argué de contrefaçon.

A. L'acte de contrefaçon est une atteinte au droit du breveté

Certains actes de contrefaçon sont constitués par le simple fait matériel de l'atteinte. Pour d'autres actes, le législateur exige, en outre un élément moral.

1. L'élément matériel de l'atteinte

L'acte de contrefaçon, quant à son élément matériel, est défini par l'article 201 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée. Les articles 53 et 54 de ce texte comportent l'énumération des actes de contrefaçon.

La fabrication du produit objet du brevet

Elle implique une reproduction ou une réalisation matérielle d'un objet. Il peut s'agir de l'objet même du brevet lorsque le brevet contrefait est un brevet de produit²¹⁴ ou de l'objet dans lequel se matérialise le procédé dans le cas du brevet de procédé²¹⁵. Il en résulte que la fausse annonce de contrefaçon ne peut être poursuivie comme telle mais au titre de la concurrence déloyale²¹⁶. Ainsi, le tiers qui annonce la fabrication d'un filtre de la porcelaine d'amiante, alors que le filtre n'en contient pas ne commet pas d'acte de contrefaçon²¹⁷. De même prendre un brevet identique à un précédent n'est pas une contrefaçon, à défaut d'exploitation. Tout au plus, la publicité du dépôt peut-elle constituer un acte de concurrence déloyale²¹⁸.

Ainsi, le sous-traitant est contrefacteur et, sauf clause contraire, il ne dispose d'aucun recours à l'encontre du donneur d'ordre²¹⁹. En revanche, le sous-traitant n'est plus contrefacteur lorsqu'il agit sur des instructions du licencié du breveté²²⁰.

214 Un brevet de produit couvre le produit en lui-même quels que soient les moyens utilisés pour l'obtenir.

215 Le brevet de procédé ne protège que le moyen et non le produit qu'il permet d'obtenir. Si le breveté a revendiqué le procédé sans revendiquer le produit, son droit exclusif ne porte que sur le procédé à l'exclusion du produit. Quiconque peut donc fabriquer le produit par tout autre procédé. Seulement, nul ne peut vendre le produit obtenu directement par le procédé breveté (article 53 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée) et sont interdits les faits d'exploitation du produit obtenu directement par le procédé breveté (Article 52 alinéa 2). En effet, si l'objet du brevet porte sur un procédé, la protection conférée par le brevet s'étend aux produits obtenus directement par ce procédé (Article 52 alinéa 2). Constituent alors des faits d'exploitation : l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit objet du brevet.

216 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 737, p 452.

217 Ibid.

218 Ibid.

219 TGI Paris, 24 Avril 1986 ; <https://www.doctrine.fr/>

220 CA Paris, 19 Décembre 1973, <https://www.doctrine.fr/>

La réalisation matérielle est non seulement nécessaire, mais aussi suffisante. La mise en vente du produit n'est pas exigée pour qu'il y ait contrefaçon. Peu importe également que le produit ne soit pas achevé²²¹. En pareil cas, se pose le problème de la contrefaçon partielle, car si le produit n'est pas achevé, cela signifie que le procédé n'a pas été totalement mis en œuvre²²².

La jurisprudence permet de simples actes de réparation à la condition qu'ils n'aboutissent pas à la reconstruction de l'objet breveté²²³. Par ailleurs, le tiers réparateur d'un objet licite ne reproduisant pas l'enseignement du brevet pour la réparation ne saurait donc être l'auteur d'une contrefaçon par fourniture de moyen au sens de l'article 54 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée car il s'agit d'une personne habilitée à exploiter l'invention²²⁴.

Selon l'article 53 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée, l'utilisation du procédé breveté est un acte de contrefaçon. Au plus, selon l'article 52 alinéa 2 de ce même texte, la protection conférée par le brevet de ce procédé s'étend aux produits obtenus directement par ce procédé. Sont également des actes de contrefaçon, l'importation, la commercialisation et l'utilisation d'un produit obtenu selon un procédé breveté ou par un procédé qui en constitue un équivalent technique²²⁵. La formulation d'un produit chimique est assimilée à une utilisation²²⁶.

L'offre d'utilisation d'un procédé breveté est une contrefaçon en vertu de l'article 53 b) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée. A cet égard, la loi interdit, à défaut du consentement du propriétaire du brevet, l'utilisation d'un procédé objet du brevet. Il en va de même lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que

221 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 739, p 453.

222 CA Paris, 8 Décembre 1887, <https://www.doctrine.fr/> : La réalisation d'une machine d'étude dépourvue de fonction industrielle (pour expérience) n'est pas une contrefaçon

223 TGI Paris, 9 Novembre 2004 ; <https://www.doctrine.fr/> : Constitue un acte de contrefaçon la reconstruction consistant en la transformation, sur des appareils, d'éléments essentiels de caractéristiques brevetées, à savoir, en l'espèce, le remplacement de tubes à cathode froide.

224 L'article 54 de cette loi prévoit que :

« Est également interdite, à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire marocain, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes interdits par l'article 53 ci-dessus.

Ne sont pas considérées comme personnes habilitées à exploiter l'invention, au sens du 1er alinéa ci-dessus, celles qui accomplissent les actes visés à l'article 55 ci-dessous »

225 Cass.com, 13 Décembre 1988, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Commet un acte de contrefaçon, en vertu des dispositions de l'article 29 de la loi du 2 janvier 1968, celui qui importe ou introduit en France un produit obtenu directement par un procédé équivalent au procédé objet du brevet ».

226 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 741, p 453.

l'utilisation ou l'offre d'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet sur le territoire marocain.

L'utilisation d'objets contrefaits

Celui qui fait usage, c'est-à-dire utilise une machine brevetée, par exemple, sans autorisation est contrefacteur, indépendamment de toute fabrication. L'usage peut alors porter aussi bien sur le produit breveté que sur le procédé breveté ou même sur le produit non breveté, mais qui a été obtenu par un procédé breveté²²⁷.

Néanmoins, tout usage d'un objet breveté sans autorisation du titulaire du brevet ne constitue pas un acte de contrefaçon. Seule l'usage commercial est considéré comme tel. C'est celui « qui permet à la clientèle de jouir de l'objet du brevet de telle sorte que le détenteur d'objets contrefaits en retire une sorte de bénéfices pour son exploitation »²²⁸. Il s'oppose à l'usage personnel qui suppose au contraire que la personne qui utilise les objets contrefaits garde pour elle le profit de tous leurs avantages²²⁹. Dès lors, pour qu'il y ait usage commercial, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait la qualité de commerçant. Le dentiste qui utilise un mastic pour plombage contrefaisant en fait un usage commercial²³⁰.

La mise dans le commerce ou l'offre de vente

La contrefaçon est également constituée par la vente d'objets contrefaits et il importe peu que la vente soit l'œuvre d'un commerçant ou d'un nom commerçant²³¹. Le caractère habituel n'est pas requis : un acte de vente isolé suffit²³². Peu importe également que l'objet contrefait ne pénètre pas au Maroc et soit expédié d'un pays étranger vers un pays étranger, dès l'instant que le contrat de vente a été conclu au Maroc. Dans l'opération de vente, seul le vendeur commet un acte de contrefaçon et l'acheteur n'en commet point²³³. Toutefois, si l'acheteur utilise l'objet contrefait pour un usage commercial, il commet le délit d'usage²³⁴.

227 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 742, p 454

228 Cass. Chambres réunies, 30 Octobre 1899, <https://www.doctrine.fr/>

229 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 742, p 455.

230 CA Paris, 6 Mai 1857, https://www.doctrine.fr

231 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 743, p 455.

232 Ibid

233 Ibid.

234 Sur le délit d'usage : V infra p 113 et s.

L'offre de vente et de façon générale toute action publicitaire portant sur un objet contrefait constituent encore des actes de contrefaçon²³⁵. En offrant à la vente ou en exposant, le tiers montre qu'il a l'intention de méconnaître les droits du breveté²³⁶. Ainsi, la cour d'appel de Paris a jugé que l'offre sur un site internet accessible en France et surtout à destination du public français constitue un acte de contrefaçon²³⁷. Est encore une contrefaçon, l'exposition d'un produit contrefaisant, notamment dans un salon²³⁸. De façon générale, les simples intermédiaires du commerce ne sont pas considérés comme contrefacteurs quand bien même leur activité aurait porté sur des produits contrefaisants. Il en est de même de l'agent commercial²³⁹ et du courtier²⁴⁰. L'offre de vente pour être poursuivie suppose une action en connaissance de cause. En effet, l'alinéa 2 de l'article 201 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que l'offre, la mise dans le commerce, la reproduction, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait, n'engage la responsabilité de leur auteur que s'il en avait connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance .

La détention d'objets contrefaits

Ce délit consiste à détenir le produit contrefait en vue de l'utiliser, de le mettre dans le commerce ou de l'offrir. L'article 53 c) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée visant la détention aux fins précitées », il s'ensuit que le délit civil suppose pour être constitué que la détention soit réalisée en vue de l'utilisation ou de la mise dans le commerce d'un produit contrefait²⁴¹.

235 Ibid.

236 Il en est ainsi de l'exposition en vente de produits contrefaisants : TGI Paris, 29 Novembre 1972, <https://www.doctrine.fr/>

237 CA Paris, 6 Avril 2007, <https://www.doctrine.fr/>

238 TGI Paris, 5 Janvier 1984, https://www.doctrine.fr

239 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 743, p 456.

240 TGI Paris, 5 Janvier 1984, https://www.doctrine.fr

241 L'alinéa 2 de l'article 201 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que « l'offre, la mise dans le commerce, la reproduction, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait, n'engage la responsabilité de leur auteur que s'il en avait connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance ».

✚ La livraison ou l'offre de livraison des moyens en vue de la mise en œuvre de l'invention brevetée

L'article 54 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée interdit aux tiers à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire marocain, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre. Ce délit tend à protéger le breveté contre des actes qui ne sont pas à proprement parler des actes de contrefaçon, mais qui consistent à livrer ou à offrir à la livraison de moyens en vue de la mise en œuvre d'une invention protégée.

D'abord la fourniture doit porter sur des moyens brevetés ou sur des moyens non brevetés, mais qui conduiront à la réalisation d'un objet breveté. Ainsi se trouve considéré comme contrefacteur celui qui fournit des éléments du domaine public, ultérieurement agencés et montés pour aboutir à un dispositif breveté. Il en est de même pour la fourniture d'un produit du domaine public en vue d'une application brevetée. Peu importe par conséquent que les moyens fournis soient dans le commerce²⁴². Toutefois, l'article 54 alinéa 2 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée fait échapper à la poursuite lorsque la fourniture de moyens porte sur des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes de contrefaçon²⁴³. La fourniture de moyens se trouvant couramment dans le commerce n'est pas constitutive de contrefaçon, hormis le cas où le fournisseur connaissait la destination des produits fournis, c'est-à-dire qu'il savait qu'ils allaient être utilisés pour réaliser une contrefaçon.

En vertu de l'article 54 alinéa 1, il n'est pas nécessaire que la livraison porte sur la totalité des moyens de mise en œuvre de l'invention, il suffit que la livraison concerne un élément essentiel de mise en œuvre. Ainsi, la contrefaçon est constituée par la fourniture de sacs destinés à coopérer avec un dévidoir, car ces actes constituent les moyens de mise en œuvre du dispositif

242 TGI Paris, 26 Septembre 1986, <https://www.doctrine.fr/>

243 Selon les deux premiers alinéas de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée :

« Est également interdite, à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire marocain, à une personne autre que celle habilitée à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.

Les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne sont pas applicables lorsque les moyens de mise en œuvre sont des produits qui se trouvent couramment dans le commerce, sauf si le tiers incite la personne à qui il livre à commettre des actes interdits par l'article 53 ci-dessus ».

breveté, comme se rapportant à un moyen essentiel de l'invention²⁴⁴. La circonstance que les éléments offerts à la vente soient destinés à compléter chez le client des organes d'accrochage brevetés ne permet pas au prétendu contrefacteur d'échapper à la contrefaçon car il y a bien fourniture d'un élément essentiel de l'invention²⁴⁵.

Par ailleurs, il ressort de l'alinéa 1 de l'article 54 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée que la loi prohibe la fourniture de moyens à une personne non titulaire d'une licence. A contrario, la fourniture de moyens au titulaire d'une licence n'est pas un acte de contrefaçon. En conséquence, le sous-traitant, le fournisseur du licencié n'est pas contrefacteur quand bien même les moyens fournis seraient couverts par le brevet donné en licence

Cependant, ce texte écarte parmi les personnes habilitées à exploiter l'invention celles qui accomplissent les actes visées à l'article 55 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée²⁴⁶.

Au demeurant, l'article 54 alinéa 1 exige que la contrefaçon finale ait été réalisée. Le délit de fourniture de moyens n'est donc pas constitué par la simple fourniture qui ne nécessite pas que l'invention en vue de laquelle la fourniture a été faite ait été mise en œuvre. Il en découle que le délit implique pour être constitué la réalisation finale et effective de l'invention.

Enfin, la fourniture de moyens ne constitue une contrefaçon que dans la mesure où l'offre ou la livraison a eu lieu sur le territoire marocain et porte sur des moyens mis en œuvre sur le territoire marocain, ce qui tendrait à montrer que le délit n'est constitué que dans la mesure où la

244 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 746, p 458.

245 Ibid.

246 Selon l'article 55 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée :

« Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas :

- a) aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales;
- b) aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée;
- c) à la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, ni aux actes concernant les médicaments ainsi préparés;
- d) aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à la réalisation de ces études et essais et à l'obtention de l'autorisation;
- e) aux actes concernant le produit couvert par ce brevet, accomplis sur le territoire marocain, après que ce produit ait été mis dans le commerce au Maroc par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès;
- f) à l'utilisation d'objets brevetés à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires de pays membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux territoriales du Maroc;
- g) aux actes effectués par toute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt de la demande ou, lorsqu'une priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande sur la base de laquelle le brevet est délivré sur le territoire du Maroc, utilisait l'invention ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, dans la mesure où ces actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée. Le droit de l'utilisateur antérieur ne peut être transféré qu'avec l'entreprise à laquelle il est attaché.

contrefaçon finale a eu lieu. Ainsi, la fourniture de moyens destinés à l'étranger ne constitue pas un acte de contrefaçon au Maroc. De même, la seule détention d'un moyen de mise en œuvre d'une invention ne constitue pas un acte de contrefaçon à défaut de livraison ou d'offre de livraison sur le territoire marocain.

Quoi qu'il en soit, la possibilité de poursuivre en contrefaçon le fournisseur de moyens n'est pas subordonnée à celle de la personne qui les a mis en œuvre. Le premier peut être poursuivi tandis que le second ne l'est pas²⁴⁷. Ainsi, le fait de fournir à des agriculteurs deux produits dont la réunion représente le produit breveté est une fourniture de moyens²⁴⁸. Au plus, le simple fait de recommander à la clientèle deux produits du domaine public en préconisant l'association couverte par le brevet est une fourniture de moyens²⁴⁹. La recommandation sans la réalisation de l'association est une contrefaçon.

L'introduction au Maroc d'objets contrefaits

L'article 53 c) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée prévoit que le breveté peut interdire l'importation du produit contrefait²⁵⁰. C'est le principe de la territorialité des brevets qui commande la solution²⁵¹. Ainsi, la jurisprudence française considère que l'introduction sur le territoire marocain d'un produit contrefaisant provenant d'un autre territoire est illicite, que l'objet ait ou non été licitement fabriqué à l'étranger et que l'importateur ait ou non agi en connaissance de cause²⁵².

La doctrine française estime en général que la contrefaçon n'est pas commise dans le cas où l'importation n'est pas suivie d'autres actes²⁵³. Cette opinion puise son fondement dans l'article 53 c) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée²⁵⁴. Celui-ci exige que l'importation s'effectue « aux fins précitées » c'est-à-dire aux fins d'utilisation ou de commercialisation.

247 CA Paris, 14 Février 1989, <https://www.doctrine.fr>

248 Ibid.

249 Ibid.

250 Ainsi, selon cette disposition, sont interdites, à défaut du consentement du propriétaire du brevet l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet.

251 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 750, p 459.

252 Cass.com, 24 Janvier 1977, <https://www.doctrine.fr/>

253 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 750, p 460.

254 L'article 53 c) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que sont interdites, à défaut du consentement du propriétaire du brevet l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet.

2. L'élément moral de l'atteinte

L'article 201 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée prévoit que toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet engage la responsabilité civile de son auteur²⁵⁵. Il émet ensuite une réserve en poursuivant : « L'offre, la mise dans le commerce, la reproduction, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait, n'engage la responsabilité de leur auteur que s'il en avait connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance ». Ainsi le législateur distingue-t-il selon l'acte dont il s'agit : tantôt la connaissance en cause est exigée, tantôt elle ne l'est pas. La connaissance de cause est exigée pour tout acte accompli par un non fabricant : utilisation, offre, mise dans le commerce, détention en vue de l'utilisation ou mise dans le commerce ou fourniture de moyens. Il en va de même pour tout acte accompli par une personne quelconque dans le cas de la fourniture de moyens.

En revanche, la connaissance de cause n'est pas exigée pour le fabricant de l'objet quel que soit l'acte accompli : fabrication et tous les actes postérieurs. Pareillement, l'élément intentionnel n'est pas exigé pour le non fabricant, en l'occurrence l'importateur²⁵⁶.

Il en ressort que seuls le fabricant et l'importateur peuvent être condamnés civilement en dépit de leur bonne foi quelle que soit d'ailleurs la forme de l'acte qui leur ait reproché. Cette différence de traitement entre fabricant et non fabricant procède de l'idée selon laquelle le non fabricant est excusable car il peut ignorer la contrefaçon. Parfois, il peut même ne pas avoir le moyen de la connaître.

La jurisprudence française estime que l'auteur de la contrefaçon a agi en connaissance de cause lorsqu'il connaissait le caractère contrefaisant des objets concernés²⁵⁷ et de manière générale le caractère contrefaisant de ses affinements²⁵⁸.

255 L'alinéa 1 de l'article 201 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée dispose que : « Toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un brevet d'invention, d'un schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés, d'un dessin ou modèle industriel enregistré, d'une marque de fabrique, de commerce ou de service enregistrée ou d'une indication géographique ou d'une appellation d'origine enregistrée telle que définie respectivement aux articles 53, 54, 99, 123, 124, 154, 155 et 182 ci-dessus constitue une contrefaçon ».

256 V page précédente.

257 CA Lyon, 20 Mars 1972, <https://www.doctrine.fr/>; CA Paris, 5 Juin 1973, <https://www.doctrine.fr/>

258 CA Paris, 19 Mai 1987, <https://www.doctrine.fr/>

B. L'acte de contrefaçon est une atteinte illégitime au droit du breveté

Une atteinte légitime aux droits du breveté ne peut pas constituer une contrefaçon. Mais la légitimité de l'atteinte est l'exception, cette légitimité ayant une double origine : la volonté du breveté ou une disposition de la loi.

1. La légitimité de l'atteinte par la volonté du breveté

L'hypothèse visée est celle du breveté qui a donné son brevet en licence. Il va de soi qu'en ayant autorisé le licencié à exploiter son brevet, le breveté ne peut se plaindre de l'exploitation de son invention aussi longtemps que celui-ci respecte les limites de son contrat²⁵⁹. Le licencié d'une licence autoritaire délivrée par l'autorité administrative ou judiciaire bénéficie du même régime²⁶⁰. En cas de licence partielle²⁶¹, seuls les actes couverts par le contrat sont réguliers : l'exploitation du brevet au-delà de l'autorisation conférée par la licence, notamment en apportant des améliorations au produit couvert par le brevet constitue un acte de contrefaçon²⁶².

2. La légitimité de l'atteinte par la volonté du législateur

Les cas d'atteinte légitimée par la loi sont prévus par l'article 55 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée²⁶³. Ces exceptions au monopole font pendant aux exceptions de brevetabilité qu'elles viennent compléter²⁶⁴.

259 Articles 56 à 59 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

260 Articles 60 à 75 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

261 Selon l'article 56 alinéa 2 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée : « Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive, ainsi que d'une mise en gage »

262 Cass.crim, 21 Septembre 2004, <https://www.doctrine.fr/>

En ce sens, l'alinéa 3 de l'article 56 alinéa 2 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée prévoit que : « Les droits conférés par la demande de brevet ou le brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence imposée en vertu de l'alinéa précédent ».

263 Cette disposition énonce que :

« Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas :

- a) aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales;
- b) aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée;
- c) à la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, ni aux actes concernant les médicaments ainsi préparés;
- d) aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à la réalisation de ces études et essais et à l'obtention de l'autorisation;
- e) aux actes concernant le produit couvert par ce brevet, accomplis sur le territoire marocain, après que ce produit ait été mis dans le commerce au Maroc par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès;
- f) à l'utilisation d'objets brevetés à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires de pays membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux territoriales du Maroc;
- g) aux actes effectués par toute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt de la demande ou, lorsqu'une priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande sur la base de laquelle le brevet est délivré sur le territoire du Maroc, utilisait l'invention ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, dans la mesure où ces actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée. Le droit de l'utilisateur antérieur ne peut être transféré qu'avec l'entreprise à laquelle il est attaché ».

264 Supra p 39 et s.

Tout d'abord, l'article 55 a) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée vise tous actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales. En fait, pour bénéficier de cette disposition, il faut être en mesure de démontrer que l'acte reproché, qui est souvent un acte d'utilisation, était sans aucun lien avec une activité professionnelle²⁶⁵.

Ensuite, l'article 55 b) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée vise les actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention breveté.

Les justifications de cette règle sont de plusieurs ordres²⁶⁶. En premier lieu, c'est l'une des traductions de la liberté de la recherche proclamée par les textes fondamentaux. En outre, le futur utilisateur du brevet, qu'il soit licencié ou cessionnaire doit pouvoir vérifier avant de conclure le contrat l'intérêt que peut présenter l'invention et de s'assurer de l'exactitude du résultat promis et de l'efficacité du moyen protégé. La licéité de l'expérimentation s'explique par ailleurs par l'idée que l'homme du métier doit pouvoir vérifier que l'invention est suffisamment décrite. Enfin, l'expérimentation ne constitue pas à proprement parler un acte d'exploitation et ne porte pas atteinte par elle-même au droits du breveté. Elle doit donc échapper au domaine de la contrefaçon.

Toujours est-il que l'article 55 b) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée doit être interprété restrictivement, comme toute exception à un principe général²⁶⁷. A cet égard, il doit être impérativement tenu compte de deux éléments : l'importance des actes accomplis et leur finalité. Celui qui agit pour préparer une vente prochaine n'expérimente pas au sens de l'article 55 b) précité. Il est clair que celui qui a expérimenté ne peut pas vendre immédiatement les objets ainsi fabriqués²⁶⁸. En revanche, l'expérimentation en vue d'une modification ou d'une amélioration de l'invention bénéficiera de l'article 55 b) précité, même si cette opération a eu lieu dans la perspective d'une fabrication et d'une commercialisation ultérieures. Le souhait de perfectionner l'invention, d'en vérifier l'intérêt ou sa brevetabilité, d'en mesurer la portée afin d'échapper au brevet constituent des expérimentations au sens de l'article 55 b) précité. Ces actes ne sont plus couverts par cette disposition s'ils sont orientés vers l'exploitation de l'invention protégée. Il serait donc opportun de dénier un caractère expérimental aux actes directement orientés vers l'exploitation du brevet.

265 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 758, p 465.

266 Ibid.

267 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 759, p 465.

268 TGI Paris, 8 Juillet 1982, <https://www.doctrine.fr/>

Tel est le cas de la distribution de produits contrefaisants auprès de la clientèle pour juger de son intérêt pour l'invention²⁶⁹.

De surcroît, l'article 55 c) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée édicte que la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale et les actes concernant les médicaments ainsi préparés échappent à la contrefaçon. Cette exception permet aux pharmaciens de continuer à réaliser les préparations magistrales, c'est-à-dire de pratiquer librement leur art.

Il en va de même des études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à la réalisation de ces études et essais et à l'obtention de l'autorisation²⁷⁰.

Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas pareillement aux actes concernant le produit couvert par ce brevet, accomplis sur le territoire marocain, après que ce produit ait été mis dans le commerce au Maroc par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès²⁷¹.

Le législateur impose aussi une limitation identique concernant l'utilisation d'objets brevetés à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires de pays membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux territoriales du Maroc²⁷².

En dernier lieu, sont exclus de la protection par le brevet les actes effectués par toute personne qui, de bonne foi²⁷³, utilisait l'invention ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, dans la mesure où ces actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée²⁷⁴. Le droit de l'utilisateur antérieur ne peut être transféré qu'avec l'entreprise à laquelle il est attaché.

C. L'appréciation de la contrefaçon

La comparaison de l'objet protégé et de l'acte argué de contrefaçon permet de savoir si la reproduction est réalisée et par voie de conséquence s'il y a contrefaçon. La recherche obéit à deux séries de règles : des règles générales applicables quelle que soit la catégorie à laquelle appartient l'invention et les règles particulières propres à chaque type d'invention. Faute de

269 CA Lyon, 5 Mars 1992, <https://www.doctrine.fr/>

270 Article 55 d) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

271 Article 55 e) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

272 Article 55 f) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

273 Ces actes doivent être réalisés à la date de dépôt de la demande ou, lorsqu'une priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande sur la base de laquelle le brevet est délivré sur le territoire du Maroc.

274 Article 55 g) de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée

doctrine et de jurisprudence marocaine en la matière, cette question sera développée à la lueur du droit français compte tenu des similitudes qu'ils présentent avec le droit marocain.

1. Les règles générales

La reproduction servile

Il va de soi que la reproduction servile constitue un acte de contrefaçon. Mais la jurisprudence française, dans un souci de protection du breveté, ne réserve pas la qualification d'actes de contrefaçon aux seules reproductions à l'identique. Cette notion s'étend aux actes qui ne sont pas la reproduction intégrale de l'invention brevetée. C'est ainsi que sont considérés comme actes de contrefaçon les simples variantes d'exécution et dans une certaine mesure, les équivalents.

Les variations d'exécution

La contrefaçon s'apprécie par les ressemblances et non par les différences. De simples différences de détail n'enlèvent pas le caractère contrefaisant de la reproduction d'une invention protégée, comme le soutiennent les auteurs et le consacre une jurisprudence abondante et constante²⁷⁵. En conséquence, « la règle a été maintes fois formulée en jurisprudence que la contrefaçon doit se juger d'après les ressemblances et non les différences. Peu importeraient des différences secondaires en présence de similitudes essentielles : des différences peu importantes, qui n'ont pas d'autres buts que de masquer le délit, constituent en définitive la contrefaçon simulée »²⁷⁶.

La jurisprudence ajoute par ailleurs qu'il y a contrefaçon lorsque tous les éléments essentiels de la revendication sont repris soit à l'identique soit par équivalent²⁷⁷. Il devient dès lors sans importance qu'au-delà de cette similitude fondamentale, des différences assez apparentes séparent deux procédés²⁷⁸ ou deux objets²⁷⁹.

Si en principe, la jurisprudence affirme toujours qu'il y a lieu de tenir compte des ressemblances et que les quelques différences pouvant exister entre l'invention protégée et l'objet argué de

275 Cass.com, 5 Mai 1971, <https://www.legifrance.gouv.fr/>: « une cour d'appel peut déclarer que des procédés de fermentation constituent des contrefaçons des procédés décrits dans un brevet des lors que, sans considérer que la fermentation puisse, d'une manière générale et prise en elle-même, constituer un procédé de fabrication brevetable, elle retient souverainement que les opérations fondamentales de mise en fermentation de micro-organismes particulièrement appropriées, à partir desquelles les fabrications sont obtenues présentent avec le procédé décrit dans le brevet une ressemblance essentielle et que les indications y contenues suffisent pour permettre à l'homme de laboratoire de choisir, à l'aide de la technique courante les souches les mieux appropriées dont la fermentation engendrera le produit, ce choix ne requérant que des opérations simples à la portée d'un préparateur ».

276 ROUBIER (P), 1952, *Le droit de la propriété industrielle : les créations nouvelles*, Tome 1, Sirey, Paris, p 331.

277 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, *Droit de la propriété industrielle* par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 718, p 439.

278 CA Paris, 6 Janvier 1965 ; <https://www.doctrine.fr/>

279 CA Grenoble, 24 Février 1969, https://www.doctrine.fr

contrefaçon doivent être négligées²⁸⁰, tout dépend en réalité des caractéristiques reproduites ou non reproduites.

Ainsi, le simple changement de matière, de forme, de disposition, de dimensions ou l'absence d'un élément facultatif de l'invention sans aucun résultat industriel nouveau ne sont que des variantes d'exécution qui ne font pas obstacle à la contrefaçon²⁸¹. En somme, il y a contrefaçon dès lors que l'objet incriminé comporte tous les éléments essentiels, non secondaires, constitutifs de l'invention protégée²⁸². Un élément ou un moyen est essentiel lorsqu'il est nécessaire pour résoudre le problème technique posé. L'absence de reproduction d'un élément essentiel de l'invention entraîne l'absence de contrefaçon²⁸³. Il en résulte également que des caractéristiques mineures qui ne procurent pas d'effet technique particulier ne sont pas prises en compte dans le cadre d'une contrefaçon alléguée.

« Perfectionner c'est contrefaire » : la formule est toujours vraie²⁸⁴, dès lors que les caractéristiques essentielles sont reproduites²⁸⁵. Le perfectionnement peut aller dans le sens d'une simplification de l'invention perfectionnée²⁸⁶. Contrairement à ce qu'a pu juger la cour de Cassation française, un perfectionnement n'est pas, par ce qu'il serait contrefaisant, nécessairement privé de nouveauté et d'activité inventive²⁸⁷.

La théorie des équivalents

Souvent, les contrefacteurs mettent en œuvre des moyens équivalents à ceux revendiqués afin d'échapper à toute sanction. La théorie des équivalents a été développée pour éviter une limitation excessive de la portée d'un brevet et une extension indue de cette portée. Il s'agit ainsi de concilier la préservation des droits du breveté et d'un niveau raisonnable de sécurité juridique pour les tiers²⁸⁸.

280 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 718, p 439

281 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 718, p 440

282 Ibid.

283 TGI Paris, 7 Mai 1997, <https://www.doctrine.fr>

284 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 718, p 440

285 TGI Nancy, 29 Mai 1998, <https://www.doctrine.fr>

286 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 718, p 440

287 Cass.com, 31 Mars 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr>

288 Conformément à l'article 69 de la convention sur le brevet européen Conclue à Munich le 5 octobre 1973 qui dispose que :

« (1) L'étendue de la protection conférée par le brevet européen ou par la demande de brevet européen est déterminée par les revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications.

(2) Pour la période allant jusqu'à la délivrance du brevet européen, l'étendue de la protection conférée par la demande de brevet européen est déterminée par les revendications contenues dans la demande telle que publiée. Toutefois, le brevet européen tel que délivré ou tel que modifié au cours de la procédure d'opposition, de limitation ou de nullité

Autrement, dit, il serait injuste de limiter la portée d'un brevet à la lettre même des revendications alors que les modifications non substantielles des caractéristiques de l'invention n'en changent pas l'essence. La jurisprudence française l'a acculturée sur la base des travaux du juriste allemand Kholer²⁸⁹. La jurisprudence française s'est peu à peu ralliée aux définitions proposées par la doctrine : « Il est de principe que sont équivalents des moyens, qui bien qu'étant de formes différentes exercent les mêmes fonctions en vue d'un résultat semblable »²⁹⁰.

La théorie des équivalents se distingue de la théorie des variantes d'exécution précédemment exposée en ce que cette dernière exige que les moyens soient reproduits à l'identique. Elle se distingue également de la contrefaçon par perfectionnement (avec laquelle elle est souvent confondue) qui reproduit l'invention antérieure en lui ajoutant un élément inventif et nouveau sous la forme d'une adjonction ou d'une restriction, perfectionnement brevetable²⁹¹. En effet, malgré certaines hésitations, la cour de cassation a estimé qu'un perfectionnement, peut être tout à la fois brevetable et contrefaisant²⁹².

Affirmer que le résultat n'a pas à être identique et qu'il suffit qu'il soit semblable, signifie que si le résultat présente une simple différence de degré, il y a une équivalence et partant contrefaçon. Si au contraire, il y a une différence de nature dans le résultat, il n'y a plus équivalence, et par conséquent, il n'y a pas contrefaçon²⁹³. C'est la raison pour laquelle la

détermine rétroactivement la protection conférée par la demande, pour autant que cette protection ne soit pas étendue ».

Cette disposition a été modifiée par le protocole interprétatif de l'article 69 CBE qui, conformément à l'article 164, paragraphe 1, fait partie intégrante de la présente convention.

L'article 69 ne doit pas être interprété comme signifiant que l'étendue de la protection conférée par le brevet européen est déterminée au sens étroit et littéral du texte des revendications et que la description et les dessins servent uniquement à dissiper les ambiguïtés que pourraient recéler les revendications. Il ne doit pas davantage être interprété comme signifiant que les revendications servent uniquement de ligne directrice et que la protection s'étend également à ce que, de l'avis d'un homme du métier ayant examiné la description et les dessins, le titulaire du brevet a entendu protéger. L'article 69 doit, par contre, être interprété comme définissant entre ces extrêmes une position qui assure à la fois une protection équitable au titulaire du brevet et un degré raisonnable de sécurité juridique aux tiers.

Pra ailleurs, il faut préciser que la Convention sur le brevet européen, ou CBE, signée à Munich en octobre 1973 (aussi appelée Convention de Munich) est entrée en vigueur le 7 Octobre 1977. Le système institué par cette convention ratifié par 38 pays met en place une organisation européenne des brevets. Elle organise une procédure unique de délivrance des brevets effectuée par un office unique de délivrance unique, l'office européen des brevets (OEB) selon des critères de brevetabilité uniques. Le brevet délivré à l'issue de cette procédure éclate alors en autant de brevets nationaux qu'il a été désigné de pays au moment de la demande. Elle a été profondément remaniée le 29 Novembre 2000 et les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 13 Décembre 2007.

289 Notamment : DE HAAS, La théorie des équivalents in Aspects actuels de la contrefaçon, CITEC/ CEIPI 1975, p.69 ; BERDEHLE (H), Théorie des équivalents et harmonisation du droit des brevets, RDPI, 1993 n° 49, p.22 ; MARTIN (J-M) et MONCHENY (M), Contrefaçon et doctrine des équivalents en droit des brevets, RDPI 2001, n° 122, p.25 ;

290 TGI Paris, 14 Juin 1996, <https://www.doctrine.fr/> ; Cass.com, 31 Mars 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr/cass.com>, 15 Septembre 2009.

291 CA Paris, 16 Mars 1977, <https://www.doctrine.fr/>

292 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 719, p 441.

293 CA Paris, 26 Mai 1981, <https://www.doctrine.fr/>

jurisprudence décide que sont équivalents deux moyens qui bien qu'étant de forme différente, exercent la même fonction en vue de résultats semblables²⁹⁴ ou similaires²⁹⁵.

A fortiori, il y a équivalence lorsqu'il y a identité de moyens, fonctions et résultat²⁹⁶. Le moyen d'une convention se caractérise par sa forme, par l'application qui en est faite et par la fonction qu'il remplit de cette application. Si le brevet protège le moyen de l'invention, non seulement dans sa forme, mais dans sa fonction, un moyen équivalent, de forme différente, mais remplissant la même fonction est contrefaisant.

Mais, lorsque la fonction du moyen breveté était connue, et que par conséquent le brevet ne protège le moyen que dans sa forme nouvelle, un moyen de forme différente remplissant la même fonction ne saurait être contrefaisant²⁹⁷. Lorsque la fonction est couverte par le brevet, il peut y avoir contrefaçon par équivalence dès lors que les moyens de forme différente remplissent la même fonction dans une application identique en vue d'un résultat de même nature qui, en l'espèce est de surcroît de même de même degré²⁹⁸. De même si le moyen général est revendiqué, les formes équivalentes sont des contrefaçons²⁹⁹. Il n'en demeure pas moins que la théorie des équivalents a une limite : elle ne s'applique pas lorsque le breveté a expressément renoncé à toute extension de la portée de son brevet. Telle est la pratique essentiellement développée en droit européen des brevets, des « disclaimers » (littéralement « de-revendications ») qui visent les situations dans lesquelles un breveté retranche de ses revendications finales une partie de l'étendue de la protection qu'il avait demandé à l'origine³⁰⁰.

La revendication peut se présenter sous deux formes : générale et particulière. Le breveté peut avoir revendiqué en termes généraux les moyens assurant telle ou telle fonction. Il peut aussi s'être contenté d'indiquer certains moyens particuliers assurant telle fonction. Dans le premier cas, il est certain que la théorie des équivalents pourra recevoir application, et la revendication générale couvrira tous les moyens équivalents. Par contre, dans le second cas, la protection se limitera aux moyens nommément désignés³⁰¹. Pour les revendications couvrant une combinaison

294 CA Paris, 26 Octobre 1982, <https://www.doctrine.fr/>

295 Cass.com, 15 Juillet 1987, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Une société ne saurait faire grief à un arrêt de l'avoir déclarée contrefactrice d'un brevet dès lors que, tout en relevant des différences de structure entre le dispositif protégé par le brevet et le sien, la cour d'appel a, par une appréciation souveraine, retenu que le brevet protégeait également des fonctions et que celles-ci étaient identiques ou similaires à celles produites par le dispositif litigieux ».

296 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 719, p 442.

297 CA Paris, 1 décembre 1988, <https://www.doctrine.fr/>

298 CA Paris, 25 Avril 1990, <https://www.doctrine.fr/>

299 CA Paris, 11 Octobre 1990, <https://www.doctrine.fr/>

300 Les décisions G 1/03 et G 2/03 du 8 Avril 2004 rendues par la grande chambre de recours de l'office européen des brevets ont précisé le cadre d'admission de ces disclaimers : <http://www.epo.org>

301 Cass.com, 26 Février 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

de moyens, L'application de la théorie des équivalents diffère selon que la fonction globale de la combinaison de moyens est ou non connue. En cas de fonction globale connue, le remplacement d'un élément de la combinaison par un élément équivalent mais de structure différente n'est pas contrefaisant. Le brevet ne couvre pas un moyen pris dans sa forme : un moyen de forme différente, bien que remplissant la même fonction ne peut être considéré comme contrefaisant par équivalence³⁰². A l'inverse, lorsque la revendication porte sur une combinaison de moyens dont la fonction globale est nouvelle, toute combinaison de moyens de structure différente, mais remplissant la même fonction globale est à priori équivalente et donc contrefaisante³⁰³. Encore faut-il que la revendication protège un moyen général unique pour que l'équivalence soit retenue³⁰⁴.

Pour l'appréciation de l'équivalence, il convient donc de vérifier de manière objective la réunion des trois éléments précités : moyens équivalents, même fonction en vue d'un résultat unique ou similaire. Le juge n'a pas en principe à rechercher de manière subjective si le remplacement du moyen était évident pour l'homme de métier ni à examiner l'intention du breveté lors de la rédaction des revendications, ou dans le cadre de l'examen. La cour de cassation française exerce son contrôle sur la caractérisation de l'équivalence des moyens³⁰⁵.

L'interdiction d'associer plusieurs titres

Le breveté n'est pas admis à joindre plusieurs brevets dont il serait titulaire pour se plaindre de l'existence d'actes de contrefaçon. Ainsi, il n'est pas autorisé à combiner plusieurs titres pour démontrer la contrefaçon. La jurisprudence française est formelle sur ce point : « chacun des

« Mais attendu que l'arrêt retient qu'était déjà connue, au jour du dépôt des demandes de brevet de M. X..., la fonction incriminée de relevage et de fermeture automatique du hayon par le jeu d'une bielle reproduite par le système fabriqué par la société Braun et commercialisée par la société Pimas ; que notamment, le brevet japonais 51 12 2217 publié le 26 octobre 1976 décrit et divulgue les moyens et la fonction revendiquée de relevage et de fermeture automatique du hayon par le jeu d'une bielle ; que M. X... et les établissements ne peuvent pas revendiquer un monopole sur le principe général d'un dispositif fonctionnel déjà connu en soi ; que, dès lors la portée du brevet français est nécessairement limitée au mode particulier de leur réalisation et que celui-ci ne protège la fonction décrite que dans sa forme nouvelle avec les moyens nouveaux précisés, par le brevet, consistant essentiellement en la mise en œuvre d'une bielle réglable associée au dispositif de relevage automatique ; qu'ils ne peuvent donc pas soutenir que, contrefait par équivalence, le produit par la société Braun et commercialisé par la société Pimas, qui reprend une fonction antérieurement connue et ne met pas en œuvre une bielle réglable ; que la cour d'appel qui a déduit de ces constatations et énonciations que le dispositif incriminé n'était pas une contrefaçon par équivalence, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

302 Cass.com, 4 décembre 1990, <https://www.doctrine.fr/>

303 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 719, p 443.

304 Ibid.

305 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 720, p 443.

brevets invoqués doit être examiné séparément, tant du point de vue de sa validité que de sa contrefaçon »³⁰⁶.

2. Les règles particulières

Les règles relatives au brevet de produit

Le résultat n'est jamais brevetable : il n'y a pas de brevet de résultat écrivait Roubier³⁰⁷. Un brevet protégeant un produit couvre le produit en lui-même quels que soient les moyens utilisés pour l'obtenir. En d'autres termes, toutes les applications y compris celles non prévues par le brevet sont couvertes par la protection de ce brevet³⁰⁸. Certes, le tiers qui découvre une application non revendiquée³⁰⁹ pourra obtenir un brevet pour cette application mais ce second brevet sera dépendant du brevet de produit. En effet, nul autre que le titulaire du brevet ne peut fabriquer celui-ci.

Les règles concernant le brevet de procédé

La contrefaçon du procédé est réalisée par l'emploi d'un même moyen dans la même application. Mais le brevet de procédé ne protège que le moyen et non le produit qu'il permet d'obtenir. Si le breveté a revendiqué le procédé sans revendiquer le produit, son droit exclusif ne porte que sur le procédé à l'exclusion du produit. Seulement, nul ne peut vendre le produit obtenu directement par le procédé breveté³¹⁰ et sont interdits les faits d'exploitation du produit obtenu directement par le procédé breveté³¹¹. En effet, si l'objet du brevet porte sur un procédé, la protection conférée par le brevet s'étend aux produits obtenus directement par ce procédé³¹². Constituent alors des faits d'exploitation : l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention, aux fins précitées, du produit objet du brevet.

Le brevet de procédé couvre le procédé expressément revendiqué, mais aussi le procédé équivalent. Dès lors, le procédé par lequel les produits importés ont été fabriqués, étant équivalent, les produits importés sont bien contrefaisants³¹³. Ainsi, la reproduction de moyens

306 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 722, p 444.

307 ROUBIER (P), op.cit, t.1, n°78 et s, p.333.

308 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 723, p 444

309 En fait, les revendications délimitent l'objet du droit de brevet, à savoir les connaissances appropriées et non point l'étendue du droit.

310 Article 53 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

311 Article 52 alinéa 2 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que modifiée et complétée.

312 Ibid.

313 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 726, p 447.

connus en soi dans une fonction semblable, mais dans une combinaison différente est exclusive de toute contrefaçon.

Tous les actes de commercialisation ou d'utilisation du produit obtenu par la contrefaçon d'un procédé breveté constituent à leur tour des actes de contrefaçon³¹⁴.

Les règles concernant le brevet d'application

L'application nouvelle d'un moyen connu ne protège que l'application revendiquée³¹⁵. Un tiers peut donc librement utiliser le même moyen à la condition de ne pas lui donner la même application.

Les règles concernant le brevet de combinaison

L'appréciation de la contrefaçon pour ce genre de brevet se pose avec acuité dans l'hypothèse de l'emprunt par un tiers d'une fraction de l'invention revendiquée.

Lorsque la combinaison porte sur une combinaison de moyens, elle ne protège pas les moyens de la combinaison pris isolément³¹⁶. La contrefaçon partielle ne peut être commise que par la reproduction d'un élément essentiel d'une revendication complexe et non pas d'un élément d'une combinaison de moyens³¹⁷. Pourtant, la cour de Cassation française a admis en cas « d'inventions complexes » la protection de moyens combinés pris séparément³¹⁸. En réalité, et de manière contestable, les juges substituent parfois la qualification de juxtaposition à celle de combinaison pour retenir une contrefaçon partielle.

314 Ibid.

315 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 727, p 448.

316 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 728, p 449.

317 Ibid.

318 Cass.com, 19 Février 1991, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Attendu que la société HK Industries fait grief à l'arrêt d'avoir retenu la contrefaçon du brevet alors que, selon le pourvoi, la cour d'appel, qui a reconnu, au stade de l'interprétation du brevet, que la revendication 3 est une revendication dépendante et incorpore la revendication 1, ne pouvait, au stade de la contrefaçon, déclarer celle-ci réalisée, tout en admettant l'absence de contrefaçon de la revendication 1, refusant ainsi d'apprécier la revendication dépendante dans sa totalité, c'est à dire en combinaison avec la revendication principale ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé la loi du 2 janvier 1968, notamment ses articles 13, 14, et 28, ainsi que le décret du 5 décembre 1968, notamment son article 8 ;

Mais attendu qu'après avoir écarté la thèse de la société Fichet Bauche qui prétendait que le lien créé par le brevet entre ces deux revendications était purement formel, l'arrêt a retenu que la revendication n° 3 incorporait la nervure continue selon la revendication n° 1 mais qu'elle y ajoutait une butée en saillie ; que, par une appréciation souveraine, il a considéré que la continuité de la nervure n'avait aucun rapport fonctionnel avec le dispositif sur lequel portait la revendication n° 3, que la caractéristique essentielle de ce dispositif était constituée par le rebord de butée et que l'ébauche de la société HK Industrie reproduisait celui-ci "par trois saillies remplissant les mêmes fonctions et procurant le même résultat" ; qu'ainsi la cour d'appel a tiré les conséquences légales de ses constatations et que le moyen n'est pas fondé ; Sur le deuxième moyen pris en ses trois branches » ;

Adde : CA Paris, 15 Janvier 1997, <https://www.doctrine.fr/>

La question de la contrefaçon partielle se pose également dans les termes suivants : lorsque la revendication principale n'est pas reproduite, doit-on ou peut-on rechercher la contrefaçon dans la seule reproduction des revendications dépendantes ? ³¹⁹. Traditionnellement, la contrefaçon ne pouvait être constituée que dans la mesure où se trouvent reproduites à la fois les caractéristiques de la revendication principale et celles de la revendication dépendante. Les juridictions n'avaient pas à se prononcer sur la contrefaçon d'une revendication dépendante isolément reproduite et en dehors de la reproduction de la revendication principale. La logique de l'arrêt Marchal condamne cette démarche en sanctionnant les juges du fond qui ne recherchent pas la contrefaçon des caractéristiques additionnels contenues dans une revendication dépendante prises en elles-mêmes et en approuvant les juridictions de fond qui procèdent à une telle analyse³²⁰. Cette solution est critiquable : elle apporte une insécurité pour les tiers qui va à l'encontre de la logique des revendications. Il ne peut y avoir de contrefaçon que dans la mesure où la revendication dépendante comporte un surcroît de matière brevetable en raison d'une adjonction ou d'une combinaison. Sinon, la reproduction de cette combinaison constitue également la contrefaçon de la revendication principale. Cette solution conforme au système des revendications a été approuvée par la cour de Paris³²¹. Il en découle que la contrefaçon d'une revendication dépendante est impossible en l'absence d'une contrefaçon de la revendication principale.

Les règles concernant le brevet de fonction

Lorsque le brevet protège une fonction, un dispositif différent dans sa structure, mais produisant des fonctions identiques ou similaires est une contrefaçon³²². C'est ce que l'on appelle le moyen général³²³.

319 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 728, p 449.

320 Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation en date du 19 Février 1991 cité par A.CHAVANE et J.J BURST (Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, 2012, Dalloz, Paris, n° 728, p 449).

321 CA Paris, 29 Octobre 1995, <https://www.doctrine.fr/>

322 Cass.com, 15 Juillet 1987, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

« Une société ne saurait faire grief à un arrêt de l'avoir déclarée contrefactrice d'un brevet dès lors que, tout en relevant des différences de structure entre le dispositif protégé par le brevet et le sien, la cour d'appel a, par une appréciation souveraine, retenu que le brevet protégeait également des fonctions et que celles-ci étaient identiques ou similaires à celles produites par le dispositif litigieux ».

323 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 729, p 450.

Paragraphe 2 : La protection par le secret

Le savoir-faire est « une notion juridique relativement récente bien que sa réalité soit aussi ancienne que le monde »³²⁴. Aux côtés de la définition du savoir-faire donnée par un arrêté français du 12 janvier 1973³²⁵ : « habilité acquise par l'expérience ; connaissance pratique », plusieurs autres ont été proposées tant par la doctrine que par les textes communautaires en droit de la concurrence³²⁶.

Le règlement n°330/2010 de la commission du 20 avril 2010³²⁷ le définit à l'article 1 g) comme « un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci. Il précise que dans ce contexte «secret» signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible. Le qualificatif «substantiel» se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels. Quant à l'adjectif «identifié», il signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité. Par ailleurs, l'article 1 i) du règlement n° 316/2014 de la commission du 21 mars 2014 reprend cette même définition³²⁸.

La doctrine quant à elle s'accorde sur la définition qu'en donne Mousseron : le savoir-faire est « une connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et non brevetée ». ³²⁹. Il « consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne désireuse de faire des économies d'argent et de temps est prête à verser une certaine somme ».

Il ressort de ces différentes définitions que le savoir-faire consiste en des informations de nature technique, industrielle ou commerciale, non brevetées, identifiées et substantielles, secrètes et

324 LE TOURNEAU (P), 2003, Les contrats de franchisage, Litec, Paris, n°547.

325 Arrêté du 12 Janvier 1973 (JO du 18 Janvier 1973).

326 MOUSSERON (J-M), « Aspects juridiques du Know How », in le Know How Cahiers de droit de l'entreprise, 1/1972, p.2 ; MAGNIN (F), Know How et propriété industrielle, Coll.CEPI ; Lib.Tech., 1974, n°34 et s, p.29 et s. FABRE (R), le Know How , sa réservation en droit commun, Lib.Tech, 1976, Coll.CEPI ; Le Know How, Actualités de droit de l'entreprise, n°7, Lib.Tech, 1976 ; BERTIN (A), Le secret en matière d'invention, Entr.Mod.d'édit., 1965 ; Greeon (B), Les entreprises de services, Economica, 1978, n°461 et s, p.193 et s ; DELEUZE (J-M), Le contrat de transfert de processus technologique, Masson, 2^{ème} édition, 1979 ; MOUSSERON (J-M), Traité des brevets, collection CEPI, Litec, 1984 ; MOUSSERON (J-M), Secret et contrat, Mélanges Foyer, PUF 1997, Malaurie-Vignal, (M), La propriété des informations privilégiées et le savoir-faire, D.1997. Chron.207 ; SCHMIDT SZALEWSKI (J), V° Savoir-faire, Répertoire commercial, Dalloz, 2009.

327 Ce règlement concerne l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

328 Ce règlement est relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie.

329 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 956, p.378.

transmissibles. Il emprunte deux figures juridiques en droit positif marocain et français : celle du savoir-faire ou know how et celle de secret de fabrication.

I. Le savoir-faire ou le know how :

A. Contenu et caractères du savoir-faire

Le savoir-faire consiste en une connaissance et revêt une forme immatérielle et intellectuelle. Il se distingue de son support qui, lui a une forme corporelle (cahiers de laboratoires, plans, manuels opératoires, support informatique)³³⁰. Dans certains cas, l'élément immatériel et l'élément corporel sont indissociables comme le cas des programmes d'ordinateur. Souvent, le savoir-faire est constitué d'éléments qui permettent l'optimisation des résultats : formule d'un mélange, procédé de fabrication, choix des matières premières, des températures optimales, des meilleures conditions de fabrication. Le savoir-faire serait même « constitué par la connaissance des erreurs à ne pas commettre ». ³³¹

*Le savoir-faire présente d'abord un caractère technique, c'est-à-dire pratique. Il relève du domaine de l'industrie. Il existe aussi un savoir-faire commercial, qui est constitué par un ensemble de connaissances non techniques, notamment les documents relevant du secret des affaires comme les mails d'une banque ou les résultats de travaux d'étude*³³². Ce savoir-faire commercial est essentiel en matière de franchise.

Les règlements précités précisent que le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience (du fournisseur en particulier) et testées. Cette conception a pour effet d'écarter du champ d'application du texte des connaissances trop abstraites ³³³: le savoir-faire doit incarner une expérience technique réelle c'est-à-dire éprouvée, et non des idées ou des principes.

*De surcroît, les textes en France ou dans d'autres pays n'exigent pas pour la qualification du savoir-faire que celui-ci soit brevetable*³³⁴. De même, le règlement n°330/2010 de la commission

330 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 959, p.580.

331 Ibid.

332 CHAVANE (A), BURST (J-J), op.cit, n°960, p.580.

333 Auparavant, le règlement N°2790/1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées définissait le savoir-faire comme un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles et identifiées de toute manière appropriée.

Le règlement N° 240/96 sur l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie définissait le savoir-faire tel un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci.

Il ressort de ces textes que le savoir-faire consistait dans des informations techniques contrairement à la nouvelle conception plus étroite et concrète. CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 960, p.580.

334 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 961, p.581

du 20 avril 2010 et n° 316/2014 de la commission du 21 mars 2014 le précisent de manière indiscutable³³⁵. En revanche, il est admis que le savoir-faire protège des informations qui relèvent de la protection d'autres droits intellectuels que le brevet³³⁶. Il est ainsi couramment admis tant en jurisprudence qu'en doctrine française que les informations constituant du savoir-faire peuvent être protégeables par un droit d'auteur³³⁷, voire même, par un droit de dessin et modèle. Dans le même sens, la jurisprudence française n'exige pas de caractère inventif pour les données couvertes par le savoir-faire³³⁸. Cette condition est particulière au droit des brevets et n'existe dans aucun des autres droits intellectuels constituant des droits privatifs sur les protections intellectuelles.

Pour ce qui est du caractère secret, certains préfèrent dire que le savoir-faire doit être nouveau³³⁹. Le caractère de nouveauté est relatif dans la mesure où le savoir-faire peut être connu par plusieurs personnes et ne pas être nouveau en soi. En fait, ce qui importe c'est qu'il ne soit pas accessible au public, c'est-à-dire qu'il soit gardé secret de telle sorte qu'il ne soit pas connu de tout le monde. Le droit communautaire³⁴⁰ précise à cet égard que « le savoir-faire n'est généralement pas connu ou facilement accessible ». Sa valeur économique n'existe qu'à partir du moment où pour des concurrents, sa connaissance est susceptible de leur faire faire des économies et donc justifie qu'ils payent pour l'obtenir³⁴¹. Ceci se traduit par l'exigence d'une certaine originalité des données couvertes par le secret. Ce terme a été choisi à dessein par la jurisprudence française de manière constante afin de distinguer cette approche de celle de la nouveauté en matière de brevet.

Par ailleurs, le terme substantiel signifie que le savoir – faire englobe des informations qui doivent être importantes et utiles à la production, vente ou revente de biens ou services contractuels³⁴². Le savoir-faire doit être de nature à améliorer la compétitivité de celui qui le détient, par exemple en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché, ou à lui donner un avantage dans la concurrence avec

335 Voir supra p 71.

336 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 961, p.581.

337 Dans cette hypothèse, dans son expression et non dans ses aspects techniques : par exemple le travail de recherche à la base des fonctions d'un logiciel.

338 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 963, p.582.

339 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 962, p.581.

340 V supra la définition du savoir-faire selon les directives précitées p 75 et s.

341 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 962, p.582.

342 Article 1 ii) du règlement n° 316/2014 de la commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie et article 1 g) du règlement N°2790/1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

d'autres fabricants ou fournisseurs de services qui n'ont pas accès au savoir-faire secret ou à un autre savoir-faire secret comparable.

Relativement au caractère identifiable, il signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité³⁴³. Cette condition est généralement remplie lorsque le savoir-faire se trouve décrit dans des manuels ou tout autre document écrit. Si une telle transcription se révèle impossible, le savoir-faire peut être détenu par le personnel qui le transmettra notamment par le biais d'une formation, ce qui n'empêche pas qu'il fasse l'objet d'une description générale³⁴⁴.

Enfin, le savoir-faire est transmissible en ce sens qu'il peut être communiqué à autrui, ce qui permet d'exclure du savoir-faire la compétence d'un salarié parce qu'elle est précisément inapte à être transmise³⁴⁵.

B. Nature et réservation du savoir faire

Bien que le savoir-faire ne soit pas un droit de propriété industrielle, le droit positif marocain et français permet de considérer que l'atteinte qui est y portée est assimilable à l'atteinte portée à un droit intellectuel³⁴⁶.

Si, la réservation du savoir-faire n'est possible que par la technique du brevet, il n'en demeure pas moins que le savoir-faire n'est pas démuné de toute protection et peut faire l'objet de réservation sans appropriation³⁴⁷. En effet, l'importance pratique du savoir-faire est considérable à plusieurs égards³⁴⁸. D'abord un créateur n'aura peut-être d'autre choix que de garder secrète le plus longtemps possible sa création, parce que celle-ci ne peut être protégée à l'aide de l'un des droits privatifs qui composent la propriété intellectuelle. Ensuite, un créateur préférera parfois peut être gardé sa création secrète pouvant craindre davantage la divulgation obligatoire qu'impose l'obtention d'un droit de propriété industrielle, qu'une éventuelle création parallèle de la part de l'un de ses concurrents. S'agissant d'une création brevetable, l'auteur sera plutôt placé devant le

343 Article 1 iii) du règlement n° 316/2014 de la commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie et article 1 g) du règlement N°2790/1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

344 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 965, p.583.

345 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 966, p.583.

346 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 958, p.579.

347 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 969, p 584.

348 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 955, p 577.

problème « dans quelle mesure breveter des éléments essentiels de l'invention, tout en gardant secret un savoir-faire relativement à celle-ci ». Dans le cas où l'inventeur aurait l'intention de breveter l'invention, il la gardera secrète le temps nécessaire à la préparation du dépôt, ce qui peut prendre plusieurs mois.

Par conséquent, la protection du savoir-faire est assurée par les règles sur la divulgation du secret de fabrique, le vol et la responsabilité civile.

Le premier alinéa de l'article 447 du code pénal marocain ³⁴⁹ dispose à ce propos que : « tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui a communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Marocains résidant en pays étranger des secrets de la fabrique où il est employé, est puni de l'emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 200 à 10.000 dirhams ».

Ainsi le délit se réalise par la révélation ou la tentative de révélation d'un secret de fabrique par tout directeur, commis ou ouvrier de fabrique. Il suppose la communication de l'information couverte par le secret à un tiers lui-même non astreint à une obligation de confidentialité³⁵⁰. Ce peut être la divulgation à un tiers non déterminé comme, par exemple par voie de presse. En effet, la révélation fautive implique que l'information soit transmise en dehors de l'entreprise.

L'auteur de cette divulgation est précisément déterminé par le texte légal : il s'agit de toute personne liée au détenteur du secret de fabrique par un lien de subordination. L'auteur du délit peut être salarié : ce qui importe c'est la qualité en laquelle la personne a reçu le secret de fabrique, sa qualité au moment de la révélation demeurant indifférente³⁵¹. Il en ressort qu'un employé, qui en cette qualité a reçu communication d'un secret de fabrique sous la foi de la confidentialité, est

349 L'article 447 du Code pénal marocain dispose que :

« Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui a communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Marocains résidant en pays étranger des secrets de la fabrique où il est employé, est puni de l'emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 200 à 10.000 dirhams.

Si ces secrets ont été communiqués à des Marocains résidant au Maroc, la peine est l'emprisonnement de trois mois à deux ans et l'amende de 200 à 250 dirhams.

Le maximum de la peine prévue par les deux alinéas précédents est obligatoirement encouru s'il s'agit de secrets de fabrique d'armes et munitions de guerre appartenant à l'Etat.

Dans tous les cas, le coupable peut, en outre, être frappé pour cinq ans au moins et dix ans au plus de l'interdiction d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 ».

L'article L 621-1 du Code de propriété intellectuelle français fait pendant à cet article en énonçant que :

« Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit :

" Art. L. 1227-1- Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal. " »

350 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 997, p 601.

351 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 998, p.602.

tenu sa vie durant de ne point le révéler même s'il quitte son employeur et se met au service d'un concurrent. Toutefois, les anciens salariés demeurent libres d'utiliser dans leurs nouvelles fonctions les savoirs qu'ils ont acquis au sein de l'ancienne entreprise dès lors qu'il ne s'agit pas de secrets³⁵². Le concepteur ou toute personne ayant participé à la création objet du secret de fabrique, dès lors qu'il a la qualité de salarié de l'entreprise est astreint aux mêmes obligations que les autres³⁵³.

Par ailleurs, l'auteur doit avoir manifesté une intention frauduleuse, c'est-à-dire une intention de nuire. Tel n'est pas le cas s'il a agi par inadvertance ou légèreté ou s'il n'a pu avoir conscience du caractère secret du procédé qu'il a révélé³⁵⁴. La preuve ne sera pas simple à rapporter bien qu'elle puisse se faire par tout moyen. La preuve des manœuvres qui ont pu entourer la révélation sera souvent suffisante : Il ne doit pas s'agir cependant de simples allégations³⁵⁵.

Il en résulte que la mise en œuvre de ce texte étant entourée de limites très strictes, son utilité pratique est relativement restreinte.

Du reste, la jurisprudence française n'hésite pas à protéger le savoir-faire en recourant à l'incrimination pour « vol d'information »³⁵⁶. Elle considère à ce propos qu'une information peut être considérée comme un bien indépendamment de son support. L'incrimination pour vol est aussi retenue dans l'hypothèse où un employé a effectué à des fins personnelles et contre le gré de son employeur, des reproductions de plans de matériels fabriqués par ce dernier. Il en va de même de l'employé qui a recopié des formules de fabrication confidentielles.

Cependant, la qualification de « vol d'information » n'existe jamais en l'absence de la soustraction du support matériel, au moins le temps nécessaire à la reproduction des informations qu'il contient³⁵⁷.

Outre cette protection par le droit pénal, il peut être nécessaire dans certains cas de recourir à des clauses de confidentialité aux fins de sécurité juridique³⁵⁸. En effet, il peut être nécessaire pour le détenteur du savoir-faire de laisser accès à celui-ci à des tiers³⁵⁹. Il en est ainsi notamment lorsque le savoir-faire est transmis à des salariés dans le cadre de l'exécution d'une mission ou de l'accès

352 Ibid.

353 Ibid.

354 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 999, p 602.

355 Ibid.

356 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 971, p 585.

357 Ibid.

358 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, n° 974, p.588.

359 Ibid.

donné à une partie du savoir-faire à une entreprise tierce dans le cadre de négociations en vue d'un accord de coopération technique ou commerciale. Le détenteur du savoir-faire a intérêt dans ces diverses situations à imposer à la partie diverse une obligation de confidentialité par une clause de discrétion. Celle-ci est définie comme l'obligation de « ne pas révéler certaines informations industrielles, commerciales ou autres, voire l'existence et le contenu de la négociation »³⁶⁰. Certains auteurs considèrent qu'une telle obligation est implicite³⁶¹. Selon M. CHAVANE et M. BURST, cette affirmation ne saurait être généralisée à tous les types de relations contractuelles³⁶². Une stipulation expresse permettra d'en faire une obligation de résultat dont le respect sera plus aisé à contrôler. Ces clauses de secret peuvent constituer l'essentiel de l'accord de confidentialité, compléter un contrat de sous traitance, un contrat de recherche, un contrat de licence ou d'une façon générale un accord de transfert de technologie ou de coopération technique³⁶³. Dans les contrats individuels de travail, l'obligation de confidentialité au regard des informations apprises à l'occasion de son emploi est généralement rattachée à l'obligation de fidélité³⁶⁴.

Les clauses de confidentialité comportent deux obligations distinctes : une obligation de non divulgation à des tiers du savoir-faire révélé et une obligation de non exploitation dudit savoir-faire³⁶⁵. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de sous-traitance ou d'un contrat de travail, celui qui reçoit le savoir-faire doit l'exploiter pour les fins du travail qu'on lui commande. A cet égard, l'obligation de non exploitation vaudra de façon générale à l'exception du travail expressément commandé et pour le temps nécessaire à l'accomplir. Une troisième obligation est parfois stipulée : la restitution du savoir-faire à l'issue d'une période donnée, par l'intermédiaire du support matériel étant entendu qu'on aura interdit la reproduction de celui-ci³⁶⁶.

La validité des clauses de secret est généralement admise³⁶⁷ notamment au regard du droit de la concurrence³⁶⁸.

360 Ibid.

361 MOUSSERON (J-M), 1984, Traité des brevets, collection CEIPI, Litec, Paris, p 438.

362 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 974, p.588.

363 Ibid.

364 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 974, p.588.

365 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 975, p.589.

366 Ibid.

367 CE, 26 Septembre 1990, Rj soc.12/1990, n° 967, p.639 pour une clause de confidentialité insérée dans un contrat de travail ; CJCE, 22 Septembre, 1987, PIBD, 1988, III.201 pour une clause insérée dans un contrat de sous-traitance.

368 En ce sens le règlement n° 316/2014 de la commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie. Adde : l'arrêt CJCE, Campari, 23 Décembre 1977, <http://eur-lex.europa.eu>

II. Le secret de fabrique :

Le secret de fabrique n'apparaît qu'au premier alinéa de l'article 447 du code pénal marocain ³⁶⁹ qui dispose à ce propos que : « tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui a communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Marocains résidant en pays étranger des secrets de la fabrique où il est employé, est puni de l'emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 200 à 10.000 dirhams ».

A. Définition du secret de fabrique :

La jurisprudence française définit le secret de fabrique comme « tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et gardé secret à l'égard de ses concurrents ». ³⁷⁰ Il porte donc sur des procédés de fabrication et des caractéristiques techniques ayant pour objet la fabrication. Si la jurisprudence française exige généralement que ces moyens industriels aient une certaine originalité, il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un procédé brevetable ³⁷¹. Inversement, un moyen de fabrication qui sera brevetable, mais que son détenteur aura préféré garder secret plutôt que de le breveter sera également protégé par le secret de fabrique. En revanche, il est nécessaire que la technique soit gardée secrète : connue de tous, elle n'est plus protégeable ³⁷².

L'exigence du moyen industriel de fabrication implique que l'objet du secret de fabrique doive présenter un caractère défini, qualitativement et quantitativement : le secret ne peut consister en « une pratique empirique faite d'habileté et d'expérience ». ³⁷³ Pour le même motif, le secret de

369 L'article 447 du Code pénal marocain dispose que :

« Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui a communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Marocains résidant en pays étranger des secrets de la fabrique où il est employé, est puni de l'emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 200 à 10.000 dirhams.

Si ces secrets ont été communiqués à des Marocains résidant au Maroc, la peine est l'emprisonnement de trois mois à deux ans et l'amende de 200 à 250 dirhams.

Le maximum de la peine prévue par les deux alinéas précédents est obligatoirement encouru s'il s'agit de secrets de fabrique d'armes et munitions de guerre appartenant à l'Etat.

Dans tous les cas, le coupable peut, en outre, être frappé pour cinq ans au moins et dix ans au plus de l'interdiction d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 ».

L'article L 621-1 du Code de propriété intellectuelle français fait pendant à cet article en énonçant que :

« Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit :

" Art. L. 1227-1- Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article L.131-26 du code pénal. " »

370 Crim, 29 Mars 1935, Gaz.Pal1935, (1), p.928 ; dans le même sens : Crim, 29 Juin 1960, Bull.crim, p.350.

371 Crim.20 Juin 1973, Ann.prop.ind, 1974.85 ; Crim.12 Juin 1974, Ann.prop.ind, 1974 ; Bordeaux 15 Novembre 1989, Jurisdata n° 50.951 ; Crim.16 Mai 1862, Ann.prop.ind., 1862.221

372 Paris, 12 Avril 2002, Prop ind.2002, comm.n°15, obs.Schmidt.

373 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 994, p.600.

fabrique ne peut comprendre que des connaissances relatives à la commercialisation ou à la gestion³⁷⁴. L'exigence d'originalité parfois posée par la jurisprudence signifie que l'objet du secret de fabrique ne doit pas être totalement compris dans l'état de la technique au sens du droit de brevet mais doit présenter par rapport à lui, un intérêt technique, commercial, et en tout cas pratique faute de quoi il n'y aura pas de matière à secret et donc à protection. Finalement, le moyen industriel de fabrication doit être tenu secret. Mais ce secret n'est pas absolu : il peut être communiqué aux salariés eux-mêmes tenus à une obligation de secret³⁷⁵. Le secret doit être gardé à l'égard des concurrents, ce qui en permet une transmission dans le cadre d'une coopération technique. « Un procédé est conservé secret, dès lors que son détenteur a affirmé sa volonté de le cacher, a stipulé le secret dans le contrat de travail, a organisé le filtrage des visiteurs et a compartimenté le travail de telle façon qu'aucun ouvrier ait la connaissance totale de ce procédé ³⁷⁶».

B. La protection conférée par le secret de fabrique

Les connaissances couvertes par le secret de fabrique relèvent d'une catégorie plus vaste : celle du savoir-faire. Il en découle qu'à côté de la protection spécifique offerte par l'article 447 du Code pénal par le biais d'une action pénale³⁷⁷, le secret de fabrique se trouve protégée contre les divulgations par le mécanisme de l'action en concurrence déloyale.

C. La protection internationale du savoir-faire :

Certes, il n'existe pas d'instrument international dédié à la protection du savoir-faire, mais le droit communautaire reconnaît sa valeur, l'importance de sa protection et pose des limites à son exploitation³⁷⁸. A cet égard, l'analyse du droit européen est plus audacieuse à ce sujet puisque l'article 1 f) du règlement n°330/2010 de la commission du 20 avril 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées précise que les droits de propriété intellectuelle regroupe les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins. Cette approche est conforme à l'article 39 de l'accord ADPIC : « En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10 bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2

374 Ibid.

375 Ibid

376 Crim, 12 Juin 1974, préc.

377 V supra pour les éléments constitutifs du délit de révélation de secret de fabrique : p.75 et s.

378 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1004, p.604.

et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3 ». Le titre de cet article, en l'occurrence « protection des enseignements non divulgués » a été choisi volontairement vague et général : les termes « secrets commerciaux », « savoir-faire » ou « secret de fabrique » ont été évités afin de ne pas conférer à la protection envisagée un domaine trop étroit, mais elle les vise tous. En fait, elle distingue deux ensembles d'informations dont la protection se trouve développée dans chacun des deux paragraphes suivants de l'article 39 : les informations confidentielles³⁷⁹ et les données techniques³⁸⁰.

Dans la même veine, l'article 17 alinéa 2 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose dans une formule lapidaire : « La propriété intellectuelle est protégée ». La qualification donnée par la charte traduit, en l'étendant, la jurisprudence de la convention européenne des droits de l'homme relative à l'article 1er du protocole n° 1 de la convention européenne des droits de l'homme, protégeant le droit de propriété, qui lui confère une portée autonome couvrant l'ensemble des biens présentant une valeur patrimoniale, même de nature incorporelle, comme par exemple une clientèle ou un droit de créance

379 Le deuxième paragraphe dispose que : « Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes (10), sous réserve que ces renseignements a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets »

380 Le troisième paragraphe énonce que : « lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce

Section 2 : Le droit des dessins et modèles

A côté des créations techniques, il existe des créations de caractère ornemental dont l'objet et la finalité sont esthétiques, mais qui, le plus souvent, se trouvent appliquées à des objets industriels³⁸¹. Le beau et le fonctionnel se trouvent liés : il s'agit de la problématique du design que l'on dénomme parfois « stylisme », et qui se définit comme « l'activité se rapportant à l'aspect extérieur d'un produit industriel en vue d'un résultat esthétique s'accordant aux impératifs fonctionnels et commerciaux ». ³⁸² Cette double paternité de l'esthétique et de l'utilité est à la source d'un régime de protection des dessins et modèles.

L'article 104 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée dispose qu'« est considéré comme dessin industriel tout assemblage de lignes ou de couleurs et, comme modèle industriel, toute forme plastique, associée ou non à des lignes ou à des couleurs, pourvu que cet assemblage ou cette forme donne une apparence spéciale à un produit industriel ou artisanal et puisse servir de type pour la fabrication d'un produit industriel ou artisanal ». Cette définition recoupe celle qui a été donnée par Roubier et qui est couramment admise³⁸³. « Le dessin est toute disposition de trait ou de couleur, représentant des images ayant un sens déterminé ». Le modèle est « toute forme plastique, toute maquette, tout modèle en cire, en plâtre, en terre glaise, tout moule ou moulage, toute œuvre de sculpture académique ou d'ornement, et encore tout modèle nouveau de coiffure, de chapeau, de corset, de jouet, etc. ». En bref, le dessin est une figure à deux dimensions et le modèle une figure à trois dimensions, peu important, s'agissant d'un dessin, son support et sa destination, et s'agissant d'un modèle, les matériaux utilisés.

Paragraphe 1 : La distinction entre le droit des dessins et modèles et les autres droits de propriété intellectuelle

Les topographies de semi-conducteurs possèdent certes une forme mais outre que celle-ci répond à des impératifs essentiellement technique, ces objets sont invisibles de l'utilisateur du produit auquel ils sont intégrés de sorte que la protection par les dessins et modèles leur est fermée. C'est la raison pour laquelle elles font l'objet d'une protection spécifique prévue aux articles 90 et suivants de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée. Celle-ci ne se cumule pas avec celle des dessins et modèles. Il en est de même des variétés végétales dont la protection spécifique ne se cumule pas avec celle des dessins et modèles.

381 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1175, p 671.

382 Ibid.

383 ROUBIER (P), op.cit, n° 223, pp.420 et 421.

I. Le droit des dessins et modèles et le droit de brevet³⁸⁴

Le deuxième alinéa de l'article 23 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée³⁸⁵ exclut du domaine de la brevetabilité les créations esthétiques.

Toutefois, un même objet peut à la fois être considéré comme un dessin ou modèle et comme une invention brevetable. L'article 108 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée prévoit que « si un même objet peut être considéré à la fois comme une invention brevetable et comme un dessin ou modèle industriel nouveau et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou modèle industriel sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet ne peut être protégé que conformément aux dispositions applicables aux brevets d'invention ».

Cette disposition invite à distinguer deux situations : la forme de l'objet est dissociable ou non de l'effet technique ou fonctionnel de cet objet. Dans le premier cas, les deux régimes coexisteront appliqués de manière distributive. Ainsi, lorsque le dessin d'un brevet est très proche du modèle déposé, le brevet ne protège pas le dessin donné à titre d'exemple, mais seulement les moyens techniques³⁸⁶. Au plus, le modèle est valable si la forme déposée à titre de modèle présente un aspect de forme qui n'est pas lié de manière indissociable à l'aspect technique protégé par le brevet. Dans le second cas, seule la protection par le brevet est possible³⁸⁷. Ainsi, un dépôt de modèle est-il nul lorsqu'il porte sur une forme dont les caractéristiques se trouvent décrites dans une demande de brevet avec l'indication des résultats industriels qu'elle procure³⁸⁸. Les raisons de cette exclusion sont aisées à comprendre en considération des effets prévisibles que son absence emporterait. En cas de possibilité de choix entre le brevet et la protection des dessins et modèles, des bénéficiaires choisiront automatiquement cette dernière, les conditions d'obtention étant plus

384 V le paragraphe relatif au droit du brevet p 38 et s.

385 L'article 23 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée dispose que :

« Ne sont pas considérées comme des inventions au sens de l'article 22 ci-dessus:

- 1) les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques;
- 2) les créations esthétiques;
- 3) la présentation d'informations.

- 4) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, ou en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs. Toutefois, sont brevetables les inventions dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autre appareil programmable et présentant une ou plusieurs caractéristiques réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs. Pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur doit apporter une contribution technique.

Les dispositions du présent article n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés aux dites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considéré en tant que tel »

386 CA Paris 23 Juin 1995, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/1995/INPID19950090>.

387 Ibid.

388 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1185, p 677.

aisées que celles du brevet et la durée plus longue³⁸⁹. Il s'ensuivrait une distorsion de protection inadmissible au sein des créations brevetables entre celles qui sont purement techniques et celles qui sont à la fois techniques et esthétiques.

II. Le droit des dessins et modèles et le droit des marques

Selon les termes de l'article 134 b) de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée, peuvent constituer une marque des signes figuratifs tels que les « dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, formes tridimensionnelles, hologrammes, logos, images de synthèse; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service; les dispositions, combinaisons de couleurs ou nuances de couleurs ». Un droit de marque peut donc porter sur un dessin ou sur un modèle, qui peut, par ailleurs, être protégé au titre du droit d'auteur ou du droit spécifique des dessins et modèles s'il en remplit les conditions. Le risque d'une superposition de droits réside dans le détournement de finalité des droits d'auteur et des dessins et modèles : alors que ces deux droits sont limités dans le temps, le droit de marque ne l'est pas s'il fait l'objet de renouvellements successifs³⁹⁰. Certains auteurs ont ainsi soutenu que la protection par le droit des marques n'est plus possible lorsque la forme constitue la valeur essentielle du produit³⁹¹.

Trois conséquences en découlent. Si le déposant de la marque n'est pas le créateur du dessin ou du modèle qui la constitue, il faut solliciter l'autorisation du titulaire des droits, sauf à commettre une contrefaçon. Par ailleurs, l'utilisation du dessin ou du modèle n'est pas nécessairement considérée comme une utilisation à titre de marque dans la mesure où ce dessin et modèle, dans l'utilisation considérée, ne sert pas de signe distinctif. En dernier lieu, dans certaines hypothèses, l'usage du dessin ou du modèle constitue à la fois une infraction au droit de marques et une infraction soit au droit d'auteur, soit au droit spécifique des dessins et modèles.

389 L'article 122 alinéa 1 de la loi n°17-97 telle que modifiée énonce que : « L'enregistrement d'un dessin ou modèle industriel produit ses effets durant cinq années à compter de la date du dépôt. Il peut être renouvelé sur demande du titulaire ou son mandataire muni d'un pouvoir avec la justification de l'acquittement des droits exigibles, pour quatre nouvelles périodes consécutives de cinq années. Le renouvellement de l'enregistrement doit être effectué dans les six mois précédant l'expiration de sa durée de validité ».

Quant à l'article 25 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins promulguée par Dahir Numéro 1-00-20 du 9 Kaada 1420 (15 février 2000) telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi n° 34-05 et n° 79-12 énonce que :

« Sauf disposition contraire du présent chapitre, les droits patrimoniaux sur une œuvre sont protégés pendant la vie de l'auteur et 70 ans après sa mort.

Les droits moraux sont illimités dans le temps; ils sont imprescriptibles, inaliénables et transmissibles à cause de mort aux ayants droit ».

390 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1196, p 685.

391 MATHÉLY (P), 2001, Le droit français des signes distinctifs, Librairie du journal des notaires et des avocats éditions, p 59.

III. Le droit des dessins et modèles et le droit d'auteur

Toute création de caractère ornemental ou esthétique concrétisée par un dessin ou modèle peut être protégée au choix du créateur, alternativement ou cumulativement par l'application de la loi sur le droit d'auteur et par celle sur les dessins et modèles aux conditions prévues par ces droits.

Il n'en demeure pas moins que le cumul des droits présente un intérêt certain. En effet, ce que l'on gagne en simplicité (en termes de formalités), on le perd en termes de sécurité juridique. L'absence de toute formalité de dépôt dans le système de droit d'auteur constitue un avantage en raison de sa simplicité et de son absence de coût. En revanche, la formalité de dépôt permet d'obtenir une date certaine, non pas de la création, mais proche de la création, et de connaître exactement sa consistance en raison des illustrations qui l'accompagnent. Le dépôt emporte présomption de titularité des droits au profit du déposant conformément à l'article 106 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée³⁹².

Au surplus, la simplicité de la titularité des droits et l'absence de droit moral au profit du créateur rendent plus aisés les actes d'exploitation réalisés sous le régime d'exploitation des dessins et modèles.

La nouveauté - condition de la protection de la législation des dessins et modèles - est distincte de l'originalité qui ouvre droit au bénéfice du droit d'auteur. En effet, une œuvre nouvelle est forcément originale alors qu'une œuvre originale n'est pas forcément nouvelle. La nouveauté peut résulter de la combinaison d'éléments préexistants qui sont dans le domaine public. Cette combinaison en elle-même est un acte créatif imprégné par la personnalité de son auteur et donc normalement originale. Même si le résultat de la combinaison n'est pas nouveau, il n'en serait pas moins original au regard du droit d'auteur à moins de constituer un passage obligé à l'intérieur duquel l'auteur ne peut exprimer sa personnalité. Ainsi, la nouveauté a un caractère objectif puisqu'elle différencie la création nouvelle des créations existantes, alors que l'originalité a un caractère subjectif puisqu'elle résulte seulement du travail et de la personnalité de l'auteur.

Enfin, les dessins et modèles bénéficient d'un régime international³⁹³ qui, bien que limité à un nombre restreint de pays, offre un réel avantage par rapport à l'embryon de régime international en matière de droit d'auteur³⁹⁴.

392 L'article 106 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que : « La propriété d'un dessin ou modèle industriel appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit; mais le premier déposant dudit dessin ou modèle industriel est présumé, jusqu'à preuve du contraire, en être le créateur sous réserve des dispositions de l'article 107 ci-dessous ».

393 Voir Supra p 37.

394 Voir Infra p 143.

Paragraphe 2 : L'objet de la protection

Seul l'objet, comme condition de fond sera développé étant donné que son inexistence implique l'absence de protection du dessin ou modèle au titre de la concurrence déloyale. Par nature, l'objet de la protection consiste dans l'apparence d'un produit présentant un certain nombre de caractères : il doit être visible, nouveau et présenter un caractère propre. La loi nouvelle pose par ailleurs des conditions négatives ou des exclusions à la protection par les dessins et modèles.

I. La nature de l'objet

Selon les termes de l'article 104 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée : « est considérée comme dessin industriel tout assemblage de lignes ou de couleurs et, comme modèle industriel, toute forme plastique, associée ou non à des lignes ou à des couleurs, pourvu que cet assemblage ou cette forme donne une apparence spéciale à un produit industriel ou artisanal et puisse servir de type pour la fabrication d'un produit industriel ou artisanal ».

La notion d'apparence est mise en relief par la définition de l'article 104 de la loi n°17-97 telle modifiée et complétée cité précédemment. Elle est susceptible de couvrir toutes les manifestations de formes et d'aspects possibles d'un objet pour autant qu'elles soient visibles : ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Ainsi, le caractère protégeable d'un coussin gonflable repose tête, par exemple, s'attache à la forme extérieure de cet objet³⁹⁵ ou des modèles d'accroche de rideau dont la partie décorée est visible au-dessus et des deux côtés du rideau³⁹⁶. Au demeurant, la forme arbitraire est exclue du champ de protection du droit d'auteur : l'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit³⁹⁷.

Par ailleurs, est regardé comme produit tout objet industriel ou artisanal. Cette précision n'exclut pas les produits de la nature, du règne vivant notamment, puisque le domaine de l'« industrie » au sens de l'article 1^{er} de la convention de l'Union de Paris³⁹⁸ s'étend aux activités extractives et agricoles et à tous les produits fabriqués ou naturels pour autant que leur apparence résulte d'une intervention de l'homme. Il en est ainsi d'un modèle de topiaire³⁹⁹. En revanche, la notion de

395 CA Paris, 2 Avril 2004, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2004/INPID20040050>.

396 TGI Paris 9 septembre 2003, <https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2003/INPID20030133>.

397 V pages 82 et 83 : la distinction entre le droit des dessins et modèles et le droit de brevet

398 L'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la convention de Paris précise que : « La propriété industrielle s'entend dans l'acception la plus large et s'applique non seulement à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également au domaine des industries agricoles et extractives et à tous produits fabriqués ou naturels, par exemple : vins, grains, feuilles de tabac, fruits, bestiaux, minéraux, eaux minérales, bières, fleurs, farines ».

399 TGI Paris, 20 Janvier 2004, <https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2004/INPID20040005>

produit paraît exclure les œuvres d'art « pur » qui ne sont créés qu'en un seul exemplaire⁴⁰⁰. Pareillement, les idées de dessins ou modèles, ainsi que les styles ou les genres qui ne se concrétisent pas dans une apparence d'objet – de sorte que leur reprise ne constitue pas une contrefaçon – sont exclus⁴⁰¹.

II. Les caractères de l'objet

L'alinéa 2 de l'article 104 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée mentionne que « le dessin ou modèle industriel doit se différencier de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ». L'appréciation de la nouveauté et du caractère propre est mise en relief par le premier alinéa de l'article 105 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée. Celui-ci dispose qu'« un dessin ou un modèle industriel présente un caractère de nouveauté ou une physionomie propre et nouvelle si l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle rendu accessible au public par une publicité ou tout autre moyen, avant la date de son dépôt ou, le cas échéant, avant la date de priorité valablement revendiquée ». Il s'agit d'une innovation de la loi n°23-13⁴⁰² : il était auparavant prévu qu'« un dessin ou modèle industriel est nouveau s'il n'a pas été rendu accessible au public par une publicité ou tout autre moyen, avant la date de son dépôt ou, le cas échéant, avant la date de priorité valablement revendiquée »⁴⁰³.

Les notions d'observateur averti et d'impression visuelle d'ensemble sont prévues par le droit français des dessins et modèles. Il convient de s'y référer afin de dégager le contenu de ces notions faute de jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 23-13 qui puisse nous éclairer dessus. Il est à souligner que le droit français prend en compte un autre élément d'appréciation conformément à l'article 511-4 du Code de la propriété intellectuelle⁴⁰⁴ : la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle. Plus la liberté laissée au créateur est grande plus les ressemblances sont de nature à retenir l'attention de l'observateur averti et conduire à une

400 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1245, p 707.

401 Ibid.

402 La loi n° 23-13 modifie et complète la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par le Dahir n°1.14.188 du 27 moharrem 1436 (21 novembre 2014)

403 Article 105 de la loi n° 31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par Dahir n° 1-05-190 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006).

404 Selon l'article 511-4 de la loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle :

« Un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée.

Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle ».

impression d'ensemble similaire⁴⁰⁵. A l'inverse, plus la liberté laissée au créateur est restreinte, plus des différences mineures pourront suffire à produire une impression globale différente sur l'observateur averti⁴⁰⁶.

L'observateur averti, traduction française de l'utilisateur averti communautaire, se tient dans les standards juridiques, à mi-chemin entre l'homme de l'art propre au brevet et le consommateur d'attention moyenne propre aux marques : « C'est un utilisateur doté [...] d'une vigilance particulière, que ce soit en raison de son expérience personnelle ou de sa connaissance étendue du secteur considéré »⁴⁰⁷. Cet utilisateur peut être selon l'objet en cause un professionnel ou un consommateur. Cette définition a été reprise par la Cour de Douai dans son arrêt en date du 11 Mars 2004 qui l'a appliqué à une « personne pratiquant l'alpinisme » dans le cas d'une chaussure de montagne. D'une façon assez logique, l'observateur est averti en ce sens qu'il peut être sensible à des différences de détail qui auraient pu échapper à un simple consommateur. Dans une décision du 14 juin 2011⁴⁰⁸, le Tribunal de l'Union européenne a précisé que « la qualité d'« utilisateur » implique que la personne concernée utilise le produit dans lequel est incorporée le dessin ou modèle en conformité avec la finalité à laquelle ce produit est destiné ». Le 18 Mars 2010⁴⁰⁹, la même juridiction avait jugé que l'utilisateur averti « est doté d'une vigilance particulière et il dispose d'une certaine connaissance de l'art antérieur ». Mais en l'espèce, s'agissant d'articles promotionnels dénommés « tazos » ou « rappers », ce n'était ni le fabricant, ni le vendeur mais soit un enfant de 5 à 10 ans « environ » ou également un directeur pouvant utiliser ce type de produits promotionnels. Cependant, la TUE a récemment affirmé⁴¹⁰ que « le qualificatif « averti » suggère en outre que, sans être un concepteur ou un expert technique, l'utilisateur connaît les différents dessins ou modèles existant dans le secteur concerné, dispose d'un certain degré de connaissances quant aux éléments que ces dessins ou modèles comportent normalement, et, du fait de son intérêt pour les produits concernés, fait preuve d'un degré d'attention relativement élevé lorsqu'il les utilise. Toutefois, contrairement à ce que prétend la requérante, cette circonstance n'implique pas que l'utilisateur averti soit en mesure de distinguer, au-delà de l'expérience qu'il a accumulé du fait de l'utilisation du produit concerné, les aspects de l'apparence du produit qui sont dictés par la fonction technique de ce dernier de ceux qui sont arbitraires ». En l'espèce,

405 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1259, p 715.

406 Ibid.

407 TGI Paris 15 février 2002, <https://www.doctrine.fr/>.

408 TUE, 14 Juin 2011, <http://eur-lex.europa.eu/>.

409 TUE 18 Mars 2010, <http://curia.europa.eu/>.

410 TUE, 22 Juin 2010, <http://eur-lex.europa.eu/>.

s'agissant d'un modèle d'un microphone-unité de conférence, l'utilisateur averti pouvait être « quiconque assiste régulièrement à des conférences ou à des réunions formelles au cours desquelles les différents participants disposent d'une unité de conférence, équipée d'un microphone, posé sur la table devant eux ».

Quant à l'impression visuelle d'ensemble, elle suppose de considérer le produit non dans chacun de ses éléments pris isolément, mais dans sa globalité⁴¹¹. A l'inverse de l'appréciation de l'activité inventive en matière de brevet, plusieurs antériorités ne pourraient pas être combinées afin de contester le caractère propre d'un dessin ou modèle : il convient de comparer modèle à modèle parmi ceux tirés de l'art antérieur⁴¹². Un modèle de cardigan a été jugé dépourvu de caractère propre car il n'était que la représentation classique d'un gilet long à manches avec grand col et ceinture aux 2/3⁴¹³. Tel n'est pas le cas de la Ferrari Modena 360 en raison de la combinaison de formes de son arrière (grille d'aération...) et de ses côtés (forme de la fente d'aération)⁴¹⁴. Le considérant 13 de la directive du 13 Octobre 1998 précise en outre que la différence entre les dessins ou modèles comparés doit être « claire », ce qui suppose un seuil relativement élevé de protection : les modèles comparés doivent se distinguer nettement sans hésitation⁴¹⁵. Cette approche ressort de la décision du TGI Paris du 26 Mai 2004⁴¹⁶ qui caractérise le caractère propre d'un emballage de parfum : « [...] le propre d'un parfum est d'être offert à la vue de celui qui veut l'acquérir et l'utiliser; que dès lors, le fait de cacher totalement ledit parfum dans son emballage pour créer une impression de mystère donne à ce dernier une physionomie nouvelle [...] ».

Le second alinéa de l'article 105 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise qu'« un dessin ou un modèle industriel n'est pas considéré comme rendu accessible au public par le seul fait que, dans les douze mois précédant la date de son dépôt, il a figuré pour la première fois dans une exposition internationale officielle ou officiellement reconnue, organisée sur le territoire de l'un des pays de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle ».

411 CA Paris 6 mars 2002, <https://www.doctrine.fr/>.

412 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOW, op.cit, n° 1258, p 713.

413 TGI Paris 25 Janvier 2011, <https://www.doctrine.fr/>.

414 TGI Paris 25 novembre 2010, <https://www.doctrine.fr/>.

415 Le considérant 13 de Directive n° 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 concernant la protection juridique des dessins prévoit que :

« considérant que l'appréciation du caractère individuel d'un dessin ou modèle devrait consister à déterminer s'il existe une différence claire entre l'impression globale qu'il produit sur un utilisateur averti qui le regarde et celle produite sur lui par le patrimoine des dessins ou modèles, compte tenu de la nature du produit auquel le dessin ou modèle s'applique ou dans lequel celui-ci est incorporé et, notamment, du secteur industriel dont il relève et du degré de liberté du créateur dans l'élaboration du dessin ou modèle ».

416 TGI Paris 26 Mai 2004, <https://www.doctrine.fr/>.

III. Les conditions négatives à la protection

Elles sont exprimées aux articles 108 et 113 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée. L'exclusion des formes exclusivement imposées par la fonction technique a été développée précédemment⁴¹⁷. Au plus, l'article 113 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée énonce que : « Ne bénéficient pas de la protection prévue par la présente loi, les dessins ou modèles industriels qui portent atteinte aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ainsi que les dessins ou modèles industriels reproduisant les effigies, signes, sigles, dénominations, décorations, emblèmes, monnaies et poinçons officiels de contrôle et de garantie du Royaume ou des autres pays membres de l'Union de Paris mentionnés au paragraphe (a) de l'article 135 ci-dessous sauf autorisation des autorités compétentes pour leur usage ».

Paragraphe 3 : Les conséquences de la protection par le droit des dessins et modèles

I. Le monopole conféré par le droit des dessins et modèles

Selon les termes de l'article 123 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée « tout créateur d'un dessin ou modèle industriel ou ses ayants droit ont le droit exclusif d'exploiter, vendre ou faire vendre ce dessin ou modèle industriel conformément aux dispositions prévues par la présente loi sans préjudice des droits qu'ils peuvent tenir d'autres dispositions légales et notamment de la législation relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques ». Cette énumération renforce le contenu du droit spécifique des dessins et modèles en le rapprochant du droit de brevet. Il n'en demeure pas moins que la possibilité d'invoquer le droit spécifique des dessins et modèles et le droit d'auteur présente des avantages indéniables⁴¹⁸.

Il n'en reste pas moins que les droits conférés par l'enregistrement d'un dessin et modèle reçoivent des limitations⁴¹⁹. Ils ne s'exercent pas à l'égard des actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales. Il en va de même des actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet du dessin ou modèle industriel. Au plus, le monopole conféré par le droit des dessins et

417 V page 84 : La distinction entre le droit des dessins et modèles et le droit du brevet.

418 V page 82 : La distinction entre le droit des dessins et modèles et le droit d'auteur.

419 L'article 124.1 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que :

« Les droits conférés par le dessin ou modèle industriel ne s'étendent pas :

- a) aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales;
- b) aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet du dessin ou modèle industriel;
- c) à l'utilisation du dessin ou modèle industriel à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires de pays membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux territoriales du Maroc;
- d) aux actes effectués par toute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt de la demande ou, lorsqu'une priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande sur la base de laquelle le dessin ou modèle industriel est enregistré sur le territoire du Maroc, utilisait le dessin ou modèle industriel ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, dans la mesure où ces actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée. Le droit de l'utilisateur antérieur ne peut être transféré qu'avec l'entreprise à laquelle il est attaché ».

modèles ne s'étend pas à leur utilisation à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires de pays membres de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux territoriales du Maroc. Pareillement sont exclus de ce monopole « les actes effectués par toute personne qui, de bonne foi, utilisait le dessin ou modèle industriel ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, dans la mesure où ces actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée. Le droit de l'utilisateur antérieur ne peut être transféré qu'avec l'entreprise à laquelle il est attaché.

II. La notion de contrefaçon des dessins et modèles

Le premier alinéa de l'article 201 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée définit la contrefaçon de dessins et modèles comme toute atteinte au droit du propriétaire de ce titre telle que définie aux articles 123⁴²⁰ et 124⁴²¹ de ce même texte. Le second alinéa ajoute que « l'offre, la mise dans le commerce, la reproduction, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait, n'engage la responsabilité de leur auteur que s'il en avait connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance »

Les formes de reproduction et les actes de contrefaçon seront envisagés dans la partie relative à la concurrence déloyale et les dessins et modèles. D'une part, ces agissements sont parfois sanctionnés pour contrefaçon et concurrence déloyale à la fois et il est intéressant de mettre en parallèle les raisonnements ayant mené à la condamnation pour chacun de ces griefs. D'autre part, les mêmes faits de contrefaçon peuvent être condamnés en fonction des circonstances des litiges pour contrefaçon, concurrence déloyale ou les deux en même temps.

420 L'article 123 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée mentionne que « tout créateur d'un dessin ou modèle industriel ou ses ayants droit ont le droit exclusif d'exploiter, vendre ou faire vendre ce dessin ou modèle industriel conformément aux dispositions prévues par la présente loi sans préjudice des droits qu'ils peuvent tenir d'autres dispositions légales et notamment de la législation relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques ».

421 L'article 124 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que :

« L'enregistrement du dessin ou modèle industriel confère à son titulaire le droit d'interdire aux tiers, lorsque les actes ci-après seront entrepris à des fins commerciales ou industrielles :

- a) la reproduction du dessin ou modèle industriel en vue de son exploitation;
- b) l'importation, l'offre à la vente et la vente d'un produit reproduisant le dessin ou modèle industriel protégé;
- c) la détention d'un tel produit aux fins de l'offrir à la vente ou de le vendre.

Les actes visés au a) ci-dessus ne deviennent pas licites par le seul fait que la reproduction présente des différences secondaires par rapport au dessin ou au modèle industriel protégé ou qu'elle concerne une classification autre que la sienne ».

Chapitre 3 : Les Droits sur les signes distinctifs

Les signes distinctifs sont les moyens phonétiques ou visuels qui permettent à la clientèle de reconnaître les produits, les services ou les établissements qu'elle recherche et de les distinguer des produits, des services ou des établissements similaires⁴²².

Les signes distinctifs peuvent être rangés en deux catégories selon que le nombre de personnes auxquels le monopole d'exploitation est conféré.

Lorsqu'une seule personne en est titulaire, il est question de signes distinctifs individuels (à usage individuel). Les marques constituent l'exemple le plus probant du rôle des signes distinctifs dans l'attraction de la clientèle⁴²³. C'est un signe matériel qui accompagne un produit ou un service ou est apposé sur lui. Elle constitue aujourd'hui le support essentiel de la publicité⁴²⁴. A côté de la marque, existent d'autres signes distinctifs comme le nom commercial, la dénomination sociale, le patronyme, l'enseigne et le nom de domaine.

Les signes distinctifs à usage collectif, en l'occurrence les indications géographiques et les appellations d'origine se caractérisent par le fait que le monopole d'exploitation n'est pas conféré à un seul titulaire, mais est partagé par tous ceux qui remplissent les conditions préalablement définies pour utiliser le signe. Pour cette raison, ils constituent une richesse collective. A cela s'ajoute qu'à la différence des signes à usage individuel qui vont être étudiés, et en particulier de la marque, ces signes procurent au consommateur une certaine garantie juridique concernant les produits qu'ils désignent. Les signes à usage collectif ont au contraire une double nature. En effet, s'ils constituent bien pour ceux qui peuvent les utiliser un instrument de concurrence, ils permettent aussi de garantir au consommateur que les produits qu'ils désignent présentent certains caractéristiques, et, en cela, concourent à sa protection. Ils ne seront pas traités dans ce travail en l'absence de jurisprudence marocaine et française sanctionnant leur protection par la concurrence déloyale.

Section 1 : Les marques de fabrique, de commerce et de services

La marque est un signe sensible apposée sur un produit accompagnant un produit ou un service et destiné à le distinguer des produits similaires des concurrents ou des services rendus par

422 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 1413, p 785.

423 AUGUET (Y), Concurrence et clientèle –Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, préf. Y.SERRA, LGDJ, Paris, n° 24 p.32-33.

424 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 1415, p 789.

d'autres⁴²⁵. Le premier alinéa de l'article 133 de la loi n°17-97⁴²⁶ la définit comme « un signe susceptible de représentation servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ».

Ce mode d'identification a connu une puissante montée au Maroc dernièrement dans la mesure où au cours de l'année 2015, le nombre total des nouvelles demandes d'enregistrement de marques a atteint 11980 contre 3000 par rapport à l'année 1997⁴²⁷. Le nombre de dépôts initiaux et en renouvellement a longtemps été en progression constante⁴²⁸ avant de connaître une légère évolution de 2 % depuis 2014⁴²⁹. Toutefois, l'année 2015 s'est achevée sur un bilan positif pour les marques qui ont connu une forte évolution de 37 % pour les renouvellements de marques marocaines. En effet, au cours de l'année 2015, les demandes de renouvellement de marques ont atteint 8425 demandes contre 6163 durant l'année 2014, soit une évolution de 37 %.⁴³⁰ Ces chiffres révèlent la portée considérable de la marque sur le plan économique. Elle a acquis une position grandissante tout au long du XXème siècle avec le développement de la publicité pour laquelle elle constitue un excellent support. « La marque fait partie de notre environnement »⁴³¹. Elle crée des phénomènes psychologiques conscients ou non⁴³². Les clients associent parfois dans un réflexe le produit et la marque qui le désigne. Elle finit par avoir sur la clientèle un impact dont l'adéquation théorique avec la qualité du produit n'est plus parfaite. Les produits les mieux vendus ne sont pas nécessairement ceux qui présentent, à prix équivalents, la meilleure qualité.

Paragraphe 1 : La marque et les autres droits de propriété intellectuelle

I. Marque et nom commercial

Tout d'abord, le nom commercial est obligatoire et il est inconcevable d'exploiter un fonds de commerce sans une dénomination⁴³³. En revanche, la marque est un signe facultatif. Au plus, le rôle de ces deux signes distinctifs n'est pas le même⁴³⁴. En effet, le nom commercial désigne l'entreprise en la distinguant d'autres de même nature : il a notamment pour vocation de figurer

425 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, , n° 1416, p.791.

426 La loi n°17-97 relative à la propriété industrielle promulguée par le Dahir n° 1-00-91 du 9 Kaada 1420 (15 février 2000).

427 Rapports annuels d'activité de 2007 et 2015 de l'office marocain de la propriété industrielle et commerciale.

428 6944 en 2006 ; 11019 en 2010 ; 11057 en 2011 ; 10860 en 2012 ; 11331 en 2013 ; 11711 en 2014 ;

429 En effet, le nombre total des nouvelles demandes d'enregistrement de marques a atteint 11711 en 2014 selon le rapport annuel d'activité de 2014 de l'office marocain de la propriété industrielle et commerciale.

430 Cette évolution concerne les renouvellements via les voies nationales et internationales.

431 CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit , n° 882.

432 « Elle fait partie de notre subconscient ». CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit , n° 882.

433 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1666, p 943.

434 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1417, p.792.

sur les papiers de commerce au sens le plus large. Quant à la marque, elle sert à distinguer les produits et services qui émanent des entreprises, et son rôle spécifique est d'être apposée sur ces produits ou d'accompagner les services. Il en résulte qu'une entreprise n'a qu'un seul nom commercial, qu'elle peut certes changer au cours de son existence, alors qu'elle peut être simultanément titulaire de plusieurs marques.

Par ailleurs, le nom commercial est constitué nécessairement d'une dénomination patronymique ou de fantaisie, alors qu'il existe à côté des marques nominales des marques figuratives et aujourd'hui des marques olfactives et sonores.

Le régime juridique de ces deux signes distinctifs est enfin différent⁴³⁵. Il n'existe pas de régime juridique administratif du nom commercial qui s'acquiert par le premier usage, alors que le droit à la marque ne naît que d'un dépôt du signe suivi de son enregistrement. Il en ressort que le nom commercial bénéficie d'une protection par l'action en concurrence déloyale⁴³⁶, qui varie selon son rayonnement géographique, alors que la marque est de plein droit protégée sur l'ensemble du territoire national par l'action en contrefaçon.

Il n'en demeure pas moins qu'il existe des interférences entre la marque et le nom commercial⁴³⁷. En premier lieu, un nom commercial antérieur au dépôt d'une marque peut constituer une antériorité ruinant sa protection⁴³⁸. A l'inverse, l'usage par un tiers comme nom commercial d'un signe protégé en qualité de marque peut être qualifié de contrefaçon⁴³⁹. Par ailleurs, il est fréquent dans certains secteurs que le même signe constitutif du nom commercial de l'entreprise soit également déposé par elle à titre de marque. En ce cas, le titulaire bénéficie d'une double protection par l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon. L'efficacité de cette dernière relèguera souvent au second plan celle résultant de la concurrence déloyale. Enfin, malgré leur rôle spécifique, ces signes peuvent parfois être utilisés l'un pour l'autre. Ainsi, il est possible

435 Ibid.

436 Le nom commercial est protégé de manière exceptionnelle sur le plan pénal lorsqu'il y a usurpation ou usage frauduleux. A ce propos, l'article 230 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que : « Toute usurpation ou tout usage frauduleux d'un nom commercial qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique, de commerce ou de service est punie des peines prévues à l'article 225 ci-dessus »

437 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1417, p.792.

438 L'article 137 c) de la loi n°17-97 dispose que ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment à un nom commercial ou à une enseigne connu sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public.

439 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1417, p.792 qui cite la jurisprudence française et communautaire en la matière. En outre, une décision marocaine illustre cela, mais à la différence de cette jurisprudence, l'intimée a été condamnée pour concurrence déloyale : Fès.Com, 15 Novembre 2007, n° 1644, inédit : L'enregistrement du nom commercial ALIN JILLAS CONCENTRADES par l'intimé, postérieurement au dépôt de la marque ALIN par l'appelante constitue un acte de concurrence déloyale ;

d'apposer le nom commercial sur des produits .A l'inverse, il peut parfois être fait usage d'une marque comme nom commercial, ce qui est fréquent s'agissant des marques de service, mais un tel usage ne fera pas échapper la marque à la déchéance pour défaut d'exploitation⁴⁴⁰.

II. Marque et enseigne

L'enseigne ne bénéficie que d'une protection limitée au lieu où se trouve l'établissement qui la porte (sauf enseigne notoire) par l'action en concurrence déloyale. La marque, au contraire jouit d'une protection nationale par l'action en contrefaçon. Cependant il existe une interaction entre la marque et l'enseigne : Il ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs notamment à une enseigne connue sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public.

III. Marque et appellation d'origine :

L'appellation d'origine est un signe garantissant la qualité d'un produit liée à son origine géographique.

L'appellation d'origine constitue une richesse collective à la disposition de tous les producteurs du lieu qui y ont droit. En revanche, la marque ne garantit pas juridiquement l'origine et la qualité des produits : elle constitue un signe dont le titulaire est seul propriétaire et qui lui permettra de distinguer les produits et services qu'il fournit de ceux des concurrents.

440 L'article 163 de la loi n°17-97 précise qu' « encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits ou services couverts par l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans.

Est assimilé à un tel usage :

- a) l'usage fait avec le consentement du propriétaire de la marque ou, pour les marques collectives, dans les conditions du règlement ;
- b) l'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ;
- c) l'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement, exclusivement en vue de l'exportation.

La déchéance peut être demandée en justice par toute personne intéressée. Si la demande ne porte que sur une partie des produits ou des services couverts par l'enregistrement, la déchéance ne s'étend qu'aux produits ou aux services concernés.

L'usage sérieux de la marque commencé ou repris postérieurement à la période de cinq ans visée au premier alinéa du présent article n'y fait pas obstacle s'il a été entrepris dans les trois mois précédant la demande de déchéance et après que le propriétaire ait eu connaissance de l'éventualité de la demande de déchéance.

La preuve de l'exploitation incombe au propriétaire de la marque dont la déchéance est demandée. Elle peut être apportée par tous moyens.

La déchéance prend effet à la date d'expiration du délai de cinq ans prévu au premier alinéa du présent article. Elle a un effet absolu »

Au plus, l'article 164 de cette loi édicte qu' « encourt également la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait:

- a) la désignation usuelle dans le commerce du produit ou du service ;
- b) propre à induire le public en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique, du produit ou du service ».

Il n'empêche qu'il est fréquent qu'un produit qui a droit à une appellation d'origine mentionne cette appellation et soit en outre revêtu d'une marque de fabrique indépendante⁴⁴¹.

L'appellation ne saurait être déposée à titre de marque par un des producteurs qui peut l'utiliser au détriment des autres⁴⁴². A cet effet, l'article 137 d) de la loi n°17-97 précise que : « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment [...] à une indication géographique ou à une appellation d'origine protégée ». Mais, elle peut encore constituer selon la jurisprudence française un élément d'une marque de fabrique complexe à condition que les produits qui en sont revêtus aient droit à cette appellation⁴⁴³. Cette marque sera distinctive si les éléments ajoutés le sont eux-mêmes⁴⁴⁴. De telles marques ne privent pas les autres producteurs qui eux aussi ont droit à l'appellation d'origine. Ils peuvent l'utiliser avec d'autres éléments distinctifs qui seront également protégés⁴⁴⁵.

IV. Marque de fabrique et brevet

Au premier examen, il n'y a rien de commun entre la marque qui est un signe distinctif et les droits sur les créations nouvelles que sont les brevets d'inventions.

Il n'en demeure pas moins qu'il peut y avoir de multiples interactions entre ces deux catégories de droits.

Il est parfaitement possible que des produits protégés par un brevet soit en même temps commercialisés sous une marque de fabrique⁴⁴⁶. Tant que le monopole résultant du brevet d'invention est en vigueur, la marque n'offre guère d'autre utilité que celle d'une promotion commerciale puisque le produit ne peut pas, sauf licence, être offert au public par des concurrents. Mais dès que le monopole arrive à son terme et que n'importe qui peut fabriquer et vendre le produit concerné, la marque constitue alors un très grand avantage économique. En effet, elle prolonge économiquement la protection résultant du brevet.

441 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1419, p.793.

442 Ibid.

443 Ibid.

444 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1459, p.819.

445 Ibid.

446 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1420, p.793.

V. Marque, dessin ou modèle, droit d'auteur

Le signe enregistré comme marque peut également constituer une création couverte par le dépôt d'un dessin ou modèle ou plus simplement par un droit d'auteur⁴⁴⁷. Toutefois, les régimes juridiques de cette double protection ne sont pas les mêmes. Le droit sur la création implique nouveauté ou originalité alors que la validité de la marque est subordonnée à la seule distinctivité du signe par rapport aux produits ou services qu'elle couvre. De surcroît, en tant que création, le signe est protégé contre toute reproduction pour quelque usage que ce soit alors que le titulaire de la marque ne peut interdire son usage que dans la limite du principe de spécialité. Finalement, si le déposant de la marque n'est pas titulaire du droit sur la création, il doit obtenir l'autorisation de celui-ci⁴⁴⁸.

Paragraphe 2 : Les catégories de marque

La loi invite à distinguer quatre catégories de marques, auxquels la doctrine a ajouté une variété. L'article 133⁴⁴⁹ de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée par les lois 31-05⁴⁵⁰ et 23-13⁴⁵¹ oppose trois sortes de marques : la marque de fabrique, la marque de commerce et la marque de service. La marque de fabrique appartient à l'industriel qui fabrique un produit et l'appose sur celui-ci. Elle permet donc en principe (sauf l'hypothèse où la marque est détenue par une société mère qui fait fabriquer ses produits par une société qu'elle contrôle) d'identifier l'origine du produit (Nescafé, Peugeot ...). La marque de commerce est apposée par un commerçant pour désigner des produits dont il annonce la distribution (Casino, Décathlon ...). Lorsqu'elles sont utilisées par les grandes surfaces ou les grands magasins, on appelle parfois ces marques « marques de distribution ». ⁴⁵² La marque de service est constituée par le signe qui accompagne les différents services inclus par un commerçant : transport, banque, assurance, nettoyage, voyage, hôtellerie (...) (étiquettes sur la valise du voyageur transporté ou hébergé dans un hôtel ; signe apposé sur le sac de linge qui a été lavé, sur l'automobile vidangée (...)). En raison du caractère immatériel du service, elles sont essentiellement utilisées comme nom commercial ou

447 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1421, p.794.

448 Ibid. C'est ce qui ressort de l'article 137 e) de la loi n°17-97 qui précise que ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment aux droits protégés par la loi relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques.

449 L'alinéa 1 de l'article 133 de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée dispose que : « Au sens de la présente loi, la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ».

450 La loi n°31-05 modifiant et complétant la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par Dahir n° 1-05-190 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006).

451 La loi n°23-13 modifiant et complétant la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et promulguée par le Dahir n°1.14.188 du 27 moharrem 1436 (21 novembre 2014)

452 CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit , n°866.

enseigne. Les articles 166 à 176 de la loi n°17-97 ont prévu une quatrième catégorie de marques : les marques collectives. Elles peuvent être exploitées par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement ⁴⁵³ qui ne peut être ni fabricant, ni importateur, ni même vendeur de produits ou de services dans l'hypothèse des marques collectives de certification. Ces marques (ISO 9000 reconnue sur le plan international⁴⁵⁴, MADMOUN⁴⁵⁵...), en raison des garanties qu'elles semblent procurer aux clients constituent plus encore qu'une marque individuelle, un instrument de concurrence en raison de l'image de qualité qui y est attachée. La doctrine distingue une autre catégorie de marques, «les marques de maison », en usage notamment aux Etats Unis d'Amérique qui désignent non pas un produit précis mais qui symbolisent une entreprise unique, souvent à travers un logo. Si la marque de maison n'est pas déposée, elle est protégée au même titre que le nom commercial⁴⁵⁶. La doctrine utilise parfois des notions particulières comme celles de marques de réserve, déposées préventivement pour désigner un produit futur, de marques de défense, constituées par un signe proche d'une marque déjà exploitée pour rendre plus difficile les imitations que des concurrents voudraient tenter, et des marques de barrage, illicites, car déposées sans aucune volonté d'exploitation mais seulement dans le but qu'un concurrent ne puisse les utiliser⁴⁵⁷.

Paragraphe 3 : La fonction de la marque

La marque représente d'abord pour le public le signe de reconnaissance d'un professionnel ⁴⁵⁸ à travers ses produits et ses services notamment. La marque constitue par ailleurs une garantie de provenance du produit ou du service qui sont cautionnés sans fournir aucune indication de leur origine. C'est un instrument de concurrence qui est dans le patrimoine du commerçant et lui permet

453 L'article 166 de la loi n°17-97 telle qu'a été modifiée et complétée édicte que :

« La marque est dite collective lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement.

La marque collective de certification est appliquée au produit ou service qui présente notamment, quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement »

Par ailleurs, l'article 171 de ce texte précise qu' « une marque collective de certification ne peut être déposée que par une personne morale qui n'est ni fabricant, ni importateur, ni vendeur de produits ou de services ».

454 International Standardization Organization a été créé en 1947, elle est composée de 158 pays. Elle s'occupe de la générer des normes internationales dans les domaines industriels et commerciaux. Ces normes sont utiles aux organisations industrielles et économiques, aux professionnels, aux gouvernements, aux fournisseurs, aux acheteurs des biens et services... Ces normes servent les intérêts du public en général lorsque ce dernier agit en tant que consommateur et utilisateur. En matière de gestion, la norme ISO 9000 garantit un système de management de qualité.

455 Ce label a vu le jour en 2009 dans le cadre de la stratégie nationale de labellisation pour protéger la santé et la sécurité des consommateurs en garantissant les produits de la poterie céramique à usage culinaire.

456 CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit , n° 867.

457 CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit , n° 871.

458 Parfois le client pourra reconnaître dans un produit deux professionnels différents, le fabricant et le distributeur. Il est possible en effet qu'un produit soit revêtu à la fois d'une marque de fabrique et d'une marque de commerce différentes. CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit, n° 866. Parfois, deux fabricants si le fabricant du produit fini n'est pas le même que celui du produit de base.

d'attirer et de retenir une clientèle.⁴⁵⁹ Elle lui permettra de la fidéliser. Pour cela, il faut que chaque marque soit réservée à un propriétaire déterminé et que ce dernier puisse en interdire l'usage à ses concurrents. Cette approche libérale du droit des marques, branche du droit de la concurrence⁴⁶⁰, domine l'esprit de la doctrine⁴⁶¹. La marque constitue un instrument de conquête de la clientèle de premier ordre. Elle est devenue une des pièces maîtresse de la distribution, en particulier dans les contrats de franchisage. La marque est un instrument de toute une stratégie économique dans l'organisation des marchés et des circuits de la distribution. C'est une arme de choix dans la lutte qui oppose les grandes surfaces et le commerce de luxe ou le petit commerce, aussi bien sur le plan national, que sur le plan international.

Paragraphe 4: Les divers signes susceptibles de constituer une marque

L'article 133 de la loi n°17-97 énumère de manière non limitative une série de signes susceptibles de constituer des marques⁴⁶². Une place est laissée à l'imagination ou au progrès pour en inventer d'autres⁴⁶³. La difficulté réside dans le respect, en ce qui les concerne, de l'exigence de représentation graphique⁴⁶⁴.

Dans l'énumération des marques proposées par l'article précité, on reconnaît trois types nettement distincts. D'une part, les marques nominales ou verbales consistent en des termes qui ont ou n'ont pas de signification et peuvent s'écrire et se prononcer. Ce sont les mots, assemblage de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres et sigles. D'autre part, les marques figuratives sont constituées par des dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, formes tridimensionnelles, hologrammes, logos, images de synthèse, les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service, les dispositions, combinaisons de couleurs ou nuances de couleurs. Enfin, les marques sonores sont formées de

459 AZEMA (J), in lamy droit commercial, op.cit, n°1966. CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit , n° 881. RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n°520.

460 Par opposition à l'approche qui le fait apparaître comme un instrument de police économique, l'approche « consumériste » ou le droit des marques apparaît comme une branche du droit de la consommation.

461 AZEMA (J), in lamy droit commercial, op.cit, n°1966. CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit , n° 881. RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n°520.

462 Aux termes de l'article 133 de la loi n°17-97 peuvent notamment constituer une marque de fabrique, de commerce ou de service :

- a) les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblage de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ;
- b) les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, formes tridimensionnelles, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons de couleurs ou nuances de couleurs.
- c) les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ;
- d) les signes olfactifs ».

463 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1440, p.808.

464 Ibid.

sons et phrases musicales, tandis que les marques olfactives sont les plus difficiles à mettre en œuvre par rapport aux autres catégories purement visuelles. Celles-ci devront donc résulter d'un procédé graphique capable de l'identifier précisément (là, seuls les progrès en matière de chromatographie pourront apporter un changement). Elles peuvent aussi faire l'objet d'une description aisément reconnaissable par tout un chacun, car c'est bien ce que cherche à atteindre la CJCE en exigeant une description claire, précise et objective.

I. Les marques nominales

Le titulaire d'un nom patronymique a toujours la possibilité de le déposer à titre de marque.

Il est possible au titulaire d'un nom patronymique comportant plusieurs éléments de n'utiliser comme marque que l'un des éléments de son nom double. Mais dans un tel cas, il ne pourra plus invoquer selon la jurisprudence française la théorie des homonymes⁴⁶⁵ qui permet dans une certaine mesure de limiter le droit absolu du premier déposant sur une marque. Celui-ci doit tolérer moyennant réglementation, des signes comportant le même patronyme⁴⁶⁶. Elle paraît comme une exception en faveur des noms patronymiques⁴⁶⁷.

En outre, le dépôt à titre de marque du nom patronymique d'un tiers peut intervenir dans différentes circonstances⁴⁶⁸. Il se peut que ce dépôt soit réalisé volontairement ou involontairement, pour désigner des produits et services identiques ou similaires à ceux pour lesquels le tiers utilise son patronyme à titre de marque ou de nom commercial⁴⁶⁹. Mais de façon plus générale et en dehors de toute atteinte portée à un signe distinctif déjà approprié, dans les limites du principe de spécialité, l'article 137 g) de la loi n°17-97 précise que ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image. Sur la base de ce texte,

465 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit. n° 1444, p.809.

466 Cass.com, 13 Juin 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007277370>.

467 La jurisprudence française a refusé de l'étendre aux pseudonymes ; de même qu'à l'usage d'un patronyme tronqué. CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 1449, p.812

468 Le choix du nom patronymique du tiers peut être fait avec ou sans le consentement de celui-ci.

Dans le premier cas, l'utilisation du nom commercial du patronyme d'un tiers avec son autorisation est possible et un contrat d'usage peut intervenir. Souvent, la permission d'usage commercial du nom ne fera pas l'objet d'une autorisation expresse mais trouvera son origine dans la simple signature de statuts ou d'autres documents sociaux dont il résulte que l'associé titulaire du nom a sans autre précision, autorisé la société à en faire usage. Les modalités de la cession de l'usage commercial du nom patronymique ne seront pas traitées car elles soulèvent des problèmes étrangers au droit de la concurrence déloyale (étendue des droits conférés en présence ou en l'absence d'un acte de cession, pérennité de l'utilisation du nom patronymique...). Dans la seconde situation, l'utilisation du nom patronymique du tiers sans le consentement de celui-ci peut constituer un acte de concurrence déloyale. Ces problèmes seront développés dans la seconde partie relativement à la concurrence déloyale et la marque.

469 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 1450, p.812. Les atteintes pour faire cesser l'atteinte portée à cette dénomination seront traitées dans le paragraphe relatif à l'action en concurrence déloyale.

le titulaire du nom prétend parfois faire interdire son usage à titre de marque, pour quelque produit que ce soit, que cet usage soit délibéré ou procède d'une coïncidence fortuite, tant sont variées les noms patronymiques⁴⁷⁰. Le deuxième alinéa de l'article 161 encadre cette action en disposant que : « Seul le titulaire d'un droit antérieur peut agir en nullité sur le fondement de l'article 137 ci-dessus. Toutefois, son action n'est pas recevable si la marque a été déposée de bonne foi et s'il en a toléré l'usage pendant cinq ans ».

Un prénom peut aussi être adopté comme marque. Le lien avec la personne est plus lointain que pour le nom patronymique. La marque appartiendra donc au premier occupant.⁴⁷¹

Quant au pseudonyme, c'est une dénomination de fantaisie, un nom supposé sous lequel une personne dissimule sa véritable identité dans l'exercice de ses activités publiques, notamment littéraires ou artistiques. Les règles dégagées pour les noms patronymiques peuvent sensiblement être transposées pour les pseudonymes. Elles sont du reste énoncées dans les articles 133 a) et 137 g) de la loi n°17-97 où le pseudonyme voisine avec le nom patronymique.

Par ailleurs, l'article 133 d) dispose que les noms géographiques peuvent être déposés comme marques. Ils incluent l'appellation d'origine⁴⁷², l'indication géographique⁴⁷³, le lieu d'établissement⁴⁷⁴ ainsi que les noms géographiques de pure fantaisie ou prestige⁴⁷⁵. Les indications de provenance sont soumises au même régime que les appellations d'origine⁴⁷⁶. En effet, si le produit provient de ce lieu, il ne serait pas acceptable de à un producteur de monopoliser un terme qui constitue la richesse commune de tous ceux qui y sont installés. Quant au lieu d'établissement, il peut être librement déposé comme marque, et la marque appartient au premier déposant⁴⁷⁷.

Au demeurant, la question s'est posée de savoir si une dénomination constituant une appellation d'origine pouvait être déposée à titre à titre de marques pour des produits de nature totalement

470 Ibid.

471 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 1455, p.817.

472 L'article 181 de la loi n°17-97 définit l'appellation d'origine comme « la dénomination géographique d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité, la réputation ou autres caractéristiques déterminées sont dues exclusivement ou essentiellement au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains ».

473 On entend par indication géographique, toute indication qui sert à identifier un produit comme étant originaire d'un territoire, d'une région ou d'une localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique.

474 C'est un terme géographique qui indique seulement l'emplacement d'une entreprise sans aucune connotation de qualité.

475 Il s'agit de noms pour lesquels il n'existe pas dans l'esprit du public de lien entre le lieu de fabrication et le nom géographique utilisé. Ex : chaussure Everest.

476 Voir Supra pp 94 et 95.

477 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 1461, p.821.

différente de ceux bénéficiant de l'appellation⁴⁷⁸. La jurisprudence française avait parfois condamnée cette utilisation des marques comme appellation d'origine même pour des produits totalement différents. Les tribunaux y voyaient un abus de droit dans cette volonté de profiter de la notoriété de l'appellation et la source d'un préjudice portée à cette richesse collective, consistant dans le risque de dilution, d'affaiblissement, voire d'avilissement de l'appellation. Le raisonnement est d'autant plus pertinent que l'appellation est prestigieuse. Cette interprétation est consacrée par l'article 137 d) précisant que : « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment à une indication géographique ou à une appellation d'origine protégée ».⁴⁷⁹

Les termes de fantaisie constituent la catégorie la plus nombreuse et la plus variée des marques de fabrique, de commerce ou de service⁴⁸⁰. Il peut d'agir aussi bien des termes du langage courant que de néologismes ou de termes forgés de toute pièces, de combinaison de mots de la langue française, de langues étrangères ou de mots sans signification.

Parmi les termes de fantaisie, le législateur inclut les lettres et les chiffres. Il est également possible de déposer des slogans comme marques. Ils sont prévus dans la loi sous le titre de « assemblages de mots ». Il suffit que le slogan ait un caractère distinctif. Il n'en demeure pas moins que le choix d'un slogan comme marque n'est pas conseillé⁴⁸¹. En effet, les idées sont de libre parcours et ce qui reste protégé n'est que leur formulation qui peut du reste être aussi protégée par la loi sur le droit d'auteur⁴⁸². Mais l'idée elle-même reste libre et la marque constituée par un slogan risque d'être faiblement distinctive.

II. Les marques figuratives

Les marques figuratives ou emblématiques sont des signes qui s'adressent d'abord à la vue. L'article 133 b) de la loi n°17-97 énumère les dessins⁴⁸³, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, formes

478 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit n° 1459, p.820.

479 Dans le cas où la preuve de la possibilité de dilution ou d'affaiblissement de la dénomination n'est pas rapportée, il est possible de condamner une telle utilisation sur la base du parasitisme. V développement sur le parasitisme.

480 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1465, p.823.

481 Ibid.

482 Voir infra p 154 et s.

483 Le dessin est constitué par toute image quel qu'en soit le mode de réalisation. La loi n°17-97 a adapté le droit des marques à l'évolution des techniques en visant les hologrammes et images de synthèse. L'image peut correspondre à rien ayant une existence réelle, telles les figures géométriques ou les logos. Elle peut aussi représenter une personne ou une chose. Rien dans le droit des marques ne s'oppose au dépôt d'une marque constituée par un portrait. Mais, c'est en se fondant sur les droits de la personnalité et de la personne sur sa propre image que celui dont les traits auraient été reproduits dans une marque pourrait s'y opposer. A ce propos, l'article 137 de la loi n°17-97 précise que ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image.

tridimensionnelles, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes⁴⁸⁴ notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service⁴⁸⁵ ; les dispositions, combinaisons de couleurs ou nuances de couleurs⁴⁸⁶. Outre les dessins, les formes et les couleurs qui constituent les catégories les plus usuelles de marques figuratives, il y a les présentations de produits diverses : un liséré d'étoffe, un fil d'une certaine nature ou d'une certaine couleur glissé parmi d'autres, une disposition d'enveloppement de bouteilles avec du jonc...⁴⁸⁷. Les marques figuratives notamment celles constituées par des dessins ou des formes sont protégées à la fois par la législation sur les marques et par celle sur le droit d'auteur⁴⁸⁸. A ce propos, l'article 3 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins précise que ce texte s'applique aux œuvres littéraires et artistiques, sous réserve d'originalité telles que les œuvres des arts appliqués⁴⁸⁹. Ce cumul naturel du droit d'auteur et du droit de dessins et modèles s'explique par la théorie de l'unité de l'art⁴⁹⁰, laquelle met sur le même plan l'art pour l'art et l'art appliqué à l'industrie

484 Les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service peuvent constituer une marque valable. Afin de ne pas tourner les règles relatives à la protection des créations nouvelles, l'article 134 c) écarte de la protection à titre de marque les signes constitués exclusivement par des formes imposées par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle.

485 Par exemple, la marque constituée par la forme caractéristique d'un bâtiment dans lequel étaient distribués des services de restauration.

486 La disposition peut être faite d'une ou plusieurs couleurs disposées de façon distincte (jaune dans un cercle, rouge dans un carré...) tandis que la combinaison est l'ensemble formé par la coexistence de plusieurs couleurs. La loi ne distingue pas selon que la combinaison ou la disposition de couleurs concerne les emballages ou les produits.

487 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOW, op.cit, n° 1466, p.824.

488 Ibid

Adde : BERTRAND (A), 1999, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2ème édition, DALLOZ / DELTA, Paris / Beyrouth, p.92-93, n° 2.21 et 2.22.

489 Aux termes de l'article 1 alinéa 8 de la loi n°2-00 une œuvre des arts appliqués est une création artistique ayant une fonction utilitaire ou incorporée dans un article d'utilité, qu'il s'agisse d'une œuvre artisanale ou produite selon les procédés industriels.

Il en est ainsi en matière des œuvres publicitaires, de design ainsi que des logiciels.

Il est intéressant de noter que suite aux diverses « révolutions technologiques » qui ont marqué les cent dernières années, la majorité des créations relèvent actuellement des arts appliqués dont la nature prédétermine le cadre dans lequel s'exerce la personnalité créatrice de l'auteur. Mêmes des œuvres graphiques ou plastiques traditionnelles tendent à devenir des œuvres des arts appliqués comme les bandes dessinées et le merchandising. En effet, jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle, la création était généralement « le fruit intime de la pensée » et donc de la « personnalité » de l'auteur (« l'art pour l'art »). L'œuvre ne tenait pas compte sauf exceptions du goût du public. C'est la période « originelle » du droit d'auteur qu'on distingue du premier paradigme ou période de « l'art appliqué » (1902-1990). En effet, l'art est appliqué à l'industrie et la création, généralement collective s'exerce dans le cadre de la finalité ou de la fonction à atteindre. L'œuvre n'exprime plus la personnalité de l'auteur mais de l'ensemble d'une équipe dans un contexte très restreint à savoir sa fonction utilitaire ou pour plaire au public. L'œuvre est encore passive mais elle est devenue fonctionnelle. Depuis les années 1990, on assiste à un nouveau paradigme celui de la période de la « création informatique », qui n'a plus pour seule vocation que de répondre aux besoins du public (pour ne pas dire l'utilisateur). Toute référence à la notion d'art a disparue. L'œuvre n'est bien souvent qu'un outil (logiciel) ou le moyen de fabriquer et de vendre des « produits culturels » (livres, vidéocassettes, disques). Elle n'est qu'un élément d'une création plus large qui fait intervenir des techniciens et des interprètes. En conséquence, l'œuvre est non seulement fonctionnelle mais également interactive : elle met à la disposition du public et de l'utilisateur une multitude d'éléments et d'œuvres préexistantes ou un simple divertissement. BERTRAND (A), op.cit, p.62, n°1.412.

490 La théorie de l'unité de l'art n'existe pas dans de nombreux pays notamment l'Italie, la Suisse et la Suède. La convention de Berne tient compte de cette spécificité en disposant dans son article 2.7 qu'« il est réservé aux

Mais dans cette hypothèse, les dessins et modèles doivent satisfaire à une double exigence de fond (la nouveauté et l'originalité) et à une condition de forme (le dépôt). En conséquence, si le déposant de la marque n'est pas le même que celui qui est titulaire du droit d'auteur sur le dessin ou la forme, des difficultés pourront surgir⁴⁹¹. Le déposant, en effet, ne pourra enregistrer sa marque qu'avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

III. Les marques sonores

L'article 133 c) de la loi n°17-97 ne prévoit que les signes sonores tels que les sons et les phrases musicales peuvent constituer des marques. Il en est ainsi des sonorités distinctives, ayant pour but d'identifier un produit ou une entreprise : l'accompagnement sonore d'une publicité, pour tel produit ou les indicatifs de telle ou telle émission de radio ou télévision⁴⁹². Il s'agit d'une innovation de la loi 31-05 complétant et modifiant la loi n°17-97⁴⁹³ relative à la propriété industrielle. Ces sonorités, faute de pouvoir être déposées comme marques pouvaient néanmoins être protégées par une action en concurrence déloyale en cas de reproduction ou d'imitation. Si elles étaient originales, les dispositions relatives au droit d'auteur pouvaient leur être appliquées⁴⁹⁴. Le dépôt de telles marques doit se faire, conformément à l'article 133 de la loi n°17-97 sous la forme d'une représentation. La transcription sur une portée musicale constitue la représentation à laquelle on songe naturellement mais d'autres formes de représentation ne sont pas exclues⁴⁹⁵.

IV. Les marques olfactives

Elles peuvent constituer une marque suite à la modification de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle par la loi 31-05 précitée. Il s'agit sans doute de la marque non traditionnelle⁴⁹⁶ la plus

législations des pays de l'Union de régler le champ d'application des lois concernant les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels, ainsi que les conditions de protection de ces œuvres, dessins et modèles, compte tenu des dispositions de l'article 7.4) de la présente Convention. Pour les œuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclaté dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles ; toutefois, si une telle protection spéciale n'est pas accordée dans ce pays, ces œuvres seront protégées comme œuvres artistiques »

491 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1466, p.824.

492 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1474, p.829.

493 Promulguée par le dahir n° 1-05-190 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006).

494 L'article 3 d) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur inclut dans le champ d'application de ce texte sous réserve d'originalité « les œuvres musicales qu'elles comprennent ou non des textes d'accompagnement ».

495 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1474, p.829.

496 De nouvelles marques de commerce ont fait progressivement leur apparition, des marques qui font appel à nos cinq sens que sont la vue, l'ouïe, l'odorat, le goût ou même le touché. Ces nouvelles marques, que l'on appelle parfois les marques non traditionnelles, posent quelques difficultés pour être enregistrées. En effet, certains pays refusent leur enregistrement, d'autres sont plus réceptifs à l'arrivée de ces nouvelles marques. HÉMOND (A), 2010, Les marques de commerce non traditionnelles dans une perspective de droit comparé, Mémoire présenté à la Faculté droit en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M) option droit des technologies de

controversée. En effet, son acceptation par le droit communautaire⁴⁹⁷ n'est pas clairement exprimée, voire même refusée. Toute demande de marque olfactive devra répondre aux exigences actuelles (très strictes) quant aux caractéristiques de la représentation graphique. Ainsi le champ de la marque olfactive se voit très réduit. Ce qu'il est intéressant de relever est que la seule façon possible de faire enregistrer une marque olfactive dans l'avenir est liée au progrès technique. En réalité, en raisonnant *a contrario* de la décision susmentionnée rendue par la Cour de justice de l'Union européenne, on pourrait affirmer que tant qu'il sera possible d'obtenir un échantillon durable et stable pouvant être facilement et objectivement perçu par le public par consultation d'une base de données publiques, il n'y aura aucune raison de refuser l'enregistrement⁴⁹⁸.

En revanche, son dépôt aux États-Unis ne pose pas problème. Il résulte d'une double vérification : l'absence de caractéristique fonctionnelle du produit⁴⁹⁹ et la distinctivité de la marque⁵⁰⁰.

Paragraphe 5 : Les conditions de validité des marques

Il ne suffit pas que le signe choisi comme marque soit possible. Il faut en outre qu'il soit licite, distinctif et disponible

I. Le caractère licite du signe choisi

Il existe en premier lieu des signes insusceptibles de toute protection à titre de marque. Par ailleurs, les marques déceptives ou frauduleuses sont écartées de la protection.

A. Les signes exclus

L'article 135 de la loi n°17-97⁵⁰¹ interdit d'adopter comme marque ou élément de marque un signe qui reproduit l'effigie de sa Majesté le Roi, ou celle d'un membre de la Famille Royale, les

l'information, sous la direction de Mr. Ejan Mackaay, p 4, https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9786/Hemond_Anthony_2011_memoire.pdf?sequence=2.

497 Décision OHMI, 2e ch. de recours, Affaire R156/1998.2, 11 février 1999 en ligne : <http://oami.europa.eu/> ; Ralf Sieckmann c. Deutsches Patent-und Markenamt, Affaire C-273/00, 12 décembre 2002, en ligne: <http://curia.europa.eu/>; TPICE, 3e ch., Affaire T-305/04, 27 octobre 2005, en ligne: <http://curia.europa.eu/>

498 ESCOFFIER (L), JIN (A), 2016, Sentir ou ne pas sentir, telle est la question : analyse comparative des marques olfactives dans l'Union européenne et aux États Unis d'Amérique aux fins de possibilités judiciaires de création de marques pour les PME, www.wipo.int/sme/fr/documents/olfactive_trademarks.doc.

499 L'odeur ne doit pas être une fonctionnalité du produit.

500 L'odeur doit être distinctive des produits.

501 L'article 135 de la loi n°17-97 dispose que « ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe: a) qui reproduit l'effigie de sa Majesté le Roi, ou celle d'un membre de la Famille Royale, les armoiries ou les drapeaux ou les emblèmes officiels du Royaume, les signes ou les poinçons officiels de contrôle et de garantie du Royaume ou des autres pays membres de l'Union de Paris, les sigles ou dénominations de l'Organisation des Nations Unies et des organisations internationales adoptés par celles-ci ou ceux qui ont déjà fait l'objet d'accords internationaux en vigueur destinés à assurer leur protection, les décorations nationales ou étrangères, les monnaies métalliques ou fiduciaires marocaines ou étrangères, ainsi que toute imitation au point de vue héraldique conformément à l'article 6ter de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

Les signes visés au paragraphe a) ci-dessus peuvent toutefois être enregistrés par l'organisme chargé de la propriété industrielle sous réserve de la production de l'autorisation des autorités compétentes.

b) Qui est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou dont l'utilisation est légalement interdite;

armoiries ou les drapeaux ou les emblèmes officiels du Royaume, les signes ou les poinçons officiels de contrôle et de garantie du Royaume ou des autres pays membres de l'Union de Paris, les sigles ou dénominations de l'Organisation des Nations Unies et des organisations internationales adoptées par celles-ci. Il en est de même de signes qui ont déjà fait l'objet d'accords internationaux en vigueur destinés à assurer leur protection, les décorations nationales ou étrangères, les monnaies métalliques ou fiduciaires marocaines ou étrangères, ainsi que toute imitation au point de vue héraldique conformément à l'article 6ter de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

Au plus les marques contraires à l'ordre public (telle un slogan subversif) et aux bonnes mœurs (telle une image obscène) sont écartées.

B. Les marques frauduleuses ou déceptives

Enfin, l'alinéa c) de l'article 135 écarte les marques qui portent sur le nom d'une indication géographique ou d'une appellation d'origine d'un produit ou service, qui est de nature à tromper le public notamment sur la nature, la qualité, la provenance ou l'indication géographique ainsi que l'appellation d'origine du produit ou service. L'esprit de cette disposition réside dans la finalité de la marque touchant à la police du commerce. C'est l'intérêt du consommateur et de l'ordre public économique qui est pris en considération et non, du moins directement celui du titulaire de la marque⁵⁰². La nullité des marques déceptives apparaît comme une mesure complémentaire de celles prévues par la loi sur les fraudes ou par les dispositions relatives à la publicité mensongère⁵⁰³. En réalité, la marque n'est pas conçue en droit marocain comme un instrument de protection du consommateur⁵⁰⁴. Il en résulte que l'usage déceptif de la marque n'est pas sanctionné. Ainsi, le fait de modifier même profondément, la qualité des produits vendus sous une marque n'emporte aucune conséquence juridique. En revanche, il ne serait pas admissible que la marque constitue elle-même un véhicule de tromperie⁵⁰⁵. Tel serait le cas d'une marque composée de mots ou d'emblèmes de nature à induire en erreur le consommateur. Cette distinction traditionnelle entre la marque déceptive qui entraîne la nullité et l'usage déceptif de la marque qui est en principe sans incidence est atténuée par l'article 164 b) de la loi n°17-97⁵⁰⁶. Celui-ci précise

c) Qui porte sur le nom d'une indication géographique ou d'une appellation d'origine d'un produit ou service ou qui est de nature à tromper le public notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique ou l'indication géographique ou l'appellation d'origine du produit ou service ».

502 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1479, p.832.

503 Ibid.

504 Voir Supra p 97 et s.

505 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1480, p.832.

506 Ibid.

qu' « encourt également la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait propre à induire le public en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ».

En l'absence de jurisprudence marocaine en la matière, on se réfèrera au droit français pour l'appréciation du caractère déceptif d'une marque. Il dépend tout à la fois de sa structure et des produits et services pour lesquels elle est déposée. Une marque peut être considérée comme trompeuse lorsqu'elle vise à la désignation de certains produits mais valable pour d'autres. Par exemple, la marque Lavablaine a été jugée déceptive pour désigner des tissus en laine ou en coton, lavables ou non⁵⁰⁷. Elle ne l'eut pas été pour des tissus en laine et lavables. La loi prévoit que cette tromperie peut porter sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ; mais cette liste n'est nullement limitative, et d'autres aspects de la déceptivité doivent également être sanctionnés en particulier la tromperie sur la composition. La marque Biogurt a ainsi été déclarée nulle pour des yaourts sans ferment bulgare⁵⁰⁸. Il en va de même de la marque Capilloserum pour un enduit qui n'était pas un sérum au sens du droit pharmaceutique⁵⁰⁹ et de la marque servifrais pour des produits surgelés⁵¹⁰.

Les tribunaux sanctionnent également au titre de la déceptivité les marques qui seraient de nature à faire croire à un caractère officiel du produit ou du service alors qu'en réalité il n'y en a pas⁵¹¹. Pour cette raison, l'administration et la jurisprudence française font preuve d'une grande réticence à l'égard des marques comportant le mot France. Si l'emploi de ce mot dans une marque ne peut être prohibé de manière absolue, il doit l'être dès lors que la marque peut laisser croire à un service officiel où un produit contrôlé par les autorités publiques⁵¹².

De même constituerait une marque déceptive celle qui accrédirait faussement l'idée d'un contrôle médical sur le produit ou le service⁵¹³.

Enfin, la déceptivité peut résulter d'une tromperie sur l'origine du produit, à partir du moment où la marque est de nature à évoquer faussement une origine à laquelle serait attachée une certaine qualité. Ainsi ont été annulées les marques Geneva pour les marques qui n'étaient pas fabriquées en Suisse⁵¹⁴ et Saint Tropez pour des pizzas⁵¹⁵. En effet, le caractère déceptif implique non

507 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1481, p.833.

508 TGI Lyon, 8 Juin 1960, <https://www.doctrine.fr/>.

509 CA Paris, 24 mai 1962, <https://www.doctrine.fr/>.

510 CA Paris, 12 Février 1981, <https://www.doctrine.fr/>.

511 TA Paris, 13 Février 1975, <https://www.doctrine.fr/>.

512 CA Paris, 15 mars 1988, <https://www.doctrine.fr/d/>.

513 Cass.com, 17 Octobre 1984, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

514 TGI Seine 10 janvier 1962, <https://www.doctrine.fr/>.

515 CA paris 9 février 2000, <https://www.doctrine.fr/>.

seulement que la marque évoque une origine géographique inexacte, mais encore qu'à cette provenance soit attachée une certaine qualité du produit visé⁵¹⁶.

II. Le caractère distinctif de la marque

Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés⁵¹⁷. Cette exigence signifie que la marque doit permettre d'identifier un produit ou un service parmi les produits ou services de même nature proposés par les concurrents. Le second alinéa de l'article 134 de la loi n°17-97 conçoit la distinctivité de manière négative. Il précise tout d'abord que sont dépourvus de caractère distinctif les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire⁵¹⁸, générique⁵¹⁹ ou usuelle⁵²⁰ du produit ou du service. Ensuite, les marques descriptives n'ont pas de caractère distinctif : les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du bien ou de la prestation de service. Enfin, les signes constitués exclusivement par des formes imposées par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle sont dépourvus de caractère distinctif.

III. La disponibilité du signe

Pour qu'un signe susceptible d'être pris comme marque puisse être légitimement déposé, il faut qu'il soit disponible, c'est-à-dire qu'un tiers n'ait pas déjà acquis des droits sur lui. Il ne s'agit nullement, en effet, d'une nouveauté comparable à celle qui est exigée en matière d'inventions ou de dessins et modèles. Il suffit que la marque ne soit pas au moment de son dépôt, l'objet d'un droit concurrent dans le même secteur d'activité.

A. La nature des droits antérieurs opposables

Le législateur a dressé dans l'article 137 de la loi n°17-97 une liste des différents droits antérieurs, susceptibles de faire échec au dépôt du signe à titre de marque⁵²¹. Certains constituent ce qu'il est

516 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1482, p.83.

517 Alinéa 1 de l'article 134 de la loi n°17-97.

518 Le signe est nécessaire lorsqu'il est constitué d'un signe dont l'emploi est exigé pour la désignation de l'objet en cause. Ainsi chaise pour des chaises

519 Il est générique lorsqu'il définit la catégorie, l'espèce ou le genre auquel appartient l'objet. Ainsi siège pour des sièges.

520 Il est usuel lorsqu'il est communément utilisé pour désigner l'objet en cause, par exemple bagnole pour des automobiles.

521 L'article 137 de la loi n°17-97 édicte que : « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment:

a) à une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle;

b) à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;

habituel de désigner sous le terme d'antériorités et n'affectent la marque que dans la limite du principe de spécialité. Tel est le cas des marques antérieures, de la dénomination ou de la raison sociale, du nom commercial ou de l'enseigne. D'autres constituent des droits d'une autre nature auxquels le dépôt du signe à titre de marque ne saurait porter atteinte quels que soient les produits ou les services visés par le dépôt. Ainsi, en est-il des droits d'auteur ou de ceux résultant d'un dessin ou modèle protégé, mais également des appellations d'origine et des droits de la personnalité.

B. Les limites à l'opposabilité des droits antérieurs

A la différence de l'exigence de nouveauté requise en matière de brevets d'invention qui a un caractère absolu, la disponibilité du signe choisi comme marque s'apprécie de façon relative. L'opposabilité des droits antérieurs est limitée par le principe de territorialité et de spécialité ainsi que par la règle selon laquelle seul le titulaire de l'antériorité a qualité pour l'opposer⁵²².

Pour constituer une antériorité de nature à rendre un signe indisponible comme marque, il est nécessaire que cette antériorité existe dans le même secteur commercial que celui où l'on peut déposer la marque. Il importe donc peu que le même signe soit utilisé dans d'autres branches commerciales pour des produits ou de services différents⁵²³. Dans cette hypothèse, en effet, il n'y a pas de danger de confusion⁵²⁴ et la marque continue à jouer son rôle distinctif⁵²⁵. Ainsi la

c) à un nom commercial ou à une enseigne connu sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;

d) à une indication géographique ou à une appellation d'origine protégées;

e) aux droits protégés par la loi relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques;

f) aux droits résultant d'un dessin ou modèle industriel protégé;

g) au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image;

h) au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ».

522 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1503, p.846.

523 Ibid.

524 L'article 155 de la loi n°17-97 précise que : « Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public:

a) la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que « l'usage d'une marque reproduite ou d'un signe identique ou similaire pour des produits ou services similaires ou relatifs à ceux couverts par l'enregistrement;

b) l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement »

525 L'article 134 de la loi n°17-97 précise que :

« Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés.

Sont dépourvus de caractère distinctif :

a) les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service;

b) les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du bien ou de la prestation de service;

c) les signes constitués exclusivement par des formes imposées par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle ».

spécialité de la marque signifie que le signe n'est protégé que pour des produits ou services déterminés. Pour savoir ce qu'il convient d'entendre par produits ou services similaires, il convient de se référer aux enseignements du droit français en l'absence de jurisprudence marocaine disponible. L'adoption d'un critère strictement objectif et juridique conduit à ne considérer comme similaires que des produits dont la nature et l'usage sont extrêmement voisins. A la différence de celui-ci, un critère subjectif et économique, beaucoup plus souple permet d'étendre le domaine des produits que l'on peut considérer comme similaires. Ainsi, les produits dont le public a toutes raisons de croire qu'ils proviennent du même fabricant seront considérés comme similaires⁵²⁶. Ainsi, on considère comme similaires les produits qui en raison de leur nature et de leur destination peuvent être attribués par les consommateurs à la même origine. Les tribunaux français considèrent comme une question de fait le point de savoir si des produits sont similaires ou non⁵²⁷. Toutefois, si les tribunaux français ont initialement retenu une conception stricte de la spécialité⁵²⁸, actuellement la jurisprudence dominante se caractérise par une appréciation plus subjective⁵²⁹. Sans aucun doute, il peut y avoir une similitude entre une marque de produit et une marque de service, dans la mesure où il s'agit de produits et service complémentaires⁵³⁰.

En sus, les seules antériorités opposables et de nature à ruiner la disponibilité du signe sont les marques et, le cas échéant, les autres signes distinctifs, qui sont protégés sur le territoire marocain. En ce qui concerne les marques, il s'agit aux termes de l'article 137 a) de la loi n°17-97⁵³¹ de celles qui ont été enregistrées au Maroc ou notoirement connues au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle⁵³². La notion de marque notoire est consacrée

526 Ibid.

527 Ibid.

528 CA Paris 30 décembre 1929, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Bordeaux 4 juin 1951, <https://www.doctrine.fr/> , CA Paris 12 juillet 1955, <https://www.doctrine.fr/>.

529 CA Paris 11 février 1964, <https://www.doctrine.fr/>; CA Lyon, 30 Mai 1978, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris 16 janvier 1995, <https://www.doctrine.fr/>.

530 Par exemple entre un journal et une agence de publicité : CA Paris 27 mars 1968, <https://www.doctrine.fr/> , CA Aix en Provence 13 mars 1972, <https://www.doctrine.fr/>, entre des appareils de chauffage et une entreprise d'installation : CA Aix en Provence 13 mars 1972, <https://www.doctrine.fr/> ; entre des articles de sport et un institut gymnastique : Com.18 Octobre 1994, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

531 Voir Supra p.112 : article 137 a)

532 L'article 6 bis (intitulé marques notoirement connues) de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 Mars 1883 révisée édicte que :

« 1) Les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec celle-ci.

par l'article 6 bis de ce texte sans qu'il ne la définisse. Pareillement, le législateur n'en a donné aucune précision dans la loi n°17-97. Il est admis que pour être notoire,⁵³³ une marque doit être connue d'une large fraction du public : il s'agit du grand public et non pas le public des spécialistes⁵³⁴.

2) Un délai minimum de cinq années à compter de la date de l'enregistrement devra être accordé pour réclamer la radiation d'une telle marque. Les pays de l'Union ont la faculté de prévoir un délai dans lequel l'interdiction d'usage devra être réclamée.

3) Il ne sera pas fixé de délai pour réclamer la radiation ou l'interdiction d'usage des marques enregistrées ou utilisées de mauvaise foi ».

533 Cette qualification est une question de fait qui résulte dans la jurisprudence française de l'accumulation de plusieurs indices.

534 Toutefois certaines décisions françaises récentes ont considéré qu'il fallait se référer au public de la spécialité. TGI Paris 12 Mars 2010, <http://www.legalis.net>.

Paragraphe 6 : Les droits conférés par la marque

La loi n°17-97 définit les prérogatives du titulaire de la marque en énonçant dans les articles 154⁵³⁵ et 155⁵³⁶ les actes qui sont interdits aux tiers sans autorisation. Au plus, l'article 201⁵³⁷ de cette loi précise que la commission de tels actes constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de leur auteur. Mais le législateur a aussi souhaité conserver une sanction pénale aux atteintes portées à la marque que les articles 225⁵³⁸ et 226⁵³⁹ de la loi n°17-97 érigent en délits.

535 L'article 154 de la loi n°17-97 dispose que : « Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire:

- a) la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : " formule, façon, système, imitation, «genre, méthode ", ainsi que l'usage d'une marque reproduite ou d'un signe identique à cette marque, pour des produits ou services identiques à ceux couverts par l'enregistrement;
- b) la suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée ».

536 L'article 155 de la loi n°17-97 édicte que : « Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public:

- a) la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que «l'usage d'une marque reproduite ou d'un signe identique ou similaire pour des produits ou services similaires ou relatifs à ceux couverts par l'enregistrement;
- b) l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement ».

537 L'article 201 de la loi n°17-97 précise que : « Toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un brevet d'invention, d'un schéma de configuration (topographie) de circuits intégrés, d'un dessin ou modèle industriel enregistré, d'une marque de fabrique, de commerce ou de service enregistrée ou d'une indication géographique ou d'une appellation d'origine enregistrée telle que définie respectivement aux articles 53, 54, 99, 123, 124, 154, 155 et 182 ci-dessus constitue une contrefaçon.

L'offre, la mise dans le commerce, la reproduction, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait, n'engage la responsabilité de leur auteur que s'il en avait connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance ».

538 Selon l'article 225 de la loi n°17-97 : « Sont considérés comme contrefacteurs et punis d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement:

- 1) ceux qui ont contrefait une marque enregistrée ou ont frauduleusement apposé une marque appartenant à autrui;
- 2) ceux qui ont fait usage d'une marque sans l'autorisation de l'intéressé même avec l'adjonction de mots tels que " formule ", " façon ", " système ", " recette ", " imitation ", " genre ", ou de toute autre indication similaire propre à tromper l'acheteur;
- 3) ceux qui ont détenu sans motif légitime des produits qu'ils savaient revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée et qui ont sciemment vendu, mis en vente, fourni ou offert de fournir des produits ou services sous une telle marque;
- 4) ceux qui ont sciemment livré un produit ou fourni un service autre que celui qui leur a été demandé sous une marque enregistrée.

5) ceux qui ont importé ou exporté des produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.

6) celui qui a sciemment importé ou utilisé à une échelle commerciale des étiquettes ou des emballages et des conditionnements sur lesquels est apposée sans autorisation une marque qui est identique à une marque de fabrique ou de commerce enregistrée ou qui ne peut en être distinguée et qui sont destinés à être utilisés commercialement sur des marchandises ou dans le cadre de services qui sont identiques aux marchandises ou aux services pour lesquels une telle marque de fabrique ou de commerce est enregistrée ».

539 L'article 226 de la loi n°17-97 dispose que : « Sont punis d'une peine de deux à six mois d'emprisonnement et d'une amende de 50.000 à 500.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement:

- 1) ceux qui sans contrefaire une marque enregistrée, en ont fait une imitation frauduleuse de nature à tromper l'acheteur ou ont fait usage d'une marque frauduleusement imitée ;
- 2) ceux qui ont fait usage d'une marque enregistrée portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles, l'espèce ou l'origine de l'objet ou du produit désigné;
- 3) ceux qui ont détenu sans motif légitime des produits qu'ils savaient revêtus d'une marque frauduleusement imitée ou ceux qui ont sciemment vendu, mis en vente ou offert de fournir des produits ou des services sous une telle marque ».

Or à côté des actes énoncés aux articles 154 et 155 de la loi n°17-97, figurent également d'autres comportements. Il en résulte que le titulaire de la marque peut principalement s'opposer à la contrefaçon, mais aussi à la substitution du produit qualifiée de délit complémentaire en droit français⁵⁴⁰. La contrefaçon de marque peut alors aujourd'hui revêtir l'une des formes suivantes : la reproduction, l'apposition, l'usage et la modification ou la suppression de la marque.

I. La contrefaçon de marque :

A. La reproduction de la marque :

Les développements qui sont relatifs à la reproduction de la marque seront exposés ci-après dans le chapitre relatif à la marque et la concurrence déloyale. Ce choix se justifie par le fait qu'en vertu de la jurisprudence collectée, il est difficile et délicat de sérier les cas de reproduction de la marque selon leurs conséquences juridiques, à savoir s'ils impliquent uniquement la contrefaçon, la concurrence déloyale ou ces deux griefs cumulativement. A fortiori ces décisions de justice condamnent dans leur grande majorité le contrefacteur pour concurrence déloyale. Rares sont celles qui condamnent exclusivement le justiciable responsable de l'atteinte à la marque uniquement pour contrefaçon. Il paraît alors plus opportun – afin d'éviter la redondance de développements similaires – de traiter la reproduction de la marque en la liant avec la concurrence déloyale. Il n'en reste pas moins qu'à chaque fois qu'une décision de justice sera exploitée, la qualification donnée aux faits (contrefaçon, concurrence déloyale ou ces deux griefs cumulativement) sera explicitée.

B. L'importation ou l'exportation, la vente ou l'offre de vente des produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée

Les développements qui sont relatifs à la reproduction de la marque seront exposés ci-après dans le chapitre relatif à la marque et la concurrence déloyale pour les mêmes raisons évoquées ci-dessus à propos de la reproduction de la marque.

C. L'apposition de la marque

Les articles 154 a) et 155 a) incriminent ceux qui auront apposé une marque appartenant à autrui. C'est le fait de se servir d'une marque authentique pour désigner et accompagner des produits qui n'y ont pas droit. S'il s'agit d'un produit identique à celui qui figure au dépôt, il ne sera pas nécessaire qu'il y ait un danger de confusion. S'il s'agit d'un produit similaire, la loi exige qu'il y ait un danger de confusion. Le plus souvent, il y aura concours d'infraction car l'article 4 de la loi n° 13-83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises sera également applicable⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Article 225 4) de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée.

⁵⁴¹ Selon l'article 4 de la loi 13-83 :

Ainsi l'élément matériel est constitué par l'emploi de sacs, bouteilles, emballages, étiquettes, plaques métalliques sur lesquels figure la marque authentique d'autrui et que l'on joint à un produit qui n'y a pas droit⁵⁴². Appliquée aux bouteilles marquées à la marque d'autrui et remplies d'un liquide autre que l'authentique liquide du concurrent, cette infraction prend l'appellation de délit de remplissage en droit français⁵⁴³. Mais le texte précité est appliqué à bien d'autres conditionnements comme les pompes distributrices de carburant, les pots de moutarde et les étuis de bâton de rouges à lèvres⁵⁴⁴.

D. L'usage de la marque

L'usage de la marque est visé à plusieurs reprises par la loi n°17-97. D'une part l'article 154 a) prohibe l'usage d'une marque reproduite pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement et, sous réserve qu'il en résulte un risque de confusion dans l'esprit du public. L'article 155 a) interdit l'usage d'une marque reproduite pour des produits similaires à ceux désignés dans l'enregistrement. Pareillement, l'article 155 b) interdit, sous réserve de cette même exigence, l'usage d'une marque imitée pour des produits identiques ou similaires. Dans tous les cas, le délit d'usage est constitué par l'usage d'une marque contrefaite ou imitée, et ce délit sera commis par tous ceux qui commercialisent ou utilisent à des fins commerciales des produits revêtus d'une marque contrefaite ou imitée. Souvent, ce sera la même personne qui commettra le délit de contrefaçon et le délit d'usage, mais cette dernière incrimination permet de poursuivre ceux qui, sans avoir eux-mêmes reproduit la marque, se sont bornés à commercialiser ou utiliser des produits revêtus d'une marque contrefaite par un autre⁵⁴⁵. De toute façon, le délit d'usage

« Est puni des peines édictées à l'article premier, quiconque, a trompé ou tenté de tromper le contractant :
 -soit sur la nature, les qualités substantielles, la composition et la teneur en principe utiles de toutes marchandises ;
 -soit sur les espèces ou leur origine lorsque, d'après la convention ou les usages, la désignation de l'espèce ou de l'origine faussement attribuée aux marchandises doit être considérée comme la cause principale de l'engagement du contractant ;

-soit sur la quantité des choses fabriquées, conditionnées, stockées en vue de la vente, vendues ou livrées ;

-soit sur leur identité, par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat.

Une peine d'emprisonnement est obligatoirement prononcée si le délit ou la tentative de délit a été commis à l'aide d'indications frauduleuses tendant à faire croire à une opération antérieure et exacte ou à un contrôle officiel qui n'aurait pas existé, ou à l'aide de poids et mesures faux ou inexacts ou de manœuvres ou procédés tendant à fausser les opérations du pesage, du mesurage, de l'analyse ou du dosage .

Une peine d'emprisonnement est obligatoirement prononcée si le délit ou la tentative de délit a été commis à l'aide d'indications frauduleuses tendant à faire croire à une opération antérieure et exacte ou à un contrôle officiel qui n'aurait pas existé, ou à l'aide de poids et mesures faux ou inexacts ou de manœuvres ou procédés tendant à fausser les opérations du pesage, du mesurage, de l'analyse ou du dosage. »

542 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1570, p.888.

543 Ibid.

544 Ibid.

545 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1570, p.888-889.

suppose un acte antérieur de contrefaçon ou d'imitation, et certains auteurs souhaiteraient que le délit d'usage soit cantonné dans ces limites⁵⁴⁶.

Le droit français et communautaire a toujours retenu une interprétation extensive du délit d'usage allant au-delà de l'usage d'une marque contrefaisante. Il en est ainsi lorsque l'usage du signe se situe dans le cadre des ventes à des consommateurs et n'est pas destiné à des fins purement descriptives⁵⁴⁷. La cour considère que cet usage est susceptible d'affecter la garantie de provenance du produit, de sorte que le titulaire peut s'y opposer, nonobstant le fait que le signe soit perçu dans le cadre de cet usage comme un témoignage de soutien, de loyauté ou d'attachement au titulaire de la marque⁵⁴⁸. Ainsi, les actes d'utilisation de la marque d'autrui sont condamnables à partir du moment où ils sont de nature à accréditer l'existence d'un lien entre les produits du tiers utilisateur de la marque et le titulaire de celle-ci, portant dès lors atteinte à sa fonction. Il en résulte un principe d'interdiction de faire référence à la marque d'autrui, assorti d'un certain nombre d'exceptions⁵⁴⁹. Ainsi, la publicité comparative, dans laquelle la référence à la marque d'autrui apparaît indispensable est autorisée par l'article 22 de la loi n°31-08⁵⁵⁰ édictant des mesures de protection du consommateur, sous réserve du respect des exigences légales⁵⁵¹.

Au surplus, les tribunaux français, mesurant sans doute les excès auxquels conduit une application brutale et systématique du délit d'usage, ont renoncé à en faire application dans des hypothèses où l'usage de la marque d'autrui apparaissait normal et dépourvu de caractère fautif⁵⁵². La seule citation de la marque dans un ouvrage littéraire ou scientifique a alors été jugée licite⁵⁵³. Allant

546 CHAVANNE (A), 1990, « Le délit d'usage de marque et son évolution », *Mélanges dédiés à Paul MATHÉLY*, Litec, Paris, p101.

547 CJCE, 12 Novembre 2002, <http://curia.europa.eu/>.

548 Ibid.

549 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1472, p.890-891.

550 Ainsi l'alinéa 1 de l'article 22 de la loi n°31-08 sur la protection du consommateur, promulguée par le dahir du 3 Joumada I 1432 (07-04-2011) dispose que : « La publicité comparative est toute publicité qui met en comparaison les caractéristiques ou les prix ou les tarifs des biens, produits ou services en utilisant soit la citation ou la représentation de la marque de fabrique, de commerce ou de service d'autrui, soit la citation ou la représentation de la raison sociale ou de la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne d'autrui ».

551 Selon les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 22 de la loi n°31-08 sur la protection du consommateur :

Elle n'est autorisée que si elle est loyale, véridique et qu'elle n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur. La publicité comparative qui porte sur des caractéristiques ne peut porter que sur des caractéristiques essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables de biens ou services de même nature et disponibles sur le marché.

Lorsque la comparaison porte sur les prix, elle doit concerner des produits ou services identiques, vendus dans les mêmes conditions et indiquer la durée pendant laquelle sont maintenus les prix mentionnés comme siens par l'annonceur.

552 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1576, p.892.

553 Sur la citation de la marque d'un produit, assortie de commentaires sans incidence, dans un ouvrage : Paris, 20 Décembre 1974, <https://www.doctrine.fr/d/> ; Paris, 20 Décembre 1978, Ann.pop.ind.1980 ; p.116 ; Crim.23 Janvier 1984, D.1986, IR.403. La jurisprudence paraît plus rigoureuse en ce qui concerne la citation dans un article de presse : Paris, 9 Décembre 1980, Ann.prop.ind, 1981.133 ; Paris, 22 Novembre 1984, PIBD 1985, III, 175 ; Paris, 1^{er} Juillet

au-delà, la jurisprudence considère que la seule utilisation de la marque d'autrui pour désigner des produits provenant authentiquement du titulaire de marque, en dehors de tout comportement déloyal tel que les pratiques de prix d'appel, ne saurait tomber sous le coup de l'incrimination⁵⁵⁴. Ainsi la confection par un distributeur du signe reproduisant une marque protégée, lorsque ce dernier est destiné à désigner des produits authentiques commercialisés dans des conditions normales n'en constitue pas la contrefaçon⁵⁵⁵. Cette position de la Cour de cassation française est également consacrée par la CJCE, qui dans un arrêt du 4 Novembre 1997⁵⁵⁶ a énoncé que lorsque des produits revêtus d'une marque ont été mis sur le marché communautaire par le titulaire de la marque ou avec son consentement, le revendeur avait, outre la faculté de revendre ces produits, celle d'employer la marque afin d'annoncer au public cette commercialisation. En revanche, dès lors que l'on dépasse les limites d'un usage normal et que son auteur tend à tirer indûment profit de la réputation attachée à la marque d'autrui, la référence à celle-ci est condamnable⁵⁵⁷. Par ailleurs, la notion de délit d'usage, ne saurait permettre au titulaire de la marque de contrôler à ce titre la revente de produits authentiques licitement revêtus de la marque. Il a parfois été soutenu⁵⁵⁸ que le propriétaire de la marque possédait une sorte de droit de suite lui permettant de contrôler l'usage fait de la marque, telle qu'elle est portée sur le produit et de limiter les conditions de cette revente. Cette position est critiquable⁵⁵⁹ car le titulaire de la marque ne trouve pas dans le

1998, PIBD 1998, III, 487 : L'usage générique d'une marque dans un article de magazine pour désigner et comparer des jeans est constitutif de contrefaçon. Cet acte est aussi constitutif de concurrence déloyale dans la mesure où il a été porté atteinte au prestige et à la notoriété dont cette marque bénéficie. Contra TGI Paris, 10 Mars 1982, <https://www.doctrine.fr/>, Paris, 21 Octobre 1987, RDPI 1987, n°14, p.113 ; Paris, 13 Mars 1989, <https://www.doctrine.fr/>, TGI Paris, 22 Février 1995, <https://www.doctrine.fr/d/>.

554 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1576, p.892.

555 Com.1^{er} Mars 1984, RDPI 1994, n°53, p.57 ; Com.15 Mars 1994, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : La société Carrefour n'a pas commis d'acte de contrefaçon en organisant une vente promotionnelle de vêtements revêtus de la marque Poivre Blanc de la société S 13, en les exposant avec d'autres produits sur un rayonnage surmonté d'un panneau publicitaire reproduisant les éléments graphiques et nominatifs de la marque. En effet, la société Carrefour disposait d'un approvisionnement suffisant de produits revêtus de la marque pendant la campagne promotionnelle et que la publicité en faveur des produits revêtus de la marque litigieuse et la mise en vente de ces derniers à proximité de ceux commercialisés par la société Carrefour étaient effectuées dans des conditions commerciales normales. Il en résulte que la reproduction de la marque sans autorisation de son titulaire ne constituait pas une atteinte illicite aux droits de propriété industrielle. De même, la société Carrefour n'a pas commis de faute de concurrence déloyale dans la mesure où le prix proposé à la vente des produits de la société S 13 était attractif mais fixé à un niveau suffisamment élevé pour que l'exposition dans le même rayon de ces produits et de ceux de la société Carrefour ne constitue pas une tentative de la part de cette dernière société de profiter, dans des conditions parasitaires, des efforts de la société S 13.

556 CJCE, 4 Novembre 1997, <http://eur-lex.europa.eu/>.

557 Paris, 4 Juillet 2008 ; Paris, 10 Septembre 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : La reproduction du signe MC PEEL, sans l'autorisation de la société SUNLAB sur de plaquettes publicitaires pour la promotion commerciale d'un produit cosmétique supposé avoir même fonction que l'appareil représenté, mais avec l'avantage sous-entendu de s'y substituer aisément, est constitutif de concurrence déloyale. Paris, 10 septembre 2008, PIBD 2008, III.638.

558 MATHÉLY (P), 2001, Le droit français des signes distinctifs, Librairie du journal des notaires et des avocats éditions, p323.

559 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1577, p.893.

monopole lui-même le droit de contrôler la circulation des produits légitimement revêtus de la marque. L'étendue du monopole n'est pas définie comme en matière de brevet et se limite au droit d'utiliser la marque et de poursuivre les contrefacteurs ou imitateurs. En particulier, il ne suffit pas au titulaire de la marque d'invoquer son droit de propriété industrielle pour faire condamner sur cette base, certaines formes de revente qui lui déplaisent. En conséquence le droit français condamne cette position par l'alinéa 1 de l'article L.713-4 du code de propriété intellectuelle⁵⁶⁰ qui consacre la notion d'épuisement de droit. Celui-ci dispose que « le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté économique européenne ou dans l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement ». Au plus, L'article 713-4 alinéa 2 de ce même texte réserve cependant le cas dans lequel le propriétaire de la marque conserve la faculté de s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation, dès lors qu'il justifie de « motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits ». La question selon laquelle – si cela ne permettrait-il pas au titulaire de la marque de retrouver dans celle-ci un moyen de sanctionner ceux qui parasiteraient un réseau de distribution sélective – a fait l'objet d'une controverse jurisprudentielle. En effet, certaines décisions ont pu laisser penser que la poursuite de distributeurs pourrait être admise en se fondant sur cet article⁵⁶¹. Cependant, c'est dans la mise en œuvre des mécanismes de responsabilité contractuelle ou délictuelle que le promoteur d'un réseau de distribution sélective doit trouver sa protection tant contre les distributeurs infidèles que contre les tiers non en invoquant une prétendue contrefaçon⁵⁶². C'est dans un arrêt⁵⁶³ clairement motivé du 23 Mars 2010 que la chambre commerciale de la Cour de Cassation a mis fin à ces hésitations en annonçant que l'usage illicite de marque ne peut résulter du seul fait de commercialiser des produits authentiques relevant d'un réseau authentique dès lors qu'ils ont été initialement et licitement mis en circulation par le titulaire de la marque par lui-même ou avec son consentement. En revanche, ce même titulaire peut s'opposer à cette commercialisation de produits authentiques dans des conditions de nature à porter atteinte à la renommée de la marque⁵⁶⁴.

560 Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

561 Paris, 1^{er} Octobre 1997, D.1998, jur 445, note Malaurie-Vaginal. Sur l'ensemble de la question, V PASSA (J), 2002, Distribution et usage de marque, Litec, Paris.

562 Paris, 24 Octobre 2008, PIBD 2008, III, 687, RTD com.2009.120, n°6, obs.Azéma et Galloux.

563 Com.23 Mars 2010, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

564 Ibid.

Relativement au droit marocain, on ne peut que déplorer l'absence d'une disposition analogue à l'article L.713-4 du code de la propriété intellectuelle français. Il en résulte une insécurité juridique en la matière à laquelle participe l'absence ou l'inaccessibilité de jurisprudence pertinente.

En dernier lieu, le délit n'est pas constitué dès lors que l'usage qui est fait de la marque ne porte atteinte à aucune de ses fonctions⁵⁶⁵. Tel est notamment le cas de l'usage sur des sites de paris en ligne qui ne porte certainement pas atteinte à la fonction essentielle de la marque d'indication d'origine⁵⁶⁶, non plus qu'à sa fonction de communication, d'investissement ou de publicité dès lors que l'organisateur de ces paris se borne à une citation nécessaire à leur mise en place sans utilisation abusive ou parasitaire⁵⁶⁷.

E. La suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée

L'article 155 a) de la loi n°17-97 permet de sanctionner au titre de la contrefaçon la suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée. Il s'agit notamment de masquer, faire disparaître et plus généralement, altérer la marque d'autrui.

II. La substitution du produit

La substitution de produit, est incriminée par l'article 225 4) de la loi n°17-97 en délit qui permet de poursuivre celui qui aura sciemment livré un produit ou fournir un service autre que celui qui lui aura été demandé sous une marque enregistrée⁵⁶⁸. Il sanctionne le fait de fournir, sur demande écrite ou le plus souvent verbale d'un client désignant un produit sous sa marque un produit de même nature, mais d'une autre marque. Cette substitution se rencontre en particulier dans le commerce de détail.

Paragraphe 7 : L'exploitation de la marque

Exploiter la marque, c'est l'utiliser dans sa fonction de marque sous tous ses aspects pour désigner les produits ou les services qu'elle couvre⁵⁶⁹. Outre son apposition sur les produits et leur conditionnement, la marque constitue le support essentiel de la publicité sous toutes ses formes et, ainsi un instrument incomparable pour attirer et fidéliser la clientèle⁵⁷⁰. Sur le plan juridique, cette exploitation implique à l'évidence qu'elle soit le fait du légitime titulaire de la marque ou de quelqu'un qui a contractuellement acquis un droit d'exploiter. Ainsi, l'exploitation d'une marque

565 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1578, p.895.

566 Paris, Pôle 5 ch 2 19 Juin 2009, <https://www.doctrine.fr/>.

567 Paris, Pôle 5 ch 2 2 Avril 2010, <http://www.droit-technologie.org/upload/actuality/doc/1324-1.pdf>.

568 L'article 225 4) précise que : « Sont considérés comme contrefacteurs et punis d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement...ceux qui ont sciemment livré un produit ou fourni un service autre que celui qui leur a été demandé sous une marque enregistrée... »

569 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1585, p.899.

570 Ibid.

s'entend des différents moyens par lesquels son titulaire peut en tirer un profit pécuniaire⁵⁷¹. Le premier consiste à jouir personnellement du signe distinctif sur lequel on a acquis un monopole en l'utilisant comme instrument de conquête et de fidélisation de la clientèle. Une autre manière de tirer profit de la marque est d'en faire l'objet d'un certain nombre de contrats⁵⁷². Les principaux contrats⁵⁷³ permettant l'exploitation de la marque sont la cession et la licence de marque.

I. La cession de marque

L'alinéa 1 de l'article 156 de la loi n°17-97 dispose que : « Les droits attachés à une demande d'enregistrement de marque ou à une marque enregistrée sont transmissibles en totalité ou en partie ». Il en découle que la marque peut être cédée librement, c'est-à-dire indépendamment du fonds de commerce dont elle constitue un élément. Certaines législations étrangères n'admettent pas la cession de la marque sans celle de l'entreprise, au motif que la transmission de l'une sans celle de l'autre ne permet plus de garantir la constance dans l'origine et la qualité des produits revêtus de la marque⁵⁷⁴. Telle n'est pas la position du droit français et marocain et cette solution est logique⁵⁷⁵. En effet la marque ne constitue pas une garantie juridique de la qualité des produits et même le transfert de la marque avec l'entreprise n'implique pas nécessairement cette identité de qualité. La marque peut également être cédée avec le fonds de commerce et, sauf circonstances exceptionnelles ou stipulations particulières, dont ils résulteraient que les marques soient exclues de la cession, les marques sont réputées cédées en cas de vente du fonds de commerce.

La cession peut être totale ou partielle. Elle est totale lorsqu'elle ne comporte aucune restriction ni quant aux produits pour lesquels la marque peut être utilisée, ni quant aux méthodes d'utilisation, ni dans le temps ni dans l'espace. En revanche, une cession est partielle lorsqu'une marque déposée et enregistrée pour plusieurs catégories de produits ou services différents peut n'être cédée que pour certains d'entre eux. De la même manière, il n'est pas impossible d'exclure le droit pour le cessionnaire d'utiliser la marque à titre de nom commercial ou d'enseigne. Il existe sur ce point une large liberté contractuelle⁵⁷⁶.

571 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit., n° 1589, p.901.

572 La marque est un droit mobilier incorporel qui peut faire l'objet d'un certain nombre d'opérations juridiques emportant transmission du droit, en propriété ou en jouissance, entre vifs ou à cause de mort.

573 Certains ne présentent guère de spécificité comme l'apport en société, la mise en gage ou le nantissement.

574 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1596, p.904.

575 Ibid.

576 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1598, p.904.

II. La licence de marque

C'est le contrat par lequel le titulaire d'une marque accorde à un tiers le droit de l'exploiter en tout ou en partie, moyennant une rémunération consistant le plus souvent en des redevances proportionnelles à l'exploitation appelées aussi royalties⁵⁷⁷. Tout comme la licence de brevet, le contrat de licence de marque peut aussi être conclu entre un licencié et un sous-licencié dans la mesure où le licencié est autorisé à concéder des sous licences⁵⁷⁸.

La licence de marque a pour fonction de permettre à un titulaire de marque de tirer profit de certains marchés qu'il ne peut exploiter directement⁵⁷⁹. C'est souvent un moyen d'exploiter une marque à l'étranger. Le licencié trouve quant à lui dans un tel contrat la possibilité de bénéficier du renom d'une marque pour commercialiser les produits qu'il fabrique⁵⁸⁰. La licence de marque a trouvé un regain d'intérêt et d'application dans la mesure où elle constitue une pièce essentielle du contrat de franchise⁵⁸¹.

Il n'existe en matière de marques aucune forme de licence imposée : Toute licence est conventionnelle. De même que pour la cession, le droit marocain reconnaît la liberté au titulaire d'une marque d'en concéder la licence⁵⁸².

577 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit , n° 1604, p.906.

578 Ibid.

579 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1604, p.906.

580 Ibid.

581 La franchise recouvre des situations variées. Tantôt le contrat apparaît comme l'instrument d'un transfert de technologie et permet au franchisé de recevoir communication du savoir-faire industriel du franchiseur et, le cas échéant, licences de brevets de ce dernier, pour fabriquer dans un territoire un produit qu'il y distribuera sous la marque du franchiseur. Il s'agit alors de franchise industrielle qui se distingue de la franchise commerciale qui ne concerne que la commercialisation des produits ou services. Celle-ci se définit comme le contrat par lequel le titulaire d'un signe distinctif le plus souvent déposé à titre de marque, qui jouit par ailleurs dans un domaine d'une expérience constitutive d'un savoir-faire concède à un autre l'usage de ce signe distinctif et lui communique son savoir-faire en assumant auprès de lui une fonction de conseil et d'assistance commerciale, moyennant, de la part de ce dernier le respect de certains engagements relatifs à l'exploitation de l'activité commerciale et le paiement d'une redevance sur son chiffre d'affaires. Ainsi, à côté de la communication d'un savoir-faire, la concession de l'usage du signe distinctif constitue un élément constitutif du contrat. Il n'est pas juridiquement indispensable que ce signe ait fait l'objet d'un dépôt à titre de marque. On peut concevoir une franchise dans laquelle le signe de ralliement de la clientèle, ne serait protégé qu'à titre d'enseigne ou de nom commercial mais, dans l'immense majorité des cas, il s'agira d'une marque, ce qui confèrera au franchisé une sécurité beaucoup plus importante. Le contrat de franchise implique alors une licence de marque.

582 L'alinéa 2 de l'article 156 précise à propos des droits attachés à une demande d'enregistrement de marque ou à une marque enregistrée qu'ils peuvent faire l'objet en totalité ou en partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive, ainsi que d'une mise en gage. Il existe aussi des licences gratuites.

Par ailleurs, une licence est dite exclusive lorsque le titulaire de la marque s'interdit de concéder à d'autres licenciés , sur le même territoire, une licence de la même marque, pour les mêmes produits ou services⁵⁸³.

Les parties sont libres d'insérer dans leur contrat des limitations quant au droit du licencié d'exploiter la marque⁵⁸⁴. Contrairement à la cession, la licence de marque peut comporter des limitations territoriales à l'intérieur du territoire national.

583 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1607, p.907.

584 Ibid.

Section 2 : Le nom commercial

Le nom commercial est la dénomination sous laquelle une personne physique ou morale exploite une entreprise. Il distingue ainsi un fonds de commerce de fonds similaires⁵⁸⁵.

Il se distingue de la marque sur de nombreux points⁵⁸⁶ ainsi que du nom civil⁵⁸⁷. A l'instar du droit français, le nom commercial ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale en droit marocain. Il est régi par un ensemble de dispositions disparates⁵⁸⁸.

Tout d'abord l'article 80 du code de commerce précise que le nom commercial est un élément facultatif du fonds de commerce, contrairement à la clientèle et à l'achalandage⁵⁸⁹. Il doit faire l'objet d'une inscription au registre de commerce⁵⁹⁰ et d'une publication dans un journal d'annonces légales⁵⁹¹. Il n'en reste pas moins qu'aux termes de l'article 8 bis de la convention d'Union Paris « le nom commercial sera protégé dans tous les pays de l'Union sans obligation de dépôt ou d'enregistrement, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce ». Comme la convention d'Union de Paris prévaut sur les lois relatives au droit de propriété industrielle et commerciale, le nom commercial peut être protégé au Maroc sans qu'il soit inscrit dans les registres de l'OMPIC⁵⁹². Ainsi, le Maroc s'est conformé à cet instrument de

585 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1666, p.943.

586 V supra p.92 et s.

587 Le nom civil est un attribut de la personne qui est impérativement imposé aux citoyens, qui est incessible, imprescriptible et ne peut être modifié que par des procédures très spéciales et très strictes. Il est régi par le Dahir n° 1-02-239 du 25 rejab 1423 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil (B O du 7 novembre 2002) et le décret n° 2-99-665 du 2 chaabane 1423 (9 octobre 2002) pris pour l'application de cette loi. A l'inverse, le nom commercial – même si c'est un nom patronymique – n'est qu'un élément incorporel du fonds de commerce et représente une valeur d'ordre patrimonial. Le nom commercial peut être transmis et cédé notamment avec le fonds de commerce dont il constitue un élément, tandis que le nom patronymique est incessible. Alors que le nom civil est imprescriptible, le nom commercial au contraire peut se perdre par non usage. Un commerçant peut se retirer des affaires sans même céder son fonds de commerce, son nom commercial deviendra au bout d'un certain temps une res nullius et, si c'est un nom de fantaisie, quiconque pourra librement se l'approprier.

588 La loi 15-95 portant code de commerce promulguée par le Dahir n° 1.96.83 du 1er Août 1996, la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle telle que complétée et modifiée et la loi 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation promulgué par la Dahir du 13 Février 1997.

589 L'article 80 du code de commerce énonce que :

« Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage.

Il comprend aussi, tous autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds tels que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, les marchandises, le matériel et l'outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels et, généralement, tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés ».

590 L'article 42 paragraphe 2 du code de commerce dispose que les commerçants personnes physiques doivent mentionner dans leurs déclarations d'immatriculation le nom sous lequel il exerce le commerce et, s'il y a lieu, son surnom ou son pseudonyme.

591 L'alinéa 1 de l'article 70 du code de commerce dispose que : « le droit de faire usage du nom d'un commerçant ou d'une raison de commerce inscrit au registre du commerce et publié dans un journal d'annonces légales, appartient exclusivement au propriétaire de ce nom ou de cette raison ».

592 CA Casablanca, 14 Mai 2009, n° 09/2899, inédit ; CA Casablanca, 22 Novembre 2011, n° 2011/4836, inédit.

droit international en édictant que « le nom commercial, qu'il fasse ou non partie d'une marque, est protégé par les dispositions de la loi n° 15 - 95 formant code de commerce contre tout usage ultérieur du nom commercial par un tiers, que ce soit sous forme de nom commercial ou de marque de fabrique, de commerce ou de service s'il y a risque de confusion pour le public ». Il en résulte que le nom commercial est juridiquement protégé dès qu'il y a confusion⁵⁹³. Il en découle également que les juridictions marocaines sont obligées d'appliquer la convention d'Union de Paris qui est supérieure par rapport au droit national⁵⁹⁴. Il en est ainsi dans les litiges dans lesquels des sociétés étrangères exercent leur activité au Maroc et dont le nom commercial qu'il fasse ou non partie de leur marque est protégé dans tous les pays de l'union notamment le Maroc sans formalité auprès de l'OMPIC⁵⁹⁵. La protection naît de la priorité d'usage et le droit appartient au premier occupant⁵⁹⁶. L'usage constitutif de droit doit s'entendre d'un usage public⁵⁹⁷. Partant, l'inscription d'un nom commercial ou d'une marque attentatoire à un nom commercial -dont la priorité d'usage a été établie antérieurement – constitue un acte de concurrence déloyale⁵⁹⁸.

Toutefois, le dépôt d'un nom de commerçant ou d'une dénomination sociale appelé à servir en même temps de marque, doit pour valoir protection de cette marque, être effectué suivant la législation relative aux marques⁵⁹⁹.

Par ailleurs, tout nom, raison de commerce, dénomination commerciale ou enseigne dont le bénéficiaire n'aura pas opéré l'inscription au registre du commerce dans un délai d'un an à compter de la date de délivrance du certificat négatif, par le service du registre central du commerce, ne peut être inscrit au registre du commerce⁶⁰⁰. Tout au plus, toute personne qui n'aura pas fait usage d'un nom, d'une raison de commerce ou d'une dénomination commerciale depuis plus de trois ans à compter de leur inscription au registre du commerce ou, même après en avoir fait usage, aura cessé de s'en servir depuis plus de trois ans, perdra le privilège attaché à cette inscription⁶⁰¹.

Le choix d'un nom commercial recoupe assez largement les exigences qui ont été exposées à propos de la marque. Elles varient selon que le commerçant choisit son propre nom patronymique,

593 CA Casablanca, 22 Novembre 2011, n° 2011/4836, inédit.

594 CA Casablanca, 16 Juin 2009, n° 2009/3591, inédit.

595 CA Casablanca, 14 Mai 2009, n° 09/2899, inédit ; CA Casablanca, 16 Juin 2009, n° 2009/3591, inédit ; CA Casablanca, 06 Octobre 2009, n° 2009/4693, inédit ; CA Casablanca, 22 Novembre 2011, n° 2011/4836, inédit ;

596 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1675, p.949.

597 Ibid.

598 CA Casablanca, 14 Mai 2009, n° 09/2899, inédit ; CA Casablanca, 16 Juin 2009, n° 2009/3591, inédit ; CA Casablanca, 06 Octobre 2009, n° 2009/4693, inédit ; CA Casablanca, 22 Novembre 2011, n° 2011/4836, inédit

599 Article 35 alinéa 2 du code de commerce.

600 Article 74 du code de commerce.

601 Article 73 alinéa 1 du code de commerce.

le nom d'un tiers ou un nom de fantaisie. En tout état de cause, la dénomination doit être disponible.

Paragraphe 1 : Le choix de son propre nom patronymique, pseudonyme ou prénom

Un commerçant peut toujours choisir son propre nom patronymique pour désigner son fonds de commerce sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 70 du code de commerce⁶⁰². En effet, le nom commercial ou la raison de commerce ne peut être employé par aucun autre, même par celui qui a un nom de famille identique. Celui-ci doit, en constituant une raison de commerce, ajouter à son nom une autre indication qui le distingue nettement de la raison de commerce déjà existante.

Un commerçant peut choisir son pseudonyme comme nom commercial. Le tout est de ne pas s'en servir de façon à créer une confusion avec le pseudonyme ou le nom patronymique d'autrui qui serait déjà utilisé dans le même secteur économique comme nom commercial. Dans ce cas l'interdiction doit jouer car le droit au pseudonyme est moins fort que le droit sur le nom patronymique.

Le nom commercial adopté peut aussi être un prénom, ce qui est un usage très fréquent dans certaines branches commerciales telles que les restaurants, les coiffeurs, etc. Il n'est nullement besoin qu'il soit présenté sous une forme distinctive. Si le prénom est déjà utilisé comme nom commercial par un concurrent, il doit y avoir lieu à interdiction pure et simple, le droit au prénom n'ayant pas la même force que le droit au nom patronymique est, à cet égard traité comme un nom de fantaisie.

Paragraphe 2 : Le choix du nom patronymique d'un tiers

Cette situation a déjà été rencontrée s'agissant de l'acquisition d'une marque : les problèmes posés par ce choix sont les mêmes selon que le choix du nom patronymique du tiers a été fait avec ou sans le consentement de celui-ci⁶⁰³. Dans ce dernier cas, c'est en se fondant sur une atteinte à son droit au nom considéré comme un attribut de personnalité que le tiers pourra contester ce choix⁶⁰⁴. Le succès de l'action engagée en ce cas par le titulaire du nom est subordonné à la preuve d'une

602 Cet article prévoit que : « Il ne peut être employé par aucun autre, même par celui qui a un nom de famille identique; celui-ci doit, en constituant une raison de commerce, ajouter à son nom une autre indication qui le distingue nettement de la raison de commerce déjà existante ».

603 V Supra p.99 et s.

604 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1670, p.946.

confusion préjudiciable⁶⁰⁵. Toutefois s'il s'agit d'un nom prestigieux, ce risque de confusion est quasi-présumé par la jurisprudence⁶⁰⁶.

Paragraphe 3 : Le choix d'un nom de fantaisie

Les commerçants sont libres quant au choix des termes dont ils veulent faire leur nom commercial. Ces termes peuvent se rattacher ou non à l'objet du commerce exploité, au lieu de l'exploitation ou au commerce exploité. Cependant, comme en matière de marque, le terme choisi ne doit pas être contraire à la loi ou trompeur. En effet, l'article 178 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que : « Ne peut constituer un nom commercial un nom ou une désignation qui, par sa nature ou par l'usage qui peut en être fait, est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ou qui pourrait tromper les milieux commerciaux ou le public sur la nature de l'entreprise désignée par ce nom ». A cet égard, toutes les interdictions signalées pour les marques jouent également pour les noms commerciaux⁶⁰⁷.

Au surplus, selon l'article 177 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée le nom commercial doit être distinctif. Selon cette disposition, « on entend par nom commercial l'appellation distinctive ou le signe distinctif sous lequel est exploitée une entreprise ». Il s'ensuit qu'il ne doit pas être nécessaire, usuel ou descriptif, ce qui recoupe les exigences rencontrées en matière de marque⁶⁰⁸. Ainsi, il n'est pas étonnant qu'aient été considérés comme banals et non appropriables à l'état isolé les termes tels que : magasin, comptoir, entrepôt, bazar, galerie, casino, arts ménagers....⁶⁰⁹.

Toutefois, un arrêt de la cour de cassation marocaine en date du 24 Juin 2009⁶¹⁰ précise que « le législateur n'exige pas que le nom commercial revête le caractère de nouveauté et de distinctivité

605 Ibid.

606 Ibid.

607 V Supra p.107 et s.

608 V Supra p.104 et s.

609 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1671, p.947.

610 Cass.com, 24 Juin 2009, Le bulletin des décisions de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, Série n° 2, n° 5, 2010, Imprimerie Librairie Omnia Rabat, pp 129-131. Cet arrêt a cassé la décision de la cour d'appel de Casablanca (Com. Casablanca, 17 Juin 2008, n° 2008/3143, inédit) selon laquelle il n'y a pas de concurrence déloyale entre ATTIJARI et ATTIJARI ASSURANCE. La Cour de cassation a considéré que le litige est relatif au nom commercial bien qu'il soit en même temps utilisé comme marque ce qui implique que les caractères de distinctivité, nouveauté et créativité ne soient pas exigés à la différence de la marque, du brevet d'invention ou du dessin ou modèle. Il en résulte que la concurrence déloyale ne peut résulter relativement à l'emploi de ce signe distinctif que des ressemblances susceptibles de créer la confusion dans l'esprit du public.

A l'inverse de ce raisonnement, la juridiction de second degré a estimé qu'il n'y a pas de ressemblances au niveau de l'appellation, des dessins et des couleurs. Au plus, de nombreuses appellations incluent le mot ATTIJARI qui est ainsi devenu très répandu chez les commerçants. En conséquence, l'appellation ATTIJARI n'est pas distinctive et n'a pas de caractéristiques propres afin de bénéficier de la protection légale. La protection légale d'une marque ou un nom commercial est tributaire des conditions suivantes : distinctivité, nouveauté et créativité. Cette cour a enfin estimé que

requis pour les modèles et dessins industriels conformément à l'article 104 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée ». En effet, l'alinéa 2 de cette disposition énonce que : « Le dessin ou modèle industriel doit se différencier de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle ».

Au demeurant des décisions de justice établissent le principe selon lequel « l'appellation originale d'un local commercial renvoie à la personnalisation particulière de l'activité qui en est l'objet conduisant à l'appropriation par le commerçant de sa raison de commerce et partant sa monopolisation, sous réserve de l'exercice du même type de commerce »⁶¹¹.

Paragraphe 4 : La disponibilité du nom commercial

Il ne peut être choisi comme nom commercial un terme identique ou similaire à celui qui a été approprié par un concurrent que ce soit à titre de nom commercial, de dénomination sociale, d'enseigne ou de marque. L'appréciation de la disponibilité du terme implique de tenir compte d'une part du rayonnement géographique et de l'antériorité d'autre part. Il faut prendre en considération le principe de spécialité qui s'applique au nom commercial comme aux autres signes distinctifs⁶¹². Le rayonnement géographique du nom commercial est variable selon l'entreprise qu'il désigne⁶¹³. Dès lors, si certains noms commerciaux ont un rayonnement national, ils doivent être protégés contre une usurpation par le choix d'un nom commercial identique ou similaire quel que soit la localisation de l'entreprise qu'il désignerait. D'autres noms commerciaux n'ont qu'un rayonnement régional, local ou plus limité encore, ce qui conduit à laisser coexister des noms identiques ou similaires dès lors qu'il n'y a pas de risque de confusion. A ce propos, il est facile de constater la pluralité d'établissements utilisant le même nom commercial dans des

les parties opèrent dans des domaines différents ce qui exclut tout risque de confusion (l'appelante opère dans les assurances tandis que l'intimée est un acteur important dans les services bancaires, monétaires et financiers).

La Cour d'appel de Casablanca s'est conformé à la position de la Cour de cassation par un arrêt de renvoi en date du 3 Avril 2012, portant le numéro 2012/1868 et non publié. Elle a ainsi approuvé la décision du Tribunal de commerce de Casablanca en date du 12 Octobre 2006 ayant condamné la société ATTIJARI ASSURANCE pour concurrence déloyale suite à l'utilisation de l'appellation ATTIJARI comme marque et nom commercial. La Cour d'appel de renvoi a considéré que l'appelante la société ATTIJARI ASSURANCE a violé les dispositions de l'article 137 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée en vertu duquel ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs notamment à une marque antérieure ou à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public. En sus, Il y a une quasi similarité entre les appellations commerciales malgré que les activités exercées par les parties soient différentes. Ainsi, le public trompé est porté à croire que l'appelante est une filiale du groupe ATTIJARI Wafa Bank, d'autant plus que les banques créent habituellement des branches d'assurances ayant la même appellation.

611 CA. Fès, 22 Janvier 2009, n° 126, inédit ; CA. Casablanca, 24 Mars 2011, n° 391, inédit ;

612 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1671, p.947.

613 Ibid.

localités différentes, voire au sein d'une grande ville. C'est précisément ce risque de confusion qui donnera la mesure de l'indisponibilité⁶¹⁴. En son absence, la dénomination peut être adoptée comme nom commercial⁶¹⁵. Il est raisonnable de donner à un nom commercial qu'un rayonnement qui corresponde à l'activité de son titulaire et au périmètre dans lequel il est connu et où, dès lors, existe un risque de confusion⁶¹⁶.

Au demeurant, le nom commercial n'est protégé que dans la limite du principe de spécialité, ce qui découle de l'exigence du risque de confusion dans la protection du nom commercial. En effet, aux termes de l'article 179 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée : « Le nom commercial, qu'il fasse ou non partie d'une marque, est protégé par les dispositions de la loi n°15 - 95 formant code de commerce contre tout usage ultérieur du nom commercial par un tiers, que ce soit sous forme de nom commercial ou de marque de fabrique, de commerce ou de service s'il y a risque de confusion pour le public ». Si l'activité est identique, il n'y a aucun problème, le nom est déjà occupé, et le second à l'utiliser encourt des poursuites pour concurrence déloyale car il s'est servi d'un nom qui n'était pas disponible. S'agissant des activités voisines ou similaires, cette problématique a été soulevée à propos des marques et reçoit la même réponse⁶¹⁷. Deux activités sont similaires lorsque la clientèle peut, en raison de leur nature et de leur destination, les attribuer à la même origine⁶¹⁸.

614 Ibid.

615 Cass.Com 19 février 1969, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

616 Cass.Com, 7 Juin 1988, <https://www.doctrine.fr/>.

617 V précédent p.37.

618 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1674, p.948.

Section 3 : La dénomination sociale

La dénomination sociale est le nom qui individualise la personne morale. Elle est donc aux sociétés ce que le nom patronymique est aux personnes physiques. Elle peut être constituée du nom d'un ou plusieurs associés⁶¹⁹ (à l'exception des sociétés anonymes) ou d'une appellation de fantaisie ou d'un sigle. Ainsi certaines sociétés ont une raison sociale telles que les sociétés civiles. Il s'agit d'une identification qui comprend le nom de tous les associés ou celui d'un ou plusieurs d'entre eux suivis des mots « et compagnie ». Actuellement les sociétés de personnes ne sont plus obligées d'avoir une raison sociale contrairement à la législation antérieure qui exigeait que seuls les noms des associés pouvaient faire partie de la dénomination sociale⁶²⁰. Cela étant, elle est généralement désignée par l'objet de l'activité de l'entreprise.

Pour l'adoption d'un ou plusieurs noms patronymiques à titre de dénomination sociale, il faut l'accord de leurs titulaires c'est-à-dire des associés. La question s'est posée en droit français de savoir si le titulaire d'un tel nom patronymique pouvait ultérieurement, notamment parce qu'il avait perdu le contrôle de la société, faire interdire à celle-ci l'usage de son nom comme signe distinctif, et donc à titre de dénomination sociale⁶²¹. La cour de cassation française a répondu par la négative et cette solution a une portée générale. En effet, elle vaut aussi bien pour l'usage à titre de marque ou de nom commercial, qu'à fortiori à titre de dénomination sociale⁶²². Il a été jugé que le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique ne

619 L'article 4 de la loi n°5-96 (Promulguée par le Dahir n° 1-97-49 du 5 chaoual 1417) sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation, telle que modifiée par la loi n°82-99, n° 21-05 et n°24-10 énonce que : « La société en nom collectif est désignée par une dénomination sociale, à laquelle peut être incorporée le nom d'un ou plusieurs associés et qui doit être précédée ou suivie immédiatement de la mention société en nom collectif ».

De même l'article 22 de la loi n°5-96 précise que : « La société en commandite simple est désignée par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés commandités et qui doit être précédée ou suivie immédiatement de la mention " société en commandite simple " ».

Au plus, l'article 31 alinéa 2 de cette loi prévoit que : « La société en commandite par actions est désignée par une dénomination où le nom d'un ou de plusieurs associés commandités peut être incorporé et doit être précédée ou suivie immédiatement de la mention " société en commandite par actions " »

Enfin l'article 45 alinéa 1 de cette loi dispose que : « La société est désignée par une dénomination sociale, à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, et qui doit être précédée ou suivie immédiatement de la mention société à responsabilité limitée ou des initiales SARL ou société à la responsabilité limitée d'associé unique »

620 L'article 31 alinéa 2 du Dahir du 12 Aout 1913 formant code de de commerce disposait que les noms des associés pouvaient seuls faire partie de la raison sociale d'une société en nom collectif.

Par ailleurs, l'article 33alinéa 2 de ce texte énonçait que la société en commandite « est régie sous un nom commercial qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires, sans qu'on puisse y faire entrer le nom d'un associé commanditaire.

621 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1688, p.957.

622 Ibid.

s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial⁶²³. Il s'ensuit qu'un patronyme inséré dans les statuts d'une société signés par le titulaire de ce patronyme devient un signe distinctif qui se détache de la personne physique qui le porte pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue. Il devient ainsi l'objet de propriété incorporelle⁶²⁴.

Si la dénomination sociale est constituée d'un nom de fantaisie, sa protection est subordonnée, comme celle des autres signes distinctifs à la distinctivité des termes choisis, qui ne doivent pas être génériques ou descriptifs⁶²⁵.

La dénomination doit enfin être disponible et ne peuvent être choisis des termes qui portent atteinte à des droits antérieurs, constitués notamment par une marque, un nom commercial, une enseigne ou une autre dénomination sociale⁶²⁶. Ces antériorités doivent être appréciées en tenant compte du principe de spécialité. La règle est indiscutée s'agissant d'une antériorité constituée par une marque, un nom commercial ou une enseigne, dans la mesure où la protection reconnue à ces signes est limitée aux seuls produits et services pour lesquels la protection a été acquise. Il doit en être de même s'agissant d'une dénomination sociale antérieure, ce qui va être démontré dans le chapitre relatif à la confusion résultant de l'utilisation de ce signe distinctif⁶²⁷.

La dénomination sociale doit être suivie de l'indication de la forme de la société⁶²⁸ et, s'il s'agit d'une société anonyme ou d'une SARL, du montant du capital social⁶²⁹. Ainsi, la dénomination sociale est un élément obligatoire d'identification de la personne morale.

En outre, la dénomination sociale exerce élégamment une fonction distinctive puisqu'elle désigne la société aux yeux du public et, en particulier la clientèle et constitue, donc au même titre que le nom commercial ou l'enseigne, une valeur qui mérite protection contre les usurpations.

Le droit sur la dénomination sociale s'acquiert par son adoption dans l'acte qui constitue la personne morale, c'est-à-dire pour une société, dans ses statuts. Plus précisément, le droit naît le jour où la personne morale acquiert la personnalité juridique, c'est-à-dire le jour de son

623 Cass.com, 12 Mars 1985, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

624 Ibid : L'arrêt précise finalement que « Doit dès lors être censuré l'arrêt qui décide que l'inclusion d'un patronyme dans la dénomination sociale ne peut s'analyser qu'en une simple tolérance à laquelle le titulaire du nom pouvait mettre fin sans pour autant commettre un abus dès lors qu'il justifiait de justes motifs »

625 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1689, p.957.

626 Ibid.

627 V infra p 256 et s.

628 Voir les articles suivants de la loi n°5-96 précitée telle que modifiée et complétée : 4, 22 et 31 et 45.

Adde : Article 4 de la loi n°17-95 du dahir N°1-96-124 du 30 août 1996 portant promulgation de la loi n°17-95 relative aux sociétés anonymes (Modifié et complété par le Dahir n°1-08-18 du 23 mai 2008 portant promulgation de la Loi n°20-05.

629 Article 4 de la loi n°17-95 telle que modifiée et complétée et 45 de la loi n°5-96 telle que modifiée et complétée.

immatriculation au registre de commerce⁶³⁰. La dénomination est opposable aux tiers, y compris à une autre société qui a la même dénomination, à compter du jour de la publication au journal d'annonces légales.

630 L'article 45 2) du Code de commerce promulgué par le Dahir n° 1.96.83 du 1er Août 1996 précise que les sociétés commerciales doivent mentionner dans leur déclaration d'immatriculation la raison sociale ou la dénomination de la société et l'indication de la date du certificat négatif délivré par le registre central du commerce.

Section 4 : L'enseigne

Ni le code de commerce marocain, ni la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée ne donne de définition de l'enseigne. Ces textes de loi n'y font référence que relativement aux inscriptions au registre de commerce, aux éléments du fonds de commerce et à la disponibilité de la marque⁶³¹. L'enseigne est définie par le Vocabulaire juridique de Gérard CORNU comme une dénomination de fantaisie (protégée contre les usurpations et cédée avec le fonds de commerce dont elle constitue un élément) qui sert à individualiser un établissement commercial et permet à la clientèle de le retrouver et de s'y adresser plus facilement. Yves Guyon précise que l'enseigne consiste en une inscription, une forme ou une image apposée sur un immeuble et se rapportant à l'activité qui s'y exerce⁶³². Elle est le moyen d'individualiser l'établissement où le fonds est exploité⁶³³. L'enseigne est une sorte de mot de passe ou de signe de ralliement permettant d'entrer en contact avec la clientèle⁶³⁴.

L'enseigne est donc un signe visible identifiant un établissement commercial dans sa localisation⁶³⁵ et présente une grande importance dans le ralliement de la clientèle. Elle peut prendre la forme d'un emblème figuratif⁶³⁶ ou être le nom d'une personne⁶³⁷ ou du quartier de l'emplacement du commerce⁶³⁸. Parfois, c'est le nom commercial qui sert d'enseigne sous une forme graphique originale⁶³⁹. Mais la plupart du temps elle correspond à une dénomination quelconque et fantaisiste⁶⁴⁰ visant à attirer la clientèle en frappant son imagination (Exemple : Au bon marché, Épicerie parisienne ...).

La dénomination doit être spéciale et non générique⁶⁴¹. Dans ces limites, la priorité de l'emploi assure au commerçant le droit d'empêcher un autre commerçant de se servir de la même enseigne pour un commerce similaire⁶⁴². Au plus, la jurisprudence protège le droit de l'enseigne par l'action en concurrence déloyale, en condamnant ceux qui utiliseraient pour créer une confusion,

631 V Supra p 94.

632 GUYON (Y), 2003, Droit des affaires Tome 1 Droit commercial général et sociétés, Economica / Delta, Paris/Beyrouth, n° 693, p 745.

633 Ibid

634 Ibid.

635 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1683, p.955.

636 Exemple : la coquille de Shell.

637 Exemple : Chez Bahaa.

638 Exemple : Restaurant de Guéliz.

639 Exemple : Le signe graphique de CTM

640 MESTRE (J), PANCRAZI (M-E), 2006, Droit commercial - Droit interne et aspects de droit international, LGDJ, Paris, n° 691, p 499 ; DRISSI MACHICHI ALAMI (M), 2006, Droit commercial fondamental au Maroc, Dar Al qalam , Rabat, p 318 .

641 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 745, p 608.

642 Ibid.

une enseigne identique ou similaire, dès lors tout au moins qu'elle n'est pas générique ou banale⁶⁴³.

Elle se distingue donc de la marque qui vise à désigner les produits et services fournis par l'établissement et du nom commercial qui désigne l'entreprise. A la différence du nom commercial, l'enseigne est facultative. En sus, contrairement à celle-ci, le nom commercial est unique, une entreprise pouvant avoir autant d'enseignes que de points de vente. C'est pourquoi la protection de l'enseigne dépend de son rayonnement géographique ou du lieu. Seule une enseigne de grande notoriété peut être opposée à titre d'antériorité au dépôt ultérieur du signe à titre de marque conformément à l'article 137 c) de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée⁶⁴⁴.

Enfin, alors que le nom commercial est nécessairement constitué d'une dénomination, nom patronymique ou de fantaisie, l'enseigne peut être nominale ou figurative.

Un même terme peut servir à la fois de nom commercial, d'enseigne ou de marque ce qui est particulièrement fréquent dans la grande distribution⁶⁴⁵. Il y alors attraction par le régime juridique de la marque qui prive assez largement de portée et d'intérêt pratique le régime propre à l'enseigne qui trouve au contraire à s'appliquer en l'absence de dépôt du même signe à titre de marque⁶⁴⁶.

Dans le commerce classique l'enseigne ne paraît pas constituer un élément essentiel du fonds⁶⁴⁷. Certes, elle attire la clientèle mais celle-ci n'est pas retenue et conservée que par la bonne organisation de l'entreprise. Au contraire, dans certaines formes modernes de distribution, l'enseigne joue véritablement son rôle de signe de ralliement de la clientèle sur l'ensemble du territoire national, ou même dans le monde entier⁶⁴⁸. Tantôt le commerçant verse une redevance au titulaire de l'enseigne pour pouvoir utiliser celle-ci notamment dans le cas du contrat de la franchise. Tantôt au contraire, le titulaire de l'enseigne consent des réductions de prix aux détaillants qui acceptent d'apposer cette enseigne dans leurs locaux.

Le régime juridique spécifique à l'enseigne est très voisin de celui du nom commercial. Dans le même ordre que ce signe distinctif et conformément à l'article 80 du code de commerce,

643 MESTRE (J), PANCRAZI (M-E), op.cit, n° 691, p 499.

644 L'article 137 c) de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée énonce que :

« Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment ...à un nom commercial ou à une enseigne connu sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ».

645 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1683, p.955

646 Ibid.

647 GUYON (Y), op.cit , n° 693, p 745.

648 Ibid.

l'enseigne rentre désormais nécessairement dans la composition du fonds de commerce quand il en est muni⁶⁴⁹. Elle bénéficie partant de la même considération et protection légale⁶⁵⁰ dans la mesure où elle est inscrite au registre du commerce et à l'office marocain de la propriété industrielle⁶⁵¹.

Par ailleurs, il faut que l'enseigne soit disponible, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas déjà occupée, que ce soit au titre d'enseigne, de nom commercial ou de marque⁶⁵². Le principe de spécialité s'applique à l'enseigne comme au nom commercial, et plus généralement à l'ensemble des signes distinctifs.

Quant au droit sur l'enseigne, il s'acquiert par le premier usage qui doit être public⁶⁵³. Celui-ci doit être fait à titre d'enseigne, c'est-à-dire pour désigner un local. De plus, la naissance du droit sur l'enseigne est liée à l'exigence d'une clientèle. Aussi, le droit ne naît pas le jour de l'inauguration du magasin, mais après l'ouverture du local à la clientèle.

Enfin, l'enseigne se transmet, sauf clause contraire, avec le fonds auquel elle est rattachée⁶⁵⁴. Elle se perd avec la fermeture de l'établissement ou sa disparition.

649 L'article 80 du Code de commerce précise que :

« Le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage.

Il comprend aussi, tous autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds tels que le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, le mobilier commercial, les marchandises, le matériel et l'outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, de commerce et de service, les dessins et modèles industriels et, généralement, tous droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés ».

650 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), op.cit, p 318.

651 En effet, l'article 33 2) et 3) de la loi n° 15-95 formant code de commerce dispose que :

« Le registre central est destiné

1)...

2) à délivrer les certificats relatifs aux inscriptions des noms de commerçants, dénominations commerciales et enseignes ainsi que les certificats et copies relatifs aux autres inscriptions qui y sont portées;

3) à publier, au début de chaque année, un recueil donnant tous renseignements sur les noms de commerçants, les dénominations commerciales et les enseignes qui lui sont transmis ».

Par ailleurs, l'article 42 9) de ce même texte oblige les commerçants personnes physiques à mentionner dans leurs déclarations d'immatriculation l'enseigne, s'il y a lieu, et l'indication de la date du certificat négatif délivré par le registre central du commerce.

Enfin, l'article 74 du code de commerce énonce que : « Tout nom, raison de commerce, dénomination commerciale ou enseigne dont le bénéficiaire n'aura pas opéré l'inscription au registre du commerce dans un délai d'un an à compter de la date de délivrance du certificat négatif, par le service du registre central du commerce, ne peut être inscrit au registre du commerce ».

652 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1685, p.955

653 Ibid.

654 Ibid.

Section 5 : Le nom de domaine

Le système des noms de domaine⁶⁵⁵ a pour fonction d'aider à la navigation les utilisateurs sur le réseau Internet⁶⁵⁶. Deux éléments lui permettent de remplir ce rôle : le nom de domaine proprement dit et l'adresse IP. Le nom de domaine est un terme alphanumérique constitué d'une suite de caractères et d'un suffixe appelé aussi extension⁶⁵⁷. A chaque nom de domaine correspond une adresse IP (Internet Protocol), et inversement, celle-ci étant la série de numéros qui identifie chaque équipement connecté à Internet⁶⁵⁸. Le nom de domaine est plus commode à mémoriser et à utiliser que le compte IP, la forme numérique de cette adresse⁶⁵⁹.

Il en découle que le nom de domaine constitue une adresse personnalisée permettant d'identifier un site Web⁶⁶⁰. Il est incontestablement par nature et par fonction un signe distinctif⁶⁶¹. Il n'en reste pas moins que le nom de domaine ne saurait être assimilé à l'un des signes distinctifs reconnus par le droit français ou marocain, ni pour autant être qualifié en l'état actuel des développements juridiques de droit de propriété industrielle⁶⁶².

L'article 29 de la loi n° 24-96 relative à la poste et aux télécommunications telle que modifiée et complétée⁶⁶³ prévoit que « l'ANRT⁶⁶⁴ prépare les études et les actes réglementaires relatifs au

655 Selon l'article de 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 du 21 Novembre 2014 relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine internet « MA » : Le DNS « Domain Name system », littéralement « Système de noms de domaine » est une base de données organisé et hiérarchisé qui permet de faire la correspondance entre le nom de domaine et l'adresse IP.

Cette décision abroge et remplace la décision ANRT/DG/n°11/08 du 29 Mai 2008 portant adoption de la charte de nommage relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine Internet.ma .

656 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1694, p.961.

657 Article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

Ce suffixe est « .ma » dans cette décision qui donne comme exemple « domaine.ma » ou « domaine.gov.ma ».

658 Article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14

659 A titre d'exemple, le nom de domaine du site de la concurrence marocain est www.conseil-concurrence.ma, tandis que son adresse IP, adresse numérique d'un ordinateur particulier, sera par exemple 196.2.80.104.

660 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1694, p.961.

661 Ibid.

662 Ibid.

663 La loi n° 24-96 a été promulguée par le dahir n° 1-97-162 du 7 août 1997 puis modifiée et complétée par la loi n° 79-99 (promulguée par le dahir n° 1-01-123 du 20 Juin 2001), n° 55-01 (promulguée par le dahir n° 1-04-154 du 4 Novembre 2004) et la loi n° 29-06 (promulguée par la dahir n° 1-07-43 du 17 Avril 2007).

664 L'Agence nationale de réglementation des télécommunications visée dans la loi n° 24-96 telle que modifiée et complétée est désignée en abrégé "ANRT". C'est un établissement public placé sous la tutelle du premier ministre. Cette agence est soumise à la tutelle de l'Etat, laquelle a pour objet de faire respecter les dispositions de la présente loi par les organes compétents de l'agence, notamment pour tout ce qui est relatif aux missions qui lui sont imparties. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions de la loi n° 24-96 et de trancher les litiges qui y relatifs. Elle est chargée au plus de veiller au respect de la concurrence loyale dans le secteur des télécommunications et tranche les litiges y afférents, notamment ceux relatifs au respect des articles 6,7 et 10 de la loi n° 6-99 sur la liberté des prix et de la concurrence.

secteur des télécommunications ». Elle assure aussi le contrôle de l'application de la réglementation et veille également au respect des conditions générales d'exploitation visées à l'article 10 de la présente loi⁶⁶⁵ ». L'alinéa 11 de cette disposition précise qu'à cet effet, l'ANRT est chargée en particulier de proposer au gouvernement la législation et la réglementation relatives à l'utilisation des noms de domaine Internet "point ma" désignés sous l'extension ".ma"⁶⁶⁶ permettant d'identifier les adresses Internet correspondant au territoire national. Au surplus, l'ANRT est chargée d'attribuer les noms de domaine ".ma", de définir les modalités de leur gestion administrative, technique et commerciale dans des conditions transparentes et non discriminatoires et de représenter les titulaires de ces adresses auprès des instances internationales gouvernementales ou non gouvernementales en charge de la gestion internationale des noms de domaine Internet⁶⁶⁷.

En effet, l'ANRT gère les noms de domaine « .ma » et peut désigner un exploitant⁶⁶⁸ chargée notamment de la gestion technique du registre⁶⁶⁹. Elle conclut toute convention avec tout prestataire déclaré⁶⁷⁰ qui définit les droits et obligations des deux parties et les conditions administratives et techniques d'accès aux registres par les prestataires⁶⁷¹. L'ANRT met à la disposition du prestataire un accès au registre lui permettant de réaliser les différentes opérations

665 L'article 10 est relatif à la licence d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications empruntant le domaine public ou utilisant le spectre des fréquences radioélectriques, notamment ses conditions générales.

666 Selon l'article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 : le domaine national « point ma » désigne le domaine racine en caractères latins, réservé au Royaume du Maroc et désigné dans ce texte par « .ma ».

667 Alinéa 12 de l'article 29 de la loi n° 24-96 telle que modifiée et complétée.

668 Selon l'article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14, l'exploitant est un organisme chargé d'assurer, pour le compte de l'ANRT, la gestion technique des noms de domaine internet « .ma », la maintenance des bases de données et des services de recherche publics, l'exploitation des serveurs ainsi que le support technique aux prestataires, dans des conditions définies par la convention conclue entre l'ANRT et l'exploitant.

669 Article 8 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

Le registre est défini à l'article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 comme un système centralisé auprès de l'ANRT ou de l'exploitant pour la gestion de toutes les opérations et informations relatives aux noms de domaines « .ma ». L'accès au registre se fait principalement par les prestataires pour le compte de leurs clients respectifs (demandeurs et titulaires) en vue d'effectuer les principales opérations sur le registre.

Le registre comprend une base de données composée de l'ensemble des informations collectées à travers les prestataires auprès des titulaires, au moment de l'enregistrement des noms de domaine. Ces informations concernent notamment le nom du titulaire et ses coordonnées, ses contacts administratifs et techniques et leurs coordonnées, les serveurs DNS, leur adresse IP et le nom de domaine (Article 37 de la décision ANRT/DG/n° 12-14). Cette base de données est maintenue à jour par les prestataires, à chaque fois qu'une modification sur les données enregistrées leur est communiquée par les titulaires et ce, dans un délai ne dépassant pas cinq jours à compter de la date de leur réception (Article 37 de la décision ANRT/DG/n° 12-14).

670 Article 9 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

671 Selon l'article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14, le prestataire est la personne dûment déclaré auprès l'ANRT, conformément aux dispositions réglementaires en vigueur relatives à la fourniture des services à valeur ajoutée et aux termes de la décision précitée, en vue de la commercialisation des noms de domaine internet « .ma », de l'enregistrement desdits noms de domaine et de la gestion des informations y afférentes. Toute personne souhaitant enregistrer un nom de domaine « .ma » doit s'adresser à un prestataire (Article 22 alinéa 1 de la décision ANRT/DG/n° 12-14).

relatives à la gestion des noms de domaines « .ma » pour le compte des demandeurs⁶⁷² et titulaires⁶⁷³ desdits noms de domaine⁶⁷⁴. La commercialisation des noms de domaine « .ma » est assurée exclusivement par les prestataires⁶⁷⁵.

Au demeurant, l'ANRT est l'administrateur du domaine « .ma » auprès de l'ICANN⁶⁷⁶. Elle représente les titulaires des adresses Internet correspondant au territoire national auprès des instances gouvernementales et non gouvernementales en charge de la gestion internationale des noms de domaine internet⁶⁷⁷.

Paragraphe 1 : La structure du nom de domaine

Dans la mesure où le nom de domaine est la traduction alphanumérique du numéro d'un ordinateur, le nom de domaine ne peut consister qu'en un assemblage de lettres ou de chiffres⁶⁷⁸ composant soit un nom, un patronyme, un pseudonyme ou un nom de fantaisie, soit un sigle, soit encore une suite de lettres ou de chiffres dépourvus de sens particulier⁶⁷⁹.

Le système des noms de domaine⁶⁸⁰, encore appelé système de nommage, organise les domaines de manière hiérarchique, par niveau. Ce système comprend des *generic top level domains* (gTLD) et les *country top level domains* (ccTLD)⁶⁸¹.

D'un côté les gTLD sont assortis d'un suffixe générique correspondant à la nature de l'organisme réservataire et à son activité⁶⁸². Ainsi, les plus connus sont « com » pour les sites à caractère commercial, « org » pour les organisations à but non lucratif et « edu » pour les institutions d'éducation, etc. En principe, le réservataire d'un nom de domaine choisit librement la catégorie

672 Le demandeur est toute personne physique ou morale ayant procédé auprès d'un prestataire à une demande d'enregistrement d'un nom de domaine Internet « .ma » (Article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14).

673 Le titulaire est toute personne physique ou morale ayant procédé auprès d'un prestataire à l'enregistrement et l'utilisation d'un nom de domaine internet « .ma » (Article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14).

674 Article 10 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

675 Article 12 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

676 Article 7 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

ICANN : Internet Corporation Assigned Names and numbers. C'est la société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet qui n'est autre qu'un organisme à but non lucratif responsable de la sécurité, de la stabilité et de la coordination mondiale du système d'identificateurs uniques de l'Internet.

677 Ibid.

678 L'alinéa 1 de l'article 5 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 dispose qu'un nom de domaine « .ma » ne peut être enregistré que s'il est composé des caractères suivants :

- Les lettres non accentuées de « a » à « z ». Les noms de domaine peuvent être enregistrés en lettres minuscules ou majuscules ;
- Les lettres accentuées suivantes : à, â, ç, è, é, ê, ë, î, ï, ô, ù, û, ü, ÿ ;
- Les chiffres : 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 ;
- Le trait d'union, sauf en 3ème et 4ème position (exemple : ex--emple)

679 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1695, p.961.

680 Voir Supra p.131.

681 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1695, p.961.

682 Ibid.

dans laquelle il s'inscrit, désignée sous le terme d'extension. Par exception, certaines extensions ne sont pas librement accessibles. Tel est le cas de « gov » réservée aux organisations gouvernementales ou « int » aux organisations internationales.

D'un autre côté, les ccTLD comportent un suffixe géographique indiquant le pays d'où est originaire le site. Il en est ainsi de « ma » pour le Maroc, « fr » pour la France et « us » pour les sites américains.

Ainsi, la décision ANRT/DG/n° 12-14 définit la zone de nommage comme un ensemble constitué d'un domaine de premier niveau (extension principale⁶⁸³) et d'un ou plusieurs domaines de second niveau (extensions descriptives)⁶⁸⁴. Elles comportent également les extensions descriptives ou sous extensions du domaine « .ma ». Ces extensions descriptives ont pour objectif de décrire une activité ou un titre déterminé⁶⁸⁵.

Paragraphe 2 : Le choix du nom de domaine

Dans la mesure où le nom de domaine constitue un signe distinctif, son choix peut être contrarié par l'existence de dénominations antérieures protégées⁶⁸⁶. L'existence d'un nom de domaine antérieur fait obstacle à son acquisition⁶⁸⁷. Conformément à la règle, c'est celui qui a réservé en premier la dénomination constitutive du nom de domaine qui en sera le légitime titulaire et pourra faire échec à son acquisition par un autre, quel que soit le secteur d'activité⁶⁸⁸. Le principe de

683 Les zones de nommage comportent l'extension principale « .ma » (article 4 alinéa 1 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

684 Article 2 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

685 L'article 4 alinéa 3 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 précise qu'elles se répartissent en :

- net.ma pour les prestataires de services Internet
- ac.ma pour les académies et les établissements d'enseignement autorisés par les autorités compétentes
- org.ma pour les organismes et associations
- gov.ma pour les organisations gouvernementales
- press.ma pour les organismes de presse autorisés par les autorités compétentes
- co.ma pour les organismes à caractère commercial.

L'alinéa 4 de cette m ajoute que « toute autre extension doit obligatoirement être déclaré au niveau du registre.

686 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOW, op.cit, n° 1697, p.962.

687 L'article 27 alinéa 1 énonce que le nom de domaine demandé doit être libre, selon la base de données « WHOIS », disponible sur le site web du registre.

« WHOIS » est le service de base de données publiques permettant d'effectuer des recherches, afin d'obtenir des informations sur un nom de domaine comme la date d'enregistrement, les contacts administratifs et techniques associés ainsi que les serveurs DNS.

688 L'article 27 alinéa 3 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 dispose que « les demandes d'enregistrement sont traités selon le principe du « Premier arrivé, premier servi ».

Il convient de souligner à ce propos que l'article 26 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 énonce qu'un nom de domaine est enregistré par le titulaire sur une base annuelle allant de un (1) à cinq (5) ans renouvelable. Il ajoute que le prestataire est tenu d'enregistrer ledit nom de domaine au niveau du registre pour la même période demandée par le titulaire.

Il en ressort que la réservation du nom de domaine est temporaire. A défaut de paiement, le nom de domaine redevient disponible et la règle « premier déclarant, premier occupant » s'appliquera de nouveau.

spécialité commun à tous les signes distinctifs s'efface devant l'impossibilité de désigner deux sites Web par le même nom de domaine⁶⁸⁹.

Les noms de domaine ne doivent pas porter atteinte à la sûreté nationale ou à l'ordre public, ou être contraires à la morale et aux bonnes mœurs⁶⁹⁰. De même, ils ne doivent pas porter atteinte à la religion, la langue, la culture, les opinions politiques ni utiliser des termes à connotation raciste⁶⁹¹. Dans le même sens, il existe une liste de termes réservés⁶⁹² dont l'enregistrement en tant que nom de domaine est soumis à des conditions particulières liées à l'identité et au droit du demandeur⁶⁹³. Tout demandeur doit prendre connaissance de la liste des termes réservés avant de procéder aux formalités d'enregistrement d'un nom de domaine « .ma »⁶⁹⁴.

689 Ibid.

690 Article 6.1 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

691 Ibid.

692 Cette liste est disponible sur le site web du registre (<http://www.registre.ma/>) et est régulièrement mise à jour par l'ANRT.

Par exemple, pour les termes liés au fonctionnement de l'Etat : cabinet royal, collectivité, collectivité locale, collège, constitution, consulat, cour, cour d'appel.

693 Article 6.2 alinéa 1 de la décision ANRT/DG/n° 12-14.

694 Le nom du Royaume du Maroc, de ses institutions nationales et des services publics nationaux, seul ou associé à des mots faisant référence à ces institutions ou services ne peut être enregistré comme nom de domaine que par ces institutions ou services (Article 6.2 alinéa 3 de la décision ANRT/DG/n° 12-14).

Titre II :

Le droit d'auteur et les droits voisins

La législation sur le droit d'auteur est une des branches du droit de la propriété intellectuelle⁶⁹⁵ qui protège les intérêts des créateurs en leur conférant des droits de propriété sur leurs créations. Ces droits de propriété sont reconnus dans la plupart des pays et visent à stimuler la créativité intellectuelle. Au plus, ils tendent à mettre à la disposition du public les résultats de cette créativité et à faire en sorte que le développement du commerce international des biens et des services protégés par des droits de propriété intellectuelle repose sur un ensemble cohérent des législations nationales en harmonie les unes avec les autres. Toutefois, la « fonction sociale » du droit d'auteur a fait l'objet d'intenses discussions durant le dix-neuvième siècle⁶⁹⁶ et continue à rester un sujet de débats⁶⁹⁷. Le droit d'auteur est-il conféré à l'auteur dans son seul intérêt où à condition qu'il exerce sans méconnaître les exigences supérieures de la collectivité ?

Dans le premier cas, l'auteur peut interdire l'accès à son œuvre ou empêcher qu'elle touche un vaste public. Dans la seconde théorie, si le droit d'auteur doit protéger l'auteur, ce dernier ne saurait néanmoins méconnaître les intérêts supérieurs du public, de la collectivité et l'accès à la connaissance ou au savoir. Le droit d'auteur est au centre de cette conception sociale : l'œuvre a comme destinataires naturels le public, dès lors qu'elle est divulguée par l'auteur⁶⁹⁸. A la différence de plusieurs droits étrangers, le droit d'auteur français et marocain comporte plusieurs concepts visant « l'intérêt public », comme par exemple les exceptions au droit de reproduction (exemple : les citations) ou la durée du droit d'auteur (qui va permettre à l'œuvre de tomber dans le domaine public). Il en résulte que cette dimension ne peut être ignorée dès lors que sont concernés les droits d'auteur, sans pour autant tomber dans un excès inverse qui « socialiserait » totalement le droit d'auteur qui deviendrait une sorte de « droit de la collectivité »⁶⁹⁹. En effet, la seule finalité du droit d'auteur est l'encouragement de la création par la protection des œuvres. L'auteur n'est pas le bénéficiaire direct d'une protection instaurée dans un seul but, celui de la collectivité. Il a un droit subjectif pour défendre ses intérêts propres dont l'exercice peut être méconnu pour avoir méconnu les intérêts du public. Tout est question de mesure et c'est certainement le rôle des tribunaux d'équilibrer les intérêts divergents dans la balance.⁷⁰⁰

695 Sur l'expression Propriété intellectuelle : Voir Supra p 27 et s.

696 BERTRAND (A), 1999, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2ème édition, DALLOZ / DELTA, Paris / Beyrouth, p.80, n° 1.6.

697 Ibid

698 Ibid

699 Doctrine socialiste du droit d'auteur ou national-socialiste.

700 BERTRAND (A), 1999, *op.cit*, p.80, n° 1.6.

La nature juridique du droit d'auteur

La question de la nature juridique du droit d'auteur a été très controversée : Elle a évolué dans le temps et les contours de ce droit sont aujourd'hui sujets à discussion⁷⁰¹.

A l'époque révolutionnaire, le droit d'auteur n'avait pour finalité que d'assurer la protection des œuvres et d'assurer une juste rémunération aux auteurs ou leurs ayants droits⁷⁰². Il s'agissait d'un droit purement économique, qui évoquait le copyright américain actuel. Depuis, le début du vingtième siècle, la majorité de la doctrine considère que le droit d'auteur est un droit dualiste, comportant un droit économique ou patrimonial et un droit moral⁷⁰³. Cette approche se retrouve dans les deux premiers alinéas de l'article 111-1 du Code de propriété intellectuelle français qui précise que le droit d'auteur comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I et III du présent code. La loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi n° 79-12 établit à l'article 9 qu'indépendamment de ses droits patrimoniaux et même après la cession desdits droits, l'auteur d'une œuvre a des droits moraux.

Toutefois, cette double nature du droit d'auteur n'est pas satisfaisante⁷⁰⁴. D'une part, dans de nombreuses situations, il est impossible de séparer les prérogatives patrimoniales et extrapatrimoniales de l'auteur qui s'imbriquent entre elles. Souvent, le droit moral empiète sur l'exploitation des œuvres, comme l'exploitation télévisuelle d'un film conçu pour le cinéma, surtout lorsqu'elle implique des coupures publicitaires ou la reproduction à l'écran du logo de la chaîne de télévision ou encore l'utilisation d'une marque préexistante pour synchroniser une publicité audiovisuelle. D'autre part, la reconnaissance d'un droit moral puissant et émanant de la « personnalité de l'auteur » sublime celui-ci tout en sacrifiant les exigences légitimes de l'industrie et d'autres droits tout aussi respectables. Il en est ainsi du cas dans lequel la scénariste salarié d'une chaîne de télévision audiovisuelle a le contrôle absolu du contenu de ses créations. L'incohérence ressort aussi lorsque la jurisprudence condamne l'employeur pour atteinte à l'intégrité de l'œuvre en modifiant la maquette ou le présentoir réalisé par un de ses employés dans le cadre de son contrat de travail. En effet, la doctrine française traditionnelle pose comme postulat que le droit moral de l'auteur est un droit de personnalité, ce qui ne manque pas de produire des conséquences sur l'exercice des droits patrimoniaux et d'affecter le droit d'auteur

701, BERTRAND (A), 1999, op.cit, p.69, n° 1.51.

702 BERTRAND (A), 1999, op.cit, p.70, n° 1.511

703 Ibid.

704 BERTRAND (A), op.cit, n° 1.52, p.71

dans son ensemble. Ce postulat est erroné pour trois raisons essentielles : l'existence problématique des droits de la personnalité, leur nature « hors commerce » et, en tout état de cause l'objet spécifique du droit d'auteur⁷⁰⁵. Actuellement, la controverse demeure entière sur l'existence même des droits de la personnalité ou l'inutilité de cette catégorie juridique qui semble extensible à l'infini. Par ailleurs, même à supposer que les droits de personnalité existent, ils seraient par nature « hors commerce ». Or, de nos jours, sous prétexte de droit moral, les auteurs ne cessent de « vendre » diverses autorisations nécessaires à l'exploitation de leurs œuvres. Il en est ainsi en matière de coupures publicitaires d'œuvres audiovisuelles et de synchronisation de musiques préexistantes à des fins publicitaires. Enfin, la nature du droit d'auteur doit également être envisagée au regard de l'objet de celui-ci. Le droit d'auteur n'a pas pour objet d'assurer la protection de l'auteur mais de l'œuvre même si effectivement l'auteur bénéficie directement de la protection accordée par la loi à son œuvre.

Il en découle que la nature hybride du droit d'auteur est actuellement source de nombreux abus et d'incohérences qui freinent la création, la circulation et l'exploitation des œuvres⁷⁰⁶. Il convient, en conséquence de la revoir en affirmant de manière claire que le droit d'auteur est avant tout une propriété, qui malgré sa nature particulière reste soumise aux principes généraux du droit civil, en dehors des cas régis spécifiquement par la législation sur le droit d'auteur⁷⁰⁷. M. André BERTRAND propose de scinder les éléments du droit moral de l'auteur qui relevaient jusqu'à présent d'un hypothétique droit de la personnalité et de les réintégrer dans quatre concepts distincts⁷⁰⁸. Il s'agirait tout d'abord de réaffirmer le principe selon lequel la création est l'élément qui détermine l'existence et la chaîne des droits, tout en distinguant bien la « qualité » d'auteur de celle « titulaire » des droits. M. André BERTRAND propose ensuite de redéfinir le champ de la protection de l'œuvre par référence au ratio de personnalité de l'œuvre. Enfin, il considère qu'il faut assurer un contrôle à posteriori du droit de la paternité ou du droit à l'intégrité des œuvres par le recours à la responsabilité civile uniquement afin de faire cesser les éventuelles atteintes à l'honneur ou à la réputation de l'auteur.

Droit d'auteur et droit de la concurrence

Les interactions entre ces deux droits sont étudiées au regard du droit français eu égard à la rareté des sources sur la question en droit marocain. Trois arrêts de la cour d'appel de Casablanca sont accessibles et sont relatives à la reproduction illicite de programmes d'ordinateur. Ils seront

705 BERTRAND (A), op.cit, n° 1.53, p.72.

706 BERTRAND (A), op.cit, n° 1.54, p.76.

707 Le droit d'auteur naît de la création et se caractérise par sa nature incorporelle

708 BERTRAND (A), op.cit, n° 1.54, p.76.

analysés dans la seconde partie spécifique à la concurrence déloyale. En outre, les liens entre ces deux branches de droit ont donné naissance à des dispositions législatives qui mettent en relief l'immixtion d'une logique concurrentielle au sein de la propriété intellectuelle portant sur les biens informationnels.

Les relations entre droit d'auteur et droit de la concurrence sont souvent source d'inquiétudes pour le juriste de propriété intellectuelle⁷⁰⁹. Celui-ci, convaincu du caractère absolu du régime de protection de l'auteur perçoit toujours l'interventionnisme des autorités de la concurrence comme une limite, voire une remise en cause du monopole d'exploitation conféré par le législateur⁷¹⁰. En revanche, le juriste de droit de la concurrence, défend le principe selon lequel la libre concurrence entre les acteurs d'un marché sert l'intérêt général et, in fine, le consommateur⁷¹¹. Il convient alors d'encadrer le monopole d'exploitation conféré, puisqu'il n'a de légitimité que par les avantages qu'il procure aux consommateurs. Toutefois, cet antagonisme n'est qu'apparent : le droit d'auteur, classiquement entendu, n'a pas eu réellement à souffrir du droit de la concurrence.

Qu'il s'agisse de la libre circulation des marchandises, de l'interdiction des ententes ou de l'interdiction de l'abus de position dominante, la jurisprudence communautaire s'est historiquement développée, en ce domaine, de manière prudente et sur des concepts relativement périphériques au régime de propriété littéraire et artistique. Ainsi, la règle de l'épuisement des droits⁷¹², n'a trouvé à s'appliquer qu'en matière de droits voisins. Et lorsque l'exercice du droit d'auteur a été sanctionné, c'est parce qu'il était exercé de manière collective.

Par ailleurs, la transposition des directives communautaires de 1991 et 1996 dont les dispositions concernent les programmes d'ordinateur (notamment le droit de décompilation)⁷¹³ et les bases

709 LEMARCHAND (S), FRÉGET (O), SARDAN (O), 2005, Les biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence, http://www.irpi.fr/revuepi/article.asp?ART_N_ID=61, n° 1, p.1.

710 Ibid.

711 Ibid.

712 Terme utilisé en droit européen, dans l'expression « épuisement d'un droit » selon laquelle un droit de propriété intellectuelle ne peut être utilisé qu'une fois, dans l'État membre où le bien incorporel est mis en contact du public, sans que son titulaire puisse à nouveau le faire valoir auprès des tiers, lors du passage des frontières.

713 La directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur mise en œuvre par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994. L'article L. 122-6-1 IV introduit par cette loi régit le droit de décompilation et repose clairement sur une logique concurrentielle. Il dispose que :

« I. Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs.

Toutefois, l'auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6, nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser.

II. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel.

de données⁷¹⁴ constituent de véritables régimes d'exception dérivés du parasitisme économique prospérant au sein de la propriété littéraire et artistique. Dans le premier cas, il s'agit de satisfaire l'objectif de libre accès aux éléments d'interface pour éviter la multiplication des environnements purement propriétaires, en imposant au titulaire de droits, soit de communiquer spontanément ces informations, soit de ne pouvoir interdire une reproduction de son logiciel à des fins de reconstitution d'une version source⁷¹⁵. Quant à la seconde hypothèse, elle trouve sa justification au regard des principes de concurrence déloyale⁷¹⁶. Bien que la doctrine y voit majoritairement un droit exclusif, le droit d'interdire visait, dans les premières versions de la directive, « l'extraction déloyale » en lieu et place du texte retenu visant « l'extraction non autorisée ». D'ailleurs, le considérant 39 de la directive du 11 mars 1996 est on ne peut plus clair

III. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer.

IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur.

V. Le présent article ne saurait être interprété comme permettant de porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ou de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III et IV du présent article est nulle et non avenue ».

714 Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

L'article L.342-1 du Code de propriété intellectuelle dispose que :

« Le producteur de bases de données a le droit d'interdire :

1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ;

2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme.

Ces droits peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence.

Le prêt public n'est pas un acte d'extraction ou de réutilisation »

Par ailleurs, l'article 342-2 du Code de propriété intellectuelle précise que « le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données ».

715 LEMARCHAND (S), FRÉGET (O), SARDAN (O), 2005, Les biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence, http://www.irpi.fr/revuepi/article.asp?ART_N_ID=61, n° 15, p.3.

716 LEMARCHAND (S), FRÉGET (O), SARDAN (O), 2005, op.cit, n° 18, p.4.

sur la question : « en plus de l'objectif d'assurer la protection du droit d'auteur en vertu de l'originalité du choix ou de la disposition du contenu de la base de données, la présente directive a pour objectif de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu, en protégeant l'ensemble ou des parties substantielles de la base de données contre certains actes commis par l'utilisateur ou par un concurrent ».

Au plus, le droit de la concurrence déloyale et les droits de propriété intellectuelle visent à l'élimination de la contrefaçon⁷¹⁷. L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale sont cumulables sous réserve de l'existence de faits distincts. La jurisprudence est abondante sur cette question en matière de propriété littéraire et artistique⁷¹⁸.

717 Sur les liens entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon : V Supra p.42 et s.

718 Notamment un arrêt de la cour de cassation française qui illustre de manière claire ce principe : Cass.civ, 4 Avril 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr> : « Mais attendu que la cour d'appel, après avoir exactement énoncé que l'action en concurrence déloyale ou parasitaire est recevable lorsqu'elle repose sur des faits distincts de ceux qui lèsent des droits privatifs et sont de nature à créer un risque de confusion entre des créations ou à faire croire à leur même origine, a relevé la similitude de graphisme et d'images entre les pages illustrées de couverture de certains livres d'Anne Y... relatant les aventures maritimes de l'héroïne et la jaquette du film litigieux, permettant à celui-ci de s'inscrire dans le sillage de l'œuvre originale et de profiter de ses réputation et notoriété en induisant le public en erreur ; que le moyen, dont la critique au regard de l'article 10 de la Convention européenne est inopérante pour la même raison que précédemment, s'avère dépourvu de fondement »

Chapitre 1 : La protection internationale du droit d’auteur et des droits connexes

Section 1 : La protection internationale du droit d’auteur

Paragraphe 1 : La convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886⁷¹⁹

Les premières lois nationales sur le droit d’auteur ont été édictées suite au développement de l’imprimerie. Au milieu du dix-neuvième siècle, les nations européennes ont signé des accords bilatéraux pour protéger leurs œuvres hors du pays d’origine, mais ceux-ci n’étaient ni compatibles ni complets. La nécessité de disposer d’un régime uniforme de protection a conduit à la conclusion et à l’adoption, le 9 septembre 1886 à Berne, en Suisse, du premier accord international pour la protection des droits des auteurs : la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Les pays qui ont adopté la convention ont créé l’Union de Berne pour faire en sorte que les droits des auteurs soient reconnus et protégés dans tous les États membres. La Convention de Berne est administrée par l’Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). Le texte de 1886 de la convention a été révisé à plusieurs reprises pour tenir compte des mutations profondes, dues principalement au progrès technique, qui a révolutionné au fil des années les moyens de création, d’utilisation et de diffusion des œuvres littéraires et artistiques. Ces dernières années, le rythme des adhésions à la convention s’est accéléré parce que les pays ont pris conscience du fait que la protection du droit d’auteur est un élément fondamental du nouveau système commercial mondial. Le commerce international de biens et de services protégés par des droits de propriété intellectuelle étant en pleine expansion dans le monde entier. Les pays développés comme les pays en développement ont reconnu qu’il était de leur intérêt d’offrir une protection efficace des droits de propriété intellectuelle pour pouvoir bénéficier des avantages de ce commerce.

I. Les œuvres protégées

L’article 2 1) contient une liste indicative, et non pas exhaustive, des œuvres protégées, qui comprend “toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu’en soit le mode ou la forme d’expression”⁷²⁰. Les œuvres fondées sur d’autres œuvres, comme les

⁷¹⁹ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à BERLIN le 13 novembre 1908, complétée à BERNE le 20 mars 1914 et révisée à ROME le 2 juin 1928, à BRUXELLES le 26 juin 1948, à STOCKHOLM le 14 juillet 1967 et à PARIS le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979. Actuellement, 172 pays y ont adhéré.

⁷²⁰ L’article 2 1) dispose : « Les termes “ œuvres littéraires et artistiques ” comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu’en soit le mode ou la forme d’expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres

traductions, les adaptations, les arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique sont également protégées (article 2.3)). Certaines catégories d'œuvres peuvent être exclues de la protection. Ainsi les États parties à la convention peuvent refuser de protéger les textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire (article 2.4)), les œuvres des arts appliqués (article 2.7)) et les conférences, allocutions et autres œuvres orales (article 2bis.2)). En outre, l'article 2.2) donne aux États la faculté de prescrire que les œuvres doivent être fixées sur un support matériel pour bénéficier de la protection. Par exemple, dans un pays appliquant cette prescription, une œuvre chorégraphique ne peut être protégée qu'une fois les mouvements transcrits par notation ou enregistrés sur cassette vidéo.

II. Les principes fondamentaux de la protection conférés par la convention

La convention de Berne consacre le principe du traitement national en vertu duquel les œuvres créées dans l'un des États contractants doivent bénéficier dans tout autre État contractant de la même protection que celle que ce dernier accorde aux œuvres de ses propres ressortissants. Ce texte repose aussi sur le principe des droits minimums, selon lequel la législation des États contractants doit prévoir les niveaux minimums de protection fixés par la convention.

Par ailleurs, cette protection du droit d'auteur ne peut être subordonnée à l'accomplissement d'aucune formalité, comme l'enregistrement ou le dépôt d'exemplaires. En effet, les auteurs sont protégés s'ils sont ressortissants ou résidents d'un État partie à la convention (c'est-à-dire un pays membre de l'«Union de Berne»). S'ils ne sont ni ressortissants ni résidents d'un tel pays, ils sont protégés à condition que leurs œuvres aient été publiées pour la première fois dans un pays membre ou simultanément dans un pays qui n'est pas membre de l'union et dans un pays qui en est membre.

III. Les principaux avantages de l'adhésion à la convention de Berne

Le grand avantage pratique que présente pour un pays l'adhésion à la Convention de Berne tient au fait que les œuvres de ses auteurs sont automatiquement protégées dans tous les pays parties à la convention si bien que ces auteurs peuvent tirer financièrement profit de l'expansion des marchés ouverts à leurs œuvres. Au plus, l'adhésion peut freiner la tendance des auteurs nationaux à chercher des éditeurs et des distributeurs de leurs œuvres dans des pays qui sont déjà membres de l'union pour obtenir une protection dans tous les États membres. Enfin, la

dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences ».

compétitivité des auteurs nationaux sur le marché intérieur peut s'en trouver améliorée car, une fois que le pays a adhéré à la Convention de Berne, les œuvres des auteurs étrangers ne peuvent être distribuées qu'avec l'autorisation de ces derniers, et cela à des prix qui ne peuvent plus être inférieurs à ceux des œuvres nationales.

Paragraphe 2 : L'accord ADPIC⁷²¹

L'Accord sur les ADPIC a été conclu en 1994 dans le cadre des négociations du cycle d'Uruguay du GATT (qui est devenu l'Organisation mondiale du commerce) et contient également des dispositions sur la protection du droit d'auteur.

L'accord prévoit que les États membres doivent se conformer aux articles 1 à 21 de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne, ainsi qu'à l'annexe de ladite convention (c'est-à-dire, d'une manière générale, aux dispositions de fond de la convention).

Par ailleurs, il contient une disposition établissant le principe bien connu selon lequel la protection du droit d'auteur s'étend aux expressions, et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques.

Outre le fait qu'il reprend les normes de la Convention de Berne, l'Accord sur les ADPIC prévoit qu'il doit être indiqué clairement dans la législation des États membres que les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la convention.

Il dispose également que les compilations de données doivent être protégées en tant que créations originales, à condition qu'elles satisfassent au critère d'originalité par le choix ou la disposition des matières, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, et sans préjudice de la protection par le droit d'auteur ou autre des données qu'elles comportent. L'accord confère un droit sur la location commerciale des exemplaires de programmes d'ordinateur et d'œuvres audiovisuelles. Toutefois, ce droit ne s'applique à ces œuvres que si les pratiques de location ont conduit à la réalisation à grande échelle de copies qui "compromettent de façon importante" le droit exclusif de reproduction.

Section 2 : Conventions internationales dans le domaine des droits connexes

Un ensemble de droits connexes du droit d'auteur s'est rapidement développé ces cinquante dernières années. Ces droits, qui se sont développés autour des œuvres protégées par le droit d'auteur, sont des droits similaires aux droits d'auteur, mais souvent plus limités dans leur portée et dans le temps. Ils sont possédés par les artistes interprètes ou exécutants (acteurs et musiciens par exemple) sur leurs prestations. De même les organismes de radiodiffusion sont titulaires de

⁷²¹ Cette annexe est encore dénommée par son acronyme anglais TRIPS (Trade related Aspects of intellectual Property Rights Including Trade in Counetrfeit Goods)

droits voisins sur leurs programmes radiodiffusés et télévisés. Les producteurs d'enregistrements sonores (enregistrements sur cassettes et disques compacts) possèdent ces mêmes droits sur leurs enregistrements.

Etant donné que les développements ultérieurs relatifs à la concurrence déloyale ne soulèvent pas de cas qui renvoient à l'exercice des droits connexes, les dispositions des textes internationaux relatifs à ces prérogatives ne seront pas exposées. Il convient néanmoins d'énumérer ces conventions à titre informatif. Il est question de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion⁷²². En outre, il y a la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes⁷²³. A cela s'ajoute, la Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite⁷²⁴. Enfin, l'Accord sur les ADPIC contient dispositions pertinentes sur les droits connexes (article 14).

722 Faite à Rome le 26 octobre 1961 connue sous le nom de "Convention de Rome".

723 Faite à Genève le 29 Octobre 1971, connue sous le nom de "Convention phonogrammes".

724 Faite à Bruxelles le 21 mai 1974, connue sous le nom de "Convention satellites"

Chapitre 2 : Les relations du droit d'auteur avec les autres droits privatifs

Si l'on ne tient pas compte du droit des obtentions végétales, les diverses créations de l'esprit ont tendance à être protégées par le droit d'auteur, le droit des dessins et modèles, des brevets ainsi que les dispositions spécifiques à la marque et topographies de produits semi-conducteurs. Ces droits dits « privatifs » confèrent un monopole d'exploitation à leurs titulaires et peuvent selon les hypothèses être exclusifs les uns des autres ou se cumuler.

Section 1 : La relation entre le droit d'auteur et le droit de brevet

En premier lieu, ils se basent sur des fondements économiques antagonistes⁷²⁵. D'une part, le droit des brevets a pour objet d'encourager la recherche et le développement dans le domaine de l'industrie. Le monopole accordé aux inventeurs compense ainsi leurs investissements. D'autre part, le droit d'auteur n'a pas pour objet la promotion économique des œuvres de l'esprit mais seulement leur protection contre toute reproduction ou représentation non autorisée.

Au surplus, l'invention doit faire l'objet d'une demande bien précise et soumise à un examen administratif. La délivrance du brevet fait l'objet ensuite d'une publicité et est opposable aux tiers. A la différence de cette procédure, la qualité d'auteur naît du seul fait de la création (la création vaut titre). Elle est donc en principe indépendante d'une autorité.

De même ces droits s'opposent relativement au monopole accordé à leurs titulaires⁷²⁶. Ainsi, si le monopole de l'inventeur porte sur la fabrication et la commercialisation de l'objet breveté, celui accordée à l'auteur a un champ limité. En effet, celui-ci permet seulement à l'auteur d'en interdire certains actes tels que la représentation, la reproduction, la traduction et l'adaptation.

En dernier lieu, même si l'œuvre est protégée par le droit d'auteur, une fois publiée, les idées et les éléments d'information qu'elle contient échappent à toute appropriation sous réserve que leur synthèse et présentation soient faites sous une forme différente de l'œuvre originale⁷²⁷. Il en découle que contrairement au monopole accordé par le brevet, le droit reconnu à l'auteur ne peut avoir d'effet anticoncurrentiel puisqu'il ne fait jamais obstacle aux créations originales par des tiers. Il en serait de même si les droits patrimoniaux de l'auteur étaient à l'instar des droits moraux perpétuels.

⁷²⁵ BERTRAND (A), op.cit., p.87, n° 2.12.

⁷²⁶ Ibid.

⁷²⁷ Ibid.

Section 2 : La relation droit d’auteur, droit des dessins et modèles et droit des marques

Les relations entre ces protections ont été mises en relief dans le chapitre relatif aux signes distinctifs, plus précisément la section traitant du droit des marques⁷²⁸.

Section 3 : La coexistence exceptionnelle du droit d’auteur, du brevet, des dessins et modèles et des marques

Souvent, il y a application soit du droit d’auteur cumulativement avec le droit des dessins et modèles, soit du droit de brevet si la forme a une application pratique et industrielle⁷²⁹. Mais dans certains cas exceptionnels, il peut y avoir cumul des trois, si ce n’est même des quatre protections privatives si l’on tient compte du droit des marques. Cette hypothèse est réalisée lorsque la création a une application industrielle détachable de sa forme et lorsqu’il y a juxtaposition de la forme et de la fonction⁷³⁰.

⁷²⁸ Voir Supra p.92 et s.

⁷²⁹ BERTRAND (A), op.cit, p.97, n° 2.5.

⁷³⁰ Ibid : André Bertrand cite un arrêt de la cour d’appel de Paris en date du 25 Juin 1987 selon lequel Rubik’s Cube est une invention brevetable pour un jouet tridimensionnel de logique. Par ailleurs, l’invention est applicable à des formes diverses. Il en résulte que la forme cubique n’est donc pas inséparable de l’invention et n’est nullement nécessaire pour réaliser celle-ci ; elle n’a pas un caractère fonctionnel. L’auteur a défini une forme plastique nouvelle se distinguant des formes plastiques semblables à la fois par une combinaison de couleurs et par les cernes noires des carrés contrastant avec la couleur de chaque face qui lui donnent une physionomie propre et originale. Une telle combinaison porte l’empreinte de la personnalité de son auteur au même titre que les œuvres d’art abstrait.

Chapitre 3 : Les conditions de la protection du droit d'auteur

Pour qu'une œuvre donne prise au droit d'auteur, il suffit simplement qu'elle soit le fruit d'une « création personnelle »⁷³¹. Ce principe est simple en apparence, mais il peut être difficile à mettre en œuvre compte tenu du caractère subjectif attribué à la notion de création⁷³². Si toutes les œuvres originales bénéficient de la protection de la loi, l'appréciation de la contrefaçon tiendra, quant à elle compte de son degré d'originalité⁷³³.

Section 1 : L'exigence d'un auteur et d'une création

Paragraphe 1 : La qualité d'auteur

Le « bénéficiaire originel » du droit reconnu par l'article 2 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins est donc « l'auteur d'une œuvre d'esprit »⁷³⁴. En effet, « seul l'individu qui a apporté à la société un élément nouveau, qui par son travail est parvenu à faire sortir de son cerveau ou de la matière quelque chose de différent de ce qu'on avait vu jusqu'à alors, seul celui-ci peut réclamer le titre d'auteur »⁷³⁵. Il s'agit impérativement d'une ou plusieurs personnes physiques et ce, même si pour les œuvres collectives, une personne morale peut être d'emblée également investie des droits d'auteur⁷³⁶. C'est la raison pour laquelle l'article 1 1) énonce que l'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre. Une personne morale ne peut pas être auteur ou coauteur d'une œuvre au sens du droit d'auteur car elle n'est pas susceptible d'activité créatrice. Mais une personne morale peut être titulaire de droits d'auteurs d'une œuvre collective ou par cession. Il convient donc de distinguer entre la qualité d'auteur ou de coauteur⁷³⁷ qui ne

731 BERTRAND (A), op.cit., p.117, n° 3.11.

732 Ibid.

733 Ibid.

734 L'article 2 de cette loi dispose que :

« Tout auteur bénéficie des droits prévus dans la présente loi sur son œuvre littéraire ou artistique.

La protection résultant des droits prévus au précédent alinéa (ci-après, dénommée «protection ») commence dès la création de l'œuvre, même si celle-ci n'est pas fixée sur un support matériel »

735 BERTRAND (A), op.cit., p.118, n° 3.11.

736 L'article 33 de la loi n°2-00 sur le droit d'auteur et les droits voisins précise que : « Le premier titulaire des droits moraux et patrimoniaux, sur une œuvre collective est la personne physique ou morale à l'initiative et sous la responsabilité de laquelle l'œuvre a été créée sous son nom ».

737 L'article 22 de la loi n°2-00 sur le droit d'auteur et les droits voisins mentionne que : "Les coauteurs d'une œuvre de collaboration sont les premiers cotitulaires des droits moraux et patrimoniaux sur cette œuvre. Toutefois, si une œuvre de collaboration peut être divisée en parties indépendantes (c'est-à-dire si les parties de cette œuvre peuvent être reproduites, exécutées ou représentées ou utilisées autrement d'une manière séparée), les coauteurs peuvent bénéficier de droits indépendants sur ces parties, tout en étant les cotitulaires des droits de l'œuvre de collaboration considérée comme un tout ».

peut s'appliquer qu'à une personne physique et la « propriété » ou la « titularité » des droits d'auteur qui peut appartenir à une personne morale.

Paragraphe 2 : L'exigence d'une création

Elle découle de l'article 1 2) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et aux droits voisins qui dispose que l'œuvre est toute création littéraire ou artistique au sens des dispositions de l'article 3 de cette loi. Le premier alinéa de cet article précise que la présente loi s'applique aux œuvres littéraires et artistiques qui sont des créations intellectuelles originales dans le domaine littéraire et artistique. Si le dernier alinéa de l'article 3 établit que « la protection est indépendante du mode ou de la forme d'expression, de la qualité et du but de l'œuvre », elle n'en reste pas moins subordonnée, selon l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi n°2-00⁷³⁸ à l'existence d'une création. Il s'agit d'une « production qui se manifeste par un effort aussi minime soit-il mais certain qui a présidé à une nouvelle création dans le domaine des formes »⁷³⁹, si ce n'est même « une réelle activité créatrice et non des déclinaisons ou des transpositions »⁷⁴⁰, « un caractère original, décoratif ou ornemental témoignant de l'effort personnel ou de l'interprétation individuelle de son auteur »⁷⁴¹. En principe, la condition de création est satisfaite lorsque la personne physique qui crée une œuvre l'élabore de toutes pièces en transformant d'une manière personnelle une œuvre préexistante ou en fixant d'une manière tangible sur un support (photographique, magnétique....) des éléments éphémères qui acquièrent ainsi une existence propre et constituent de ce fait des créations autonomes⁷⁴².

I. L'absence de formalité de dépôt

L'alinéa 2 de l'article 2 de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins énonce que « la protection résultant des droits prévus au précédent alinéa (ci-après, dénommée «protection») commence dès la création de l'œuvre, même si celle-ci n'est pas fixée sur un support matériel ». Contrairement à ce qui existe en matière de droits de propriété industrielle où les droits découlent de la formalité de dépôt, en matière de propriété littéraire et artistique, les droits de l'auteur découlent de la seule réalisation de l'œuvre.

738 L'alinéa 2 de l'article 2 de la loi n°2-00 dispose que : « La protection résultant des droits prévus au précédent alinéa (ci-après, dénommée «protection») commence dès la création de l'œuvre, même si celle-ci n'est pas fixée sur un support matériel »

739 BERTRAND (A), op.cit., p.118, n° 3.12.

740 BERTRAND (A), op.cit., p.119, n° 3.12.

741 BERTRAND (A), op.cit., p.119, n° 3.12

742 Ibid.

II. Une condition de fond : l'originalité

Pour être protégé par le droit d'auteur, une création intellectuelle doit impérativement se manifester par une expression ou forme et être originale. Autrement dit, elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur⁷⁴³. L'originalité ne fait l'objet que d'une seule allusion dans la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins⁷⁴⁴. Toutefois, le législateur s'y réfère indirectement à chaque fois qu'il emploie le terme création⁷⁴⁵. Ainsi à l'instar du droit français, le concept n'est pas défini par la loi : il a été dégagé par la doctrine et notamment le Professeur DESBOIS⁷⁴⁶, puis par une abondante jurisprudence⁷⁴⁷.

Mais que ce soit par la loi ou la jurisprudence dans tous les systèmes juridiques existant de par le monde, « l'originalité » est une condition nécessaire pour qu'une œuvre puisse bénéficier de la protection du droit d'auteur ou du copyright⁷⁴⁸. En effet, cette condition découle de la nature même du droit d'auteur⁷⁴⁹. Il y a création originale à chaque fois qu'un auteur d'« une manière personnelle » s'exprime oralement ou par écrit, en choisissant ses mots. Il en va de même lorsque l'auteur adapte des œuvres anciennes tombées dans le domaine public, des éléments de la nature ou des œuvres existantes. De même, celui qui compile des données publiques ou des œuvres existantes, associe et assemble des éléments connus est considéré comme auteur d'une création originale. L'originalité notion subjective, résultera dans tous les cas mentionnés de la forme personnelle donnée aux éléments préexistants⁷⁵⁰. L'originalité est le droit dérivant de la création, l'originalité est purement et simplement ce qui doit son origine à l'auteur, « l'apport personnel » de l'auteur. Est originale toute création qui n'est pas la simple reproduction d'une œuvre existante et qui exprime le goût, l'intelligence et le savoir-faire de son auteur, en d'autres termes « sa personnalité dans la composition et l'expression »⁷⁵¹. La marque de la personnalité de l'auteur ne se présente pas d'un bloc : elle ne se manifeste pas à travers un seul élément mais, de par sa capillarité, elle se retrouve dans de multiples composantes de l'œuvre. Ainsi une œuvre

743 Article 3 alinéa 1 de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins : « La présente loi s'applique aux œuvres littéraires et artistiques (ci-après dénommées «œuvres») qui sont des créations intellectuelles originales dans le domaine littéraire et artistique.. »

744 Ibid.

745 Notamment article 2 alinéa 2, article 1 2), et 3 alinéa 1.

746 DESBOIS (H), 1966, *Le droit d'auteur en France*, Volume 1, Dalloz, Paris, p.3.

747 BERTRAND (A), op.cit., p.131, n° 3.311. Pareillement, le droit international ne définit pas le concept d'originalité mais laisse son appréciation dans un genre protégé, à l'initiative des Etats membres. Ainsi, l'article 2.1) de la convention de Berne dispose que « Les termes « œuvres littéraires et artistiques » comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression ... ».

748 Ibid

749 Ibid.

750 BERTRAND (A), op.cit., p.136, n° 3.321.

751 Ibid.

littéraire peut être originale par sa composition (scénario, trame centrale, enchaînement de situations), les péripéties de ses intrigues latérales ou annexes, l'expression ou le style de l'auteur y compris dans le traitement de scènes banales dans leur composition, le caractère ou le physique des personnages, le nom des héros ou par son titre⁷⁵². Pour une œuvre scientifique, l'originalité peut ressortir du traitement du sujet, un « plan sortant des sentiers battus » ainsi que « des termes ingénieux de nature à frapper l'esprit »⁷⁵³. Quant aux logiciels, ils peuvent être originaux par l'écriture du programme source⁷⁵⁴, sa structure ou son architecture⁷⁵⁵, son expression télévisuelle et l'ensemble de ses fonctionnalités et leur enchaînement⁷⁵⁶.

Il existe donc une « capillarité de l'originalité » qui a pour conséquence une extension de la protection accordée par le droit d'auteur⁷⁵⁷. Une « œuvre très capillaire par son originalité » bénéficiera de la protection accordée par la loi pour tous ses éléments formels où se manifestera la marque de la personnalité de l'auteur, et celui-ci pourra invoquer séparément – ou plutôt comme des droits successifs – la protection que la loi lui reconnaît sur chacun des éléments originaux de la création⁷⁵⁸. Il en résulte que les œuvres audiovisuelles ou de création, peuvent bénéficier de la protection accordée par la loi sur les noms de leurs personnages, les traits physiques ou psychologiques de leurs personnages, leurs compositions, leurs péripéties annexes ou latérales et leurs titres⁷⁵⁹.

En conséquence, l'absence d'originalité n'est pas synonyme de banalité mais traduit l'inexistence de la marque de la personnalité ou de l'individualité de l'auteur à l'œuvre considérée⁷⁶⁰. C'est le cas lorsqu'il y a absence directe ou indirecte d'intervention humaine ou lorsque celle-ci se limite à une reproduction servile ou mécanique qui ne permet pas à l'exécutant de marquer son travail avec l'empreinte de sa personnalité. Il en va de même lorsque malgré une intervention humaine, la forme est totalement dictée par le but recherché ou inséparable de la fonction recherchée, interdisant ainsi à l'auteur d'exprimer sa personnalité. Pareillement, lorsque la forme est totalement imposée par des normes ou standards professionnels, il n'y a pas originalité. Dans le même sens, ne bénéficient pas de la protection accordée par le droit d'auteur les plans « qui s'identifient par leur nature à l'objet dont ils doivent permettre la construction » Aussi, certaines œuvres techniques (calculs d'architectes, logiciels) et certaines créations

752 BERTRAND (A), op.cit., p.137, n° 3.321.

753 BERTRAND (A), op.cit., p.137, n° 3.321.

754 En l'occurrence les lignes d'instruction.

755 En l'occurrence l'enchaînement des sous programmes.

756 Ibid.

757 BERTRAND (A), op.cit, p.138, n° 3.322.

758 Ibid.

759 Ibid.

760 BERTRAND (A), op.cit, p.140, n° 3.323.

assistées ou générées par ordinateur ne sont pas protégeables par le droit d'auteur. Toutefois, les œuvres techniques et notamment les logiciels où l'auteur a le choix entre plusieurs solutions ou diverses alternatives seront originales. En effet, n'est pas originale l'œuvre que l'on ne peut réaliser que d'une seule manière. Si l'on protégeait les œuvres qui ne sont susceptibles que d'une seule expression, l'absence de dichotomie entre leur idée et expression conférerait alors un monopole sur un genre à la première personne qui les réaliserait. Cette solution serait contraire à l'essence même du droit d'auteur⁷⁶¹.

Il a été précédemment souligné que l'originalité, notion subjective se distingue normalement de la nouveauté, notion objective⁷⁶². Mais il existe quelques domaines où la jurisprudence considère que l'absence d'antériorités est une preuve d'originalité.

D'une part, en matière d'œuvres musicales les juges ont des difficultés à se prononcer sur l'originalité et préfèrent se remettre à des experts. Mais pour ne pas être livrés à leur arbitraire, ils les obligent à choisir un critère objectif qui ne peut être que la nouveauté, résultant de la simple comparaison avec les œuvres antérieures⁷⁶³.

D'autre part, en matière des œuvres des arts appliqués, souvent les juges déterminent la protection en fonction de la « nouveauté » plutôt que de l'originalité, ou du moins déduisent, de l'existence d'antériorités l'absence d'originalité⁷⁶⁴. La solution est logique car il y a préemption de la nouveauté sur l'originalité : l'œuvre nouvelle protégée au titre des dessins et modèles constitue une antériorité pour des œuvres similaires mêmes originales⁷⁶⁵.

Section 2 : Les œuvres protégeables par le droit d'auteur

Le droit d'auteur englobe aujourd'hui toutes les créations « originales » dans le domaine des formes⁷⁶⁶. Le champ des œuvres protégées est donc extrêmement large et, comme il n'est pas limitatif, il est susceptible d'englober les nouvelles formes de créations.

Paragraphe 1 : Les œuvres de l'esprit quels qu'en soient la forme, la qualité et le but

Le dernier alinéa de l'article 3 de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins prévoit que : « La protection est indépendante du mode ou de la forme d'expression, de la qualité et du

761 Ibid.

762 Voir les relations entre le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles : Supra p.84.

763 BERTRAND (A), op.cit, p.141, n° 3.324.

764 Ibid.

765 Ibid.

766 Article 3 alinéa 1 de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins : « La présente loi s'applique aux œuvres littéraires et artistiques (ci-après dénommées «œuvres») qui sont des créations intellectuelles originales dans le domaine littéraire et artistique, telles que... »

but de l'œuvre ». Cette formulation consacre la théorie de l'unité de l'art et traite de la même manière les œuvres relevant des beaux-arts et celles relevant des arts appliqués.

I. La protection accordée qu'elle que soit le mérite

La loi protège les créations d'esprit qu'elles qu'en soit la qualité. En effet, toute considération sur le mérite soumet la protection des œuvres à l'arbitraire des tribunaux. Leur protection dépend alors du goût et des opinions des juges, ce qui nuit à la sécurité juridique des auteurs, porte atteinte à leur égalité devant la justice et encourage les contrefaçons⁷⁶⁷.

Mais le « mérite » ou « le degré de protection » intervient néanmoins sur le champ de protection⁷⁶⁸. Le principe de protection doit être distingué de son champ. La loi s'applique à toutes les œuvres quel que soit la qualité ou le « degré d'originalité ». Mais, elle tient compte de celui-ci pour apprécier la contrefaçon. En principe, les auteurs puisent dans « les fonds communs » des différents genres artistiques et littéraires en utilisant un certain nombre de clichés et de formules qui appartiennent au fond commun de l'humanité, de la littérature ou de l'industrie pour les arts appliqués. Le principe a été énoncé à plusieurs reprises en matière de composition littéraire et d'arts appliqués et la protection accordée par la loi ne saurait s'étendre aux éléments du domaine public⁷⁶⁹. En conséquence, la protection accordée aux œuvres « ne présentant qu'un faible caractère d'originalité ne peut s'exercer que d'une manière stricto sensu »⁷⁷⁰. La reprise d'un élément appartenant à ce fond commun qui appartient, par sa nature, au domaine public ne saurait à elle seule être considérée comme un acte de contrefaçon⁷⁷¹. En conséquence, lorsqu'une œuvre sera très distinctive et très caractéristique, il suffira d'emprunts minimes pour que la contrefaçon soit réalisée, alors que la contrefaçon d'une œuvre banale ou peu originale ne sera réalisé que par l'emprunt de nombreux éléments⁷⁷². Dans ce cas, ce sera souvent l'enchaînement des éléments banals qui constituera l'originalité de l'œuvre et la reprise de cet enchaînement la contrefaçon.

II. La protection accordée quel que soit le mode ou la forme d'expression

A. L'exclusion des idées

Le droit d'auteur protège « les œuvres qu'elle que soit la forme de leur expression » contre toute reproduction et représentation effectuée sans l'autorisation de l'auteur. Par définition, la

767 BERTRAND (A), op.cit, p.151, n° 4.111.

768 Ibid.

769 BERTRAND (A), op.cit, p.152, n° 4.112.

770 Ibid.

771 Ibid

772 Ibid.

reproduction désigne la copie d'une œuvre existante, donc d'une création matérialisée⁷⁷³. En conséquence, il est unanimement reconnu par la doctrine et la jurisprudence tant en France qu'à l'étranger que le droit d'auteur ne protège pas les idées, mais seulement la forme dans laquelle celles-ci sont exprimées⁷⁷⁴. Ainsi, selon Henri DESBOIS : « Quelle qu'en soit l'ingéniosité, et même si elles sont marquées au coin du génie, la propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peuvent être contrariées par des servitudes inhérentes aux droits d'auteur : elles sont par essence et par destination de libre parcours »⁷⁷⁵.

Cependant, l'expression selon laquelle les « idées sont de libre parcours » doit être nuancée⁷⁷⁶. D'une part, le concept d'« idée » est extrêmement variable selon les personnes et donc les tribunaux. D'autre part, l'appropriation des idées d'autrui peut être sanctionnée dans certaines circonstances par le droit civil et pénal. La protection des idées par la concurrence déloyale sera développée dans la seconde partie relative aux agissements malhonnêtes dans le cadre de la propriété intellectuelle. Préalablement à l'étude de ce volet, il convient d'élucider le concept d'idée en analysant les raisons majeures de son exclusion du champ du droit d'auteur.

773 L'article 1) 17 de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins définit la reproduction comme « la fabrication d'un ou plusieurs exemplaires d'une œuvre, d'une exécution ou interprétation ou d'un phonogramme ou la fabrication d'une partie d'une œuvre, d'une exécution ou interprétation ou d'un phonogramme, dans une forme quelle qu'elle soit, y compris l'enregistrement sonore et visuel et le stockage permanent ou temporaire d'une œuvre, d'une exécution ou interprétation ou d'un phonogramme sous forme électronique ».

774 Cass.com, 29 novembre 1960, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « n'est entachée d'aucune contradiction de motifs la décision qui déclare que si une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative, son auteur, lorsqu'il en fait application dans une œuvre radiophonique ou littéraire, est en droit d'exiger que des concurrents n'en fassent pas application sous une forme générale identique de nature à créer une confusion entre les deux ouvrages. et l'action en concurrence déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, on ne saurait faire grief à la cour d'appel de s'être contredite en faisant droit à la demande, tout en reconnaissant que l'idée ou la méthode n'était pas en elle-même susceptible d'une appropriation privée » ; Cass.civ, 1ère ch, 17 juin 2003, https://www.legifrance.gouv.fr : « Attendu que la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés ; que pour rejeter la demande, la cour d'appel (Versailles, 11 octobre 2001) a souverainement estimé, à partir de faits dûment relatés, que les prescriptions et dessins invoqués se réduisaient à des principes généraux exclusifs d'indications suffisamment concrètes et précises ; qu'elle a également exposé en quoi la planche illustrative de la façade du magasin et la représentation d'un aménagement intérieur étaient l'une exempte d'originalité, l'autre trop imprécise et partielle pour s'assimiler à un projet-type permettant une exécution répétée, fût-ce en liaison avec le texte du cahier ; que le moyen, pris de la violation des articles L. 111-1, L. 112-2, L. 113-2 et L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle, ne peut être accueilli » ; Cass.civ, 29 Novembre 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « La propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés. Les règles d'un concours, même si elles procèdent de choix arbitraires, ne peuvent, indépendamment de la forme ou de la présentation originale qui ont pu leur être données, constituer en elles-mêmes une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur »

Les juges de fond ne sont pas en reste : TGI Paris, 3e ch., sect. 2, 14 juin 2002, <http://www.lexisnexis.fr/> : « N'est pas protégeable par le droit d'auteur une méthode boursière qui relève du domaine des idées » ;

775 DESBOIS (H), op.cit, p.22.

776 BERTRAND (A), op.cit, p.192, n° 5.11.

1. L'idée au sens de pensée est exclue du champ de la protection

Tout d'abord, « ce qui est non exprimé ne peut être protégé, et c'est par ailleurs l'expression qui constitue la création ». En effet, l'idée est une «représentation abstraite, élaborée par la pensée, d'un être, d'un rapport, d'un objet, etc »⁷⁷⁷. Ainsi l'idée désigne tout contenu de pensée, toute élaboration de l'esprit non exprimée. Il est clair qu'aucune protection juridique ne saurait être accordée à la pensée d'un homme. En fait, « les idées situées dans une aire spéculative tant qu'elle ne sont pas cristallisées par l'expression, restent la matière d'exploitation commune de tous les auteurs. La propriété naît avec la maîtrise du verbe »⁷⁷⁸. Le droit d'auteur ne protège que la création c'est à dire la matérialisation de la pensée et ce, quelle qu'en soit la forme⁷⁷⁹.

2. L'idée au sens de principe général, de genre ou de règle abstraite est exclue de la protection

Ensuite, la seconde justification est économique : une protection trop large figerait toute création intellectuelle dans un genre ou un domaine déterminé⁷⁸⁰. En effet, une idée littéraire et artistique est susceptible d'une variété d'expressions. Sa protection engloberait ses diverses expressions ce qui conférerait à l'auteur non pas un monopole d'exploitation sur son œuvre mais sur un genre⁷⁸¹. Cela interdirait toute application de son idée à de nouvelles formes d'expression, en contradiction avec la philosophie du droit d'auteur. Ainsi, la jurisprudence française refuse d'une manière constante la protection du droit d'auteur à de simples idées au sens de règles abstraites et de principes généraux. Partant, le droit d'auteur ne protège pas l'idée d'un jeu d'échec sphérique, celle d'offrir certains types de cadeaux publicitaires ainsi que celle de personnaliser des notes de solfège⁷⁸². Au surplus, ne sont pas davantage protégeables l'idée d'un livre immatériel⁷⁸³, le concept des relations entre l'individu et les événements⁷⁸⁴, d'apposer des éléments picturaux sur

777 <http://www.larousse.fr/>

778 LEPAULLE (R-P), 1927, Les Droits de l'auteur sur son œuvre, Dalloz, p.23.

779 BERTRAND (A), op.cit, p.192, n° 5.112 1°.

780 BERTRAND (A), op.cit, p.193, n° 5.112 2°.

781 Ibid.

782 Cass.civ, 29 Novembre 1960, <https://www.legifrance.gouv.fr/>: « si une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative, son auteur, lorsqu'il en fait application dans une œuvre radiophonique ou littéraire, est en droit d'exiger que des concurrents n'en fassent pas application sous une forme générale identique de nature à créer une confusion entre les deux ouvrages ».

783 CARON (C), 2013, Droit d'auteur et droits voisins, Lexis Nexis, Paris, n° 68, p.68

784 Cass.civ, 4 Février 1992, <https://www.legifrance.gouv.fr/> et sur renvoi CA Versailles, 15 Décembre 1993, RIDA, avril 1994, p 255 : « Régine Desforges a écrit un roman sous le titre général « la Bicyclette bleue » ayant cadre la France pendant la seconde guerre mondiale. Le titulaire des droits d'auteur sur le roman de Margaret Mitchell « Autant en emporte le vent », l'a fait assigner, ainsi que son éditeur, en contrefaçon de cet ouvrage dont l'intrigue se situe aux Etats Unis pendant la guerre de Sécession. La Cour d'appel de Versailles ne fait pas droit à la demande en retenant que seule « l'idée de libre parcours a été reprise » et qu'il n'est pas possible « de tenir pour des reproductions ou adaptations génératrices de contrefaçon les scènes et dialogues ou encore les situations ou épisodes incriminés de « La bicyclette bleue », puisque par leur composition et leur expression, lesquelles s'intègrent dans

une photographie⁷⁸⁵, l'idée de la représentation anthropomorphique⁷⁸⁶ ou le principe de placer un héros dans un univers hostile ou décalé⁷⁸⁷. De même il a été décidé que l'idée de la faiblesse du mari trompé à l'égard de la femme adultère appartenait au fonds commun⁷⁸⁸. Il en va de même des aventures de marins en bordée car « dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privative (...), seule est susceptible d'appropriation la forme originale et nouvelle dont l'écrivain la revêt »⁷⁸⁹. Il en résulte que, dans le cadre d'une action en contrefaçon, il est fortement intéressant de plaider que seule une idée, par essence non protégeable, a été empruntée pour échapper à une condamnation fondée sur la violation du monopole⁷⁹⁰.

Au demeurant, la distinction entre l'idée et son expression particulière n'est pas toujours aisée. Ainsi, n'est pas protégeable l'idée de Christo d'emballer des arbres ou des monuments à la différence de l'emballage concret du Pont Neuf qui constitue une œuvre protégeable par le droit d'auteur⁷⁹¹.

une création romanesque originale, ils ne présentent pas avec « Autant en importe le vent » les ressemblances nécessaires à une telle qualification ».

785 TGI Paris, 7 Mai 2000, <http://www.enssib.fr/>: « Le simple fait qu'il revendique au titre du droit d'auteur certains des éléments communs à sa série de contacts peints (un encadrement principal, une croix visible en entier ou non – barrant la vue immédiatement voisine et la croix de Saint André cerclée et placée dans un coin de l'image centrale) montre bien qu'il revendique une démarche picturale, donc un genre, fil conducteur de sa série, et non une œuvre en particulier. Or, il est constant que l'originalité s'apprécie œuvre par œuvre tout comme la contrefaçon ».

786 CARON (C), 2013, Droit d'auteur et droits voisins, Lexis Nexis, Paris, n° 68, p.68

787 Cass.civ, 1^{ère} ch, 25 Mai 1992, RIDA, Octobre 1992, 156, Recueil Dalloz, jurisprudence page 184, et sur renvoi CA Douai, 20 Mai 1996 (Assemblées des chambres, 20 Mai 1996 : RIDA, Octobre 1996, 278) : « Les idées étant de libre parcours, échappent à toute appropriation. Ainsi est-il admis qu'un auteur ne peut prétendre monopoliser un thème publicitaire, une idée artistique, des connaissances scientifiques, des faits historiques, des idées politique sou publicitaires. Dès lors, le Code de la propriété intellectuelle ne protège-t-il pas les idées exprimées mais seulement la forme originale sous laquelle elles sont présentées. Par suite, l'emprunt à une œuvre existante n'est-il pas subordonné au consentement de l'auteur lorsqu'il porte seulement sur des éléments dépourvus d'originalité et convient-il avant tout de rechercher si l'emprunt porte sur des éléments caractéristiques par lesquels l'auteur de l'œuvre a personnalisé le thème. La forme pouvant être un élément caractéristique original d'un film, dont la reproduction ou l'adaptation sont de nature à constituer une contrefaçon, quelles que soient, par ailleurs, les ressemblances avec l'œuvre contrefaisante, il appartient, en conséquence, à la Cour après avoir déterminé le thème des deux films, de s'attacher à rechercher d'une part si la manière de le traiter est identique, d'autre part si les personnages et les situations, et notamment l'évolution de l'action ainsi que le style, en dépit d'éventuels maquillages sont pétris de la même veine ».

788 CARON (C), 2013, Droit d'auteur et droits voisins, Lexis Nexis, Paris, n° 68, p.68

789 Ibid.

790 Ibid.

791 TGI Paris, 26 mai 1987, <http://www.bdbparis.com/droit-dauteur-et-beaux-arts-etat-des-lieux/> : « Le droit d'auteur ne protège que des créations d'objets déterminés, individualisés et parfaitement identifiables et non pas un genre ou une famille de formes qui ne présentent entre elles des caractères communs que parce qu'elle correspondent à un style ou un procédé découlant d'une idée, comme celle d'envelopper des idées qui n'ont pas besoin de tels soins. Ainsi, un artiste ne saurait prétendre détenir un monopole d'exploitation de ce genre d'emballage, ne peut, au motif qu'il a conçu un projet d'emballage des arbres d'une avenue célèbre, prétendre à l'accaparement de l'enveloppement de tous les arbres, spécialement de tous ceux qui ont une frondaison en boule et sont alignés dans un jardin public ou un square, non plus de l'enveloppement de tous les pont-voûtes qui présentent quelques ressemblances avec le Pont Neuf à Paris et non plus de l'emballage de toutes les tours autres que celles de son Cibic Meter Package »,

Le principe dégagé pour les idées dans le domaine littéraire et artistique est applicable aux règles abstraites et aux principes mathématiques dans les œuvres scientifiques. Ainsi, le droit d'auteur ne peut s'étendre aux algorithmes à partir desquels des logiciels peuvent être écrits de différentes manières pour aboutir au même résultat⁷⁹².

Mais si l'idée au sens de « méthode » ou de « règle générale » est exclue du champ du droit d'auteur, son expression est, quant à elle protégée. A titre d'exemple, une méthode de gestion du budget familial ne peut être protégeable que dans la structuration qui lui est donnée. Au plus, l'auteur d'une méthode ne peut prétendre à la protection du droit d'auteur pour sa méthode prise en elle-même bénéficie de celle-ci pour les ouvrages rédigés sur ce sujet⁷⁹³. Au demeurant, le « fil conducteur de la structure des cours », d'une méthode d'enseignement est également protégeable⁷⁹⁴.

Le problème est plus délicat lorsqu'il s'agit d'hypothèses ou de théories scientifiques⁷⁹⁵ protégeables par le droit d'auteur dans leur expression, mais dont la protection est sujette à discussion dès l'instant où elles sont employées par des tiers comme des faits matériels ou des règles abstraites⁷⁹⁶. En effet, dans ce domaine une fois que l'idée est reconnue par la communauté scientifique, elle devient un fait matériel de « découverte » et tombe dans le domaine public. En conséquence, le fait de s'approprier les hypothèses ou les découvertes scientifiques d'un savant constitue une contrefaçon. Même en l'absence de celle-ci, l'auteur d'une œuvre scientifique qui a servi de source d'inspiration à une œuvre postérieure doit être cité dans une référence bibliographique sous peine d'atteinte à son droit moral⁷⁹⁷.

Néanmoins, les idées scientifiques protégeables doivent aller au-delà de la règle ou de l'hypothèse générale et consister en une succession d'hypothèses originales⁷⁹⁸.

L'étude de la jurisprudence prouve que le principe de la non protection des idées est surtout affirmé dans quelques domaines particuliers. Les formats et bibles qui sont des projets de jeux

792 BERTRAND (A), op.cit, p.195, n° 5.112 2°.

793 Ibid.

794 Ibid.

795 Idées scientifiques ou découvertes.

796 BERTRAND (A), op.cit, p.195, n° 5.112 2°.

797 Ibid : La protection des idées scientifiques et des découvertes (c'est-à-dire la constatation d'un phénomène naturel préexistant à l'intervention de l'homme) a donné lieu à de nombreux débats sur le plan international notamment du fait de leur exclusion du droit des brevets. Des projets de lois ou traités sont alors nés notamment le traité sur l'enregistrement international des découvertes scientifiques conclu à Genève le 7 Mars 1978 sous l'égide de l'OMPI. Ce texte n'est pas entré en vigueur faute de dépôt de instruments de ratifications et d'adhésions nécessaires. Il est à noter que la jurisprudence reconnaît depuis longtemps une sorte de « droit à la paternité » aux personnes qui découvrent des lois de la nature ou émettent des hypothèses scientifiques.

798 La protection de cet enchainement repose sur le même principe que celui de la composition de l'œuvre : V Supra p.155.

ou d'émissions de télévision suscitent de nombreux conflits. Il est en effet fréquent qu'une personne qui a envoyé un synopsis succinct lors de pourparlers contractuels inaboutis estime ensuite que son idée a été reprise de façon indélicate dans une émission. Généralement, les juges décident que « le format » n'est qu'une idée qui se limite à des principes généraux imprécis pour refuser d'admettre ces revendications⁷⁹⁹.

Il en va de même des méthodes qui ne parviennent pas à bénéficier de la protection du droit d'auteur⁸⁰⁰. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement rendu le 14 juin 2002,⁸⁰¹ a considéré qu'une méthode boursière relevant du domaine des idées ne pouvait bénéficier de la protection du droit d'auteur. Une personne avait en l'espèce élaboré une méthode "d'analyse technique dynamique" permettant de prévoir les cours de la Bourse. L'auteur de cette méthode avait assigné en contrefaçon une personne qu'il accusait d'avoir repris sa méthode dans un ouvrage. Il a été débouté, au motif que sa création, en tant que méthode, "relève du domaine de l'idée et non de la création formalisée protégeable par le droit d'auteur". Une telle jurisprudence est fort intéressante en ce qu'elle refuse une nouvelle fois de protéger une méthode. La méthode étant susceptible d'être formalisée de manière très différente, il ne peut exister un monopole sur la méthode, mais seulement sur ses formalisations sous condition qu'elles soient originales

799 CA Paris, 14 Octobre 1975, RIDA, juillet 1976, pp 136-137 : « Une personne a pris l'initiative de remettre à l'ORTF un double feuillet dactylographié intitulé « Une femme...une journée ». La chaîne de télévision a créé plus tard, une émission intitulée « Aujourd'hui madame ». Le rédacteur a alors poursuivi la chaîne de télévision en contrefaçon. Pour rejeter sa demande, la cour d'appel retient que « le projet d'une émission spécialement féminine (...) n'a conduit (la demanderesse) qu'à proposer une simple idée en forme de canevas, dont le contenu au fond ou l'expression formelle – ensemble des thèmes débattus et le procédé technique de l'interview ou de la table ronde – ne constitue pas une création intellectuelle et ne présente aucune originalité puisque, dès avant 1970, il y était communément reconnu tant dans la presse écrite qu'à la radio ou à la télévision ».

Contra : Tout est en fait une question d'espèces notamment TGI Paris, 23 Septembre 1992, RIDA, Octobre 1993, 257

800 Cass.civ, 24 Novembre 1993, <http://www.fiemp.org/> : « La jurisprudence a dénié la protection du droit d'auteur à une méthode d'évaluation de cartes postales » ;

801 TGI Paris, 14 Juin 2002, <http://www.lemondedudroit.fr> : »

En effet, une méthode est un concept souvent abstrait dont la seule mise en forme particulière peut, le cas échéant, bénéficier de la protection par le droit d'auteur⁸⁰². Il en est de même pour les concepts de concours⁸⁰³ ou les concepts de jeux⁸⁰⁴.

Par ailleurs, les idées publicitaires⁸⁰⁵ et slogans⁸⁰⁶ peuvent susciter des convoitises et revendications. A cet égard, les exigences de concurrence ne justifient pas que l'appropriation de certaines idées ne soit pas utilisée comme une arme afin d'éliminer les concurrents.

Pareillement, les fonctionnalités du logiciel ne sont pas protégeables car elles relèvent de l'idée⁸⁰⁷ afin d'éviter une emprise excessive. Il en est de même des idées scientifiques traditionnellement dépourvues de protection.

802 CA Paris, 21 février 1984, Dalloz 1984, Sommaires commentés, 285, obs Colombet : « Peut être protégée l'œuvre exposant une méthode à condition que sa forme ou sa composition réponde aux exigences d'originalité »

803 Les concours en tant que concept ne sont normalement pas protégés, mais il arrive que la jurisprudence se montre laxiste : CA Versailles, 14 janvier 2004, <http://www.legipresse.com/> : « Tel est le cas de l'organisation d'un concours destiné à récompenser le lauréat d'une sélection de produits de beauté par un prix, dès lors que l'idée a été concrétisée selon des critères fruits d'une combinaison originale portant la marque et l'empreinte personnelle de son auteur. C'est donc à juste titre que le créateur de cette œuvre de l'esprit poursuit en contrefaçon son ancien employeur pour avoir, sans son autorisation, mis en œuvre et publié le concours créé par lui ». Mais cet arrêt a été cassé : Cass.civ, 29 Novembre 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr> : « La propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés. Les règles d'un concours, même si elles procèdent de choix arbitraires, ne peuvent, indépendamment de la forme ou de la présentation originale qui ont pu leur être données, constituer en elles-mêmes une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur ».

804 CARON (C), 2013, Droit d'auteur et droits voisins, Lexis Nexis, Paris, n° 69, p.69.

805 Cass.com, 16 Juin 1964, <https://www.legifrance.gouv.fr> : « on ne saurait faire grief à une cour d'appel d'avoir rejeté une action en concurrence déloyale formée par une société vendant des horloges publicitaires rendues lumineuses par la lumière noire, contre un concurrent mettant en vente des horloges publicitaires éclairées par incandescence, des lors que répondant aux conclusions, l'arrêt après avoir souligné qu'aucune contrefaçon du dispositif de son brevet n'était alléguée par le demandeur, énonce qu'une simple idée publicitaire, fut-elle originale, ne saurait être susceptible d'appropriation en elle-même, que toutes les idées sont dans le domaine public à la disposition de tout exploitant, que le demandeur ne revendique pas la propriété exclusive d'une forme nouvelle ou d'un modelé particulier d'horloges lumineuses qui aurait été frauduleusement imité, enfin que l'importance du budget publicitaire, mis par un tiers à la disposition du défendeur qui lui permet d'offrir à la clientèle des conditions plus avantageuses que celles que le budget plus modeste du demandeur permet à celui-ci d'offrir lui-même ne saurait être retenue comme constitutive de concurrence déloyale » ; CA Versailles, 24 Novembre 1994, RJDA 3/1995, n° 386 : « L'idée publicitaire, non protégeable quand bien même elle serait originale ne peut faire l'objet d'une appropriation, l'idée qui préside à la création de l'esprit appartenant à tous ». La cour de Cassation a rejeté le pourvoi contre cet arrêt par une décision en date du 18 Mars 1997, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Mais attendu qu'ayant retenu, d'un côté, que la "promotion Chocoletti", si elle reprend l'idée non appropriable de "l'instant cadeau" utilisée par la société Ensemble pour le compte de la société Suchard, n'en est pas la reproduction servile, d'un autre côté, que la société Lindt n'était pas dans l'ignorance de l'opération publicitaire réalisée par l'un de ses principaux concurrents fin 1988, c'est à dire moins de deux ans auparavant, ce dont il résultait que la société Lindt avait accepté en connaissance de cause, l'idée publicitaire qui lui avait été proposée par la société Tabasco, la cour d'appel, après avoir apprécié souverainement les éléments qui lui étaient soumis et abstraction faite du grief inopérant invoqué par la troisième branche, a pu estimer que la société Tabasco n'avait commis aucune faute dans le choix et la mise en œuvre de l'action promotionnelle litigieuse; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches »

806 CA Paris, 4 Mars 1959, <https://www.doctrine.fr>,

807 CA Versailles, 9 Octobre 2003, <https://www.legalis.net/> : « Considérant toutefois que des fonctionnalités, en tant que telles, et dans la mesure où elles correspondent à une idée, ne peuvent bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit ». Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par Cass.civ, 13 décembre 2005 : « Les fonctionnalités d'un

3. L'idée industrielle doit faire l'objet d'une protection au sens du droit du brevet

Le troisième fondement de l'exclusion des idées de la protection du droit d'auteur réside dans la préemption du droit des brevets⁸⁰⁸ qui oblige à recourir à cette protection pour toutes les idées ayant des applications industrielles. A l'instar des idées scientifiques, les articles ou les ouvrages expliquant les principes ou les ouvrages de l'invention pourront le cas échéant, bénéficier également de la protection accordée par le droit d'auteur⁸⁰⁹. Mais cette protection est limitée au texte même des articles et ouvrages, éventuellement à leur composition. Elle exclut les idées ou les méthodes qui y sont exprimées car elles ne peuvent faire l'objet d'une appropriation privative que par le brevet.

B. La protection de la forme d'expression

Une œuvre d'esprit est protégée qu'elle que soit sa forme d'expression⁸¹⁰ ou sa matérialisation car la création intellectuelle est indépendante du support matériel sur lequel elle est fixée.

La fixation sur un support matériel n'est pas exigée par la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins. A cet égard, l'article 2 de ce texte dispose que « la protection résultant des droits prévus au précédent alinéa (ci-après, dénommée «protection ») commence dès la création de l'œuvre, même si celle-ci n'est pas fixée sur un support matériel »⁸¹¹. La fixation est définie par la loi comme « l'incorporation d'images, de sons, ou d'images et de sons, ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permet de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer à l'aide d'un dispositif ». Il n'en demeure pas moins que la nature du droit d'auteur exige une « fixation tangible » de l'œuvre⁸¹². Cette exigence résulte d'une contrainte probatoire : comme le droit d'auteur protège non pas l'idée des créations mais leur forme, si celle-ci est évanescence, la protection accordée par la loi risquerait de s'étendre non pas à une œuvre déterminée mais à un genre d'œuvres⁸¹³.

De surcroît, le principe de l'indépendance de l'œuvre intellectuelle par rapport au support matériel se double de l'absence de restrictions quant à la nécessité d'un caractère visible comme

logiciel, définies comme la mise en oeuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé, ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée »

808 Supra p 39 et s: Sur les conditions de brevetabilité des inventions

809 BERTRAND (A), op.cit, p.197, n° 5.112 3°.

810 Certes, la loi fait référence à la forme d'expression mais il convient de distinguer la forme de l'expression. La forme est l'aspect visible de l'œuvre en matière d'arts plastiques et d'arts appliqués, tandis que l'expression est le verbe, les termes utilisés et leur ordre, la forme de l'écriture au sens strict.

811 En effet, l'article 2 alinéa 2 de la convention de Berne précise qu' « Est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel ».

812 BERTRAND (A), op.cit, p.201, n° 5.222.

813 Ibid.

l'exige la loi en matière de dessins et modèles⁸¹⁴. La même œuvre peut faire l'objet de représentations et de reproductions sous des formes et par des procédés divers. Si à certaines étapes, ces représentations ou ces reproductions restent cachées du public⁸¹⁵, elle n'en reste pas moins à l'origine de l'œuvre que celui-ci perçoit de façon sensorielle⁸¹⁶. La forme ou la structure interne et non visible n'est donc protégeable que sous réserve d'avoir un lien direct avec sa forme externe. En l'absence de celui-ci, la solution dégagée pour les dessins et modèles reste applicable. Toutefois, toutes les formes n'ont pas vocation à être protégées par le droit d'auteur : sont exclues celles qui sont totalement imposées par la fonction utilitaire recherchée par l'auteur. En effet, l'article 108 de la loi n°17-97 telle que modifiée a été complétée⁸¹⁷, applicable aux dessins et modèles l'est également aux œuvres protégées par le droit d'auteur du fait de la théorie de l'unité de l'art.

Au demeurant, la loi ne protège pas le procédé employé pour reproduire l'œuvre : il importe peu que le contrefacteur ait reproduit l'œuvre par un procédé différent. En effet, si l'on considère que le droit d'auteur ne protège que l'expression de l'œuvre, cela revient à dire que la contrefaçon ne peut résulter que de la reproduction littérale de cette expression. Or, la loi ne sanctionne pas uniquement la reproduction intégrale des œuvres mais aussi leur reproduction partielle ainsi que leur adaptation, transformation, arrangement faits sans le consentement de l'auteur⁸¹⁸. En effet, la reproduction est définie d'une manière extensive à l'article 1 17) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins et ne se limite pas à la copie pure et simple d'une œuvre existante, sinon il suffirait de quelques modifications triviales pour s'approprier l'œuvre entière d'autrui⁸¹⁹. Ainsi, les œuvres musicales sont protégées en tant qu'écrit littéraire lorsqu'elles sont sous forme de partitions et de composition musicale dès lors qu'elles sont interprétées par un artiste que ce soit dans le cadre d'un spectacle vivant ou par le biais d'un enregistrement⁸²⁰. En outre, pour ce qui est des logiciels, leur protection par le droit d'auteur englobe indifféremment les programmes en forme « source » (lignes d'instruction) lisibles par l'homme et en forme objet (stockés sur support magnétique) lisibles seulement par la machine⁸²¹.

814 Voir Supra p 86 et s sur les conditions de protection des dessins et modèles

815 Ex : le programme source dans le cas d'un logiciel ou la partition pour une œuvre musicale.

816 BERTRAND (A), op.cit, p.200, n° 5.121

817 Cet article dispose que « Si un même objet peut être considéré à la fois comme une invention brevetable et comme un dessin ou modèle industriel nouveau et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou modèle industriel sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet ne peut être protégé que conformément aux dispositions applicables aux brevets d'invention ».

818 BERTRAND (A), op.cit, p.199, n° 5.12.

819 Ibid.

820 BERTRAND (A), op.cit, p.155, n° 4.121.

821 BERTRAND (A), op.cit, p.157, n° 4.123.

C. La protection de la composition

Il est unanimement reconnu en droit comparé que le champ du droit d'auteur ne se limite à la protection de l'expression formelle des œuvres, en d'autres termes à l'interdiction de leur reproduction servile⁸²². Bien que la jurisprudence française ait posé la règle dès 1840, c'est au professeur Henri DESBOIS que revient le mérite d'avoir systématisé cette construction prétorienne en un principe clair lequel a été intégré depuis dans le droit positif français⁸²³. Selon Henri DESBOIS, une œuvre se compose de trois éléments, une idée, une composition et une expression dont seuls les deux derniers peuvent prétendre à la protection accordée par le droit d'auteur⁸²⁴. Ce principe est logique et a été également adopté par la jurisprudence de nombreux pays étrangers⁸²⁵. Partant, la composition d'une œuvre – plan détaillé, lignes générales du plan ou canevas – donne prise aux droits d'auteur sous réserve d'originalité.

1. La composition en matière d'œuvres audiovisuelles et littéraires

Ainsi, la contrefaçon de la composition d'œuvres audiovisuelles et littéraires est réalisée lorsque l'œuvre contrefaisante reproduit « l'essence caractéristique d'une œuvre existante »⁸²⁶. Autrement dit, l'œuvre contrefaisante doit dégager la même impression d'ensemble que l'œuvre copiée⁸²⁷. Il en est ainsi de la publication d'un abrégé d'un ouvrage plus étendu si cet abrégé n'est constitué que d'extraits textuels. Il en va de même de la publication d'une thèse sous forme d'article ou d'un roman à partir d'une pièce de théâtre. Par ailleurs, le champ de la protection accordée à une œuvre dépend également de la « capillarité » de son originalité⁸²⁸. L'originalité d'une œuvre ressort de plusieurs éléments qui s'imbriquent les uns dans les autres. Ainsi, l'élément central d'une composition peut intégrer les péripéties annexes et autonomes dont la reproduction peut également constituer un acte de contrefaçon si elles sont très originales. Toutefois, la jurisprudence a dégagé des exceptions à la protection en matière de composition⁸²⁹. Il en est ainsi de certains enchaînements de la vie quotidienne qui relèvent du fond commun de la littérature (Ex : détérioration de la vie de couple...). Les éléments annexes ou de péripéties latérales qui s'imposent par la nature du sujet traité ne bénéficient pas également de la protection du droit d'auteur. Enfin, l'utilisation d'un même point de départ ne constitue pas une contrefaçon

822 BERTRAND (A), op.cit, p.206, n° 5.13.

823 Ibid.

824 DESBOIS (H), op.cit, p.24.

825 BERTRAND (A), op.cit, p.206, n° 5.13.

826 BERTRAND (A), op.cit, p.210, n° 5.132 a).

827 Ibid

828 BERTRAND (A), op.cit, p.210, n° 5.132 b).

829 BERTRAND (A), op.cit, p.210, n° 5.132 c).

dès l'instant où les personnages et leurs aventures sont différents. Cette règle est transposable dans tous les domaines.

2. La composition en matière d'œuvres scientifiques

La marque de l'individualité ou la personnalité de l'auteur est restreinte dans les œuvres scientifiques⁸³⁰. L'exposé des idées et des faits est souvent dicté par la nature du sujet à traiter, la chronologie des événements et les nécessités d'une rédaction méthodique qui imposent un plan à l'historien, au journaliste ou au scientifique. De même l'existence de textes législatifs et réglementaires peut standardiser certains types d'œuvres notamment les ouvrages scolaires.

Il n'en demeure pas moins que la structure d'une œuvre peut avoir un caractère original protégeable par le droit d'auteur dès l'instant où elle n'est pas imposée « par une logique contraignante »⁸³¹ ou « par la nature même du sujet à traiter ». En effet les idées peuvent être exprimées de façon originale non seulement au stade de l'expression - « termes ingénieux de nature à frapper l'esprit » -, mais également à celui de la composition - « plan sortant de sentiers battus » -⁸³².

Partant, comme il a été souligné précédemment à propos de la corrélation entre qualité de l'œuvre et le « degré d'originalité de l'œuvre »⁸³³, la contrefaçon s'appréciera pour les œuvres scientifiques sur la base de larges emprunts et de la nécessité de laisser un libre accès aux lois du genre⁸³⁴.

3. La composition dans les modèles et arts appliqués

Le concept de composition tend à s'effacer dans ce domaine car la protection des dessins et modèles n'est pas conditionnée par leur originalité mais par leur nouveauté⁸³⁵. Ainsi, la jurisprudence française admet que l'on puisse s'inspirer d'un modèle tant qu'on n'en reproduise pas les aspects distinctifs ou caractéristiques. Mais comme la contrefaçon s'apprécie d'après les ressemblances et non les différences, l'emprunt de la structure d'un modèle ou dessin pourra caractériser la contrefaçon si elle donne la même impression d'ensemble.

Il n'en reste pas moins que dans de nombreux domaines des arts appliqués, comme celui des créations vestimentaires, de nombreux éléments relèvent du domaine public. Cela découle du fait

830 BERTRAND (A), op.cit, p.214, n° 5.133.

831 A titre d'exemple, la structure ou l'architecture d'un logiciel, c'est-à-dire l'enchaînement et/ ou l'organisation de ses sous programmes peut, à l'instar de la composition d'une œuvre littéraire, bénéficier de la protection du droit d'auteur. Il n'en demeure pas moins qu'elle doit être « individualisée et empreinte de la personnalité de l'auteur », ce qui exclut la structure ou l'architecture d'un logiciel qui sera totalement imposée par les contraintes techniques ou fonctionnelles.

832 BERTRAND (A), op.cit, p.214, n° 5.133.

833 Voir Supra p 150 et s.

834 BERTRAND (A), op.cit, p.215, n° 5.133.

835 BERTRAND (A), op.cit, p.215, n° 5.134.

qu'il s'agit soit d'éléments ou de savoir-faire traditionnel dans le domaine de la couture, soit parce qu'il s'agit d'éléments faisant partie du domaine public⁸³⁶. Ainsi, la protection ne peut que porter sur les éléments caractéristiques de la création : il conviendra de ne pas tenir compte des ressemblances concernant les éléments relevant du domaine public.

III. La protection accordée qu'elle que soit la destination de l'œuvre

La destination commerciale ou utilitaire de l'œuvre ne doit pas entrer en ligne de compte pour sa protection⁸³⁷. Ainsi, un dessin qu'il soit destiné à être exposé dans un musée, à orner un prospectus publicitaire bénéficie de la même protection au regard du droit d'auteur.

Paragraphe 2 : La classification des œuvres protégeables par le droit d'auteur

La loi protège toutes les œuvres « originales de l'esprit », mais elle distingue les œuvres originales à proprement parler et les œuvres secondes ou dérivées. Ces dernières bénéficient d'une protection moindre, car cette protection doit s'exercer « sans porter préjudice aux droits de l'auteur de l'œuvre adaptée ».

I. Les œuvres originales à proprement parler :

Il s'agit des œuvres qui sont le fruit de l'imagination ou de la création de l'auteur par opposition aux œuvres dérivées qui sont réalisées à partir d'œuvres préexistantes. Les œuvres originales sont énumérées par l'article 3 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins⁸³⁸. Celui-ci reprend presque mot par mot celles figurant à l'article 1 de la convention de Berne⁸³⁹.

836 Ibid.

837 BERTRAND (A), op.cit, p.157, n° 4.13.

838 L'article 3 de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins dispose que :

« La présente loi s'applique aux œuvres littéraires et artistiques (ci-après dénommées «œuvres ») qui sont des créations intellectuelles originales dans le domaine littéraire et artistique, telles que :

- a) les œuvres exprimées par écrit;
- b) les programmes d'ordinateur;
- c) les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres faites de mots ou exprimées oralement;
- d) les œuvres musicales qu'elles comprennent ou non des textes d'accompagnement;
- e) les œuvres dramatiques et dramatico-musicales;
- f) les œuvres chorégraphiques et pantomimes;
- g) les œuvres audio-visuelles y compris les œuvres cinématographiques et le vidéogramme;
- h) les œuvres des beaux-arts, y compris les dessins, les peintures, les gravures, lithographies, les impressions sur cuir et toutes les autres œuvres des beaux-arts;
- i) les œuvres d'architecture;
- j) les œuvres photographiques;
- k) les œuvres des arts appliqués;
- l) les illustrations, les cartes géographiques, les plans, les croquis et les œuvres tridimensionnelles relatives à la géographie, la topographie, l'architecture ou la science;
- m) les expressions du folklore et les œuvres inspirées du folklore;
- n) les dessins des créations de l'industrie de l'habillement.

La protection est indépendante du mode ou de la forme d'expression, de la qualité et du but de l'œuvre ».

839 Selon cet article, « les termes "œuvres littéraires et artistiques" comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans

L'utilisation de l'adjectif indéfini « telles que » dans les deux dispositions précitées souligne que l'énumération n'est pas limitative

1. Les œuvres orales

La loi protège les œuvres orales puisque l'article 3 c) mentionne explicitement, parmi les œuvres protégées « les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries, at autres œuvres de même nature » En réalité, lorsqu'il y a contrefaçon d'œuvres orales, c'est parce qu'elles sont figées ou « fixées » sur un support papier ou magnétique⁸⁴⁰. En effet, les œuvres orales en tant que telles manquent d'une certaine tangibilité. Ainsi, en l'absence d'une fixation, il est difficile de démontrer leur existence précise et qu'elles ont effectivement été contrefaites⁸⁴¹.

2. Les écrits littéraires, artistiques et scientifiques

Le droit d'auteur protège toutes les publications, notamment « les livres, brochures at autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ». Sous réserve qu'ils satisfassent à la condition d'originalité, la loi protège tous les textes, dans toutes les langues ou dialectes et ce, quel que soit le support.

La loi n°2-00 relative aux droits d'auteur protège également le titre d'une œuvre comme l'œuvre elle-même dès lors qu'il présente un caractère original⁸⁴². Ainsi, sont protégés les titres des livres, d'articles de journaux, films, spectacles de cabaret, sketches et compositions musicales. En ce qui concerne les titres de journaux et des revues, la jurisprudence utilise des critères empruntés au droit des marques (absence d'antériorités, caractère ni générique ni descriptif)⁸⁴³. Mais le droit au titre se perd en cas de non usage « car il n'y a pas de titre de journal sans journal ».

Par ailleurs, la protection du titre d'une œuvre n'est pas une protection accessoire mais un droit autonome⁸⁴⁴. Celui-ci subsiste lorsque l'œuvre est tombée dans le domaine public et il permet à ses ayants droits d'interdire la réutilisation du titre concerné susceptible de créer une confusion dans l'esprit du public. Le titre se distingue de l'œuvre traditionnelle dans la mesure où il

paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences »

840 BERTRAND (A), op.cit, p.169, n° 4.31.

841 Ibid.

842 L'article 4 de la loi n°2-00 précise que : « Le titre d'une œuvre, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même ».

843 BERTRAND (A), op.cit, p.172, n° 4.322 a).

844 La protection accordée au titre original étant à la fois complémentaire et indépendante de l'œuvre qu'il désigne, un titre protégé par le droit d'auteur peut être cédé à des tiers pour être utilisé en tant que marque de produits ou de services

s'acquiert non pas du seul fait de la création, mais par le premier usage⁸⁴⁵. L'originalité d'un titre s'apprécie de la même manière qu'une marque et peut résulter soit de la combinaison distinctive de mots, soit de l'utilisation d'un terme non générique et non descriptif. Elle s'apprécie à la date de la première utilisation du titre et de ce fait l'absence d'antériorité peut constituer un indice d'originalité.

Même si les titres sont protégés par la concurrence déloyale ou le droit d'auteur, leur utilisation ne peut être interdite dans un contexte documentaire ou bibliographique⁸⁴⁶.

3. Les œuvres graphiques et plastiques

La loi protège « les œuvres des beaux-arts, y compris les dessins, les peintures, les gravures, lithographies, les impressions sur cuir et toutes les autres œuvres des beaux-arts ».

Les dessins des créations de l'industrie de l'habillement peuvent aussi être protégés par le droit d'auteur.

4. Les œuvres des arts appliqués

L'article 1 8) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins définit l'œuvre des arts appliqués comme une création artistique ayant une fonction utilitaire ou incorporée dans un article d'utilité, qu'il s'agisse d'une œuvre artisanale ou produite selon des procédés industriels.

5. Les illustrations, plans, cartes et croquis

La loi protège « les illustrations, les cartes géographiques, les plans, les croquis et œuvres tridimensionnelles relatives à la géographie, topographie, architecture ou la science »⁸⁴⁷.

Mais des cartes portant sur une topographie identique présentent nécessairement des points communs dictés par la nature et les contraintes des éléments représentés. L'originalité d'une carte, et en conséquence sa protection dépendra essentiellement du choix et des combinaisons caractéristiques de ses éléments et de ses symboles.

6. Les œuvres d'architecture

Les œuvres d'architecture sont les constructions à proprement parler et les «œuvres relatives à l'architecture ». Ces dernières désignent les plans, dessins et maquettes ainsi que l'aménagement intérieur par exemple le rythme de couleurs et l'agencement d'une chaîne de magasins. Mais « l'architecte est protégé par la loi en tant qu'artiste, créateur de forme et non en tant qu'ingénieur, employant des procédés purement techniques, dont la protection ressort éventuellement de la propriété industrielle et des brevets d'invention »⁸⁴⁸.

845 BERTRAND (A), op.cit, p.174, n° 4.322 c).

846 Ibid.

847 Article 3 l) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins.

848 BERTRAND (A), op.cit, p.178, n° 4.36.

7. Les compositions musicales avec ou sans paroles

La loi protège toutes les compositions musicales originales quel qu'en soit le genre, avec ou sans paroles, sous toutes leurs formes (partition, enregistrement....) Il en va de même des improvisations et musique générées au moyen de systèmes électroniques et ordinateurs.

8. Les œuvres dramatiques et chorégraphiques

L'expression « œuvres dramatiques et chorégraphiques » désigne toutes les œuvres, créées pour la scène. Il en est ainsi des œuvres dramatiques (le théâtre sous toutes ses formes : comédie, tragédie, drame, sketch, vaudeville...). A cela s'ajoute les œuvres dramatico-musicales (opéra, opérette, comédie musicale...). Les œuvres chorégraphiques (danse moderne, contemporaine, classique, ballet...) et les pantomimes entrent aussi dans cette catégorie.

9. Les œuvres photographiques

Aux termes de l'article 1 9) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins, une œuvre photographique est « l'enregistrement de la lumière ou d'un autre rayonnement sur tout support sur lequel une image est produite ou à partir duquel une image peut être produite, quelle que soit la nature de la technique (chimique, électronique ou autre) par laquelle cet enregistrement est réalisé ». Au plus, une image extraite d'une œuvre audio-visuelle n'est pas considérée comme une œuvre photographique, mais comme une partie de l'œuvre audio-visuelle.

10. Les œuvres audiovisuelles y compris les œuvres cinématographiques et le vidéogramme

Selon l'article 1 7) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins, une « œuvre audiovisuelle est une œuvre qui consiste en une série d'images liées entre elles qui donnent une impression de mouvement, accompagnée ou non de sons, susceptible d'être visible et, si elle est accompagnée de sons, susceptible d'être audible ». Cette définition s'applique également aux œuvres cinématographiques.

L'article 1 7) de la loi n° 77-03 relative à la communication audiovisuelle⁸⁴⁹ complète cette définition. Il précise que constituent des œuvres audiovisuelles les émissions ne relevant pas d'un des genres suivants : œuvres cinématographiques, journaux et émissions d'information, variétés, jeux, émissions autres que de fiction majoritairement réalisées en plateau,

849 Promulguée par le Dahir n° 1-04-257 du 7 Janvier 2005.

retransmissions sportives, messages publicitaires, télé-achat⁸⁵⁰, autopromotion⁸⁵¹, services de télétexte.

Il est à souligner qu'il y a une contradiction manifeste entre les dispositions de ces lois. En effet, la législation sur le droit d'auteur définit les œuvres cinématographiques de la même manière que les œuvres audiovisuelles alors que la loi n° 77-03 définit celles-ci de façon négative en excluant les œuvres cinématographiques.

La loi n°2-00 édicte définirait-elle l'œuvre audiovisuelle lato sensu à la différence de la loi n° 77-03 qui n'édicterait qu'une définition stricto sensu ?

Ne faudrait-il pas ne prendre en considération que les définitions de la loi n° 77-03 en vertu du principe « le droit spécial prime sur le droit général » ?

11. Les programmes informatiques

Un « programme d'ordinateur » est un ensemble d'instructions exprimées par des mots, des codes, des schémas ou par toute autre forme. Il peut une fois incorporé dans un support déchiffrable par une machine, faire accomplir ou faire obtenir une tâche ou un résultat particulier par un ordinateur ou par un procédé électronique capable de faire du traitement de l'information⁸⁵².

12. Les expressions du folklore et les œuvres inspirées du folklore

Les « expressions du folklore »⁸⁵³ sont les productions d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et conservé sur le territoire du Royaume du Maroc par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux attentes artistiques traditionnelles de cette communauté. Elles comprennent les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes, les chansons et la musique instrumentale populaires, les danses et spectacles populaires et les productions des arts populaires, telles que les dessins, peintures, sculptures, terres cuites, poteries, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, textiles, costumes⁸⁵⁴.

L'«œuvre inspirée du folklore », s'entend de toute œuvre composée à l'aide d'éléments empruntés au patrimoine culturel traditionnel marocain⁸⁵⁵.

850 Selon la loi n° 77-03 : le télé-achat est la télédiffusion d'offres faites directement au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens meubles ou immeubles, ou de services ou de droits et d'obligations s'y rapportant.

851 D'après la loi n° 77-03 l'auto-promotion est tout message diffusé à l'initiative d'un opérateur de communication audiovisuelle et qui vise à promouvoir ses propres programmes ou des produits connexes directement dérivés de ces programmes et destiné expressément à permettre au public de tirer tous les avantages de ces programmes ou d'intervenir dans ces programmes ;

852 Article 1 13) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins.

853 Article 3 10) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins.

854 Ibid.

855 Article 3 11) de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins.

II. Les œuvres dérivées

Par œuvre dérivée, on entend toute création nouvelle qui a été conçue et produite à partir d'une ou plusieurs œuvres préexistantes. Elle reprend les éléments d'une œuvre existante en les transformant.

Son régime est réglé par l'article 5 de la loi n°2-00 relative au droit d'auteur et droits voisins. Il dispose que « sont protégés également en tant qu'œuvres et bénéficient de la même protection les traductions, les adaptations, les arrangements musicaux et autres transformations d'œuvres et d'expressions du folklore. Il en va de même des recueils d'œuvres, d'expressions du folklore ou de simples traits ou données, telles que les encyclopédies, les anthologies⁸⁵⁶ et les bases de données⁸⁵⁷. Celles-ci sont protégées qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme. Ces œuvres sont par le choix, la coordination ou la disposition des matières des créations intellectuelles.

La protection de ces œuvres ne doit pas porter préjudice à la protection des œuvres préexistantes utilisées pour la confection de ces œuvres. Ainsi, les prétentions de l'auteur de l'œuvre dérivée ne peuvent être recevables dès l'instant où elles ont pour objet de porter atteinte et surtout d'exproprier de ses droits l'auteur de l'œuvre préexistante⁸⁵⁸. En fait, « l'auteur de l'œuvre dérivée ne peut se prévaloir des prérogatives attachées à la création intellectuelle que pour des éléments qui ne constituent pas une contrefaçon de l'œuvre de l'auteur de l'œuvre préexistante »⁸⁵⁹.

La loi protège les œuvres dérivées précitées, mais en pratique il existe de nombreuses variétés d'œuvres dérivées telles que les adaptations audio-visuelles d'œuvres littéraires, les nouvelles versions en matière de logiciels, les « remakes » cinématographiques, l'impression d'un personnage sur T-shirt ainsi que les abrégés et résumés⁸⁶⁰.

856 BERTRAND (A), op.cit, p.167, n° 4.224 a) : Une anthologie est un recueil raisonné d'œuvres ou d'extraits d'œuvres. L'auteur d'une anthologie est « seulement le créateur d'une composition et non d'une expression originale de la pensée : sa propriété porte uniquement sur un choix, un groupement, un assemblage, une ordonnance, une présentation, mais il ne devient pas titulaire des droits de ceux dont il a pris des morceaux choisis ».

857 Aux termes de l'article 3 14) une base de données se définit comme tout recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou toutes autres manières.

858 BERTRAND (A), op.cit, p.161, n° 4.22.

859 Ibid.

860 Ibid.

Section 3 : Le champ de la protection du droit d'auteur

Celui-ci ressort des œuvres qui sont dans le domaine public, des droits patrimoniaux de l'auteur ainsi que des exceptions à la protection en matière de droit d'auteur.

Paragraphe 1 : Les œuvres du domaine public en matière de droit d'auteur

L'expression domaine public est trompeuse car non seulement elle recouvre des situations distinctes, mais aussi peu d'œuvres sont véritablement laissées à la libre disposition du public⁸⁶¹. En premier lieu, les œuvres qui ne sont pas originales ne peuvent bénéficier de la protection accordée par le droit d'auteur.

Il y a aussi les œuvres « tombées dans le domaine public », créations protégées par le droit d'auteur dont le droit patrimonial des ayants droits de l'auteur est venu à expiration et qui peuvent en conséquence être reproduites ou représentées librement.

Au reste, les œuvres appartenant par leur nature même au domaine public sont spécifiquement visées par l'article 8 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins⁸⁶². Les textes officiels de nature législative, administrative ou judiciaire et leurs traductions officiels ne peuvent être protégés par le droit d'auteur. Ils sont exclus de la protection pour des raisons d'intérêt général : la protection par le droit d'auteur empêcherait leur divulgation efficace au public. Il en résulte que l'administration ne peut diffuser des textes officiels avec un esprit commercial⁸⁶³. D'une part, tout citoyen a le droit d'obtenir en ne payant que des prix modestes de mise à disposition (les copies des textes officiels et ou des décisions de justice) et d'en effectuer la publication avec ou sans commentaire personnel. D'autre part, toute entreprise qui obtient de l'administration une concession pour la publication de ces textes sous une forme particulière, notamment la télématique, ne peut en aucune façon bénéficier d'un monopole sur cette exploitation.

En sus, les nouvelles du jour sont dans le domaine public. Les nouvelles en tant qu'évènements ou données factuelles sont exclus du domaine du droit d'auteur⁸⁶⁴. Mais le traitement personnel de ces nouvelles demeure quant à lui dans le champ de la loi. Par ailleurs, les idées, procédés, systèmes, méthodes de fonctionnement, concepts, principes, découvertes ou simples données

861 BERTRAND (A), op.cit, p.233, n° 5.223.

862 L'article 8 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins dispose que :

« La protection prévue par la présente loi ne s'étend pas :

- a) aux textes officiels de nature législative, administrative ou judiciaire, ni à leurs traductions officielles;
- b) aux nouvelles du jour;
- c) aux idées, procédés, systèmes, méthodes de fonctionnement, concepts, principes, découvertes ou simples données, même si ceux-ci sont énoncés, décrits, expliqués, illustrés ou incorporés dans une œuvre. »

863 BERTRAND (A), op.cit, p.512, n° 11.321.

864 L'article 2 8) précise que : « La protection de la présente Convention ne s'applique pas aux nouvelles du jour ou aux faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse »

sont dans le domaine public. Même si ceux-ci sont énoncés, décrits, expliqués, illustrés ou incorporés dans une œuvre, ils sont exclus de la protection du droit d'auteur.

Enfin, les œuvres mis volontairement à la disposition du public par leur auteur existent de plus en plus notamment dans le domaine des logiciels et des œuvres multimédia. Les auteurs renoncent volontairement à exercer leurs droits d'exploitation en mettant leurs œuvres librement à la disposition du public. Toutefois, toute utilisation des œuvres protégées contraire aux conditions posées par les auteurs à cette fin constitue une violation de leurs droits.

Paragraphe 2 : Les droits patrimoniaux de l'auteur⁸⁶⁵

Les droits patrimoniaux octroyés à l'auteur sont régis par l'article 10⁸⁶⁶ de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins. Ainsi toute œuvre intellectuelle est protégée contre tout acte illicite de représentation, reproduction, traduction, transformation, transfert de propriété ou jouissance, réédition ou importation. Cependant, seules la représentation et la reproduction de l'œuvre seront détaillées : leur caractère illicite ouvre droit à l'action en contrefaçon. A fortiori,

865 On ne développera que les droits patrimoniaux car le fait matériel de l'action en contrefaçon ou en concurrence déloyale porte sur le droit d'exploitation de l'auteur. Certes, l'atteinte au droit moral peut être invoquée cumulativement à une action en contrefaçon ou en concurrence déloyale. Il n'en reste pas moins que l'analyse des droits moraux ne présente pas d'intérêt au regard de la seconde partie du présent travail. On se contentera cependant de faire référence l'article 9 de la loi qui y est relatif. Celui-ci mentionne que :

« Indépendamment de ses droits patrimoniaux et même après la cession desdits droits, l'auteur d'une œuvre a le droit :

- a) de revendiquer la paternité de son œuvre, en particulier le droit de faire porter la mention de son nom sur les exemplaires de son œuvre et, dans la mesure du possible et de la façon habituelle, en relation avec toute utilisation publique de son œuvre;
- b) de rester anonyme ou d'utiliser un pseudonyme;
- c) de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre qui seraient préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ».

866 L'article 10 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins précise que :

« Sous réserve des dispositions des articles 11 à 22, ci-dessous, l'auteur d'une œuvre a le droit exclusif de faire, d'interdire ou d'autoriser les actes suivants :

- a) rééditer et reproduire son œuvre de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, permanente ou temporaire, y compris l'archivage temporaire sous forme électronique;
- b) traduire son œuvre;
- c) préparer des adaptations, des arrangements ou autres transformations de son œuvre;
- d) faire ou autoriser la location ou le prêt public de l'original ou de la copie de son œuvre audio-visuelle, de son œuvre incorporée dans un phonogramme, d'un programme d'ordinateur, d'une base de données ou d'une œuvre musicale sous forme graphique (partitions), quel que soit le propriétaire de l'original, ou de la copie faisant l'objet de la location ou du prêt public;
- e) faire ou autoriser la distribution au public par la vente, la location, le prêt public ou par tout autre transfert de propriété ou de possession, de l'original ou des exemplaires de son œuvre n'ayant pas fait l'objet d'une distribution autorisée par lui;
- f) représenter ou exécuter son œuvre en public;
- g) importer des exemplaires de son œuvre;
- h) radiodiffuser son œuvre;
- i) communiquer son œuvre au public par câble ou par tout autre moyen.

Les droits de location et de prêt prévus au point 4) de l'alinéa 1) ne s'appliquent pas à la location de programmes d'ordinateur dans le cas où le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location ».

la concurrence déloyale relative à l'exercice des droits patrimoniaux de l'auteur ne peut résulter que de la reproduction ou la représentation illicite de l'œuvre dans certaines circonstances.

I. La représentation

L'article 10 f) et i) donne le droit exclusif à l'auteur d'interdire ou d'autoriser la représentation ou l'exécution ainsi que la communication par câble ou par tout moyen de son œuvre au public. La représentation ou l'exécution publique de l'œuvre est le fait de réciter, jouer, danser, représenter ou interpréter autrement une œuvre, soit directement, soit au moyen de tout dispositif ou procédé. Dans le cas d'une œuvre audio-visuelle, la représentation consiste à montrer les images en série ou de rendre audibles les sons qui l'accompagnent en un ou plusieurs lieux où des personnes étrangères au cercle d'une famille et de son entourage le plus immédiat sont ou peuvent être présentes⁸⁶⁷. A cet égard, il importe peu que ces personnes soient ou puissent être présentes dans le même lieu et au même moment, ou en des lieux différents et à des moments différents, où la représentation ou exécution peut être perçue, et cela sans qu'il y ait nécessairement communication au public⁸⁶⁸.

La notion de communication au public est également définie par la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins telle la transmission par fil ou sans fil de l'image, du son, ou de l'image et du son, d'une œuvre, d'une exécution ou interprétation ou d'un phonogramme de telle manière que ceux-ci puissent être perçus par des personnes étrangères au cercle d'une famille et de son entourage le plus immédiat se trouvant en un ou plusieurs lieux assez éloignés du lieu d'origine de la transmission⁸⁶⁹. Sans cette transmission, l'image ou le son n'aurait pas pu être perçu en ce ou ces lieux, peu importe à cet égard que ces personnes puissent percevoir l'image ou le son dans le même lieu et au même moment, ou dans des lieux différents et à des moments différents qu'ils auraient choisis individuellement⁸⁷⁰.

Ainsi, selon la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins la représentation implique seulement la présence du public.

D'une part, Elle peut se faire par des procédés directs comme la récitation publique, l'exécution lyrique, la représentation dramatique, la présentation publique, la télédiffusion ou la radiodiffusion. Par télédiffusion, on désigne la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature. Quant à la radiodiffusion visée spécifiquement par l'article 10 h), elle consiste en la communication d'une

⁸⁶⁷ Article 1 21) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins

⁸⁶⁸ Ibid.

⁸⁶⁹ Article 1 22) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins

⁸⁷⁰ Ibid.

œuvre, d'une exécution ou interprétation ou d'un phonogramme au public par transmission sans fil, y compris la transmission par satellite⁸⁷¹. D'autre part, la représentation indirecte peut emprunter des moyens indirects tels l'enregistrement de l'œuvre par vidéos, CD ou films ou l'accès aux œuvres par Internet lorsque le serveur sur lequel est stockée l'œuvre (donc qui la diffuse) est situé à l'étranger.

II. La reproduction

L'article 10 a) donne à l'auteur le droit exclusif de faire interdire ou d'autoriser toute reproduction de son œuvre de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, permanente ou temporaire, y compris l'archivage temporaire sous forme électronique. Au surplus, l'article 1 17) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins définit la "reproduction" comme la fabrication d'un ou plusieurs exemplaires d'une œuvre, d'une exécution ou interprétation ou d'un phonogramme dans une forme quelle qu'elle soit, y compris l'enregistrement sonore et visuel et le stockage permanent ou temporaire d'une œuvre, d'une exécution ou interprétation ou d'un phonogramme sous forme électronique. La reproduction reprographique d'une œuvre vise le cas spécifique de la fabrication d'exemplaires en fac-similé d'originaux ou d'exemplaires de l'œuvre par d'autres moyens que la peinture, par exemple la photocopie⁸⁷². La fabrication d'exemplaires en fac-similé qui sont réduits ou agrandis est aussi considérée comme une « reproduction reprographique »⁸⁷³.

Ainsi, la notion de reproduction est très large puisqu'elle consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous les procédés. Il en est ainsi de la photographie, de l'enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique ainsi que de la télétransmission par télécopie... Pareillement la reproduction consiste en la mise en mémoire d'une œuvre dans un ordinateur ou sur un support informatique (disque dur d'un ordinateur, ROM, RAM, cédérom...), tant par sa saisie manuelle que par la reproduction d'une œuvre déjà enregistrée sur un support informatique ou par le téléchargement d'une œuvre enregistrée.

Cela s'explique par le principe de l'indépendance de l'œuvre, en tant que création intellectuelle de son support matériel. Il en résulte qu'il importe peu que le contrefacteur ait reproduit l'œuvre contrefaite par des procédés différents⁸⁷⁴. Aussi, la jurisprudence française considère comme reproduction la prise en sténographie d'un cours ou d'une conférence, l'impression partielle d'un

871 Article 1 16) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

872 Article 1 18) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

873 Ibid.

874 BERTRAND (A), op.cit, p.222, n° 5.22.

tableau sur un T-shirt ainsi que la photographie ou le film d'une œuvre protégée par le droit d'auteur et la représentation publique de cette fixation⁸⁷⁵.

Cependant, l'utilisation d'un logiciel sur un ordinateur constitue à la fois une reproduction et une représentation⁸⁷⁶. Une reproduction parce qu'il y a tout d'abord mise en mémoire du logiciel dans l'ordinateur, puis représentation parce que le logiciel est ensuite communiqué au public par l'intermédiaire de la machine.

Paragraphe 3 : Les exceptions à la protection en matière de droit d'auteur

Dès l'instant où une œuvre a été divulguée, les articles 12 à 24 excluent de la protection accordée par le droit d'auteur à certaines de ses représentations ou reproductions. En effet, la frontière entre l'utilisation normale et l'utilisation abusive préjudiciable aux droits patrimoniaux de l'auteur est souvent très mince, particulièrement au regard des moyens modernes d'enregistrement et de reproduction⁸⁷⁷. Au plus, l'intérêt public et notamment le droit à l'information exigent de citer des extraits d'œuvres protégées par le droit d'auteur pour des besoins d'actualité, dans un cadre polémique ou à des fins scientifiques. Les exceptions prévues par les articles précités découlent d'une faculté prévue par l'alinéa 2 de l'article 9 de la convention de Berne selon lequel « est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

Ces exceptions sont à rapprocher de la doctrine du Fair use, intégrée à l'article 107 du Copyright Act américain⁸⁷⁸ permettant d'utiliser dans des limites raisonnables des œuvres protégées par le droit d'auteur. Selon la loi, pour déterminer s'il y a Fair use, il convient de considérer l'objet et le caractère de l'usage, la nature de l'œuvre protégée, l'importance de l'emprunt et l'effet de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée. Le Fair use est donc un argument de défense en cas de contrefaçon qui doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas. La citation justifiée par la nature de l'œuvre, la parodie, la reproduction pour un usage privé et non collectif entrent dans le champ du Fair Use⁸⁷⁹.

875 Ibid.

876 Ibid.

877 BERTRAND (A), op.cit, p.237, n° 5.4.

878 <http://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>.

879 BERTRAND (A), op.cit, p.238, n° 5.41.

Conformément au raisonnement suivi, seules seront développées les dérogations au droit d'exploitation des œuvres. Ainsi l'importation à des fins personnelles d'une œuvre prévue à l'article 24 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteurs et droits voisins⁸⁸⁰ ne sera pas exposée.

I. La libre reproduction à des fins privées

Conformément à l'article 12 alinéa 1 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans le paiement d'une rémunération, de reproduire une œuvre licitement publiée exclusivement pour l'usage privé de l'utilisateur.

Toutefois, ne sont pas concernées les reproductions de certaines œuvres ou sous certaines conditions.

Il en est ainsi de la reproduction d'œuvres d'architecture revêtant la forme de bâtiments ou d'autres constructions similaires⁸⁸¹. De même, la reproduction reprographique d'un livre entier ou d'une œuvre musicale sous forme graphique (partitions) ne peut faire l'objet d'une libre reproduction à des fins privées⁸⁸².

Au surplus, cette exception ne s'applique pas à la reproduction de la totalité ou de parties de bases de données sous forme numérique⁸⁸³ ainsi que les programmes d'ordinateur⁸⁸⁴ sauf dans les cas prévus à l'article 21 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins⁸⁸⁵. Cette disposition prévoit que nonobstant les dispositions qui régissent les droits patrimoniaux de l'auteur, le propriétaire légitime d'un exemplaire d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation de l'auteur et sans paiement d'une rémunération séparée, réaliser un exemplaire ou l'adaptation de ce programme. Néanmoins, cet exemplaire ou cette adaptation doit être nécessaire à l'utilisation du programme d'ordinateur à des fins pour lesquelles le programme a été obtenu

880 L'article 24 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins énonce que : « Nonobstant les dispositions du point (g) de l'article 10, ci-dessus, l'importation d'un exemplaire d'une œuvre par une personne physique, à des fins personnelles, est permise sans l'autorisation de l'auteur ou de tout autre titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre ».

881 Article 12 alinéa 2 a) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

882 Article 12 alinéa 2 b) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

883 Article 12 alinéa 2 c) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

884 Article 12 alinéa 2 d) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins

885 L'article 21 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins dispose que :

« Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, le propriétaire légitime d'un exemplaire d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation de l'auteur et sans paiement d'une rémunération séparée, réaliser un exemplaire ou l'adaptation de ce programme à condition que cet exemplaire ou cette adaptation soit :

a) nécessaire à l'utilisation du programme d'ordinateur à des fins pour lesquelles le programme a été obtenu;
b) nécessaire à des fins d'archivage et pour remplacer l'exemplaire licitement détenu dans le cas où celui-ci serait perdu, détruit ou rendu inutilisable.

Aucun exemplaire ni aucune adaptation ne peuvent être réalisés à des fins autres que celles prévues aux deux précédents paragraphes du présent article et tout exemplaire ou toute adaptation seront détruits dans le cas où la possession prolongée de l'exemplaire du programme d'ordinateur cesse d'être licite ».

ou à des fins d'archivage et pour remplacer l'exemplaire licitement détenu dans le cas où celui-ci serait perdu, détruit ou rendu inutilisable.

Enfin, la libre reproduction à des fins privées ne peut être invoquée lorsqu'il y a atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur⁸⁸⁶.

II. La reproduction temporaire

Selon l'article 13 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins⁸⁸⁷, la reproduction temporaire d'une œuvre est permise à condition que cette reproduction ait lieu dans certaines circonstances. Il en est ainsi lorsqu'elle a lieu au cours d'une transmission numérique de l'œuvre ou d'un acte visant à rendre perceptible une œuvre stockée sous forme numérique⁸⁸⁸. Pareillement, la reproduction temporaire d'une œuvre est licite lorsqu'elle est effectuée par une personne physique ou morale autorisée, par le titulaire des droits d'auteur ou par la loi, à effectuer ladite transmission de l'œuvre ou l'acte visant à la rendre perceptible⁸⁸⁹. Enfin, la reproduction temporaire d'une œuvre est permise sous réserve de trois conditions⁸⁹⁰. Elle doit être accessoire par rapport à la transmission, avoir lieu dans le cadre d'une utilisation normale du matériel et être automatiquement effacée sans permettre la récupération électronique de l'œuvre à des fins autres que celles visant à la rendre perceptible.

III. La libre reproduction revêtant la forme d'une citation

Selon l'article 14 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans le paiement d'une rémunération, de citer une œuvre licitement publiée dans une autre œuvre, sous réserve de trois conditions⁸⁹¹. Ces conditions découlent en réalité de l'alinéa 1 et 3 de l'article 10 de la convention de Berne⁸⁹².

886 Article 12 alinéa 2 c) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

887 L'article 13 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins précise que :

« Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, la reproduction temporaire d'une œuvre est permise à condition que cette reproduction :

a) ait lieu au cours d'une transmission numérique de l'œuvre ou d'un acte visant à rendre perceptible une œuvre stockée sous forme numérique ;

b) qu'elle soit effectuée par une personne physique ou morale autorisée, par le titulaire des droits d'auteur ou par la loi, à effectuer ladite transmission de l'œuvre ou l'acte visant à la rendre perceptible;

c) qu'elle ait un caractère accessoire par rapport à la transmission, qu'elle ait lieu dans le cadre d'une utilisation normale du matériel et qu'elle soit automatiquement effacée sans permettre la récupération électronique de l'œuvre à des fins autres que celles prévues aux paragraphes (a) et (b) du présent article »

888 Article 13 a) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

889 Article 13 b) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

890 Article 13 c) de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

891 L'article 14 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins précise que :

« Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans le paiement d'une rémunération, de citer une œuvre licitement publiée dans une autre œuvre, à la condition d'indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure à la source et à la condition qu'une telle citation soit conforme aux bons usages et que son ampleur ne dépasse pas celle justifiée par le but à atteindre »

892 Les alinéas 1 et 3 de l'article 10 de la convention de Berne disposent que :

Il faut indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure à la source soit après les guillemets qui isolent l'extrait, soit après renvoi à des notes de bas de page ou en fin de chapitre.

Une telle citation doit par ailleurs être conforme aux bons usages, c'est-à-dire qu'elle implique une fidélité dans la reproduction. Ainsi, on ne peut citer deux passages différents d'une œuvre en les présentant comme un passage unique, car il y a atteinte au respect de l'œuvre et au droit moral de l'auteur⁸⁹³. Il est alors impératif de mettre des points de suspension entre les différents passages cités dans le même paragraphe. En outre, la longueur de la citation s'apprécie par rapport à la longueur de l'œuvre dans laquelle elle est insérée mais aussi par rapport à l'œuvre dont les extraits constituent la citation elle-même⁸⁹⁴. S'il est légitime pour illustrer un propos ou appuyer une démonstration, de reproduire certains fragments d'une œuvre s'y rapportant, il ne saurait en revanche être admis que celle-ci soit reproduite intégralement, sauf cas exceptionnel justifié par les circonstances⁸⁹⁵. En dehors de la brièveté de la citation, il convient de tenir compte du nombre de celles-ci dans un ouvrage. De même, la citation ne peut en aucun cas être un condensé de l'œuvre⁸⁹⁶. En effet, ce que la loi autorise ce n'est pas le recueil de citations, sous la condition que celles-ci seraient accompagnées d'un commentaire, mais au contraire l'illustration par des citations justifiées par leur incorporation dans l'œuvre existante. Au plus, le droit de citation ne s'applique pas à la citation de tests ou d'essais comparatifs faite par des producteurs ou des commerçants : la publicité comparative est actuellement strictement réglementée et n'est pas généralement intégrée dans une œuvre.

Il est à souligner que l'application de la notion de courte citation aux œuvres graphiques et plastiques a fait l'objet d'une controverse doctrinale et jurisprudentielle en France⁸⁹⁷. Celle-ci a pris un aspect concret au regard de la reproduction des tableaux dans les catalogues de vente édités par les commissaires-priseurs. Il en a résulté l'insertion de l'alinéa d) de l'article 122-5 du Code de propriété intellectuelle français selon lequel « l'auteur ne peut interdire...les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente ».

« 1) Sont licites les citations tirées d'une oeuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse ».

« 3) Les citations et utilisations visées aux alinéas précédents devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source. »

893 BERTRAND (A), op.cit, p.241, n° 5. 432.

894 BERTRAND (A), op.cit, p.241, n° 5.432 b).

895 BERTRAND (A), op.cit, p.242, n° 5.432 b).

896 Ibid.

897 BERTRAND (A), op.cit, p.243, n° 5.432 b).

Cette réforme a été jugée insuffisante par la doctrine qui souhaite une extension de la notion de courte citation à l'ensemble des œuvres afin de permettre à leurs légitimes propriétaires de les vendre, et ce quel qu'en soit le type de vente⁸⁹⁸. Il serait même préférable d'adopter l'approche anglo-saxonne de l'usage raisonnable (Fair Use ou Fair dealing)⁸⁹⁹.

Enfin, l'ampleur de la citation ne doit pas dépasser celle justifiée par le but à atteindre. Autrement dit, les citations ne sont licites que si elles s'insèrent dans le contexte d'un ouvrage d'information, et que si elles servent à étayer ou à éclairer une discussion, un développement ou une argumentation formant la matière principale de l'ouvrage lui-même⁹⁰⁰.

IV. La libre utilisation des œuvres à des fins particulières

Nonobstant les dispositions de l'article 10 relatif aux droits patrimoniaux, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans le paiement d'une rémunération, mais sous réserve d'indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure à la source d'utiliser ou de reproduire des œuvres à des fins d'enseignement⁹⁰¹ ou d'information⁹⁰².

Il en est ainsi de l'utilisation d'une œuvre licitement publiée en tant qu'illustration dans des publications, des émissions de radiodiffusion ou des enregistrements sonores ou visuels destinés à l'enseignement. Cette exception est une application de l'article 10 alinéa 2 de la convention de

898 BERTRAND (A), op.cit, p.245, n° 5.432 b).

899 Ibid. V Supra p 180 pour la définition du fair use.

900 Ibid.

901 L'article 15 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins mentionne que :

« Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans le paiement d'une rémunération, mais sous réserve d'indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure à la source:

a) d'utiliser une œuvre licitement publiée en tant qu'illustration dans des publications, des émissions de radiodiffusion ou des enregistrements sonores ou visuels destinés à l'enseignement;

b) de reproduire par des moyens reprographiques pour l'enseignement ou pour des examens au sein d'établissements d'enseignement dont les activités ne visent pas directement ou indirectement un profit commercial, et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des articles isolés licitement publiés dans un journal ou périodique, de courts extraits d'une œuvre licitement publiée ou une œuvre courte »

902 L'article 19 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins dispose que :

« Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans paiement d'une rémunération, mais sous réserve de l'obligation d'indiquer la source et le nom de l'auteur si ce nom figure dans la source:

a) de reproduire par la presse, de radiodiffuser ou de communiquer au public, un article économique, politique ou religieux publié dans des journaux ou recueils périodiques ayant le même caractère, à condition que le droit de reproduction, de radiodiffusion ou de communication au public ne soit pas expressément réservé ;

b) de reproduire ou de rendre accessible au public, à des fins de compte-rendu, des événements d'actualité par le moyen de la photographie, de la cinématographie, du vidéo ou par voie de radiodiffusion ou communication par câble au public, une œuvre vue ou entendue au cours d'un tel événement, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre ;

c) de reproduire par la presse, de radiodiffuser ou de communiquer au public des discours politiques, des conférences, des allocutions, des sermons ou autres œuvres de même nature délivrés en public ainsi que des discours délivrés lors de procès dans la mesure justifiée par le but à atteindre, les auteurs conservant leur droit de publier des collections de ces œuvres ».

Berne, susceptible d'offrir un cadre à une législation destinée à autoriser la duplication d'œuvres à des fins d'enseignement⁹⁰³.

Il en va de même de la reproduction par des moyens reprographiques pour l'enseignement ou pour des examens au sein d'établissements d'enseignement et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des articles isolés licitement publiés dans un journal ou périodique, de courts extraits d'une œuvre licitement publiée ou une œuvre courte. Cette dérogation est aussi prévue au profit des bibliothèques et services d'archives dont les activités ne visent pas directement ou indirectement un profit commercial sous certaines conditions⁹⁰⁴.

D'un autre côté, le droit d'exploitation de l'auteur souffre des tempéraments en raison de l'intérêt public et du droit de l'information. Ainsi, la loi admet la reproduction par la presse, la radiodiffusion ou la communication au public d'un article économique, politique ou religieux publié dans des journaux ou recueils ayant le même caractère, à condition que le droit de reproduction, de radiodiffusion ou de communication au public ne soit pas expressément réservé⁹⁰⁵. Il en va de même lorsque ces actes portent sur des discours politiques, des conférences, des allocutions, des sermons ou autres œuvres de même nature délivrés en public ainsi que des discours délivrés lors de procès dans la mesure justifiée par le but à atteindre, les auteurs conservant leur droit de publier des collections de ces œuvres⁹⁰⁶. Au plus, est considéré licite le

903 Cette disposition précise qu'« est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires ou artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages ».

904 L'article 16 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur dispose que :

« Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, et sans l'autorisation de l'auteur ou de tout autre titulaire du droit d'auteur, une bibliothèque ou des services d'archives dont les activités ne visent pas directement ou indirectement un profit commercial peuvent réaliser par reproduction reprographique des exemplaires isolés d'une œuvre :

a) lorsque l'œuvre reproduite est un article ou une courte œuvre ou des courts extraits d'un écrit autre que des programmes d'ordinateur, avec ou sans illustration, publié dans une collection d'œuvres ou dans un numéro d'un journal ou d'un périodique ou lorsque le but de la reproduction est de répondre à la demande d'une personne physique
b) lorsque la réalisation d'un tel exemplaire est destinée à le préserver et, si nécessaire (au cas où il serait perdu, détruit ou rendu inutilisable), à le remplacer dans une collection permanente d'une autre bibliothèque ou d'un autre service d'archives, à remplacer des exemplaires perdus, détruits ou rendus inutilisables ».

905 Ce tempérament est une application de l'article 10 bis alinéa 1 de la convention de Berne qui prévoit qu'« est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée. Toutefois, la source doit toujours être clairement indiquée; la sanction de cette obligation est déterminée par la législation du pays où la protection est réclamée ».

906 Cette exception découle de l'article 2 bis de la convention de Berne qui prévoit qu' :

« 1) Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté d'exclure partiellement ou totalement de la protection prévue à l'article précédent les discours politiques et les discours prononcés dans les débats judiciaires.

2) Est réservée également aux législations des pays de l'Union la faculté de statuer sur les conditions dans lesquelles les conférences, allocutions et autres œuvres de même nature, prononcées en public, pourront être reproduites par la

fait de reproduire ou de rendre accessible au public aux fins de compte-rendu, des événements d'actualité par le moyen de la photographie, de la cinématographie, de vidéo ou par voie de radiodiffusion ou communication par câble au public, une œuvre vue ou entendue au cours d'un tel événement, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre⁹⁰⁷.

Au demeurant, l'article 18 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins permet la réédition exceptionnelle d'une œuvre lorsqu'elle est destinée à une procédure judiciaire ou administrative dans la mesure justifiée par le but à atteindre⁹⁰⁸.

V. La libre représentation d'une œuvre

La libre représentation de l'œuvre sans l'autorisation de l'auteur et sans paiement d'une rémunération est permise sous certaines conditions. Aussi, un organisme de radiodiffusion peut réaliser un enregistrement éphémère par ses propres moyens et pour ses propres émissions d'une œuvre qu'il a le droit de radiodiffuser⁹⁰⁹. En outre, il est loisible de représenter ou d'exécuter une œuvre publiquement lors des cérémonies officielles ou religieuses, dans la mesure justifiée par la nature de ces cérémonies. Il en va de même lorsque la représentation a lieu le cadre des activités d'un établissement d'enseignement, pour le personnel et les étudiants d'un tel établissement, si le public est composé exclusivement du personnel et des étudiants de l'établissement ou des parents et des surveillants ou d'autres personnes directement liées.

VI. La libre utilisation d'images d'œuvres situées en permanence dans des endroits publics

Il est possible de rééditer, de radiodiffuser ou de communiquer par câble au public une image d'une œuvre d'architecture, des beaux-arts, photographique et des arts appliqués qui est située

presse, radiodiffusées, transmises par fil au public et faire l'objet des communications publiques visées à l'article 11bis.1) de la présente Convention, lorsqu'une telle utilisation est justifiée par le but d'information à atteindre.

3) Toutefois, l'auteur jouit du droit exclusif de réunir en recueil ses œuvres mentionnées aux alinéas précédents ».

907 Cette exception ressort de l'article 10 bis alinéa 2 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins : « Il est également réservé aux législations des pays de l'Union de régler les conditions dans lesquelles, à l'occasion de comptes rendus des événements d'actualité par le moyen de la photographie ou de la cinématographie, ou par voie de radiodiffusion ou de transmission par fil au public, les œuvres littéraires ou artistiques vues ou entendues au cours de l'événement peuvent, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre, être reproduites et rendues accessibles au public »

908 L'article 18 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins édicte que : « Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans le paiement d'une rémunération, de rééditer une œuvre destinée à une procédure judiciaire ou administrative dans la mesure justifiée par le but à atteindre »

909 L'article 22 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins précise que :

« Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, un organisme de radiodiffusion peut, sans l'autorisation de l'auteur et sans paiement d'une rémunération séparée, réaliser un enregistrement éphémère par ses propres moyens et pour ses propres émissions d'une œuvre qu'il a le droit de radiodiffuser.

L'organisme de radiodiffusion doit détruire cet enregistrement dans les six mois suivant sa réalisation, à moins qu'un accord pour une période plus longue n'ait été passé avec l'auteur de l'œuvre ainsi enregistrée. Toutefois, sans un tel accord, un exemplaire unique de cet enregistrement peut être gardé à des fins exclusives de conservation d'archives ».

en permanence dans un endroit ouvert au public⁹¹⁰. Il n'en demeure pas moins que l'image de l'œuvre ne doit pas être le sujet principal d'une telle reproduction, radiodiffusion ou communication et si elle est utilisée à des fins commerciales.

Section IV: L'action en violation des droits d'auteur et droits voisins

L'article 62⁹¹¹ alinéa 1 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins dispose que « le titulaire de droits protégés en vertu de la présente loi dont un droit reconnu a été violé a le droit d'obtenir le paiement, par l'auteur de la violation, de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par lui en conséquence de l'acte de violation ».

Cette action puise certes son fondement dans les articles 77 et 78 du Dahir des obligations et contrats du 12 Août 1913⁹¹², mais il n'en reste pas moins qu'elle se distingue de l'action civile classique à plusieurs égards. En fait, la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins prévoit un régime particulier de l'action civile en violation du droit d'auteur et droits voisins. Elle en détermine les modalités de réparation et de fixation des dommages et intérêts⁹¹³, les mesures conservatoires⁹¹⁴, de suspension de la mise en circulation des marchandises importées,

910 Selon l'article 20 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins : « Nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus, il est permis, sans l'autorisation de l'auteur et sans paiement d'une rémunération, de rééditer, de radiodiffuser ou de communiquer par câble au public une image d'une œuvre d'architecture, d'une œuvre des beaux-arts, d'une œuvre photographique et d'une œuvre des arts appliqués qui est située en permanence dans un endroit ouvert au public, sauf si l'image de l'œuvre est le sujet principal d'une telle reproduction, radiodiffusion ou communication et si elle est utilisée à des fins commerciales ».

911 Alinéa 1 de l'article 62 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

912 L'article 77 du dahir des obligations du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet »

L'article 78 du dahir des obligations du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats énonce que :

« Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet »

La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage. »

913 Les alinéas 2 et 3 de l'article 62 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins énoncent que :

« Le montant des dommages-intérêts est fixé conformément aux dispositions du code civil, compte tenu de l'importance du préjudice matériel et moral subi par le titulaire de droits, ainsi que de l'importance des gains que l'auteur de la violation a retirés de celle-ci.

Le titulaire de droits a la possibilité de choisir entre les dommages effectivement subis, plus tout bénéfice résultant de l'activité interdite qui n'a pas été pris en compte dans le calcul de ces dommages, ou des dommages-intérêts préétablis dont le montant est d'au moins cinq mille (5 000) et d'au plus vingt-cinq mille (25 000) dirhams, selon ce que le tribunal estime équitable pour la réparation du préjudice subi ».

914 L'article 61 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins précise que :

« Le tribunal ayant compétence pour connaître des actions engagées sur le plan civil en vertu de la présente loi a autorité, sous réserve des dispositions des codes de procédure civile et pénale, et aux conditions qu'il jugera raisonnables, pour :

a) rendre un jugement interdisant la commission ou ordonnant la cessation de la violation de tout droit protégé en vertu de la présente loi ;

exportées ou en transit⁹¹⁵, de destruction⁹¹⁶ et de cessation⁹¹⁷. Ce régime dérogatoire vise à améliorer la protection des droits de propriété intellectuelle face au développement de la contrefaçon et de la piraterie⁹¹⁸.

Au demeurant, la loi emploie le terme violation à propos de droits qu'elle protège par cette action⁹¹⁹.

Une question coule de source alors : cette action fait-elle pendant à l'action en contrefaçon régie par la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée ? Il est à souligner que la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins n'emploie les termes de « contrefaçon » ou « contrefaites » que pour qualifier les marchandises dont la mise en circulation est suspendue en cas de mise en œuvre de mesures aux frontières⁹²⁰. Au plus, le code pénal régit nommément le délit de contrefaçon⁹²¹ en matière de propriété littéraire artistique aux articles 575 à 579. La doctrine

b) ordonner la saisie des exemplaires d'œuvres ou des enregistrements sonores soupçonnés d'avoir été réalisés ou importés ou en cours d'exportation sans l'autorisation du titulaire de droit protégé en vertu de la présente loi, ainsi que des emballages de ces exemplaires, des instruments qui ont pu être utilisés pour les réaliser, et des documents, comptes ou papiers d'affaires se rapportant à ces exemplaires, emballages de ces exemplaires, des instruments qui ont pu être utilisés pour les réaliser et des documents, comptes ou papiers d'affaires se rapportant à ces exemplaires.

Les dispositions des codes de procédure civile et pénale qui ont trait à la perquisition et à la saisie s'appliquent aux atteintes à des droits protégés en vertu de la présente loi.

Le droit d'auteur et les œuvres non publiées avant le décès de l'auteur ne peuvent être saisis. Seuls les exemplaires de l'œuvre déjà publiée peuvent faire l'objet d'une saisie »

915 Articles 61.1 à 61.6 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

916 Alinéa 5 et 6 de l'article 62 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins :

« Lorsque les exemplaires réalisés en violation des droits existent, les autorités judiciaires sont compétentes pour ordonner que ces exemplaires et leur emballage soient détruits, et que, seulement dans des circonstances exceptionnelles, il en soit disposé d'une autre manière raisonnable, hors des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au titulaire du droit, sauf si le titulaire du droit demande qu'il en soit autrement.

Lorsque du matériel ou un dispositif a été utilisé pour commettre des actes constituant une violation, les autorités judiciaires, ordonnent qu'il soit promptement détruit, sans compensation d'aucune sorte, ou dans des circonstances exceptionnelles, qu'il en soit disposé d'une autre manière hors des circuits commerciaux de manière à réduire au minimum les risques de nouvelles violations, ou qu'il soit remis au titulaire du droit ».

917 L'alinéa 7 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins édicte que :

« Lorsque le danger existe que des actes constituant une violation se poursuivent, les autorités judiciaires ordonnent expressément la cessation de ces actes. Elles fixent en outre un montant équivalent au minimum à 50 % de la valeur de l'opération, à titre de dommages-intérêts ».

918 CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit, n° 1730, p 986.

919 Plusieurs occurrences de ce terme sont présentes notamment dans la quatrième partie de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins relative aux mesures, recours et sanctions à l'encontre de la piraterie et d'autres infractions : article 61; article 62 ; article 64, article 64.2 ; article 64.3 et article 65 .

920 Voir articles 61.1, 61.2, 61.4, 61.5 et 61.6 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

921 L'article 575 du code pénal du 26 Novembre 1962 telle que modifiée et complétée dispose que : « Quiconque éditte sur le territoire marocain des écrits, compositions musicales, dessins, peintures ou tout autre production, imprimés ou gravés en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est coupable de contrefaçon et puni d'une amende de 200 à 10.000 dirhams, que ces ouvrages aient été publiés au Maroc ou à l'étranger ».

Est punie des mêmes peines, la mise en vente, la distribution, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaits ».

française considère par ailleurs que l'article 335-2 du code de propriété de propriété intellectuelle – dont l'équivalent est l'article 575 du code pénal – renvoie au délit civil de contrefaçon bien qu'il s'agisse d'une disposition pénale⁹²².

Le terme de contrefaçon est-il réservé uniquement au volet pénal de la violation de la propriété littéraire et artistique ou faut-il en déduire que le législateur a instituée « une action en contrefaçon » sans le spécifier explicitement ?

La contrefaçon en matière de propriété intellectuelle désigne dans un sens générique toute atteinte portée à un droit de propriété littéraire, artistique, industrielle (reproduction, imitation, vente, mise en vente)⁹²³. Par ailleurs, la violation renvoie au sens fort à toute « atteinte caractérisée à une règle fondamentale ; transgression ; acte illicite dont la gravité tient en général à la valeur primordiale de ce qui est violé (violation des droits de l'homme, d'un principe, d'une frontière, etc.), parfois aussi aux moyens employés (violation brutale, flagrante, etc) »⁹²⁴. En conséquence, les violations qui peuvent être sanctionnées par les poursuites civiles régies par la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins peuvent être des faits de contrefaçon.

Toutefois, afin d'éviter tout amalgame avec l'action en contrefaçon établie par la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée, il convient de respecter la terminologie du législateur et de parler d'action en violation des droits d'auteur et droits voisins. En effet, bien que ces deux actions puissent être engagées pour des faits de contrefaçon, leur régime est distinct tant au niveau des

Par ailleurs, l'article 576 de ce texte prévoit qu' « est coupable de contrefaçon et puni des peines prévues à l'article précédent, quiconque reproduit, représente ou diffuse, par quelque moyen que ce soit, une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ».

922 BERTRAND (A), op.cit, p.444, n° 9.33.

923 CORNU (G), op.cit, V. Contrefaçon 2 a/ p 220.

Rappr : CARON (C), 2013, Droit d'auteur et droits voisins, op.cit, 623 p, n° 496, p.459 : « La contrefaçon doit être définie comme désignant tout acte qui porte atteinte aux droits de l'auteur » ; RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 728, p 594 : « l'action en contrefaçon permet aux titulaires d'un monopole d'exploitation ou d'utilisation des droits de propriété intellectuelle de défendre leurs droits patrimonial notamment contre toute fabrication, importation ou mise en vente du produit protégé par leurs brevets, toute reproduction de leurs modèle ; toute reproduction, usage apposition de la marque ou usage d'une reproduction de leurs marques sans leurs autorisations. CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit, n° 1730, p 984 : « Les différentes atteintes susceptibles d'être portées aux droits de propriété intellectuelles en constituent la contrefaçon, laquelle se définit précisément comme le fait, pour un autre que le titulaire du droit ou son licencié d'exploiter le monopole, conféré par un droit de propriété intellectuelle ».

924 CORNU (G), op.cit., V. Violation 1 p 906.

agissements susceptible d'être punis⁹²⁵, des modalités de réparation⁹²⁶ que des mesures conservatoires, de suspension, de destruction ou de cessation.

En sus, la partie de la loi organisant cette action civile s'intitule « mesures, recours et sanctions à l'encontre de la piraterie et d'autres infractions » ce qui amène à s'interroger sur le lien entre violation, contrefaçon et piraterie⁹²⁷.

925 En effet, outre l'article 201 alinéa 1 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée qui sanctionne toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un titre de propriété industrielle, l'article 201 alinéa 2 sanctionne l'offre, la mise dans le commerce, la reproduction, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait à condition qu'il en ait eu connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance.

Concernant le droit d'auteur et les droits voisins, toute violation des droits protégés peut ouvrir droit à une réparation civile. En outre, conformément à l'article 65 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, sont considérés comme illicites et sont assimilés à une violation des droits des auteurs, des interprètes, des exécutants et des producteurs de phonogrammes :

« a. La fabrication, l'importation, l'exportation, l'assemblage, la modification, la vente, la location ou le louage d'un dispositif, d'un système ou d'un moyen spécialement conçu ou adapté pour rendre inopérant tout dispositif, système ou moyen utilisé pour empêcher ou pour restreindre la reproduction d'une œuvre ou pour détériorer la qualité des copies ou exemplaires réalisés;

b. La fabrication, l'importation, l'exportation, l'assemblage, la modification, la vente, la location ou le louage d'un dispositif, d'un système ou d'un moyen conçu ou adapté en toute connaissance de cause ou en ayant de bonnes raisons de savoir que cela permettrait ou faciliterait le décodage de signaux codés porteurs de programmes sans l'autorisation du distributeur légitime ;

c. La réception et la redistribution de signaux porteurs de programmes originellement codés sachant qu'ils ont été décodés sans l'autorisation du distributeur légitime ;

d. Le contournement, la suppression, la restriction de toute mesure technologique efficace ;

e. La fabrication, l'importation, la vente, l'offre au public ou la distribution d'un quelconque dispositif, élément, prestation ou moyen utilisé, ou faisant l'objet de publicité ou de promotion, ou bien essentiellement conçu ou produit dans le but de permettre ou d'aider au contournement ou pour rendre inopérante ou restreindre toute mesure technologique efficace ;

f. la suppression ou modification, sans y être habilité, de toute information relative au régime des droits;

g. la distribution ou l'importation aux fins de distribution, des informations relatives au régime des droits lorsque ces actes sont commis en sachant que l'information relative au régime des droits a été supprimée ou modifiée sans autorisation;

h. la distribution ou l'importation aux fins de distribution, la diffusion radiotélévisée, la communication au public ou la mise à disposition du public, sans autorisation, d'œuvres, d'interprétations ou d'exécutions, de phonogrammes ou de diffusions radiotélévisées, en sachant que des informations sous forme électronique relatives au régime des droits ont été supprimées. »

926 En effet, l'alinéa 2 de l'article 224 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que : « Le détenteur des droits a la possibilité de choisir entre les dommages-intérêts effectivement subis plus tout bénéfice attribuable à l'activité interdite qui n'a pas été pris en compte dans le calcul de ces dommages ou des dommages-intérêts dont le montant est au moins 50.000 dirhams et au plus 500.000 dirhams, selon ce que le tribunal estime équitable pour la réparation du préjudice subi ». Quant à l'alinéa 3 de l'article 62 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, il dispose que « Le titulaire de droits a la possibilité de choisir entre les dommages effectivement subis, plus tout bénéfice résultant de l'activité interdite qui n'a pas été pris en compte dans le calcul de ces dommages, ou des dommages-intérêts préétablis dont le montant est d'au moins cinq mille (5 000) et d'au plus vingt-cinq mille (25 000) dirhams, selon ce que le tribunal estime équitable pour la réparation du préjudice subi ».

927 La notion de piraterie est par ailleurs évoquée à trois reprises relativement aux mesures de la suspension de la mise en circulation des marchandises aux frontières : articles 61.2 ; 61.5 et 61.6 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins.

Tout d'abord, la contrefaçon viole le droit de propriété intellectuelle du propriétaire, que ce dernier soit un auteur ou un cessionnaire des droits⁹²⁸. L'emploi du terme violation trouve son origine dans la conception selon laquelle la contrefaçon est au droit d'auteur ce que le vol est aux biens corporels⁹²⁹. Certes, l'assimilation n'est pas absolue car l'acte de contrefaçon ne soustrait pas définitivement un bien à l'auteur. Mais il n'en demeure pas moins que l'idée est la même⁹³⁰. Ensuite, les circonstances dans lesquelles la contrefaçon est réalisée sont extrêmement variables. Elles ne se limitent pas aux actes de reproduction ou représentation illicite, aux atteintes au droit moral de l'auteur ou aux actes illicites prévus par l'article 65 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et assimilés et aux violations des droits protégés par ce texte. En effet, ces dernières années ont connu le développement d'un phénomène que l'on désigne parfois sous le nom de piraterie. Ce terme imprégné de symbolisme⁹³¹, peut se définir comme le fait de porter volontairement et sur une grande échelle atteinte à un droit de propriété intellectuelle dont on ne saurait discuter la validité, en fabricant et le plus souvent en important des produits dont l'une des caractéristiques est de se rapprocher le plus possible des produits authentiques⁹³². Cette contrefaçon systématique et organisée est parfois, comme cela a été dénoncé liée aux réseaux

928 CARON (C), op.cit., n° 496, p.459.

929 Ibid : C'est à ce propos que la nature juridique de l'acte de contrefaçon est parfois discutée et il faut considérer qu'il s'agit d'une atteinte à un droit de propriété susceptible d'engager la responsabilité civile ou pénale de son auteur. Mais la mise en œuvre de cette responsabilité répond à des règles dérogatoires du droit commun, qui visent à rendre plus efficace la lutte contre la contrefaçon. Celle-ci vise avant tout à protéger le titulaire des droits, c'est-à-dire l'auteur ou l'exploitant. Mais le consommateur peut aussi être une victime indirecte de la contrefaçon. C'est le cas lorsqu'il a fait l'acquisition d'une copie alors qu'il pense avoir acheté un original. Au demeurant, la contrefaçon peut aussi tarir le financement de la création au détriment des consommateurs qui constateront une raréfaction de l'offre culturelle, faute de producteurs souhaitant y intervenir à cause des actes de contrefaçon.

Rappr : RÉTIF DE LA BRETONNE (N-E), 2001, *Contre les contrefacteurs*, in *Le combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, Bruxelles, p.63 : « La contrefaçon est un vol, un attentat à la propriété la plus sacrée, une infamie, un sacrilège » ; MERLIN DE DOUAI (P-A), 1807, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome III, <http://gallica.bnf.fr/>, p.100 : « Quand on contrefait les productions d'un auteur, on commet contre lui le crime de vol, puisqu'on lui ravit le fruit de ses veilles et de ses travaux ».

Cette assimilation découle du fait que la contrefaçon a toujours constitué non seulement une faute civile mais également une infraction pénale. Il en a ainsi du droit français (depuis la Révolution française) et marocain (depuis le Dahir du 23 Juin 1916 relatif à la protection de la propriété industrielle). A plus forte raison, les atteintes à la propriété littéraire et artistique prévues par le code pénal marocain aux articles 575 à 579 forment une section du chapitre relatif aux crimes et délits contre les biens qui inclut également les vols et extorsions.

930 CARON (C), op.cit., n° 496, p.459.

931 CARON (C), op.cit., n° 497, p.460.

Adde : GUCRASSIMO (E), *Bulletin du droit d'auteur*, Volume XXVI, n° 3, 1992, p.7, <http://unesdoc.unesco.org> : « Pour certains, le mot « piraterie » peut avoir une connotation légèrement romanesque, évoquant l'image de flibustiers bravaches des Caraïbes. Mais les pirates de la propriété intellectuelle n'ont rien de romanesque ni de bravache : ce sont des criminels qui généralement opèrent sur une grande échelle et sont organisés, qui se livrent au pillage du produit du talent et des investissements d'autrui ».

932 CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit., n° 1731, p 986.

criminels (terrorisme⁹³³, blanchiment d'argent⁹³⁴...) ⁹³⁵. Il est regrettable qu'aujourd'hui la piraterie ait pris une ampleur considérable à travers le monde⁹³⁶. Ce phénomène génère des profits illicites considérables à l'origine d'un important manque à gagner pour les industries légitimes, les économies et les gouvernements

933 A ce titre, l'article 218-1 du code pénal du 26 Novembre 1962 telle que modifiée par la loi n° 03-03 promulguée par le dahir n° 1-03-140 du 28 Mai 2003 dispose que : « Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'ils sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but l'atteinte grave à l'ordre public par l'intimidation, la terreur ou la violence, les infractions suivantes :.....7. Les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé des données ; ... »

934 Ainsi, l'article 574-1 du code pénal du 26 Novembre 1962 telle que modifiée et complétée par la loi n° 22-01 relative à la procédure pénale (promulguée par le Dahir n° 1-02-255 du 03 Octobre 2002) et la loi 43-05 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux promulguée par le Dahir n°1-07-79 du 17 Avril 2007 (elle-même modifié et complétée par la loi n° 13-10 promulguée par le Dahir n° 1-11-02 du 20 Janvier 2011) énonce que :

« Constituent un blanchiment de capitaux, les actes ci-après, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et en connaissance de cause :

- Le fait d'acquérir, de détenir, d'utiliser, de convertir, de transférer ou de transporter des biens ou leurs produits dans le but de dissimuler ou de déguiser la nature véritable ou l'origine illicite de ces biens, dans l'intérêt de l'auteur ou d'autrui lorsqu'ils sont le produit de l'une des infractions prévues à l'article 574-2 ci-dessous ;
- La dissimulation ou le déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété des biens ou des droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont les produits de l'une des infractions prévues à l'article 574-2 ci-dessous ;
- Le fait d'aider toute personne impliquée dans la commission de l'une des infractions prévues à l'article 574-2 ci-dessous à échapper aux conséquences juridiques de ses actes ;
- Le fait de faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des produits de l'auteur de l'une des infractions visées à l'article 574-2 ci-dessous, ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect ;
- Le fait d'apporter un concours ou de donner des conseils à une opération de garde, de placement, de dissimulation de conversion ou de transfert du produit direct ou indirect, de l'une des infractions prévues à l'article 574-2 ci-dessous ;
- Le fait de tenter de commettre les actes prévus au présent article ».

En outre, l'article 574-2 du code pénal du 26 Novembre 1962 telle que modifiée et complétée par la loi n° 22-01 relative à la procédure pénale (promulguée par le Dahir n° 1-02-255 du 03 Octobre 2002) et la loi 43-05 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux promulguée par le Dahir n°1-07-79 du 17 Avril 2007 (elle-même modifié et complétée par la loi n° 13-10 promulguée par le Dahir n° 1-11-02 du 20 Janvier 2011) édicte que la définition prévue à l'article 574-1 ci-dessus est applicable en particulier aux infractions portant atteinte à la propriété industrielle, aux droits d'auteur et droits voisins même lorsqu'elles sont commises à l'extérieur du Maroc.

935 CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op.cit, n° 1731, p 986.

936 <https://euipo.europa.eu/> : En 2013, le commerce international de produits contrefaits et de produits piratés représentait jusqu'à 2,5 % du commerce mondial, soit près de 338 milliards d'euros (chiffres établis sur la base des données les plus récentes disponibles en 2013). Dans l'UE, ces produits représentent jusqu'à 5 % de l'ensemble des importations de l'UE, soit 85 milliards d'euros. Les produits contrefaits et les produits piratés peuvent provenir de tous les types d'économies, mais les économies émergentes jouent un rôle important dans ce phénomène, que ce soit en tant que producteurs de produits contrefaits ou en tant que zones de transit. Les marques les plus touchées par la contrefaçon sont principalement enregistrées dans l'OCDE et dans les pays membres de l'UE. La Chine apparaît comme la plus grande économie productrice de tels produits. Les contrefacteurs ont de plus en plus souvent recours aux petits envois, en partie en raison du développement du commerce électronique, mais aussi pour réduire les risques et les conséquences financières de la détection.

<http://www.bladi.net/piratage-informatique-maroc.html> : Par ailleurs, une étude de l'International Data Corporation (IDC) a indiqué que le taux de piratage au Maroc a atteint 65% en 2010, représentant un manque à gagner équivalent à 615 millions de dirhams. Au plus, la distribution chaque semaine au Maroc de quelques 600.000 CD piratés inflige à l'économie du pays un manque à gagner estimé à plus de deux milliards de DH, a affirmé Mhamed Berrada Ghziouel, expert marocain en 2003.

La loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits protégés n'a pas spécifié les violations des droits protégés, ce qui n'est pas le cas des actes assimilés à une violation des droits des auteurs, des interprètes, des exécutants et des producteurs de phonogrammes.

L'acte de violation est un agissement illicite comportant un élément matériel et un élément moral. Il existe fort logiquement un acte de violation lorsque le monopole est atteint, mais la question se pose aussi pour l'atteinte au droit moral.

Le renvoi aux articles 575 et 576 du Code pénal se justifiera par le fait que ces textes explicitent les types de violation du droit d'auteur et droits protégés, contrairement à l'article 64 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins. En effet, celui-ci se réfère de manière générale à une violation délibérée des droits d'auteur patrimoniaux et moraux⁹³⁷. Or le but des développements suivants est d'élucider la notion de violation à partir de ses diverses manifestations. Il n'en demeure pas moins que l'article 64 la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins est utile afin de caractériser les violations délibérées des droits d'auteur aux fins d'exploitation commerciale. Celles-ci seront étudiées à l'occasion de l'élément moral de l'acte de contrefaçon.

Paragraphe 1 :L'élément matériel de l'acte de violation

I. L'atteinte aux droits patrimoniaux

A. L'atteinte au droit de reproduction

Il va de soi que la violation du droit de reproduction – considérée comme l'un des piliers du monopole de l'auteur – soit sanctionnée. Deux textes le précisent plus ou moins implicitement, à savoir les articles 575 et 576 du code pénal⁹³⁸. L'édition est implicitement visée comme

937 L'alinéa 1 de l'article 64 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins :

« Est puni d'une peine d'emprisonnement de deux mois à six mois, et d'une amende de dix mille (10 000) à cent mille (100 000) dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque a commis d'une manière illicite et par quelque moyen que ce soit, aux fins d'exploitation commerciale, une violation délibérée :

- des droits d'auteur mentionnés aux articles 9 et 10;
- des droits des artistes interprètes ou exécutants mentionnés à l'article 50;
- des droits des producteurs de phonogrammes mentionnés à l'article 51;
- des droits des organismes de radiodiffusion mentionnés à l'article 52 ».

938 Voir Supra p 187 et s : L'emploi du terme contrefaçon se justifiera par le souci d'éviter les répétitions du terme violation, mais en tenant compte des réserves formulées antérieurement

L'article 575 du code pénal du 26 Novembre 1962 telle que modifiée et complétée dispose que : « Quiconque édite sur le territoire marocain des écrits, compositions musicales, dessins, peintures ou tout autre production, imprimés ou gravés en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est coupable de contrefaçon et puni d'une amende de 200 à 10.000 dirhams, que ces ouvrages aient été publiés au Maroc ou à l'étranger.

Est punie des mêmes peines, la mise en vente, la distribution, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaits ».

impliquant un acte de reproduction. Toutefois, selon l'article 576 du Code pénal, la reproduction est largement entendue, ce qui est parfaitement logique puisque la contrefaçon se doit d'épouser les contours des droits qu'elle entend protéger⁹³⁹. Partant, toute reproduction d'une œuvre de l'esprit sans autorisation est une contrefaçon. Elle peut consister dans la reproduction totale ou partielle d'une œuvre faite, même en un seul exemplaire, par un procédé quelconque⁹⁴⁰. La loi ne protège pas le procédé employé pour reproduire l'œuvre mais l'œuvre elle-même, sur n'importe quel support, l'œuvre étant indépendante de son support matériel.

La reproduction à l'identique de l'original ou copie servile doit être distinguée de la reproduction par imitation.

1. La reproduction à l'identique

Lorsque la contrefaçon est réalisée à l'identique, elle peut se substituer totalement au produit si ce dernier est par exemple un logiciel, un disque ou un livre. Il en est ainsi du fait de graver une œuvre de musique sur un CD⁹⁴¹ ou de photographier un dessin ou de le reproduire sur un carreau. Mais, elle peut aussi dupliquer un produit de luxe, sans en avoir la qualité. Il en est ainsi notamment des contrefaçons de sacs luxueux. Le contentieux des reproductions non autorisées sur Internet a prouvé la vivacité de la contrefaçon par reproduction à l'identique⁹⁴². C'est le cas, par exemple lorsque l'œuvre est reproduite grâce à un logiciel de pair à pair, afin d'être ensuite offerte à un nombre déterminé d'internautes⁹⁴³. Pour que la contrefaçon puisse être utilisée avec succès, il faut bien évidemment que l'œuvre reproduite soit protégée⁹⁴⁴ et que l'utilisateur ne puisse arguer d'une exception.

2. La reproduction par imitation

Il est très fréquent qu'une œuvre ne soit pas reproduite à l'identique. Elle est alors imitée sans autorisation, ce qui peut constituer une contrefaçon. Sont ainsi visées les adaptations, les traductions ou toutes modifications apportées à l'œuvre sans l'accord du titulaire des droits.

Par ailleurs, l'article 576 de ce texte prévoit qu' : « Est coupable de contrefaçon et puni des peines prévues à l'article précédent, quiconque reproduit, représente ou diffuse, par quelque moyen que ce soit, une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ».

939 CARON (C), op.cit, n° 507, p.470.

940 BERTRAND (A), op.cit, p.444, n° 9.331.

941 CA Grenoble, 18 Janvier 2001, <https://www.legalis.net> .

942 CARON (C), op.cit, n°507, p.470.

943 TGI Vannes, 29 Avril 2004, <https://www.legalis.net/> ; TGI Meaux, 21 Avril 2005, <http://juriscom.net/> ; TGI Châteauroux, 15 décembre 2004, <http://juriscom.net/> ; TGI Paris, 6 Février 2006, <http://juriscom.net/> ; TGI Bayonne, 15 Novembre 2005, <https://www.legalis.net/>; TGI Chambéry, 1er septembre 2006, <https://www.legalis.net/>

944 L'absence d'originalité de l'œuvre arguée de contrefaçon est un moyen de défense classique à l'action en contrefaçon

Mais toute inspiration n'est pas répréhensible⁹⁴⁵. Ainsi deux œuvres audiovisuelles peuvent traiter du même thème, dès lors que leur forme est différente⁹⁴⁶. Il en va de même lorsqu'il est impossible de caractériser la contrefaçon notamment lorsque l'œuvre musicale est transformée jusqu'à devenir méconnaissable⁹⁴⁷. En effet, il est impératif que le droit d'auteur ne devienne pas un instrument de censure et entraîne, par le biais d'actions en contrefaçon largement admises, une appropriation d'idées⁹⁴⁸. Il n'en reste pas moins que beaucoup de contrefacteurs maquillent leur délit pour échapper à la sanction de la contrefaçon⁹⁴⁹. Ils réalisent une œuvre en pillant préalablement les créations d'autrui. Ces actes sont légion en matière de logiciels, mais cette hypothèse peut également exister dans tous les domaines, notamment dans le domaine littéraire⁹⁵⁰.

Mais dès lors que la forme protégée ne se retrouve pas dans l'adaptation, le droit d'auteur est impuissant pour sanctionner ce comportement moralement répréhensible, mais juridiquement licite⁹⁵¹. Il en découle qu'une question délicate se pose à la jurisprudence, celle de tracer une

945 Voir supra p 154 et s : sur la protection des idées.

946 Cass.1^{ère} civ, 25 Mai 1992, <https://www.legifrance.gouv.fr> et sur renvoi CA Douai, 20 Mai 1996, <https://books.google.co.ma/books>.

En l'espèce, la cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui, pour rejeter l'action en contrefaçon, avait retenu que « l'esprit des deux œuvres, de même que l'évolution et le dénouement de l'action sont totalement différents, ainsi que le caractère et le comportement des personnages principaux ». Elle lui reprocha de s'être déterminé « sans rechercher si la forme d'un jeu télévisé meurtrier que revêtait dans « le prix du danger » le thème non protégeable en soi de l'emprise la télévision sur les esprits n'était pas un élément caractéristique original de ce film dont la reproduction ou l'adaptation était de nature à constituer une contrefaçon, quelles que fussent par ailleurs les différences qui séparaient les deux œuvres ». La cour d'appel de Douai statuant sur renvoi après cassation décida que le film américain « The Running Man » constitue une contrefaçon du film français « le prix du danger ». Après s'être livré à une comparaison des thèmes en cause, la cour d'appel conclut : « Il y a donc un thème commun aux deux films, celui de la puissance de l'emprise de la télévision sur les esprits pour asservir et manipuler les individus, illustré dans les deux cas par la représentation d'un jeu télévisé meurtrier ». Par ailleurs, la comparaison des deux films fait apparaître des similitudes d'ordre général et d'autres spécifiques. Les premières tiennent au recours au même procédé pour illustrer le thème commun, à l'identité d'évolution de la trame, du récit et à l'identité de traitement cinématographique de l'intrigue. Les secondes ont trait à l'identité des personnages, des scènes ou des buts. Les juges de fond ont constaté de très nombreuses ressemblances et quelques différences entre les deux œuvres, mais ces dernières sont considérées comme secondaires et insuffisantes pour occulter les éléments essentiels et caractéristiques empruntés directement au film « le prix du danger ». Il conclut comme l'a justement souligné le Tribunal que « l'expression de ce thème banal en lui-même, porte au travers d'un jeu télévisé meurtrier consistant en une course en direct contre la montre d'un concurrent poursuivi par cinq hommes payés pour le tuer, l'empreinte personnelle des auteurs par le choix de l'enjeu (le prix de la vie), par la construction du scénario (alternance des séquences destinés à mettre en évidence les idées essentielles du film) et par la sélection des personnalités et des objets ; Si l'un ou l'autre de ces éléments peut en effet être considéré comme relevant du fond commun du cinéma ou du cliché, leur conjonction ainsi que leur enchevêtrement voulu relèvent le caractère original de l'ensemble de l'œuvre. Il y a donc reproduction de la forme dans laquelle le thème de base est exprimé et des caractéristiques qui sont de nature à donner au film « Le prix du danger » une physionomie propre.

947 CA Toulouse 16 mars, <http://www.lexisnexis.fr/> : « N'est pas une contrefaçon la création d'une musique nouvelle à partir de musiques enregistrées qui ne sont pas reconnaissables pour un auditeur moyen ».

948 Voir supra p 154 et s : sur la protection des idées.

949 CARON (C), op.cit, n° 508, p.472.

950 Ibid

951 Ibid.

frontière entre l'imitation illicite qualifiée de contrefaçon et celle qui est licite. Ainsi, elle a tenté d'établir quelques lignes directrices en établissant que la contrefaçon s'apprécie classiquement par rapport aux ressemblances, et non, en contemplation des différences⁹⁵². Ces dernières ne permettent donc pas d'échapper à la condamnation s'il existe des ressemblances qui doivent assurément porter sur des éléments originaux. En réalité les juges de fond effectuent souvent des comparaisons, parfois sous forme de véritables tableaux⁹⁵³, pour forger leur opinion. En sus, il est possible de rechercher si dans l'œuvre contrefaisante on retrouve des erreurs (par exemple des fautes d'orthographe) qui existaient dans l'œuvre contrefaite⁹⁵⁴. Il s'agit alors d'un indice de contrefaçon, laquelle ne sera retenue que si l'on retrouve suffisamment d'éléments de la forme originale de l'œuvre contrefaite dans l'œuvre contrefaisante⁹⁵⁵. Des critiques ont été formulées contre cette méthode en arguant du fait qu'eu égard à la standardisation qui caractérise des pans entiers de la création, il n'est plus possible de ne s'attacher qu'aux seules ressemblances, sauf à caractériser constamment des contrefaçons⁹⁵⁶. Il est vrai que la prise en considération des ressemblances ne constitue en réalité, qu'une méthode de caractérisation de la contrefaçon⁹⁵⁷. Or force est de constater que le sujet est dominé par une très importante casuistique⁹⁵⁸. En effet, il faut prendre en considération le genre d'œuvre pour caractériser la contrefaçon par imitation. Ainsi pour certaines œuvres comme les logiciels ou même les œuvres musicales, il est clair que les juges soient éclairés par des expertises⁹⁵⁹. En outre, la clémence s'impose davantage pour

952 Notamment l'affaire dite de « la bicyclette bleue » : Cass. 1ère civ 4 février 1992, <https://www.legifrance.gouv.fr> :

« Attendu cependant que ces seules considérations ne dispensaient pas la cour d'appel de rechercher, comme l'avaient fait les juges du premier degré, si, par leur composition ou leur expression, les scènes et les dialogues d'" Autant en emporte le vent " et de " La bicyclette bleue " qui décrivent et mettent en œuvre des rapports comparables entre les personnages en présence, ne comportent pas des ressemblances telles que, dans le second roman, ces épisodes constituent des reproductions ou des adaptations de ceux du premier dont elles sont la reprise ; qu'en s'abstenant de procéder à cet examen, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

953 CA Versailles, 15 Décembre 1993, <http://www.acpfilms.eu/> « Considérant que pour dire la contrefaçon établie le tribunal, après lecture des ouvrages en cause dans les éditions produites et comportant 1410 et 392 pages, a relevé entre lesdits ouvrages, analyses et citations à l'appui, des similitudes portant sur l'intrigue générale et la progression dramatique, sur les caractères physiques et psychologiques des personnages principaux et de certains personnages secondaires, sur les rapports existant entre ces personnages, enfin sur la composition et l'expression de certaines situations, sous forme de scènes reproduites ou adaptées, de scènes en regroupant plusieurs, de scènes résultant de scissions ou de scènes illustrée par des propos empruntés ; que faisant un bilan des ressemblances ainsi relevées et de différences alléguées par les défenderesses il a abouti à la conclusion d'une transposition d'action avec condensation et démarquage »

954 CARON (C), op.cit, n° 508, p.472.

955 Ibid.

956 DEVERAT (X), Libre propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques , La semaine juridique, 1995, N° 3827.

957 CARON (C), op.cit, n° 508, p.472.

958 Ibid.

959 A cet égard, un arrêt de la cour d'appel de Paris précise : « Il n'appartient qu'au juge de décider si une œuvre est protégeable : il ne peut déléguer ses pouvoirs à un expert ». Mais, il en va autrement en pratique en matière d'œuvres musicales et de logiciels. Dans le premier cas, Voir supra p 158.

apprécier la contrefaçon des œuvres historiques ou scientifiques, tant il est constant que des passages obligés, des formules, des présentations se retrouvent forcément dans ces types d'ouvrages, sans pour autant qu'il soit judicieux de retenir la contrefaçon⁹⁶⁰. En revanche, la reprise de la forme doit être plus sévèrement sanctionnée pour les œuvres de fiction notamment les romans. Ainsi, il a été considéré que la reproduction intégrale de trois pages d'un roman dans un article constitue un acte de contrefaçon⁹⁶¹.

En conclusion, la contrefaçon par imitation doit être caractérisée lorsque des éléments caractéristiques de la forme originale se retrouvent dans une autre création, sans que l'autorisation du titulaire des droits ait été requise. Sa caractérisation est donc essentiellement factuelle. En revanche, le risque de confusion, propre au droit des marques, ne doit pas être un élément constitutif de contrefaçon en droit d'auteur contrairement à ce qui a pu être affirmée pour le droit des dessins et modèles dans une hypothèse où il existait un cumul⁹⁶². Suite à ces

Quant aux logiciels, un expert a en principe pour mission de vérifier « l'absence d'une logique contraignante » susceptible de faire obstacle à la marque de la personnalité du programmeur.

960 CARON (C), op.cit, n° 508, p.472.

961 TGI Paris, 1^{ère} ch, 18 janvier 1989, Poivre d'Arvor c/ Ed. du Rocher, Cah.dr.auteur, 1989, n° 14, p.15.

962 Cass.com, 19 Septembre 2006, <http://www.village-justice.com/>.

En effet, depuis désormais plusieurs années, une tendance jurisprudentielle s'est distinguée en prônant l'analyse de la contrefaçon de modèles au regard d'un critère emprunté au droit des marques, le "risque de confusion". Cette immixtion progressive au sein du droit des dessins et modèles s'est effectuée de manière contestable. Alors que le droit des marques vise à garantir au consommateur l'origine d'un produit, le droit des dessins et modèles vise, quant à lui, à protéger une création. Il n'est donc pas question en matière de contrefaçon de modèle de s'interroger sur le point de savoir si telle création peut être attribuée à tel ou tel autre auteur mais bien de savoir si l'imitation d'une création est suffisamment avérée pour générer une même impression d'ensemble. Or, estimant que "l'impression d'ensemble" édictée par l'ordonnance du 25 juillet 2001 pour l'appréciation de la contrefaçon en matière de modèles revenait à caractériser l'existence d'un risque de confusion, des dérives jurisprudentielles n'ont cessé de se multiplier. Ainsi, dans un jugement en date du 15 février 2002, le Tribunal de Grande Instance de Paris déboute la société Zygoté de sa demande en contrefaçon d'un modèle de table à l'encontre de la société Habitat au motif que le modèle litigieux "n'engendre pas une impression d'ensemble de nature à conduire l'acquéreur de ce meuble à croire qu'il s'agit d'un meuble commercialisé par la société Zygoté". Cette analyse sera également partagée par les juges de second degré. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé dans un arrêt du 29 juin 2005 que "la contrefaçon est caractérisée lorsque les ressemblances entre les dessins opposés sont dominantes et que les dissemblances ne parviennent pas à effacer une même impression visuelle d'ensemble qui se dégage de la comparaison de ces dessins, de sorte qu'il en résulte un risque de confusion pour un consommateur d'attention moyenne qui peut leur prêter une origine commune". La transposition du droit des marques au droit des dessins et modèles est ici totale. La Cour d'appel de Paris applique non seulement le critère de "risque de confusion" mais également la référence "au consommateur d'attention moyenne" qui n'est certainement pas "l'observateur averti" de l'ordonnance du 25 juillet 2001. La chambre commerciale de la Cour de cassation viendra pourtant consacrer cette analyse par un arrêt du 19 septembre 2006. Aux termes de cette décision, la Haute Juridiction rejette le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris déboutant la société Velecta Paramount de sa demande en contrefaçon de modèle au motif que : "le risque de confusion s'appréciant au regard du consommateur auquel le produit est destiné, la cour d'appel, en retenant, après comparaison des produits en litige, que l'impression d'ensemble qui se dégageait de l'examen des modèles excluait tout risque de confusion dans l'esprit de la clientèle de professionnels auxquels ils étaient destinés, a légalement justifié sa décision". Face à cette consécration, la section B de la 4^{ème} chambre de la Cour d'appel s'est immédiatement alignée. Après avoir comparé les caractéristiques des modèles de bijoux en cause, cette juridiction n'hésite pas à clairement énoncer "qu'en définitive, il n'apparaît pas qu'un risque de confusion puisse exister entre ces modèles".

décisions, la jurisprudence a finalement affirmé que le risque de confusion n'était pas un critère de la contrefaçon en droit d'auteur et en droit des dessins et modèles⁹⁶³.

B. L'atteinte au droit de représentation

L'atteinte au droit de représentation constitue une contrefaçon, comme le précise l'article 576 du Code pénal⁹⁶⁴. Il en est ainsi par exemple lorsqu'une pièce de théâtre est interprétée sans autorisation de l'auteur. Pareillement, constitue une représentation illicite l'exécution faite sans autorisation de l'auteur d'une œuvre musicale ou audiovisuelle, en dehors du « cercle de famille » ainsi que son exécution publique par phonogrammes, vidéogrammes...ou sa diffusion par télé ou radiodiffusion ainsi que par télécommunication. Si la communication présente au public l'œuvre altérée, il s'agit toujours d'une violation du droit de représentation⁹⁶⁵.

La question s'est également posée pour les liens hypertextes. L'insertion non autorisée d'un lien doit-elle s'analyser comme étant une nouvelle communication de l'œuvre à un public ? Il peut paraître excessif de considérer que tout lien contient en son sein le germe d'une contrefaçon, d'autant plus que, si l'œuvre vers laquelle il pointe est déjà licitement accessible sur l'internet, ce qui signifie que le lien ne permet pas de toucher réellement un nouveau public. En conséquence, le simple fait de placer un lien hypertexte permettant d'accéder au site d'un tiers est licite, dès lors que le contenu auquel on accède n'est pas lui-même contrefaisant⁹⁶⁶. En

963 Cass.com, 26 Mars 2008, <http://www.brmavocats.com/> : « La Chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu le 26 mars 2008 un arrêt visant à mettre un terme à la fâcheuse tendance des tribunaux à exiger, pour que la contrefaçon des dessins ou modèles soit acquise, la démonstration du risque de confusion engendré par la même impression d'ensemble qu'ils présentent. La Cour juge ainsi « qu'ayant relevé que les produits litigieux reproduisaient les caractéristiques essentielles du modèle déposé et engendraient la même impression d'ensemble, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante portant sur l'éventualité d'un risque de confusion, a, de ces seules constatations, exactement déduit l'existence d'une contrefaçon ». La même impression d'ensemble relevée suffit à caractériser la contrefaçon, nul besoin d'envisager si le produit litigieux opère un risque de confusion avec le produit protégé dans l'esprit du public. Ce serait exiger à tort une condition supplémentaire non prévue par le législateur à la contrefaçon de dessins ou modèles. Il convient de rappeler le principe essentiel suivant lequel la contrefaçon s'apprécie par les ressemblances et non par les différences existant entre le produit litigieux et le produit protégé. Or, à trop regarder le nombre et l'importance des différences entre produit protégé et produit contrefacteur, on en est venu à déformer la notion même de contrefaçon. Emprunté au droit des marques et à la concurrence déloyale, le risque de confusion n'est pas une condition de la contrefaçon de dessins ou modèles ainsi que le rappelle à juste titre la Cour de Cassation dans cet arrêt » ; Cass.com, 23 Septembre 2008, <https://www.doctrine.fr/>, :Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les critères de la contrefaçon par imitation de modèle, qui n'inclut pas le risque de confusion, s'apprécie au regard de l'observateur averti et non par rapport au consommateur moyennement attentif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

964 L'article 576 de ce texte prévoit que : « Est coupable de contrefaçon et puni des peines prévues à l'article précédent, quiconque reproduit, représente ou diffuse, par quelque moyen que ce soit, une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ».

965 CARON (C), op.cit, n° 509, p.473.

966 TGI Paris, 12 Mai 2003, <https://www.legalis.net> : "La liberté d'établir un lien, sauf à répondre des abus résultant de son utilisation, apparaît inhérent au principe de fonctionnement de l'Internet" ; TGI Nancy, 6 Décembre 2010, <https://www.legalis.net> : Le Tribunal de grande instance de Nancy a jugé qu'une revue de presse du web qui renvoie par des liens hypertexte à des pages d'articles cités et résumés ne constitue ni un acte de contrefaçon ni un acte de concurrence déloyale dès lors que l'internaute lit l'article dans son intégralité sur le site d'origine ; TGI Nanterre 25 mars 2010, <https://www.legalis.net> : « les défenderesses n'hébergeaient ni ne stockaient sur leur site

revanche, la jurisprudence tend à sanctionner l'insertion de liens, qui permettent de communiquer au public des œuvres placées sur un autre site, sans l'autorisation de l'auteur. La violation du droit de représentation se réalise alors par la fourniture de moyens en ce que l'insertion de liens ne fait que développer l'ampleur de la contrefaçon initiale⁹⁶⁷. La jurisprudence a également sanctionné l'utilisation d'un lien hypertexte qui ne se contente pas de renvoyer vers un site internet tiers, mais qui permet une accapuration du contenu stocké sur le propre site de celui qui a placé le lien. Dans ce cas il y a un nouvel acte de représentation qui doit être autorisé⁹⁶⁸. Autrement dit, est licite le lien qui se contente d'indiquer le cheminement vers un site tiers qui accueille des œuvres de l'esprit en toute licéité.

C. L'atteinte à d'autres prérogatives

En visant la diffusion, l'article 576 du code pénal a introduit une ambiguïté sur le sens de ce terme : Il n'existe pas formellement en droit d'auteur un droit de diffusion. La diffusion ne désigne pas forcément la communication de l'œuvre car ce serait alors une redondance avec la notion de représentation⁹⁶⁹. En fait, il faut comprendre le terme « diffusion » comme désignant la distribution de l'œuvre. En effet, le droit de distribution de l'œuvre existe davantage en droit d'auteur. Par diffusion, on entend les mises sur le marché d'œuvres sans autorisation, ainsi que les circulations non autorisées des supports de commercialisation des œuvres⁹⁷⁰. La jurisprudence française s'est d'ailleurs prononcée dans ce sens⁹⁷¹. La diffusion permet également d'englober le cas de violation du droit de destination, reconnu par la jurisprudence à l'auteur et lui permettant de contrôler le sort des exemplaires de son œuvre dont il autorise la diffusion⁹⁷².

le logiciel : la fiche litigieuse concernant le logiciel PcTap contenait en réalité un lien hypertexte (...) qui permettait de télécharger le logiciel depuis le site de l'éditeur. Il n'y a donc pas à ce titre un quelconque acte de contrefaçon par mise sur le marché, à titre onéreux ou gratuit, du logiciel, au sens de l'article L. 122-6-3° du Code de la propriété intellectuelle. En outre, s'agissant de faits de contrefaçon, il importe peu que le lien ne dirige pas l'internaute vers la page d'accueil du site de l'éditeur ou que l'information à ce titre n'ait pas été complète : une information n'équivalant nullement à une mise à disposition ».

967 TGI Épinal, 24 Octobre 2000, <http://www.feral-avocats.com/fr/publication/liens-hypertextes/> : « la responsabilité civile et pénale d'un contrefacteur qui par des liens hypertextes permettait d'accéder à de la musique encodée en format MP3 sans l'autorisation des artistes et des producteurs » ;

968 Cass.1ère civ, 12 juillet 2012, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Caractérise une contrefaçon le fait pour un hébergeur d'offrir à l'internaute, au-delà de la mise en œuvre d'une simple fonctionnalité technique, la possibilité, à partir des liens vers d'autres sites, de visionner un film sur son propre site, sans l'autorisation des titulaires des droits sur ce film ».

969 CARON (C), op.cit, n° 510, p.474.

970 Ibid.

971 Cass.crim, 13 décembre 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Adde : Cass.crim, 20 Octobre 1977, <https://www.doctrine.fr/>

972 Le terme de destination ne figurait pas dans la loi n° 57-298 du 11 Mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, mais il a été reconnu par la jurisprudence et la doctrine que ce concept était implicite dans les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 31 de cette loi selon lesquelles « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée

Par ailleurs, l'article 64 alinéa 2 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins sanctionne pénalement quiconque importe ou exporte des exemplaires réalisés en violation des dispositions de la présente loi. Cette disposition fait double emploi avec l'article 575 alinéa 2 du code pénal qui punit des mêmes peines que la contrefaçon l'importation et l'exportation non autorisées d'exemplaires sur lesquels sont reproduites des œuvres de l'esprit.

II. La violation du droit moral

Dès 1930, dans l'affaire Cappiello⁹⁷³, la jurisprudence française avait admis qu'une atteinte au droit moral de l'auteur (notamment à l'intégrité et la paternité de l'œuvre) était assimilable à un acte de contrefaçon devant les juridictions civiles⁹⁷⁴. Mais cette question fit quelques années plus tard l'objet d'une controverse doctrinale au regard de la formulation de l'ancien article 426 du Code pénal français⁹⁷⁵. Celui précise qu'« est également un délit de contrefaçon... toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ». Certes, la formulation de cet article est générale puisqu'il évoque « la violation des droits de l'auteur », ce qui peut englober le droit moral. Toutefois, la rigueur du droit pénal et son interprétation stricte peuvent mal cadrer avec la subjectivité qui entoure toute atteinte au droit moral⁹⁷⁶.

Cet argument n'est pas déterminant car nombreuses sont en droit pénal contemporain les notions empreintes de subjectivité qui permettent d'engager la responsabilité pénale⁹⁷⁷. Au plus, selon le principe de la légalité des peines l'assimilation de la violation du droit moral au délit de contrefaçon n'est pas explicitement consacrée par un texte⁹⁷⁸. Aussi, la jurisprudence a utilisé de façon un peu détournée, la notion de diffusion ou le droit de représentation pour habiller juridiquement la violation du droit moral engageant la responsabilité pénale du délinquant⁹⁷⁹. Après quelques hésitations, la jurisprudence a opté définitivement pour l'affirmative « car les

». Celui-ci correspond actuellement à l'alinéa 1 de l'article L.131-3 du code de propriété intellectuelle. Par l'intermédiaire du droit de destination, l'auteur peut d'une part contrôler les actes de distribution. Il peut partager les droits d'édition (édition de poche ou de luxe), choisir une destination négative pour ses œuvres (interdire certains usages comme le prêt ou la location) ou choisir une destination positive (par exemple destiner les œuvres exclusivement à la location). D'autre part, l'auteur peut contrôler les actes d'utilisation à des fins privées et interdire les utilisations publiques (Il en est ainsi des disques achetées dans le commerce, qui une fois achetées peuvent être utilisées à des fins privées, mais dont l'utilisation publique doit faire de l'objet de redevances additionnelles).

973 CA Paris, 9 Février 1931, <http://www.robic.ca/admin/pdf/24/031-LC.pdf>

974 BERTRAND (A), op.cit, p.447, n° 9.334.

975 DESBOIS (H), op.cit, p.872 ; GAVIN (G), Vers une sanction pénale du droit moral : RIDA avr.1961, p.3 ; LESOURD (G), Violation du droit moral de l'auteur : JCP 1967, I, 2067 ; FRANÇON (A), *Les sanctions pénales de la violation du droit moral*, in Mélanges J-J. BURST, Litec, Paris, 1997, p.171

976 CARON (C), op.cit, n° 513, p.476.

977 Ibid.

978 Ibid.

979 Ibid.

termes - en violation des droits de l'auteur tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi - visent tous les droits d'auteur sans exception ni réserve, et on ne saurait exclure les prérogatives d'ordre moral sans aller à l'encontre de l'existence générale de la loi »⁹⁸⁰.

En droit marocain, la sanction pénale de la violation du droit moral ne pose aucun problème. En effet, l'article 64 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins⁹⁸¹ édicte des sanctions pénales à l'égard de celui qui viole les droits d'auteur mentionnés à l'article 9⁹⁸² et 10⁹⁸³ de ce texte. Ainsi, la violation du droit moral est expressément sanctionnée. Ces dispositions font double emploi avec les articles 575⁹⁸⁴ à 576⁹⁸⁵ du code pénal qui punissent de manière générale les violations du droit d'auteur.

Pareillement, la sanction civile de l'atteinte au droit moral ne soulève pas de difficultés en raison de la formulation de l'alinéa 1 de l'article 62 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins⁹⁸⁶

980 BERTRAND (A), op.cit, p.447, n° 9.334.

981 L'alinéa 1 de l'article 64 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins :

« Est puni d'une peine d'emprisonnement de deux mois à six mois, et d'une amende de dix mille (10 000) à cent mille (100 000) dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque a commis d'une manière illicite et par quelque moyen que ce soit, aux fins d'exploitation commerciale, une violation délibérée :

-des droits d'auteur mentionnés aux articles 9 et 10;

-des droits des artistes interprètes ou exécutants mentionnés à l'article 50;

-des droits des producteurs de phonogrammes mentionnés à l'article 51;

-des droits des organismes de radiodiffusion mentionnés à l'article 52 ».

982 L'article 9 la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins dispose :

« Indépendamment de ses droits patrimoniaux et même après la cession desdits droits, l'auteur d'une œuvre a le droit :

a) de revendiquer la paternité de son œuvre, en particulier le droit de faire porter la mention de son nom sur les exemplaires de son œuvre et, dans la mesure du possible et de la façon habituelle, en relation avec toute utilisation publique de son œuvre;

b) de rester anonyme ou d'utiliser un pseudonyme;

c) de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre qui seraient préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ».

983 L'article 10 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins est relatif aux droits patrimoniaux protégés

984 L'article 575 du code pénal code pénal du 26 Novembre 1962 telle que modifiée et complétée dispose que : « Quiconque édite sur le territoire marocain des écrits, compositions musicales, dessins, peintures ou tout autre production, imprimés ou gravés en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est coupable de contrefaçon et puni d'une amende de 200 à 10.000 dirhams, que ces ouvrages aient été publiés au Maroc ou à l'étranger.

Est punie des mêmes peines, la mise en vente, la distribution, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaits ».

985 L'article 576 de ce texte prévoit que : « Est coupable de contrefaçon et puni des peines prévues à l'article précédent, quiconque reproduit, représente ou diffuse, par quelque moyen que ce soit, une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ».

986 L'article 62 alinéa 1 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins dispose que « le titulaire de droits protégés en vertu de la présente loi dont un droit reconnu a été violé a le droit d'obtenir le paiement, par l'auteur de la violation, de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par lui en conséquence de l'acte de violation ».

III. Les actes assimilés à une violation des droits des auteurs, des interprètes, des exécutants et des producteurs de phonogrammes

L'article 65 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins considère comme illicites⁹⁸⁷ certains abus de moyens techniques et altération de l'information sur le régime des droits, sans préjudice des dispositions de la loi n° 77-03 relative à la communication audiovisuelle⁹⁸⁸. Ce texte les assimile à des violations des droits des d'auteur, des interprètes, des exécutants et des producteurs de programmes.

987 Sans préjudice des dispositions de la loi n°77-03 relative à la communication audiovisuelle, les actes suivants sont considérés comme illicites et, aux fins des articles 61 à 64 de la présente loi, sont assimilés à une violation des droits des auteurs, des interprètes, des exécutants, et des producteurs de phonogrammes :

- a. la fabrication, l'importation, l'exportation, l'assemblage, la modification, la vente, la location ou le louage d'un dispositif, d'un système ou d'un moyen spécialement conçu ou adapté pour rendre inopérant tout dispositif, système ou moyen utilisé pour empêcher ou pour restreindre la reproduction d'une oeuvre ou pour détériorer la qualité des copies ou exemplaires réalisés;
- b. la fabrication, l'importation, l'exportation, l'assemblage, la modification, la vente, la location ou le louage d'un dispositif, d'un système ou d'un moyen conçu ou adapté en toute connaissance de cause ou en ayant de bonnes raisons de savoir que cela permettrait ou faciliterait le décodage de signaux codés porteurs de programmes sans l'autorisation du distributeur légitime ;
- c. la réception et la redistribution de signaux porteurs de programmes originellement codés sachant qu'ils ont été décodés sans l'autorisation du distributeur légitime ;
- d. le contournement, la suppression, la restriction de toute mesure technologique efficace ;
- e. la fabrication, l'importation, la vente, l'offre au public ou la distribution d'un quelconque dispositif, élément, prestation ou moyen utilisé, ou faisant l'objet de publicité ou de promotion, ou bien essentiellement conçu ou produit dans le but de permettre ou d'aider au contournement ou pour rendre inopérante ou restreindre toute mesure technologique efficace ;
- f. la suppression ou modification, sans y être habilité, de toute information relative au régime des droits;
- g. la distribution ou l'importation aux fins de distribution, des informations relatives au régime des droits lorsque ces actes sont commis en sachant que l'information relative au régime des droits a été supprimée ou modifiée sans autorisation;
- h. la distribution ou l'importation aux fins de distribution, la diffusion radiotélévisée, la communication au public ou la mise à disposition du public, sans autorisation, d'oeuvres, d'interprétations ou d'exécutions, de phonogrammes ou de diffusions radiotélévisées, en sachant que des informations sous forme électronique relatives au régime des droits ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

Aux fins du présent article, l'expression "mesure technologique efficace" s'entend de toute mesure technologique, dispositif ou composante qui, dans son usage normal, contrôle l'accès à une oeuvre, une interprétation ou exécution, un phonogramme ou un autre objet protégé, ou protège tout droit d'auteur ou tous droits voisins.

Aux fins du présent article, l'expression "information sur le régime des droits" s'entend des informations permettant d'identifier l'auteur, l'oeuvre, l'artiste interprète ou exécutant, l'interprétation ou exécution, le producteur de phonogrammes, le phonogramme, l'organisme de radiodiffusion, l'émission de radiodiffusion, et tout titulaire de droit en vertu de cette loi, ou toute information relative aux conditions et modalités d'utilisation de l'oeuvre et autres productions visées par la présente loi, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie d'une oeuvre, d'une interprétation ou exécution fixée, à l'exemplaire d'un phonogramme ou à une émission de radiodiffusion fixée, ou apparaît en relation avec la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à la disposition du public d'une oeuvre, d'une interprétation ou exécution fixée, d'un phonogramme ou d'une émission de radiodiffusion.

Aux fins de l'application des articles 61 à 64, tout dispositif ou système ou moyen mentionné au présent article et tout exemplaire sur lequel une information sur le régime des droits a été supprimée ou modifiée, sont assimilés aux copies ou exemplaires contrefaisant d'oeuvres ».

988 Il est question des articles 75 à 78 de la loi n°77-03 relative à la communication audio-visuelle promulguée par le Dahir n° 1-04-257 du 7 janvier 2005 qui sanctionnent pénalement l'utilisation ou la publicité des équipements, matériels, dispositifs ou instruments conçus, en tout ou partie, pour capter frauduleusement des programmes diffusés. Article 75 : Sont punies d'une amende de 50.000 à 200.000 dirhams, la fabrication, l'importation en vue de la vente ou de la location, l'offre à la vente, la détention en vue de la vente, la vente ou l'installation d'un équipement, matériel,

A. Les actes attentatoires au droit d'auteur et droits voisins au moyen d'un dispositif, d'un système ou d'un moyen spécialement conçu ou adapté à cette fin

Ces actes peuvent consister dans la fabrication, l'importation, l'exportation, l'assemblage, la modification, la vente, la location ou le louage. Ils visent à rendre inopérant tout dispositif, système ou moyen utilisé empêchant ou restreignant la reproduction d'une œuvre ou à détériorer la qualité des copies ou exemplaires réalisés. Ils tendent aussi à permettre ou faciliter le décodage de signaux codés porteurs de programmes sans l'autorisation du distributeur légitime que le système ou moyen ait été conçu ou adapté en toute connaissance de cause ou en ayant de bonnes raisons d'en connaître les fins. Dans le même sens, la loi punit la réception et la redistribution de signaux porteurs de programmes originellement codés sachant qu'ils ont été décodés sans l'autorisation du distributeur légitime.

B. Les actes de violation du droit d'auteur attentatoires à une mesure technologique efficace

Selon l'article 65 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, l'expression "mesure technologique efficace" s'entend de tout dispositif ou composante qui, dans son usage normal, contrôle l'accès à une œuvre, une interprétation ou exécution, un phonogramme ou un autre objet protégé, ou protège tout droit d'auteur ou tous droits voisins.

La loi sanctionne leur contournement, suppression ou restriction. Il en va de même des actes qui permettent, aident au contournement, rendent inopérante ou restreignent toute mesure technologique efficace. Ils peuvent consister en la fabrication, l'importation, la vente, l'offre au public ou la distribution de tout dispositif, élément à ces fins. Il en va de même des prestations ou moyens utilisés ou faisant l'objet de publicité ou de promotion, ou bien essentiellement conçus ou produits à ces mêmes fins.

dispositif ou instrument conçu, en tout ou partie, pour capter frauduleusement des programmes diffusés, lorsque ces programmes sont destinés à un public déterminé qui y accède moyennant une rémunération versée à l'exploitant du service.

Article 76 :

Est puni d'une amende de 20.000 à 100.000 dirhams, le fait de commander, de concevoir, d'organiser ou de diffuser une publicité faisant, directement ou indirectement, la promotion d'un équipement, matériel, dispositif ou instrument mentionné à l'article 75 ci-dessus.

Article 77 :

Est punie d'une amende de 10.000 à 50.000 dirhams, l'organisation, en fraude des droits de l'exploitant du service, de la réception par des tiers des programmes mentionnés à l'article 75 ci-dessus.

Article 78 :

En cas de condamnation pour l'une des infractions définies aux articles 75 à 77 ci-dessus, le tribunal peut prononcer la confiscation des équipements, matériels, dispositifs et instruments ainsi que les documents publicitaires.

C. Les actes de violation du droit d'auteur attentatoires à l'information relative sur le régime des droits

L'article 65 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins définit la notion d'« information sur le régime des droits ». Elle s'entend des informations permettant d'identifier l'auteur, l'œuvre, l'artiste interprète ou exécutant, l'interprétation ou exécution, le producteur de phonogrammes, le phonogramme, l'organisme de radiodiffusion, l'émission radiodiffusion, et tout titulaire de droit en vertu de cette loi. Il en va de même de toute information relative aux conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre et autres productions visées par la présente loi, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie d'une œuvre, d'une interprétation ou exécution fixée, à l'exemplaire d'un phonogramme ou à une émission de radiodiffusion fixée. Les éléments de l'infraction peuvent être en relation avec la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à la disposition du public d'une œuvre, d'une interprétation ou exécution fixée, d'un phonogramme ou d'une émission de radiodiffusion.

La loi sanctionne tout d'abord la suppression ou modification, sans y être habilité, de toute information relative au régime des droits.

Ensuite, sont illicites la distribution ou l'importation aux fins de distribution, des informations relatives au régime des droits lorsque ces actes sont commis en sachant que l'information relative au régime des droits a été supprimée ou modifiée sans autorisation.

Enfin, la loi assimile à des violations de droits d'auteur et droits voisins la distribution ou l'importation aux fins de distribution, la diffusion radiotélévisée, la communication au public ou la mise à disposition du public, sans autorisation, d'œuvres, d'interprétations ou d'exécutions, de phonogrammes ou de diffusions radiotélévisées. Ces actes suppose la connaissance que des informations sous forme électronique relatives au régime des droits ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

Paragraphe 2 : L'élément moral de l'acte de contrefaçon

Lorsque la contrefaçon fait l'objet d'une action civile, la responsabilité du contrefacteur est engagée indépendamment de toute intention frauduleuse⁹⁸⁹. La contrefaçon existe alors du seul fait de la reproduction ou de la représentation illicite de l'œuvre d'un tiers. La prétendue bonne foi du contrefacteur – ou des personnes ayant participé à la contrefaçon⁹⁹⁰ est inopérante et ne

989 BERTRAND (A), op.cit, p.442, n° 9.321.

990 Cass.civ 6 juin 1990, <https://www.doctrine.fr>, « Mais attendu, d'abord, que la mauvaise foi des personnes qui ont participé à une contrefaçon n'est pas une condition de l'action civile exercée par l'auteur en vue d'obtenir réparation de la perte pécuniaire que lui a causé l'usurpation de son droit de propriété intellectuelle ».

saurait être admise devant la juridiction civile. Toutefois, cette approche est pondérée en pratique et la responsabilité du contrefacteur notamment du revendeur, n'est pas retenue dès lors qu'il peut établir qu'il n'a pas commis de faute en n'ayant pas agi avec une légèreté blâmable ou qu'il n'a pas agi sciemment ou commis de faute d'imprudence ou de négligence⁹⁹¹. En effet, la jurisprudence assimile le vendeur spécialisé ou une entreprise disposant d'un service d'achat à un professionnel ou à une personne agissant en connaissance de cause⁹⁹². Aussi, il appartient au vendeur qui a la charge de la preuve en la matière de démontrer par tous les moyens qu'il n'a pas commis de faute.

Par ailleurs, l'article 62 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins ne donne aucune précision sur l'élément moral de l'acte de violation des droits protégés par ce texte⁹⁹³. Il en résulte qu'il importe peu que l'auteur de ces violations soit ou non de bonne foi. Seul l'élément matériel suffit à caractériser « le délit civil de contrefaçon ». Le délit civil n'est alors pas intentionnel contrairement au délit pénal sanctionné conformément à l'article 64 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins. Celui-ci punit quiconque a commis d'une manière illicite et par quelque moyen que ce soit, aux fins d'exploitation commerciale, une violation délibérée des droits d'auteur et droits voisins. L'article 64 de la loi précitée précise par ailleurs les violations aux fins d'exploitation commerciale. Celles-ci concernent aussi bien les atteintes délibérées des droits d'auteur ou des droits voisins, qui n'est motivée ni directement ni indirectement, par un gain financier que les violations commises aux fins de l'obtention d'un avantage commercial ou d'un gain financier privé.

Ainsi, l'indifférence de l'élément intentionnel en matière de contrefaçon devant les juridictions civiles a pour finalité d'empêcher que la caractérisation de la mauvaise foi soit un obstacle à la lutte contre la contrefaçon⁹⁹⁴.

991 BERTRAND (A), op.cit, p.451, n° 9.354.

992 Ibid.

993 L'alinéa 1 de l'article 62 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins précise que : « Le titulaire de droits protégés en vertu de la présente loi dont un droit reconnu a été violé a le droit d'obtenir le paiement, par l'auteur de la violation, de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par lui en conséquence de l'acte de violation ».

994 CARON (C), op.cit, n° 516, p.478.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Aux termes de cette première partie, il apparaît que certains éléments du régime juridique des droits de propriété intellectuelle sont nécessaires afin de cerner leur protection par l'action en concurrence déloyale.

La définition légale de ces propriétés incorporelles permet d'en dégager les conditions de protection par la législation de la propriété industrielle ou artistique et littéraire. Ces exigences juridiques permettent de mieux saisir les instruments de propriété intellectuelle lorsqu'il s'agit de les distinguer les uns par rapport aux autres. Les rapports entre ces droits prennent toute leur importance en cas coexistence de plusieurs régimes juridiques.

Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, il y a absence de protection de la création industrielle, du signe distinctif ou de l'œuvre de l'esprit par l'action contrefaçon ou\ et en concurrence déloyale. A cet égard, la législation de la propriété industrielle confère aux titulaires des droits qui en sont l'objet des monopoles d'exploitation grâce auxquelles le commerçant attire et retient la clientèle. Toute atteinte à ces droits privatifs donne ouverture à une action spéciale en contrefaçon plus précise et plus énergique que l'action en concurrence déloyale. Il n'en reste pas moins que cette dernière est la seule voie de protection sur le plan civil pour les signes distinctifs autres que la marque. Même au cas où l'action en contrefaçon est prévue, l'action en concurrence déloyale peut être également engagée contre l'auteur d'une contrefaçon mais seulement si des faits distincts des faits constitutifs de contrefaçon peuvent être relevés à sa charge. Au demeurant, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, victime d'un agissement déloyal peut opter pour la sanction de faits de contrefaçon par l'action en concurrence déloyale, notamment en raison de son caractère préventif. Ainsi, le contentieux tant marocain que français reflète ce choix et sera exposé tout au long de la seconde partie.

Il en résulte que la concurrence déloyale revêt un intérêt indéniable en matière de propriété intellectuelle. Il convient alors de s'interroger sur les diverses formes des agissements malhonnêtes dans ce domaine. L'action en concurrence déloyale se limite-t-elle à la sanction d'actes pouvant tomber sous la qualification de la contrefaçon ? Une réponse négative sera apportée à cette question à la lueur du droit marocain et français. En d'autres termes, Si tous les actes de contrefaçon sont des agissements malhonnêtes, les actes de concurrence déloyale ne relèvent pas tous de la contrefaçon.

SECONDE PARTIE

L'AGISSEMENT DELOYAL: UNE

NOTION PROTÉIFORME ET

ÉVOLUTIVE

Ayant relevé les éléments du régime juridique des droits de la propriété intellectuelle nécessaires à la compréhension des agissements déloyaux qui peuvent leur porter atteinte, il convient désormais de mesurer la diversité de ces actes.

Au détournement de la clientèle contraire aux usages du commerce par désorganisation et dénigrement, se joint celui qui intervient à rebours par assimilation. Un concurrent tente de se faire passer pour son concurrent. Outre la contrefaçon à l'identique sur les droits de la propriété intellectuelle, la confusion dans l'esprit du public est fréquemment recherchée. L'imitation par un commerçant des produits ou services fournis par un autre commerçant constitue vraisemblablement le plus ancien, le plus fréquent et peut être le plus « naturel » des agissements constitutifs de concurrence déloyale.

Par ailleurs, le dénigrement fait l'objet d'une double jurisprudence : administrative et judiciaire. Il se matérialise surtout par la publicité comparative et trompeuse.

Au reste, bien qu'ils ne fassent l'objet que d'une jurisprudence clairsemée, le parasitisme et la divulgation du savoir-faire sont sanctionnés en droit marocain.

Ainsi, il semble adéquat de consacrer le premier titre à la contrefaçon et à la confusion sur les droits de la propriété intellectuelle en raison de l'abondance du contentieux sur cet aspect. Le dénigrement, le parasitisme et la désorganisation seront abordés ensuite sous l'angle de leur effets sur le concurrent à savoir l'affaiblissement économique de son entreprise.

Titre I

La contrefaçon et la confusion sur les droits de propriété intellectuelle

Chapitre 1 : Les brevets d'inventions

Section 1: La concurrence déloyale en matière de brevet en droit français.

L'action en concurrence déloyale est moins fréquente en matière de brevets qu'en matière de marques ou de dessins et modèles⁹⁹⁵.

Paragraphe 1 : Nullité du brevet et concurrence déloyale

Il a été jugé que le fait d'invoquer un brevet dont la nullité ne peut être ignorée est de nature à tromper la clientèle en lui faisant croire à tort à l'existence d'un droit privatif⁹⁹⁶. Un tel procédé est déloyal et constitutif de faute. En l'espèce, il s'agit d'un brevet d'invention français relatif à des freins utilisant les courants de Foucault, déposé par la société de droit espagnol Frenos Iruna. Ainsi, la haute juridiction a approuvé la juridiction de second degré qui a constaté la nullité de ce brevet et a condamné la société l'ayant déposé à payer des dommages et intérêts, pour concurrence déloyale, à la société compagnie française Telma. En effet, la société Frenos Iruna avait présenté à la vente à Paris un matériel similaire à l'objet de l'activité de la société Telma et avait affiché au salon de l'automobile le brevet nul susvisé. Plus précisément, la société de droit étranger n'ayant pu ignorer la nullité du brevet dont elle avait fait état, avait usé de procédés déloyaux de nature à tromper la clientèle en lui laissant présumer, à tort, l'existence d'un droit privatif.

En revanche la concurrence déloyale n'a pas été retenue à l'encontre d'une entreprise ayant reproduit servilement un brevet annulé pour défaut d'activité inventive⁹⁹⁷. En l'espèce, La SARL PRECASE France, spécialisée dans la fabrication et la pose de caveaux funéraires, est titulaire d'un brevet déposé le 9 janvier 1998 et intitulé « Dispositif de levage et de manutention d'une charge adaptable sur un véhicule routier ». Elle a découvert en 2010 qu'un de ses concurrents, la société PONCET Frères avait commandé auprès de la société DONGUY un véhicule reproduisant selon elle les caractéristiques de l'invention décrite par le brevet dont elle est titulaire. La SARL PRECASE France a alors fait assigner la société DONGUY et la société PONCET Frères devant le Tribunal de Grande Instance de PARIS en contrefaçon et concurrence déloyale dudit brevet. La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement de ce tribunal en matière de concurrence déloyale. Elle a précisé que la juridiction de premier degré a à juste titre relevé que la demande était fondée à l'encontre de la société PONCET FRERES sur des faits identiques à ceux invoqués au titre de la contrefaçon à l'encontre de la société DONGUY. Au plus, la société

995 PASSA (J), 2013, Droit de la propriété industrielle, Tome 2, LGDJ, Paris, n° 634, p 688.

996 Cass.com, 24 Avril 1974, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

997 CA Paris, 11 Octobre 2013, <https://www.doctrine.fr/>

PRECASE, qui ne dispose pas de droit privatif sur le dispositif de levage en cause, ne démontrait pas détenir une valeur économique en découlant ni avoir réalisé des investissements particuliers pour y parvenir, ni encore la faute de la société PONCET FRERES à avoir acquis un véhicule modifié par la société DONGUY .

Paragraphe 2 : L'imitation du produit objet du brevet

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁹⁹⁸ revient sur le *distinguo* entre, d'une part l'action en contrefaçon de brevet sanctionnant l'usage sans autorisation du produit/procédé breveté, et d'autre part l'action en concurrence déloyale fondée sur les articles 1240 et 1241 du Code civil⁹⁹⁹. S'il est vrai que, sur le plan procédural, le demandeur en contrefaçon peut assigner le défendeur devant un même tribunal pour une "question connexe" de concurrence déloyale¹⁰⁰⁰, les juridictions ont, jusqu'ici et de manière constante, pris soin de s'assurer que les faits respectifs de contrefaçon et de concurrence déloyale sont bien distincts.

Classiquement, la démonstration de la contrefaçon suppose la comparaison entre les revendications du brevet et la réalisation du contrefacteur présumé. Autrement dit, on recherche si cette dernière reprend les caractéristiques objets des revendications et délimitant le champ de protection conféré par le brevet.

En revanche, en matière de concurrence déloyale, ne mettant en jeu par principe que des faits, ce sont les réalisations respectives du demandeur et du défendeur qu'il convient de comparer.

L'arrêt précité a été rendu sur appel d'une décision du TGI de Paris¹⁰⁰¹ bouscule apparemment ces principes établis¹⁰⁰². En 1997, la société Paul Boyé dépose une demande de brevet français, concernant un "Matériau textile composite pour la protection du corps humain contre la chaleur". En 2004, Paul Boyé se voit confier la sous-traitance par la société Sagem, de la conception et la fabrication de vêtements de protection pour fantassins. Les résultats des études ainsi réalisées sont la propriété de Sagem. La relation contractuelle entre Sagem et Paul Boyé est vite rompue et Sagem confie alors la fabrication à la société Sioen. En juin 2004, considérant que le vêtement de Sioen comporte un matériau qui contrefait son brevet, Paul Boyé fait pratiquer une saisie-contrefaçon sur le stand de la société Sioen au salon Eurosatory, et l'assigne ensuite devant le TGI de Paris en contrefaçon. Le TGI annule les revendications 2 et 3 du brevet, pour insuffisance

998 CA Paris, 12 Octobre 2011, <https://www.doctrine.fr/>

999 WAGRET (F), Contrefaçon et concurrence déloyale, janvier 2012, <http://www.wagret.com/>

1000 Selon l'alinéa 1 de l'article L.615-17 du Code de la propriété intellectuelle : « Les actions civiles et les demandes relatives aux brevets d'invention, y compris dans les cas prévus à l'article L. 611-7 ou lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire, à l'exception des recours formés contre les actes administratifs du ministre chargé de la propriété industrielle qui relèvent de la juridiction administrative ».

1001 TGI Paris, 19 Mai 2009, <https://www.doctrine.fr/>.

1002 WAGRET (F), op.cit.

de description sur la base de l'article L.613-25 du CPI, et conclut dès lors à l'absence de contrefaçon. Paul Boyé interjette appel, reprochant à Sioen d'avoir commis, outre des actes de contrefaçon, des actes de concurrence déloyale. A ce propos, il lui reproche de reproduire le matériau textile composite objet de son brevet, d'utiliser ce matériau dans la même configuration que celle mise au point en sous-traitance pour Sagem et de reproduire fidèlement le modèle d'équipement qu'il avait conçu et proposé à Sagem. La contrefaçon est écartée par la Cour qui confirme la décision du TGI annulant les revendications pour le même motif d'insuffisance de description.

L'un des intérêts de l'arrêt de la Cour réside dans la motivation du rejet des prétentions de Paul Boyé fondées sur la concurrence déloyale, au regard de la reproduction du matériau textile composite objet de son brevet. La Cour, après une analyse détaillée, et s'appuyant sur l'insuffisance de description de certaines des revendications du brevet, conclut que "la démonstration de ce que ce matériau aurait été reproduit ou copié se heurte donc à une impossibilité de description de l'original".

Par ailleurs, la cour de déclare "la reproduction à l'identique alléguée du matériau de la société Paul Boyé et son utilisation dans la même configuration n'est pas démontrée" en citant le rapport de l'Expert qui concluait à l'absence de contrefaçon du brevet en comparant les revendications du brevet et le vêtement de Sioen.

N'aurait-il pas été plus simple, et surtout plus conforme aux canons usuels, de simplement rejeter la demande en concurrence déloyale, au motif que la concurrence déloyale ne peut, par principe, être basée sur un brevet¹⁰⁰³.

Fort heureusement, un arrêt de la cour d'appel de Paris en date 10 Février 2015¹⁰⁰⁴ a dissipé le doute.

Cette décision rappelle que l'action en contrefaçon sanctionne l'atteinte à un droit de propriété tandis que l'action en concurrence déloyale se fonde sur un comportement concurrentiel fautif ; la seconde n'étant pas un succédané de la première. Dès lors, les Tribunaux condamnent régulièrement sur les terrains de la contrefaçon de brevet et de la concurrence déloyale le contrefacteur qui ne se borne pas à reproduire les enseignements techniques tirés des revendications d'un brevet, mais reprend également l'aspect extérieur du produit du breveté, sans qu'une telle copie servile ne soit imposée par un quelconque impératif. Dans une telle hypothèse, le contrefacteur cherche manifestement à bénéficier de l'engouement d'une clientèle. Le risque

1003 WAGRET (F), op.cit.

1004 CA Paris, 10 Février 2015, <https://www.doctrine.fr/>.

de confusion dans l'esprit de tout client éventuel sur l'origine du produit en cause est recherché. Outre la contrefaçon, la concurrence déloyale par imitation est patente.

Peut-on considérer qu'il y a concurrence déloyale par imitation, lorsque le prétendu contrefacteur commercialise des produits à l'apparence extérieure et à l'emballage distincts mais dont le moteur-pompe et la notice d'utilisation seraient similaires et des pièces manifestement interchangeables ?

Est-ce que ces éléments, techniques ou juridique, non protégés en tant que tels et situés à l'intérieur de l'objet argué de contrefaçon, seraient de nature à générer une confusion dans l'esprit de la clientèle, afin de provoquer un détournement de clientèle au profit du prétendu contrefacteur ?

Par l'arrêt précité, la cour d'appel a répondu par l'affirmative. Selon elle, cette circonstance ne peut qu'inciter le consommateur, qui entend installer ce type de produit et qui est ainsi naturellement conduit à s'intéresser à la présentation du moteur et des pièces devant être assemblées à croire que les appareils proviennent d'entreprises économiquement liées. Elle avait préalablement rejeté le grief de contrefaçon de brevet, faute pour la demanderesse d'avoir établi avec certitude que l'ensemble de la combinaison des moyens revendiqués avait été reproduit. Pour la Cour d'appel de Paris, l'acte d'achat du consommateur ne serait donc pas guidé exclusivement par les éléments visibles du produit.

Section 2: La concurrence déloyale du fait de l'imitation et de la vente de produits protégés au titre du droit de brevet en droit marocain

A ce propos, il convient de préciser que deux décisions sont disponibles en droit marocain sur la concurrence déloyale en matière de brevets. Elles ont trait à l'imitation et la vente d'objets brevetés.

Ainsi il a été jugé que l'imitation et la commercialisation de produits protégés par un brevet d'invention sont constitutives de faits de concurrence déloyale. Ainsi, sur la base de ce grief un arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca ¹⁰⁰⁵ en date du 19 Décembre 2006 a confirmé le jugement du tribunal de commerce de Casablanca ¹⁰⁰⁶ condamnant la société LA MAISON DES BOUGIES. Celle-ci fabrique et commercialise des bougies, des vases ornés d'henné et des photophores de paraffine qui sont parfaitement similaires aux produits inventées par la société MOKARAL. Ces derniers font l'objet d'un brevet d'invention déposé auprès de l'OMPIC en raison de la découverte d'une nouvelle méthode de fabrication de bougies et de photophores en

1005 Com. Casablanca, 19 Décembre 2006, n° 2006/6054, inédit.

1006 T.com.Casablanca, 8 Mars 2005, n° 2002/6/14197, inédit.

paraffine. Ces bougies et photophores peuvent être utilisés, sans que leur forme initiale ne soit déformée. Au plus, les portes-lumières en question peuvent servir de vases ainsi que de plateformes pour diverses décorations. C'est la raison pour laquelle la société MOKARAL a déposé des modèles industriels relatifs aux photophores ainsi que des vases et bougies de paraffine ornées d'henné. La reproduction quasi-identique des produits en question vise donc à induire en erreur le consommateur moyen sur le fabricant et la provenance du produit ce qui est constitutif d'actes de concurrence déloyale selon l'article 84 du DOC et l'article 89 du Dahir du 23 Juin 1916 relatif à la protection de la propriété industrielle¹⁰⁰⁷.

Il en va de même d'un arrêt de la cour d'appel de Casablanca en date du 23 Janvier 2007¹⁰⁰⁸, qui approuve un jugement du tribunal de commerce de Casablanca¹⁰⁰⁹. Celui-ci a condamné la société DIMAPLAST ainsi que Mr Mouhriz Al MAHFOUD et BEN JAMAA copropriétaires de fonds de commerce pour concurrence déloyale à l'encontre de Mr. Abdelhak BAROUK. Ce dernier a inventé un produit en plastique intégrant une planche à laver et une bassine et l'a protégée par un brevet d'invention auprès de l'OMPIC. Il s'est avéré que ledit produit soit commercialisé par les deux propriétaires de fonds de commerce précités affirmant qu'il leur a été fourni par la société DIMAPLAST. Or Mr. Abdelhak BAROUK n'a pas commercialisé son invention au profit des entreprises de plasturgie. En conséquence, l'imitation de l'invention vise à tromper le consommateur sur la réalité du produit et fait perdre au titulaire du brevet une chance de commercialisation de son invention. De surcroît, la vente de ces produits contrefaits par lesdits copropriétaires de fonds commerce est aussi un acte de concurrence déloyale. En effet, le commerçant professionnel doit être informé sur l'origine des produits qu'il vend et il ne peut être considéré de bonne foi du seul fait qu'il ne les a pas fabriqués.

1007 L'article 89 du Dahir du 23 Juin 1916 (21 Chaabane 1884) relatif à la propriété industrielle disposait que « constituent des faits de concurrence déloyale :

- 1) Les infractions aux dispositions du présent Dahir lors même que les actes incriminés manqueraient de l'un des éléments susceptibles de les faire tomber sous le coup des pénalités qui feront l'objet du titre X ci-après ;
- 2) Les actes compris dans l'article 84 de notre Dahir formant Code des obligations et Contrats ».

1008 Com.Casablanca, 23 Janvier 2007, n° 2007/415-415, inédit.

1009 T.com.Casablanca, 3 Juillet 2003, n° 6/2002/1872, inédit.

CHAPITRE 2 : Le savoir faire

Le détenteur du savoir-faire dispose de deux actions en vertu de la responsabilité civile délictuelle¹⁰¹⁰. Contre ses concurrents, il peut exercer l'action en concurrence déloyale, contre les non-concurrents, il peut mettre en œuvre l'action en responsabilité de droit commun. Mais dans les deux cas le succès de l'action est soumis aux conditions générales de la responsabilité civile, à savoir la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. La faute consiste dans le manquement à l'usage commercial selon lequel le secret des activités industrielles d'autrui doit être respecté. Quant au dommage, il consiste dans la perte de la situation privilégiée que procurait au détenteur du savoir-faire l'exclusivité de sa connaissance. Toutefois, le mécanisme de la responsabilité civile est d'un maniement délicat : le détenteur du savoir-faire n'est-il pas tenu de certaines précautions à défaut desquelles la violation du secret ne serait pas fautive ? ¹⁰¹¹.

Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence française n'hésite pas à condamner pour concurrence déloyale les violations du savoir-faire lorsque les conditions sont réunies.

Ainsi, celle-ci résulte du fait de l'entreprise qui à l'occasion de pourparlers avec un futur breveté, s'est emparée des indications techniques fournies par celui-ci et les abusivement et sans autorisation mises en œuvre pour son propre compte¹⁰¹². A cet égard, l'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif¹⁰¹³. Saisis d'une telle action, les juges du fond n'ont pas recherché si le procédé litigieux qui n'a été breveté qu'ultérieurement est ou non dépourvu d'originalité et s'il est tombé dans le domaine public¹⁰¹⁴. Mais, les juges de fond ont relevé qu'il résulte des documents versés aux débats la preuve qu'une entreprise s'est emparée d'indications techniques à l'occasion de pourparlers, puis a mis en œuvre sans autorisation les méthodes ainsi venues à sa connaissance¹⁰¹⁵. Ils ont alors retenu à son encontre l'existence d'une faute de concurrence déloyale suite à la

1010 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 972, p.586.

1011 Ibid.

1012 Com, 3 Octobre 1978 <https://www.legifrance.gouv.fr> : rejetant le pourvoi formé contre CA Paris, 19 Novembre 1976.

Cet arrêt de la cour d'appel de Paris a considéré qu'il existait un acte de concurrence déloyale dans l'utilisation par l'une des parties, des indications techniques fournies par le communicant au cours de pourparlers, alors même qu'aucun contrat ne vit le jour par la suite ; Amiens, 18 Juillet 1974, D.1976.703, note J.MOUSERON et M.VIVANT

V aussi M.BOURGEOIS, La propriété juridique de l'information confidentielle économique, RID comp.1988.113, spécialement p.126.

1013 Com, 3 Octobre 1978, préc.

1014 Ibid.

1015 Ibid.

confusion crée dans le procédé de construction. En effet, l'auteur de la concurrence déloyale a fait perdre un client à la victime, le dommage pouvant être établi à l'aide des conventions que celle-ci a signées avec des tiers.

Chapitre 3 : Les dessins et modèles

Section 1 : La contrefaçon par reproduction

Paragraphe 1 : Notion

L'article 124 a) confère au titulaire de l'enregistrement du dessin ou modèle industriel le droit d'interdire aux tiers la reproduction du dessin ou modèle industriel en vue de son exploitation lorsque cet acte est entrepris à des fins commerciales ou industrielles. Le dernier alinéa de cet article précise que ces actes ne deviennent pas licites par le seul fait que la reproduction présente des différences secondaires par rapport au dessin ou au modèle industriel protégé ou qu'elle concerne une classification autre que la sienne.

Il peut s'agir d'une reproduction à l'identique comme un copie servile ou d'une copie quasi-servile qui ne présente avec le modèle protégé que des différences de détail n'ayant pas pour autre objet que de masquer la contrefaçon¹⁰¹⁶. Ainsi le dépôt d'un disjoncteur électrique de branchement tetrapolaire à titre de modèle industriel alors qu'il existe un produit semblable déposé antérieurement au titre du même droit constitue un acte de contrefaçon¹⁰¹⁷. Il y a similarité tant au niveau du volume que des composantes du modèle industriel et la différence secondaire entre les deux produits ne masque pas leur ressemblance¹⁰¹⁸.

Une telle reproduction peut être commise dans un catalogue sur un Cédérom ou sur Internet¹⁰¹⁹, à l'occasion de la réparation du produit s'il y a reconstitution de celui-ci¹⁰²⁰. Ainsi la reproduction d'un modèle protégé dans un Cédérom de jeux édité et commercialisé par le licencié dans des territoires non autorisés constitue un acte de contrefaçon¹⁰²¹. Il en va de même de la diffusion de ce modèle sur les sites internet du licencié après la résiliation du contrat de licence¹⁰²². S'agissant d'une reproduction partielle, elle est inadmissible sous l'empire de la loi n° 23-13 définissant la portée du droit conférée en rapport avec l'impression visuelle d'ensemble¹⁰²³. En

1016 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit,n° 1306, p 737.

1017 CA Casablanca, 21 Juillet 2009, n° 2009/4197, inédit.

1018 Ibid. En l'espèce, l'entreprise - auteur de la contrefaçon - a déposé à l'OMPIC le modèle industriel objet du litige le 27 Octobre 2003. Quant à la victime de la contrefaçon, elle a invoqué un dépôt en date 18 Juin 1998. Celle-ci a également prouvé qu'elle était cessionnaire du droit d'exploitation sur ledit modèle depuis 1994 et que la cédante l'a créé en 1981.

1019 CA paris 10 Avril 2009, <https://www.doctrine.fr/>.

1020 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1306, p 738.

1021 CA paris 10 Avril 2009, <https://www.doctrine.fr/>.

1022 Ibid.

1023 V supra p 86: les caractères de l'objet.

effet, la comparaison à mener n'a pas à se faire élément par élément¹⁰²⁴. Ainsi, la Cour de Cassation française a rejeté le pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de Paris qui, ayant comparé les dessins et recherché les ressemblances estime qu'il n'y a pas contrefaçon car ces dessins représentent un aspect d'ensemble distinct¹⁰²⁵. De même, la cour de cassation a approuvé le raisonnement de la cour d'appel, qui, après avoir écarté tout risque de confusion entre les deux modèles, a retenu que si les deux sociétés exerçaient le même commerce d'articles de souvenirs, le fait pour la défenderesse de vendre ses produits à un prix légèrement inférieur ne pouvait à lui seul en l'absence d'actes de dénigrement ou de manœuvres contraires aux usages du commerce en vue de capter la clientèle, être un acte de concurrence déloyale¹⁰²⁶.

Il s'agit de définir l'observateur averti et la liberté du créateur puis procéder à la comparaison de l'impression visuelle d'ensemble dégagée par le dessin ou le modèle protégé et par celui qui est incriminé, en faisant abstraction des éléments du dessin ou du modèle qui ne sont pas protégés (par référence aux reproductions du dépôt) ou qui ne sont pas protégeables¹⁰²⁷. Au plus, le risque de confusion entre le produit authentique et la contrefaçon n'est pas une condition de la contrefaçon¹⁰²⁸. En effet, le risque de confusion peut être simplement un élément d'appréciation de l'impression d'ensemble des apparences comparées. La reproduction d'une création originale constitue à elle seule une contrefaçon indépendamment de tout autre agissement. Le simple fait de procéder à la réparation d'un bijou en le retailant suivant les caractéristiques du modèle original est en soi constitutif de contrefaçon¹⁰²⁹. Le fabricant sera dans ces hypothèses contrefacteur¹⁰³⁰.

Paragraphe 2 : La contrefaçon par reproduction et la concurrence déloyale

Ce développement est distinct du précédent car les décisions accessibles relativement à cette question sont antérieures à l'entrée en vigueur de la loi n° 23-13. Le caractère de nouveauté et partant la notion de contrefaçon par reproduction sont envisagés différemment¹⁰³¹.

I. Les conditions de la protection au titre de la concurrence déloyale

Les modèles ou dessins industriels ne peuvent être protégés par l'action en concurrence déloyale que s'ils sont nouveaux et créatifs. En effet, une tendance jurisprudentielle bien établie estime que ne peuvent être protégés que les modèles ou dessins industriels présentant ces deux caractères et

1024 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1306, p 737.

1025 Cass.com 27 mars 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

1026 Ibid.

1027 CA Versailles, 18 Décembre 2008, <https://www.doctrine.fr/>.

1028 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1306, p 738. Contra : CA Paris, 4^{ème} ch, 04 Février 2005, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris, 7 Avril 2006, <https://www.doctrine.fr/>.

1029 CA Paris 10 avril 1996, <https://www.doctrine.fr/>.

1030 TGI Paris 25 juin 2002, <https://www.doctrine.fr/>.

1031 Supra p 212 (Notion).

ce conformément à l'alinéa 2 de l'article 104 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée. Celui-ci précise que le dessin ou modèle industriel doit se différencier de ses similaires soit par une configuration distincte et reconnaissable lui conférant un caractère de nouveauté, soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle. Cette double condition de protection a été érigée en principe par la chambre commerciale de la cour de cassation par un arrêt en date du 28 Décembre 2005, portant le numéro n° 1349 et non publié. Depuis, elle a été réaffirmé de manière constante dans plusieurs décisions judiciaires.

Le propriétaire d'un modèle ou dessin industriel ne peut prétendre à la protection légale que sous réserve que l'objet déposé à l'OMPIC à ce titre soit nouveau et créatif. Le dépôt et l'enregistrement auprès de l'OMPIC n'est qu'une procédure préliminaire afin d'opposer le droit d'exploitation exclusive du modèle ou dessin industriel aux tiers¹⁰³². Cette procédure ne fait pas obstacle au contrôle exercé par les tribunaux pour vérifier les conditions légales des modèles et dessins industriels à l'occasion de litiges judiciaires¹⁰³³. Ce principe résulte de l'article 106 de la loi n°17-97 qui dispose que « la propriété d'un dessin ou modèle industriel appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit; mais le premier déposant dudit dessin ou modèle industriel est présumé, jusqu'à preuve du contraire, en être le créateur sous réserve des dispositions de l'article 107 ci-dessous ». Ainsi, la cour d'appel de Casablanca a jugé qu'une machine à découper les carreaux enregistrée à titre de modèle industriel n'est pas nouvelle¹⁰³⁴. En effet, sa fabrication et son utilisation manuelle n'est guère compliquée pour toute personne souhaitant la reproduire ou s'en servir.

Cette juridiction a aussi considéré que des modèles d'enveloppes utilisés exclusivement dans les secteurs bancaires et administratifs pour la mise sous pli-automatique enregistrés à l'OMPIC ne présentent pas le caractère de nouveauté et de créativité¹⁰³⁵. Des exemplaires qui leurs sont semblables sont disponibles sur le marché et tout fabricant de ce domaine peut facilement en produire¹⁰³⁶.

Au demeurant, une poignée en plastique pour bidons d'huiles de 5 litre déposée à titre de modèle industriel n'est également pas nouvelle¹⁰³⁷. Elle n'améliore pas les modèles disponibles sur le marché. De même le dessin qui représente la poignée objet du litige n'est ni distinctif ni nouveau.

1032 CA Casablanca, 23 Octobre 2008, n° 2008/10/23, inédit.

1033 CA Casablanca, 9 Février 2010, n° 2010/617, inédit.

1034 CA Casablanca, 4 Avril 2005, n° 2005/1125, inédit.

1035 CA Casablanca, 9 Octobre 2006, n° 2006/4604, inédit.

1036 Pareillement, il a été considéré que des semelles de chaussures peuvent être produites et commercialisées par tout fabricant : CA Fès, 29 Novembre 2011, n° 1634, inédit.

1037 CA Casablanca, 10 Avril 2007, n° 2007/2082, inédit.

Par ailleurs, la reproduction et la commercialisation de serviettes de toilettes connues du grand public ne peuvent être sanctionnées par la concurrence déloyale¹⁰³⁸. Le modèle industriel qui en est l'objet et qui est déposé à l'OMPIC n'est pas nouveau : il est répandu sur le marché.

Pareillement, il a été jugé que l'enregistrement à l'OMPIC et la fabrication de futs en plastique semblables à un modèle déposé antérieurement ne peut être réprimé par l'action en concurrence déloyale¹⁰³⁹. D'une part ces futs ne sont pas nouveaux : le modèle qui en est l'objet est largement accessible au public. D'autre part, ils ne sont pas créatifs car leur forme ne se distingue pas de produits semblables. Cette double argumentation a également été employée pour exclure la protection juridique de talons de chaussures enregistrés à l'OMPIC comme modèles industriels¹⁰⁴⁰. Il en va de même d'un modèle de chaussures en plastique largement connu du public avant son dépôt par les parties au litige et dépourvu d'authenticité¹⁰⁴¹. Le propriétaire de tringles de rideaux en plastique ne peut également prétendre protéger ces modèles industriels contre l'imitation¹⁰⁴². Il s'agit de modèles ordinaires et dont l'aspect extérieur n'est pas nouveau. Il a aussi été considéré que la fabrication et la vente de sacs à main pour femmes - objet d'un modèle industriel déposé au niveau international et national – n'est pas un agissement déloyal¹⁰⁴³. En effet, des objets semblables existent sur le marché : le consommateur ne peut les distinguer que par leur marque et non leur forme qui n'est pas caractéristique.

II. la confusion, fait générateur de la concurrence déloyale

Il ressort d'une jurisprudence constante que le dépôt d'un dessin ou modèle industriel à l'OMPIC – à titre de première inscription – confère à son titulaire le droit exclusif de le fabriquer et de le commercialiser¹⁰⁴⁴. Toute imitation ultérieure de façon à induire le consommateur moyen en erreur est un fait de concurrence déloyale conformément à l'article 84 du DOC et 184 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée¹⁰⁴⁵. L'imitation est l'utilisation ou l'extraction des éléments essentiels et caractéristiques de la marque, sans aucune modification¹⁰⁴⁶. Elle s'apprécie selon les

1038 CA Casablanca, 22 Mai 2007, n° 2007/2833, inédit.

1039 CA Casablanca, 18 Septembre 2007, n° 2007/4283, inédit.

1040 CA Fès, 23 Octobre 2008, n° 1498, inédit. Idem : CA Fès, 12 Juin 2008, n° 950, inédit ; CA Fès, 29 Novembre 2011, n° 1634, inédit.

1041 CA Casablanca, 10 Juin 2008, n° 2008/2998, inédit. Idem : CA Fès, 5 Novembre 2009, n° 1598, inédit.

1042 CA Casablanca, 02 Février 2010, n° 2010/492, inédit ; CA Casablanca, 02 Février 2010, n° 2010/499, inédit.

1043 CA Casablanca, 9 Février 2010, 2010/617, inédit.

1044 CA Fès, 1 Février 2001, n° 122, inédit ; CA Fès, 5 Mars 2002, n° 260, inédit ; CA Fès, 23 Décembre 2003, n° 1376, inédit ; CA Fès, 30 Novembre 2004, n° 1309, inédit ; CA Casablanca, 10 Mars 2008, n° 2008/1233, inédit : « L'appelante ne peut être condamnée pour concurrence déloyale en l'absence de preuve de la priorité d'utilisation du modèle industriel par l'intimée ».

1045 CA Fès, 1 Février 2001, n° 122, inédit ; CA Fès, 5 Mars 2002, n° 260, inédit.

1046 CA Fès, 1 Février 2001, n° 122, inédit ; CA Fès, 5 Mars 2002, n° 260, inédit ; CA Fès, 3 Mai 2005, n° 568, inédit ; CA. Casablanca, 7 Février 2006, n° 2006/575, inédit

ressemblances et non les différences, qui sont à même à créer la confusion dans l'esprit du public ou du consommateur moyen¹⁰⁴⁷. La majorité de ce contentieux est relatif aux modèles industriels ayant pour objet des semelles de chaussures. Ainsi, il y a une grande ressemblance entre les produits fabriqués par les parties au niveau de la matière, de la couleur et de la forme¹⁰⁴⁸. Bien qu'il existe une légère différence au niveau de la forme externe, le consommateur moyen ne peut distinguer entre ces deux modèles industriels¹⁰⁴⁹. Ainsi la cour d'appel de Fès a jugé que cet agissement est punissable conformément à l'alinéa 2 de l'article 84 du DOC¹⁰⁵⁰. Cette imitation de chaussures constitue également un acte de concurrence déloyale par application de l'alinéa 1 de l'article 84 du DOC¹⁰⁵¹. En effet, il y a atteinte à la réputation commerciale et industrielle du fabricant des produits originaux. La confusion entre les produits porte le consommateur à croire que la qualité des produits de ce fabricant s'est dégradée. Ce raisonnement a été employé dans une affaire analogue dans laquelle les ressemblances entre les modèles industriels étaient manifestes¹⁰⁵². La seule différence au niveau de la semelle inférieure ne masque pas l'imitation. De la même manière, la concurrence déloyale résulte de la similitude des dessins et des formes géométriques des produits¹⁰⁵³. Bien que le volume de ces modèles soit différent, le public est induit en erreur sur leur fabricant. Il en va de même de deux semelles de chaussures semblables au niveau de la forme, du découpage de la partie arrière et des couleurs¹⁰⁵⁴.

Cependant, il n'y a pas de concurrence déloyale entre des semelles de chaussures distinctes au niveau des lignes, volumes des carrés et des dessins¹⁰⁵⁵. Il n'y a pas de confusion dans l'esprit du consommateur surtout que le produit est destiné à un public connaisseur en matière de fabrication de chaussures.

1047 CA Fès, 1 Février 2001, n° 122, inédit ; CA Fès, 10 Juillet 2001, n° 794, inédit ; CA Fès, 23 Décembre 2003, n° 1376, inédit ; CA Fès, 30 Novembre 2004, n° 1309, inédit ; CA Fès, 3 Mai 2005, n° 568, inédit ; Cass.com, 4 Mai 2005, n° 1514, inédit ; CA. Casablanca, 24 Janvier 2006, n° 2006/331, inédit ; CA. Casablanca, 7 Février 2006, n° 2006/575, inédit ; CA Fès, 24 Juillet 2008, n° 1197, inédit ; CA. Casablanca, 27 Juillet 2008, n° 2006/4077, inédit.

1048 CA Fès, 1 Février 2001, n° 122, inédit.

1049 Ibid.

1050 L'alinéa 2 de l'article 84 du DOC dispose que « Peuvent donner lieu à des dommages-intérêts les faits constituant une concurrence déloyale et, par exemple le fait d'user d'une enseigne, tableau, inscription, écriteau, ou autre emblème quelconque, identique ou semblable à ceux déjà adaptés légalement par un négociant, ou fabricant, ou établissement du même lieu, faisant le commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre ».

1051 L'alinéa 1 de l'article 84 du DOC dispose que « Peuvent donner lieu à des dommages-intérêts les faits constituant une concurrence déloyale et, par exemple le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaire à ceux appartenant légalement à une maison ou fabrique déjà connue, ou à une localité ayant une réputation collective, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant et la provenance du produit ».

1052 CA Fès, 5 Mars 2002, n° 260, inédit.

1053 CA Fès, 10 Juillet 2001, n° 794, inédit

1054 CA Fès, 23 Décembre 2003, n° 1376, inédit.

1055 CA Fès, 24 Avril 2008, n° 1197, inédit.

Pareillement, il n'y a pas de confusion dans l'esprit des consommateurs sur l'origine et la substance des sachets de madeleines des parties¹⁰⁵⁶. Il y a des différences au niveau de la forme, les écritures portées sur la couverture et leurs couleurs, le nombre de madeleines ainsi que l'enseigne, ce qui exclut toute imitation.

Il en va de même pour des emballages de thé vert en grains dont les ressemblances sont dues à cette gamme de thé¹⁰⁵⁷. Elles concernent la forme, les couleurs et les étoiles portées sur ce conditionnement. En effet, les boîtes de thé vert en graines disponibles sur le marché ne se distinguent que par le nom commercial. Au plus, les instruments de musiques dessinées sur les emballages des boîtes des parties ne créent pas non plus de confusion dans l'esprit du consommateur moyen. Outre qu'il s'agit d'instruments différents, aucun commerçant ne peut faire valoir le droit de les utiliser de manière exclusive.

Enfin, il n'y a pas de ressemblances entre les conditionnements de deux médicaments à base de paracétamol dont la forme et les dessins font l'objet de dépôts au titre des dessins et modèles industriels¹⁰⁵⁸. Ces emballages sont distincts l'un de l'autre au niveau de la marque et des dessins malgré le fait que leurs couleurs soient proches. A plus forte raison, le consommateur ne peut être induit en erreur sur le fabricant ou l'image du produit : Il ne peut se procurer les médicaments objet du litige que sur ordonnance du médecin et sur conseil ou demande auprès du pharmacien.

Section 2 : l'offre à la vente et la vente d'un produit reproduisant le dessin ou modèle industriel protégé ainsi que la détention d'un tel produit à ces fins

L'enregistrement du dessin ou modèle industriel confère à son titulaire le droit d'interdire aux tiers ces actes lorsqu'ils seront entrepris à des fins commerciales ou industrielles¹⁰⁵⁹.

L'offre de vente peut constituer un acte de contrefaçon notamment par voie de publicité : le simple fait de présenter en vitrine un objet contrefaisant constitue une contrefaçon¹⁰⁶⁰. En l'espèce, la présentation d'un modèle contrefaisant dans la vitrine d'un magasin et sa reproduction dans un catalogue diffusé auprès des détaillants sont des actes de contrefaçon, à supposer même que le modèle objet du litige n'ait pas été vendu à la clientèle. Cependant, le fait de présenter un modèle

1056 CA Fès, 3 Mai 2005, n° 568, inédit.

1057 CA. Casablanca, 5 Juillet 2005, n° 2005/2666, inédit.

1058 CA. Casablanca, 19 Juin 2007, n° 07/3388, inédit.

1059 V Supra p 212.

1060 CA Paris, 26 Avril 1994, <https://www.doctrine.fr/>.

contrefaisant en première page d'un catalogue ne constitue pas un fait distinct de concurrence déloyale et ce d'autant plus que la photographie incriminée ne le montre que partiellement¹⁰⁶¹.

La notion extensive de commercialisation englobe toutes les étapes entre la fabrication et la distribution au client. Ainsi une centrale de référencement est coupable de contrefaçon en tant qu'intermédiaire entre ses affiliés et l'importateur du produit contrefait¹⁰⁶². De même, la fabrication et la vente d'un paravent en fer sous forme de vague, sans l'autorisation du propriétaire du modèle industriel dont il fait l'objet est un acte de contrefaçon¹⁰⁶³. En l'espèce, l'appelante a conclu un contrat de commande avec l'intimée aux fins de la conception d'un paravent en fer à titre de support publicitaire de sa marque dans les espaces commerciaux. Toutefois ce contrat n'a été exécuté que partiellement. En effet, l'appelante n'a versé qu'une partie du montant requis et s'est emparé du modèle créée par l'intimée pour fabriquer le paravent commandé. En outre, elle a commercialisé ce produit au niveau national en portant atteinte au droit de propriété de l'intimée et en la privant des chances de commercialisation de ce produit.

Par ailleurs, si ces actes sont qualifiés de contrefaçon, ils peuvent aussi être sanctionnés pour concurrence déloyale. Ainsi, la fabrication d'un produit sans l'autorisation du propriétaire du modèle industriel dont il fait l'objet est un acte d'imitation et de concurrence déloyale¹⁰⁶⁴. Au plus, la commercialisation de semelles de chaussures imitant des produits objet de modèles industriels est considérée comme un acte de concurrence déloyale¹⁰⁶⁵. La fabrication et la vente d'un pot de pêche de poulpe imité est également un agissement déloyal¹⁰⁶⁶.

Enfin, il a été jugé comme fait constitutif de concurrence déloyale la commercialisation par l'appelante de boîtes de chocolat décorées de dessins industriels identiques aux dessins déposées par l'intimée à l'OMPIC conformément à la législation en vigueur¹⁰⁶⁷. Dans ce litige, l'appelante, société spécialisée dans la vente de chocolat et l'organisation des fêtes a créée des dessins industriels pour décorer des boîtes de chocolat. Elle a confiée aux sociétés intimées les missions de la fabrication de ces boîtes ainsi que la reproduction desdits dessins industriels sur celles-ci. Toutefois, l'appelante a constaté qu'à l'issue de ses relations commerciales avec les intimées, l'une d'elle commercialisait des boîtes de chocolat portant des dessins industriels identiques. Finalement la Cour d'appel a condamné l'appelante et non les intimées pour concurrence déloyale en raison des dates à laquelle elles ont enregistré lesdits modèles. En effet, la cour d'appel a constaté que

1061 Ibid.

1062 Cass.com 27 Février 1996, <https://www.doctrine.fr/>.

1063 CA. Casablanca, 27 Juillet 2008, n°2006/4077, inédit.

1064 CA Fès, 19 Juin 2003, n° 724, inédit.

1065 CA. Casablanca, 24 Janvier 2006, n° 2006/331, inédit.

1066 CA. Casablanca, 7 Février 2006, n° 2006/575, inédit.

1067 CA. Casablanca, 26 Février 2008, n° 08/1004, inédit.

l'appelante a tout d'abord par inadvertance enregistré lesdits modèles en tant qu'articles pour décoration de fête le 12 Octobre 2005. Or il s'est avéré que ces produits – qui ne sont d'autres que des cercles et carrés – ne sont pas protégeables en l'absence du caractère de nouveauté. Ensuite, elle a effectué un second enregistrement le 17 Janvier 2006 relatif cette fois aux boîtes de chocolat objet du litige. Or, l'une des intimées a procédé à l'enregistrement des dessins industriels objet du litige entre temps le 24 Octobre 2005. Elle est alors considérée comme la créatrice de ces modèles et dessins en raison du premier dépôt, bien qu'elle n'ait fait - avec l'aide des autres intimées - qu'intégrer ces objets à des boîtes de chocolat inventées par l'appelante.

Section 3 : l'importation d'un produit reproduisant le dessin ou modèle industriel protégé

Selon l'article 124 b) de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée, l'importation d'un produit reproduisant un dessin ou modèle industriel protégé est interdite lorsqu'elle est faite à des fins commerciales ou industrielles.

Ainsi, l'importation de briquets contrefaits en provenance de la Chine constitue un acte de contrefaçon¹⁰⁶⁸. En l'espèce, l'appelante a importé une cargaison importante de briquets de la chine et qui constituent une contrefaçon du modèle industriel fabriqué et commercialisé par la société BIC au niveau mondial. La marque et le modèle industriel de ce type de briquet sont protégés conformément aux législations en vigueur au niveau national et international. Il s'est avéré que les produits contrefaits présentent une ressemblance flagrante avec les produits originaux tant au niveau de la marque que du modèle industriel¹⁰⁶⁹. Au plus la contrefaçon résulte aussi du fait que les produits contrefaits ne sont pas conformes aux normes légales ce qui menace la santé et la sécurité des consommateurs. L'allégation de la bonne foi par l'importateur ne l'a pas exonéré de sa responsabilité. Celui-ci a fait valoir qu'il a procédé à la destruction des objets contrefaits conformément au procès-verbal des autorités spécialisées, ce qui démontre sa volonté de se débarrasser de la marchandise importée. Cependant, la bonne foi de l'importateur a été prise en considération dans la détermination des dommages intérêts¹⁰⁷⁰.

1068 CA. Casablanca, 11 Mars 2008, n° 08/1277, inédit.

1069 Ibid.

1070 Dans cette affaire, la cour d'appel de Casablanca a partiellement infirmé la décision du Tribunal de Casablanca relativement au montant des dommages et intérêts qui étaient fixés à 50.000 DH. La juridiction de second degré a jugé que l'importateur ne devait octroyer que 5000 DH à la victime de la contrefaçon. En effet, l'alinéa 2 de l'article 224 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que : « Le détenteur des droits a la possibilité de choisir entre les dommages-intérêts effectivement subis plus tout bénéfice attribuable à l'activité interdite qui n'a pas été pris en compte dans le calcul de ces dommages ou des dommages-intérêts dont le montant est au moins 50.000 dirhams et au plus 500.000 dirhams, selon ce que le tribunal estime équitable pour la réparation du préjudice subi ». La cour d'appel

Au demeurant, l'importation par la demanderesse d'un mixeur ménager imité de la Chine en vue de sa vente au public dans un emballage similaire sous sa marque constitue un acte de concurrence déloyale¹⁰⁷¹. Or ce produit fait l'objet conformément à la législation en vigueur d'un dépôt en tant que modèle industriel à l'OMPIC par les défenderesses. La Cour de Cassation a qualifié l'importation de ce modèle de concurrence déloyale conformément aux articles 84 du DOC¹⁰⁷² et 90 du Dahir du 23 Juin 1916 relatif à la protection de la propriété industrielle¹⁰⁷³. Elle a en outre souligné que l'énumération des faits constituant la concurrence déloyale n'a pas été faite de manière exhaustive. A cet égard, Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour qualifier les faits s'y rapportant. L'importateur a certes allégué qu'il n'a procédé ni à la fabrication, ni à l'imitation du mixeur, mais ce motif est insuffisant pour l'exonérer de sa responsabilité¹⁰⁷⁴.

a motivé la modification du montant des dommages et intérêts par le fait que la réparation résulte du dommage réel direct et que l'importateur a démontré sa bonne foi.

1071 Cass.com, 22 Septembre 1999, n° 1311, Arrêts de la chambre commerciale, Centre de publication et de documentation judiciaire, 2007, p 98 à 98

1072 L'article 84 du DOC :

« Peuvent donner lieu à des dommages-intérêts les faits constituant une concurrence déloyale et, par exemple :

1° Le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaire à ceux appartenant légalement à une maison ou fabrique déjà connue, ou à une localité ayant une réputation collective, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant et la provenance du produit ;

2° Le fait d'user d'une enseigne, tableau, inscription, écriteau, ou autre emblème quelconque, identique ou semblable à ceux déjà adaptés légalement par un négociant, ou fabricant, ou établissement du même lieu, faisant le commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre ;

3° Le fait d'ajouter au nom d'un produit les mots : façon de..., d'après la recette de..., ou autres expressions analogues, tendant à induire le public en erreur sur la nature ou l'origine du produit;

4° Le fait de faire croire, par des publications ou autres moyens, que l'on est le cessionnaire ou le représentant d'une autre maison ou établissement déjà connu »

1073 L'article 90 du Dahir du 23 Juin 1916 relatif à la protection de la propriété industrielle énonce que :

« Cette énumération n'est pas limitative les tribunaux apprécieront souverainement les faits qui leur seront présentés comme pouvant constituer une concurrence déloyale.

Il n'est en rien dérogé aux principes posés dans les articles 77 à 106 de Notre Dahir formant Codes des obligations et Contrats ».

Cet article fait référence à l'énumération prévue par l'article 89 de ce texte selon lequel :

« Constituent des faits de concurrence déloyale :

1° Les infractions aux dispositions du présent Dahir, alors même que les actes incriminés manqueraient de l'un des éléments susceptibles de les faire tomber sous le coup des pénalités qui feront l'objet du titre X ci-après ;

2° Les actes compris dans l'article 84 de notre Dahir formant Code des Obligations et Contrats ».

1074 Cass.com, 22 Septembre 1999, n° 1311, précédent.

Chapitre 4: La marque

Section 1 : La confusion résultant de l'utilisation des marques frauduleuses ou déceptives¹⁰⁷⁵

S'il n'est pas indifférent aux consommateurs –non plus aux concurrents d'ailleurs qu'un opérateur ne puisse bénéficier d'un droit exclusif assorti d'une forte protection sur un signe trompeur¹⁰⁷⁶, ce contre quoi ils entendent surtout être protégés c'est l'usage d'un signe trompeur dans le commerce. Or le droit des marques ne fournit pas cette protection : s'il exclut qu'un tel signe puisse être couvert par le droit de marque, il ne s'occupe pas en revanche d'en interdire l'usage. Celui dont la demande d'enregistrement a été rejeté ou la marque annulée n'est pas empêchée par le droit des marques d'engager ou de continuer, le cas échéant, l'exploitation du signe. La sanction de l'usage d'une marque déceptive relève aujourd'hui d'un arsenal juridique extérieur au droit des marques¹⁰⁷⁷. Outre l'action en nullité que les concurrents sont les premiers intéressés à exercer, ils peuvent mettre en œuvre une action en concurrence déloyale sur le fondement de l'article 84 du DOC. Il est indiscutable que l'emploi d'un signe trompeur rompt l'égalité des chances dans la compétition économique, rupture contre laquelle chaque concurrent a un intérêt direct et personnel à réagir¹⁰⁷⁸. Ainsi, L'enregistrement de la marque LES CAFES BASMATI par l'intimée constitue un fait de concurrence déloyale¹⁰⁷⁹. En effet, le terme BASMATI constitue une indication provenance du riz à grain long originaire d'Inde ou du Pakistan et accompagne les produits de l'appelante d'après une attestation du ministre du commerce et de l'industrie indien en date du 20 Mai 2004. Le fait d'utiliser l'expression BASMATI dans la production du café est constitutive de concurrence déloyale d'après l'article 3 bis de l'arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits. Cette disposition mentionne que les pays auxquels s'applique le présent Arrangement s'engagent également à prohiber l'emploi, relativement à la vente, à l'étalage ou à l'offre des produits, de toutes indications ayant un caractère de publicité et susceptibles de tromper le public sur la provenance des produits, en les faisant figurer sur les enseignes, annonces, factures, cartes relatives aux vins, lettres ou papiers de commerce ou sur toute autre communication commerciale.

1075 V Supra p 105 et s..

1076 PASSA (J), 2009, Droit de la propriété industrielle, LGDJ, Paris, n° 144, pp 165 et 166.

1077 Les consommateurs peuvent intenter une action civile ou pénale pour publicité trompeuse. Celle-ci est désormais prévue à l'article 22 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

1078 PASSA (J), 2009, Droit de la propriété industrielle, LGDJ, Paris, n° 144, p 166.

En l'absence d'exemples de jurisprudence marocaine, il convient de faire référence à des décisions françaises : Cass.Com, 29 Mars 1994, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris, 19 Octobre 2005 ; <https://www.doctrine.fr/>.

1079 CA Casablanca, 23 Décembre 2010, n° 2010-5538, inédit.

Section 2 : La confusion résultant du choix du nom patronymique à titre de marque

Des difficultés surgissent lorsque le nom patronymique objet d'une marque est possédé par plusieurs personnes exerçant une activité commerciale dans le même secteur ou dans des secteurs voisins¹⁰⁸⁰. Les risques de confusion qui peuvent en découler peuvent être générateurs de concurrence déloyale.

Contrairement à l'article 713-6 alinéa 1 a) du Code de propriété intellectuelle français qui résout le problème, le droit marocain présente une lacune à ce propos. Au plus, il n'y pas de jurisprudence disponible sur cette question. En effet, cette disposition énonce que l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique¹⁰⁸¹. Toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite¹⁰⁸².

Il faut souligner que le principe de spécialité joue dans ces hypothèses : si le nom patronymique est utilisé dans un secteur différent, il n'est pas possible de s'opposer à son usage par son titulaire¹⁰⁸³.

Aux termes de l'article 713-6 du Code de propriété intellectuelle français, cette utilisation doit être le fait d'un homonyme de bonne foi et le dernier alinéa ajoute que si elle porte atteinte aux droits du titulaire de la marque, celui-ci doit demander qu'elle soit limitée ou interdite. La fraude ainsi visée est essentiellement celle que réalise un contrat de prête nom. Celui-ci consiste à recruter dans une entreprise, en qualité d'associé sans réelle fonction, une personne portant un patronyme rendu commercialement célèbre par un concurrent et déposé par lui à titre de marque pour prétendre ensuite l'utiliser au titre de l'homonymie. Une interdiction viendra sanctionner cette fraude manifeste¹⁰⁸⁴. En dehors d'une fraude caractérisée, l'article 713-6 donne le choix au juge d'interdire l'usage comme raison sociale, nom commercial ou enseigne ou de réglementer cet

1080 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1445, p.809.

1081 Article L.713-6 alinéa 1 a) du Code de propriété intellectuelle français.

1082 Article L.713-6 alinéa 2 du Code de propriété intellectuelle français.

1083 Com, 9 Février 1993, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

1084 CA Paris, 31 Mai 1948, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris, 26 Juin 1951, <https://www.doctrine.fr/> ; TGI Paris, 27 Juin 1984, <https://www.doctrine.fr/> ; Com, 2 Mai 1984, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; CA Paris, 20 Novembre 1979, <https://www.doctrine.fr/> ; TGI Paris, 31 Mars 1992, <https://www.doctrine.fr/>.

usage par des mentions destinées à éviter les risques de confusion : adjonction d'un prénom, de la date de fondation, du lieu d'exploitation, de graphisme particulier ou de tout élément distinctif¹⁰⁸⁵. Il n'en demeure pas moins que malgré ces précautions, des risques de confusion subsisteront surtout s'il s'agit de noms ayant une certaine notoriété¹⁰⁸⁶. Les juges doivent rechercher si l'usage de l'homonyme est susceptible de créer un risque la confusion. En conséquence, en dehors de situations particulières, il est opportun que les juges prononcent l'interdiction et non la réglementation¹⁰⁸⁷. Celui qui choisit comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, son nom patronymique, précisément dans un commerce où son concurrent utilise déjà la même marque se comporte certainement en parasite pour profiter de son homonymie. En effet, il lui aurait été plus simple d'adopter un autre signe. Partant, les tribunaux qui restent entièrement libres de leurs décisions sur ce point prononcent des interdictions¹⁰⁸⁸.

Cependant, le recours à une réglementation et non à une interdiction se justifie dans certains cas particuliers. C'est notamment le cas de conflit entre les héritiers d'une même personne lorsqu'une marque rendue célèbre est convoitée par tous et que le régime de la copropriété apparaîtrait comme peu approprié. Il en va de même lorsqu'en présence d'une marque très ancienne, l'interdiction apparaîtrait comme une solution trop rigoureuse¹⁰⁸⁹. Une réglementation permet des coexistences pacifiques entre les membres d'une même famille où on rencontre une tradition dans un commerce déterminé¹⁰⁹⁰.

Les juges décident souverainement entre interdiction ou réglementation selon les circonstances de fait et la plus ou moins grande bonne foi des parties¹⁰⁹¹.

Par ailleurs, le dépôt du nom patronymique d'un tiers à titre de marque pour des produits et services identiques ou similaires peut être constitutif de contrefaçon ou de concurrence déloyale. Mais de façon plus générale et en dehors de toute atteinte portée à un signe distinctif déjà approprié, dans les limites du principe de spécialité, l'article 137 g) de la loi n°17-97 précise que ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment au droit de

1085 TGI Paris, 23 Janvier 1991, <https://www.doctrine.fr/> ; <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1086 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1449, p.810

1087 Ibid.

1088 Com, 28 Juin 1971, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; Com, 6 Octobre 1981, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; CA Paris, 4^{ème} ch, 12 Mars 1992, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris, 4^{ème} ch, 18 Mars 1993, <https://www.doctrine.fr/>.

1089 CA Pau, 25 Août 1988, <https://www.doctrine.fr/>.

1090 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1449, p.811.

1091 CA Paris, 4^{ème} ch, 28 Mars 1985, <https://www.doctrine.fr/>; CA Toulouse, 2^{ème} ch, 20 Octobre 1987, <https://www.doctrine.fr/> ; Cass.Com, 9 Novembre 1987, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; CA Paris, 4^{ème} ch, 11 Octobre 1990, <https://www.doctrine.fr/>; TGI Paris, 3^{ème} ch, 16 Janvier 1991, <https://www.doctrine.fr/>; CA Paris, Pôle 5, 2 Juin 2010, <https://www.doctrine.fr/>.

la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image¹⁰⁹². Sur la base de ce texte, le titulaire du nom prétend parfois faire interdire son usage à titre de marque, pour quelque produit que ce soit, que cet usage soit délibéré ou procède d'une coïncidence fortuite, tant sont variées les noms patronymiques. En l'absence de solutions particulières, la jurisprudence française avait élaboré des solutions nuancées que la loi nouvelle ne remet pas en cause. En effet, une telle action ne paraît légitime que dans la mesure où le titulaire du nom patronymique établit l'existence d'un préjudice que lui causent l'utilisation commerciale et le dépôt de ce terme à titre de marque¹⁰⁹³. Au surplus, la prudence s'impose en face d'actions qui apparemment motivées par le seul souci de défendre un droit extrapatrimonial, ne sont parfois pas exemptes d'un désir de lucre. En conséquence, les tribunaux font droit à de pareilles contestations et n'interdisent l'usage commercial du nom qu'à condition qu'il en résulte un danger de confusion, ce qui, en pratique implique qu'il s'agisse d'un nom rare ou célèbre utilisé à l'identique¹⁰⁹⁴.

Le deuxième alinéa de l'article 161 encadre cette action en disposant que : « Seul le titulaire d'un droit antérieur peut agir en nullité sur le fondement de l'article 137 ci-dessus. Toutefois, son action n'est pas recevable si la marque a été déposée de bonne foi et s'il en a toléré l'usage pendant cinq ans ».

Section 3 : Le dépôt d'un nom géographique à titre de marque

Il peut dans certains cas être sanctionné pour concurrence déloyale en raison de la confusion ou pour parasitisme.

La question s'est posée en droit français de savoir si une dénomination constituant une appellation d'origine pouvait être déposée à titre de marque pour des produits de nature totalement différente de ceux bénéficiant de l'appellation. La jurisprudence avait parfois condamné cette utilisation comme marque des appellations d'origine même pour des produits totalement différents¹⁰⁹⁵. Les tribunaux voyaient un abus de droit dans cette volonté de profiter de la notoriété de l'appellation et la source d'un préjudice porté à cette richesse collective, consistant dans le risque de dilution, d'affaiblissement, voire d'avilissement de l'appellation¹⁰⁹⁶. Ce raisonnement est d'autant plus pertinent que l'appellation est prestigieuse. Cette jurisprudence a été consacrée en droit français

1092 Voir Supra p 107 et s.

1093 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1450, p.812.

1094 TGI Paris, 31 Octobre 1995, <https://www.doctrine.fr/>.

1095 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1459, p.820.

1096 Ibid.

par l'article L 115-6 du Code de la Consommation, renvoyant à l'article L.643-1 du Code rural interdisant l'utilisation d'une appellation d'origine, même pour des produits différents lorsque cette utilisation est susceptible de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'appellation d'origine¹⁰⁹⁷.

Au surplus, l'article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que ne peut adoptée comme marque un signe portant atteinte à une appellation d'origine protégée.

Le droit marocain prévoit uniquement une disposition analogue à cet article à l'article 137 d) de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée. A cet égard, ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs et notamment à une indication géographique ou à une appellation d'origine protégée.

Section 4 : La contrefaçon de marque

Il résulte de ces éléments que la contrefaçon de marque peut aujourd'hui revêtir l'une des formes suivantes : la reproduction, l'apposition, l'usage et la modification ou la suppression de la marque.

Paragraphe 1 : La reproduction de la marque :

I. L'objet de la reproduction

La lecture des articles 154 et 155 de la loi n°17-97 conduit à distinguer les deux situations suivantes : la contrefaçon à l'identique et la contrefaçon par imitation.

A. La contrefaçon à l'identique¹⁰⁹⁸

Celle-ci, visée à l'article 154 a) de la loi n°17-97 correspond à la reproduction de la marque authentique à l'identique pour des produits ou services eux-mêmes identiques à ceux désignés dans l'enregistrement. Ainsi, la contrefaçon à l'identique suppose pour être réalisée, la réunion de deux conditions¹⁰⁹⁹. La première, est que la marque prétendument contrefaisante soit utilisée pour désigner des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement de la marque

1097 L'article L 115-6 du Code de la Consommation dispose que : « La protection des dénominations reconnues est notamment assurée par les articles L. 643-1 et L. 643-2 du code rural et de la pêche maritime ».

L'article 643-1 du Code rural énonce que :

« L'appellation d'origine ne peut jamais être considérée comme présentant un caractère générique et tomber dans le domaine public.

Le nom qui constitue l'appellation d'origine ou toute autre mention l'évoquant ne peuvent être employés pour aucun produit similaire, sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires en vigueur le 6 juillet 1990. Ils ne peuvent être employés pour aucun établissement et aucun autre produit ou service, lorsque cette utilisation est susceptible de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'appellation ».

1098 Stricto-sensu, la contrefaçon renvoie à la reproduction à l'identique de l'objet protégé. V. CORNU (G), 1987, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, V. Contrefaçon p 220. Au sens général, la contrefaçon en matière de propriété intellectuelle renvoie à toute atteinte portée à un droit de propriété littéraire, artistique, industrielle (reproduction, imitation, vente, mise en vente).

1099 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1548, p.872.

authentique. Cette condition est facile à apprécier. La seconde exigence est plus délicate. En effet, sauf dans les hypothèses de piraterie, concernant notamment les produits de luxe, dans lesquelles le contrefacteur recherche sciemment une identité parfaite avec la marque authentique, de légères différences seront souvent rencontrées entre les signes.

Cependant, doit-on considérer qu'il y a contrefaçon à l'identique si les différences sont minimales ? En droit marocain, l'étude des décisions disponibles permet d'induire que la contrefaçon par reproduction est cantonnée à la reproduction de la marque authentique dans tous ses éléments, sans retrait ni ajout¹¹⁰⁰. En conséquence, la reproduction d'un élément isolé d'une marque authentique ou son inclusion dans un ensemble complexe sont prises en compte au titre de l'imitation impliquant l'appréciation d'un risque de confusion. En l'absence de décision de principe, il convient de s'intéresser aux enseignements du droit français qui adopte la même position. En effet, La jurisprudence française décidait qu'une différence minimale de détail n'empêchant pas la similitude visuelle ou phonétique ne faisait pas obstacle à ce que la contrefaçon stricto sensu soit constituée qu'il s'agisse de marques figuratives ou nominatives. Parmi les innombrables décisions, on citera celles qui ont jugé que Yaspi constitue la contrefaçon de Yampi¹¹⁰¹, Maxibas de

1100 il a été jugé que CHAUSSURES MOUSSAOUI LEVRAI constituait une imitation illicite de CHAUSSURES MOUSSAOUI (Fès.Com, 08 Octobre 2002, n° 1063, inédit) : « l'utilisation d'une marque similaire trompe le public et constitue un acte de concurrence déloyale » ; ARMANI HOMME de ARMANI (Fès.Com, 21 Janvier 2003, n° 85, inédit) : il y a concurrence déloyale du fait de l'utilisation du même nom, malgré l'ajout du mot HOMME car l'enregistrement de la marque ARMANI HOMME s'est fait postérieurement à celui d'ARMANI, ce qui crée une confusion dans l'esprit du client ; ARMANI-MARIO de ARMANI et GIORGIO ARMANI (Fès.Com, 01 Mars 2007, n° 364, inédit) : cette imitation est constitutive de concurrence déloyale ; bpt VILLASET/AUDIO de bpt (Fès.Com, 05 Mars 2009, n° 398, inédit) : « Il y a ressemblance entre ces marques à la fois du point de l'écriture et de la prononciation, ce qui induit en erreur le consommateur sur le fabricant et l'origine du produit. Il s'agit d'un fait de concurrence déloyale » ; MX.JVC de JVC (Fès.Com, 29 Décembre 2009, n°178, inédit) : la ressemblance de ces deux marques résulte tant du point de vue de l'écriture que de la prononciation, ce qui crée une confusion dans l'esprit du public qui ne distingue plus les deux sociétés malgré l'ajout du terme MX. Ce comportement a été qualifiée à la fois de contrefaçon et de concurrence déloyale ; ANDALUCIA POTAJE de POTAJE, ce qui constitue à la fois une contrefaçon et un acte de concurrence déloyale (Fès.Com, 24 Mars 2011, n° 401, inédit) ; CAMERA COMPRESS de CAMERA (Cass.Com, 12 Avril 2012, n°402, Le bulletin des décisions de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, Série 3, n° 11, 2013, Imprimerie Librairie Omnia Rabat, p 71 à 73) : la commercialisation de produits de nature différente et portant une marque contrefaite dans les mêmes points de distribution et de vente est de nature à créer la confusion dans l'esprit du consommateur sur le fabricant et l'image du produit. Cet agissement est qualifié de contrefaçon et de concurrence déloyale ; SEPT CHAINES de DEUX CHAINES (Casablanca.Com, 20 Décembre 2012, 2012/6075, inédit) : il y a une ressemblance manifeste entre ces deux marques du point de vue de l'aspect général et de la forme ce qui induit les consommateurs en erreur sur la provenance du produit. Cette similarité tombe sous l'article 84 du DOC ; MARINADOR SNACK de MARINADOR (Casablanca.Com, 28 Mai 2013, 2013/2914, inédit) : « l'inclusion du mot MARINADOR qui constitue la marque distinctif de la défenderesse, dans la dénomination commerciale des demandeurs est considérée comme une atteinte à un droit protégé juridiquement. Elle crée aussi une confusion dans l'esprit du public, surtout que le domaine d'activité concerné est le même, à savoir la restauration. Le contrefacteur a été jugé responsable pour contrefaçon et concurrence déloyale ».

1101 Paris, 9 Mai 1970, Ann.prop.ind.1970.135.

Maxima¹¹⁰², Pariscope de Périscope¹¹⁰³, Kendo de Kenzo¹¹⁰⁴ et Canon de Caron¹¹⁰⁵. Cette jurisprudence a été condamnée et, dans ce cas, le juge devra se situer sur le seul terrain de l'article 713-3 du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁰⁶, rechercher le risque de confusion. Cela résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a été saisie par le Tribunal de Grande instance de Paris d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 5-1 a) de la directive du 21 Décembre 1988¹¹⁰⁷ dont est directement issu l'article L. 712-2 du Code de propriété intellectuelle¹¹⁰⁸. Dans un arrêt du 20 Mars 2003, la CJCE a considéré que ce texte « doit être interprété en ce sens qu'un signe est identique à la marque lorsqu'il reproduit, sans modification, ni ajout, tous les éléments constituant la marque, ou lorsque, considéré dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen »¹¹⁰⁹. La chambre commerciale de la Cour de Cassation s'est alignée sur cette interprétation¹¹¹⁰. Quant aux décisions rendues à ce jour par les tribunaux français, elles paraissent en retenir une conception très stricte¹¹¹¹. A plus forte raison, le grief de contrefaçon stricto sensu ne peut plus être retenu lorsque l'on ne retrouve dans la marque contrefaisante qu'un élément de la marque authentique. En effet, la jurisprudence antérieure décidait que chaque élément d'une marque complexe pouvait être protégé isolément pour autant qu'il présente en lui-même un caractère distinctif¹¹¹². Toutefois, les décisions les plus récentes observant que l'interprétation des dispositions du Code de propriété intellectuelle devant être faite à la lumière

1102 Paris, 26 Mars 1971, Ann.prop.ind.1971.71.

1103 Paris, 16 Janvier 1973, Ann.prop.ind.1973.40

1104 Paris, 21 Avril 1988, PIBD 1988, III.456.

1105 Paris, 13 Mars 1989, D.1993.Somm.113.

1106 L'article L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public :

a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ;
b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ».

Ce texte a été reproduit par le droit marocain à l'article 155 de la loi n°17-97.

1107 L'article 5-1 a) dispose que la marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif et que le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage, dans la vie des affaires d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée. La directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques et transposée en droit français par la loi du 4 janvier 1991, a été remplacée par la directive n° 2008/95 du 22 Octobre 2008. Toutefois, l'article 5-1 a) demeure inchangé.

1108 L'article L.712-2 du Code propriété intellectuelle précise que : « La demande d'enregistrement est présentée et publiée dans les formes et conditions fixées par le présent titre et précisées par décret en Conseil d'Etat. Elle doit comporter notamment le modèle de la marque et l'énumération des produits ou services auxquels elle s'applique ».

1109 Aff.C291/100, LTJ Diffusion c/ Sadas Vertbaudet, <http://curia.europa.eu/>

1110 Com.26 Novembre 2003, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1111 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1548, p.873.

1112 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n°1549, p.874.

de celle de la directive, considèrent que la reproduction d'un élément isolé d'une marque complexe n'en constitue pas la reproduction à l'identique et qu'il ne peut, dès lors, y avoir place, le cas échéant, que pour une contrefaçon par imitation impliquant la prise en compte du risque de confusion¹¹¹³. Pareillement, l'inclusion d'une marque authentique dans une marque complexe qui la reproduit avec des adjonctions avait souvent été considéré comme une contrefaçon¹¹¹⁴ ; sauf à admettre que la marque complexe constituait un tout indivisible dans lequel la marque simple authentique avait perdu son individualité¹¹¹⁵. Cette approche est aujourd'hui condamnée, et cette situation doit être traitée sur le terrain de l'imitation supposant le risque de confusion¹¹¹⁶. La contrefaçon stricto sensu doit être cantonnée à la seule reproduction de la marque authentique dans tous ses éléments, sans retrait, ni ajout¹¹¹⁷. Dans ce cas, la seule reproduction de la marque, dans la limite bien entendu du principe de spécialité, en constitue la contrefaçon. L'article L. 713-2 a)¹¹¹⁸ du Code de la propriété intellectuelle prohibe également cette reproduction, même avec l'adjonction de mots tels que « formule, façon, système, imitation, genre, méthode ». Enfin, cette contrefaçon existe indépendamment de tout danger de confusion et ne saurait être écarté au motif que la clientèle ne pourrait pas confondre les produits en raison de leurs qualités, du genre de clientèle, de l'implantation géographique des entreprises et des méthodes de commercialisation¹¹¹⁹. Tous ces éléments extrinsèques sont sans incidence s'agissant d'une reproduction à l'identique, mais peuvent au contraire être pris en considération pour apprécier en cas d'imitation, le risque de confusion.

1113 Paris, 18 Octobre 2000, PIBD 2001, III, 80, Aix en Provence, 24 Novembre 2000, PIBD 2000, III, 243.

1114 A titre d'exemple, il a été jugé que Carrefour du bâtiment était une contrefaçon de Carrefour (Lyon, 28 Janvier 1975, Ann.prop.ind, 1975.273), Afer du Rond point de Rond point (Com, 24 Janvier 1983, Bull.civ.IV, n°30, p.24, Ann.prop.ind.1983.85), Energie plus de Energie (Paris, 14 Juin 1990, RIPIA 1990.76) et les Usuels de poche de les Usuels (Paris 5, 31 Janvier 1997, D.aff.1997.384).

1115 Il a ainsi été jugé que la marque Eau de Roche ne constituait pas la contrefaçon de la marque Roche (Com.2 Décembre 1974, Ann.prop.ind.1975.88). Il en est de même de Madame Figaro et Madame (Paris, 7 Novembre 1983, PIBD 1984, III, 4), Esprit de France et Esprit (Paris, 10 Février 1994, PIBD 1994, III, 296), First Lady et First (Paris, 20 Mai 1998, PIBD 1998, III, 435) ; Fred Lip et Fred (Com.9 Février 1999, n°96-21.027).

1116 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1550, p.874.

1117 Paris, 22 Novembre, 2000, 4^{ème} ch, Sect.A, n° 1998/15461 ; Paris, 15 Décembre 2000, PIBD, 2001, III, 170 ; Paris, 28 Mars 2001, RDPI 2001, n°123.11 ; Paris, 30 Janvier 2002, 4^{ème} ch, sect.A, 2001/17164.

1118 La loi marocaine s'est inspirée de ce texte et a disposé pareillement à l'article 154 a) de la loi n°17-97 telle que complétée et modifiée que sont interdits, sauf autorisation du propriétaire la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que « formule, façon, système, imitation, genre, méthode » ainsi que l'usage d'une marque reproduite ou d'un signe identique à cette marque, pour des produits ou services identiques à ceux couverts par l'enregistrement;

1119 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1550, p.875.

B. La contrefaçon par imitation

L'article 155 de la loi n°17-97 vise deux situations dans lesquelles la contrefaçon par reproduction est subordonnée à la preuve d'un risque de confusion dans l'esprit du public.

La première visée à l'article 155 a) est celle dans laquelle la marque serait reproduite à l'identique, mais pour des produits qui, sans être eux-mêmes identiques à ceux désignés dans l'enregistrement leur seraient seulement similaires ou relatifs. Il ne s'agit pas d'une question relative à l'appréciation de la contrefaçon proprement dite, mais qui concerne plutôt l'application du principe de spécialité. Certes pour apprécier la similitude des produits et services, la jurisprudence la plus récente ¹¹²⁰ s'attache au risque de confusion, mais il s'agit moins d'une confusion entre les signes que d'une confusion sur l'origine des produits et services qui seront considérés comme similaires si le public peut penser qu'ils proviennent de la même entreprise. La reproduction de la marque n'est interdite que pour désigner des produits ou services que le public peut attribuer à la même origine.

La véritable question posée par la contrefaçon, par imitation concerne le cas visé à l'article 155 b), dans lequel est utilisé sans l'accord du titulaire de la marque authentique, un signe si proche qu'il peut en être considéré comme une imitation, et ceci pour des produits identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement. Ainsi selon la formule d'un auteur¹¹²¹, l'imitation est une contrefaçon qui cherche à se déguiser. Le droit marocain des marques¹¹²² sanctionne depuis toujours ceux qui sans reproduire la marque d'autrui à l'identique, s'en rapprochent suffisamment pour générer dans l'esprit du public des confusions avec elle.

1. Les formes de l'imitation

L'imitation peut se traduire par une plus ou moins grande analogie entre les signes, mais peut aussi apparaître plus intellectuelle et se réaliser par contraste et association d'idées.

Relativement aux marques nominales, l'imitation matérielle consistera à utiliser un signe dont la consonance ou l'écriture est trop proche et rappelle excessivement la marque authentique au point

1120 V CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1551, p.875.

1121 Marthély (P), 1984, Le droit français de signes distinctifs, Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, p .528.

1122 En effet, l'article 121 1° du Dahir du 23 Juin 1916 (21 Chaabane 1884) relatif à la propriété industrielle prévoyait qu'étaient punis d'une amende de 50 à 2000 francs et d'un emprisonnement d'un mois à un an ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui sans contrefaire une marque, en ont fait une imitation frauduleuse de nature à tromper l'acheteur ou ont fait usage d'une marque frauduleusement imitée.

de créer le risque de confusion dans l'esprit du public. En droit français¹¹²³, comme en droit marocain¹¹²⁴ la jurisprudence, est abondante en la matière.

Pareillement, en ce qui concerne les marques figuratives, les tribunaux recherchent si l'impression visuelle que procurent les deux marques est de nature à créer un risque de confusion malgré les différences de détail qui ne font pas disparaître cette similitude d'ensemble¹¹²⁵.

1123 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1553, p.876.

1124 Ainsi, il a été jugé que SUPRAMIN ou SUPRADYN constituait une imitation illicite de SUPRAGYN (Fès,Com, 20 Mars 2003, n° 313, inédit) : l'utilisation de la lettre M et D au lieu de D est à l'origine de la similitude entre les marques qui conduit à tromper le consommateur, d'autant plus que les produits objet du litige ne sont pas délivrés sur la base d'une ordonnance médicale. Il s'agit à la fois d'un acte contrefaçon et de concurrence déloyale, LONDON de LIPTON (Casablanca.Com, 26 Mai 2005, 2005/1941, inédit), BIG de BIC (Casablanca.Com, 05 Juillet 2005, 2011/2208, inédit) : « il y a imitation par l'utilisation de G à la place de C », « il y a concurrence déloyale entre ces marques non seulement d'après la forme d'écriture mais aussi la prononciation du mot du fait de la confusion dans l'esprit du public sur le fabricant et la qualité du produit », HECT ou EHCET de HECI (Fès.Com, 06 Décembre 2005, n°1477, inédit), NESIDOR de MESIDOR (Fès.Com, 20 Juillet 2006, n° 1209, inédit) : « il y a une ressemblance nette entre les marques de nature à tromper le client, ce qui constitue un acte de concurrence déloyale », SPECIAL 2 de SIGNAL 2 (Casablanca.Com, 13 Février 2007, 2007/880, inédit) : « il y a une grande ressemblance entre les produits de ces marques : les lettres qui les composent, la façon d'écriture, leur forme et leur couleur ainsi que leur emballage, ce qui crée une confusion dans l'esprit du consommateur sur le produit, sa provenance et son espèce. Ce comportement caractérise un fait de concurrence déloyale » ; TRIPLEX de TWIX et TWIX TOP (Fès.Com, 17 Avril 2007, n° 656, inédit) : La ressemblance résulte de l'utilisation de certaines lettres, de leur écriture, de leur forme et couleur, des lettres T et X au début et à la fin du nom et de la voyelle I qui crée une résonnance particulière. Elle est qualifiée d'acte de concurrence déloyale, MARTIX de ARTIX (Fès.Com, 02 Octobre 2007, n° 1418, inédit) : l'utilisation des mêmes lettres, à savoir la lettre M en début de mot et I, à résonnance particulière est à l'origine de la ressemblance tant au niveau de l'écriture que de la prononciation de ces deux marques, ce qui induit le consommateur moyen en erreur sur le fabricant du produit. Cette similitude est une contrefaçon et un comportement punissable aux termes de l'article 84 du DOC, AL MAMZOOJ de MAMZOOJ (Casablanca, com, 20 Novembre 2007, n° 1691, inédit) ; JAVANA de JAVA (Fès, Com, 13 Novembre 2008, n° 1641, inédit) : « la ressemblance résulte tant du point de vue de l'écriture que de la prononciation : la suppression de quelques lettres ne distingue pas les deux marques dans l'esprit du public mais trompe l'acheteur sur la provenance du produit. Ce comportement tombe sous le coup des dispositions réprimant la concurrence déloyale » ; LEMPO de TEMPO (Fès.Com, 11 Octobre 2012, n° 1738, inédit) : cette imitation est à la fois un acte de concurrence déloyale et de contrefaçon ; Il en va de même pour STAVELEY qui imite illicitement STANLEY (Casablanca.Com, 26 Novembre 2013, 2013/5056, inédit).

Contra : dans le domaine pharmaceutique, il a été jugé qu'il n'y avait aucun risque de confusion entre la marque VIBREX et VIGOREX (Casablanca.Com, 20 Avril 2010, 2010/2043, inédit) : « Il y a une différence notable entre ces deux marques, ce qui exclut tout risque de confusion chez les professionnels, en l'occurrence les médecins et les pharmaciens d'autant plus que les médicaments ne sont pas des marchandises mis en vente dans les lieux publics comme les grandes surfaces, les magasins ou les souks, mais sont délivrés sur ordonnance médicale ou par le biais d'une pharmacie » ; Il en va de même de VISA et VIVA (Casablanca.Com, 17 Mai 2011, 2011/2208, inédit) : « il y a une dissemblance flagrante entre ces deux marques tant du point de vue de l'écriture que de la prononciation, d'autant plus que les parties ont enregistré leurs marques en incluant à la fois le nom et le modèle. Il en résulte que l'aspect extérieur des boîtes de crayons est totalement différent, ce qui exclut tout risque de confusion » ; l'utilisation de la marque HEEC postérieurement à l'enregistrement des marques HECI, HEC et HEI n'est pas de nature à tromper le public sur le fabricant ou le fournisseur et à détourner la clientèle : le service objet de marques est destiné à un public de lettrés en mesure de distinguer les services qu'il désire et non à une personne quelconque qui risque d'être induite en erreur (Cass.Com, 24 Avril 2006, n° 432, Les décisions de la chambre commerciale, 2007, Imprimerie Librairie Omnia Rabat, p 67 à 71).

1125 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1553, p.876.

Il en va de même de la jurisprudence marocaine : Casablanca.Com, 26 Mai 2005, 2005/1941, inédit : Il y a une grande similitude entre les boîtes de thé noir LONDON et LIPTON tant au niveau du volume, des couleurs utilisées, la façon d'écriture et la taille des lettres. Ceci conduit le consommateur d'intelligence moyenne à ne pas distinguer les produits; HAPPY BUNNY de BUGGS BUNNY (Casablanca.Com, 13 Décembre 2005, n° 2005/4622, inédit) : « la

Il existe un lien entre la marque nominale et la marque figurative correspondante. Ainsi la reproduction d'un nom correspondant à un dessin constitutif d'une marque figurative est constitutive d'une imitation et vice versa¹¹²⁶.

Deux nouveaux cas d'imitation impliquant la prise en compte d'un risque de confusion résultent de l'évolution de la jurisprudence concernant la contrefaçon stricto sensu. Il a été précédemment souligné que la contrefaçon par reproduction est cantonnée à la reproduction de la marque authentique dans tous ses éléments, sans retrait ni ajout¹¹²⁷. Dès lors, la reproduction d'un élément isolé d'une marque authentique ou son inclusion dans un ensemble complexe sont prises en compte au titre de l'imitation impliquant l'appréciation d'un risque de confusion¹¹²⁸. S'agissant de la reproduction d'un élément isolé de la marque, le risque de confusion n'existera que dans la mesure où cet élément isolé présenterait lui-même un caractère distinctif. Pour que la contrefaçon soit réalisée par la reproduction d'un seul élément, il faut d'une part que cet élément soit dominant, mais aussi que les autres soient insignifiants au point de ne pouvoir constituer des facteurs

comparaison à l'œil nu des dessins montre qu'il y a une grande ressemblance entre les lapins utilisés par les parties. Le fait d'utiliser l'expression HAPPY BUNNY ne masque pas la concurrence déloyale car l'appelante a eu recours à l'appellation BUNNY et à un dessin similaire sous forme de lapin. Cette imitation sème la confusion dans l'esprit du public sur le fabricant et la provenance du produit » ; Fès.Com, 17 Avril 2007, n° 656, inédit : la forme géométrique de la marque contrefaite TRIPLEX et l'écriture de ce nom en rouge sur fond blanc crée un flou chez le consommateur moyen lui faisant croire qu'il achète le produit de la marque authentique TWIX et TWIX TOP ; Casablanca.Com, 20 Décembre 2012, 2012/6075, inédit : la commercialisation de safran dans des boîtes portant la même marque au niveau de l'écriture, de la forme géométrique de celle-ci ainsi que des dessins de chaînes circulaires est constitutif de concurrence déloyale. En effet, il y a une ressemblance nette au niveau de l'aspect général et de la forme qui induit en erreur les consommateurs.

1126 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1553, p.876.

1127 V Supra p 225 et s.

1128 il a été jugé que CHAUSSURES MOUSSAOUI LEVRAI constituait une imitation illicite de CHAUSSURES MOUSSAOUI (Fès.Com, 08 Octobre 2002, n° 1063, inédit) : « l'utilisation d'une marque similaire trompe le public » ; ARMANI HOMME de ARMANI (Fès.Com, 21 Janvier 2003, n° 85, inédit) : il y a concurrence déloyale du fait de l'utilisation du même nom, malgré l'ajout du mot HOMME car l'enregistrement de la marque ARMANI HOMME s'est fait postérieurement à celui d'ARMANI, ce qui crée une confusion dans l'esprit du client ; ARMANI-MARIO de ARMANI et GIORGIO ARMANI (Fès.Com, 01 Mars 2007, n° 364, inédit) ; bpt VILLASET/AUDIO de bpt (Fès.Com, 05 Mars 2009, n° 398, inédit) : « Il y a ressemblance entre ces marques à la fois du point de l'écriture et de la prononciation, ce qui induit en erreur le consommateur sur le fabricant et l'origine du produit » ; MX.JVC de JVC (Fès.Com, 29 Janvier 2009, n°178, inédit) : la ressemblance de ces deux marques résulte tant du point de vue de l'écriture que de la prononciation, ce qui crée une confusion dans l'esprit du public qui ne distingue plus les deux sociétés malgré l'ajout du terme MX ; ANDALUCIA POTAJE de POTAJE (Fès.Com, 24 Mars 2011, n° 401, inédit) ; CAMERA COMPRESS de CAMERA (Cass.Com, 12 Avril 2012, n°402, Le bulletin des décisions de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, Série 3, n° 11, 2013, Imprimerie Librairie Omnia Rabat, p 71 à 73) : la commercialisation de produits de nature différente et portant une marque contrefaite dans les mêmes points de distribution et de vente est de nature à créer la confusion dans l'esprit du consommateur sur le fabricant et l'image du produit ; SEPT CHAINES de DEUX CHAINES (Casablanca.Com, 20 Décembre 2012, 2012/6075, inédit) : il y a une ressemblance manifeste entre ces deux marques du point de vue de l'aspect général et de la forme ce qui induit les consommateurs en erreur sur la provenance du produit ; MARINADOR SNACK de MARINADOR (Casablanca.Com, 28 Mai 2013, 2013/2914, inédit) : « l'inclusion du mot MARINADOR qui constitue la marque distinctif de la défenderesse, dans la dénomination commerciale des demandeurs est considérée comme une atteinte à un droit protégé juridiquement. Elle crée aussi une confusion dans l'esprit du public, surtout que le domaine d'activité concerné est le même, à savoir la restauration ».

pertinents d'examen¹¹²⁹. Si tel n'est pas le cas, le juge ne saurait mener l'examen du risque de confusion au regard de ce seul élément, fût-il dominant ; il doit procéder à une appréciation d'ensemble¹¹³⁰. De même, en ce qui concerne la reproduction de la marque dans un ensemble, si les tribunaux français la condamnaient à l'origine systématiquement, la jurisprudence avait atténué la brutalité de cette solution par la construction dite du « tout indivisible » qui obligerait les juges de fond à rechercher si dans l'ensemble la marque reproduite avait ou non conservé son pouvoir distinctif et conduisait à écarter la contrefaçon dans ce dernier cas¹¹³¹. Cette jurisprudence impliquait déjà, au moins implicitement de tenir compte du risque de confusion, et c'est à une telle appréciation que se livraient les tribunaux lorsqu'ils s'interrogeaient sur le point de savoir si la marque avait, dans l'ensemble complexe dans lequel elle était reproduite conservé ou non son caractère distinctif. Le droit communautaire invite à une démarche de même nature¹¹³².

L'imitation peut prendre également une forme purement intellectuelle et se réaliser par association d'idées¹¹³³. Dans ce cas, la démarche est plus subtile et consiste à adopter une marque dont la structure est très différente de la marque d'autrui, mais qui conduit le consommateur à effectuer avec elle un rapprochement intellectuel. L'imitation est alors constituée par le fait que la marque choisie fait immédiatement penser à celle d'autrui, ce qui implique une transposition du risque de confusion qui constitue un élément constitutif de l'imitation de marque. En effet, dans l'imitation par analogie, le risque de confusion a pour objet les marques elles-mêmes dont la similitude peut conduire le consommateur à prendre l'une pour l'autre. Quant à l'imitation par association d'idées, la différence de structure des marques en cause écarte un tel risque. Il en découle que la confusion porte sur l'origine du produit et il y a imitation parce que le consommateur peut être conduit à penser que les produits proviennent de la même entreprise à qui il attribuerait à tort la propriété des deux marques. Ce risque de confusion sur l'origine est assez facilement réalisé en présence de marques synonymes. L'imitation par synonymie a parfois conduit les tribunaux à condamner pour imitation illicite celui qui adopte une marque dont le sens est plus ou moins voisin de celui d'une autre marque¹¹³⁴. Toutefois, il faut faire preuve de mesure sous peine de donner à la marque un

1129 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1554, p.877.

1130 Com, 6 Mars 2007, <https://www.legifrance.gouv.fr/> , Com.10 Mai 2011, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1131 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1554, p.877

1132 CJCE, 6 Octobre 2005, aff.C120/04, <http://eur-lex.europa.eu/>

1133 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1555, p.878.

1134 Il a ainsi été jugé que Coup de foudre imitait Coup de Cœur (Paris, 7 Mars 1988 <https://www.doctrine.fr/>) et Page soleil imitait Pages jaunes (CA Paris, 27 Mai 1992, <http://www.lexinter.net/>).

rayonnement excessif¹¹³⁵. C'est également une imitation par synonymie que peut réaliser la traduction d'une marque authentique dans une autre langue, qu'il s'agisse de la traduction française d'une marque constituée par des mots étrangers ou inversement. La jurisprudence française considère qu'il y a imitation illicite lorsque la traduction évoque la marque authentique, ce qui dépend du niveau de connaissance linguistique que l'on prête au consommateur moyen¹¹³⁶. Au demeurant, certaines décisions ont considéré que l'imitation frauduleuse pouvait être réalisée par contraste¹¹³⁷. Il y a là selon M.AZEMA, M.GALLOUX, une extension contestable de la protection due à la marque dans la mesure où il y a non seulement aucun risque de confusion entre les marques mais où, la confusion sur l'origine apparaît assez divinatoire. Ce qui est sanctionné c'est davantage la volonté de parasitisme, ce qui devrait conduire à traiter la question sur le terrain de l'action en concurrence déloyale et non celui de la contrefaçon¹¹³⁸.

2. L'appréciation de l'imitation

Il se dégage de la jurisprudence marocaine disponible le principe selon lequel l'imitation est l'utilisation ou l'extraction des éléments essentiels et caractéristiques de la marque, sans aucune modification¹¹³⁹. La jurisprudence est constante sur la façon d'apprécier l'imitation d'après les similitudes entre les marques et non les différences¹¹⁴⁰, sous réserve qu'elles induisent le public¹¹⁴¹

1135 Ainsi, Contrat de sécurité totale n'imité pas Contrat de confiance (TGI Paris, 29 Mai 1974, <https://www.doctrine.fr/>, Badaboum n'imité pas Patatras (TGI Paris, 19 Décembre 1977, <https://www.doctrine.fr/>, Claridge n'imité pas Carlton (Paris, 7 Février 1991, <https://www.doctrine.fr/>).

1136 Ainsi, il a été jugé que la marque « Riz Flash » n'imitait pas « Riz éclair » (Paris, 3 Novembre 1959, <https://www.doctrine.fr/>) et qu'en revanche « Le temps de la finance » imitait « The Financial Times » (<https://www.doctrine.fr/>).

1137 Ainsi la marque La vache sérieuse a été considérée comme une imitation illicite de La vache qui rit (Cass.Civ, 3^{ème}, 5 Janvier 1966, <http://www.juritravail.com/>)

1138 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1556, p.879.

1139 Fès.Com, 05 Mars 2009, n° 398, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès, Com, 13 Novembre 2008, n° 1641, inédit (faits de concurrence déloyale).

1140 Fès.Com, 20 Mars 2003, n° 313, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Fès,Com, 25 Mars 2004, n° 358, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Casablanca.Com, 26 Mai 2005, 2005/1941, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 06 Décembre 2005, n° 1477, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 24 Mai 2006, n° 833, inédit ; Fès.Com, 17 Avril 2007, n° 656, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Casablanca.Com, 14 Juin 2007, n° 2007/3324, inédit(faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 21 Juin 2007, n° 1022, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 13 Septembre 2007, n° 1297, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 5 Mars 2009, n° 398, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 16 Septembre 2009, n° 1307, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 2 Novembre 2010, n° 1574, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 5 Juin 2012, n° 1048, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 11 Octobre 2012, n° 1738, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Casablanca.Com, 20 Décembre 2012, 2012/6075, inédit (faits de concurrence déloyale) .

1141 La jurisprudence emploie de façon indifférente les termes public : Fès.Com, 02 Janvier 2003, n° 4, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 17 Avril 2007, n° 656, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 21 Juin 2007, n° 1022, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 2 Novembre 2010, n° 1574, inédit (faits de concurrence déloyale) , consommateur moyen : Fès.Com, 17 Avril 2007, n° 656, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 21 Juin 2007, n° 1022, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 5 Juin 2012, n° 1048, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 11 Octobre 2012, n° 1738, inédit (faits de

en erreur. Les ressemblances ne doivent pas nécessairement être parfaites : il suffit qu'il y ait similitude approximative à même de créer un risque de confusion chez le consommateur d'intelligence moyenne¹¹⁴². Quant aux dissemblances elles ne sont souvent que partielles¹¹⁴³ et visent à dissimuler le fait imitatif¹¹⁴⁴ ou le camoufler¹¹⁴⁵. Au surplus, le concept de confusion dans l'esprit du consommateur est apprécié globalement en tenant compte à la fois de la similitude des marques, mais aussi du domaine de l'utilisation des produits ou services couverts ainsi que du lieu de distribution et de commercialisation¹¹⁴⁶. Ce risque de confusion réside dans le fait que le public puisse croire que les produits proviennent de la même entreprise : Il y a erreur sur le fabricant, la provenance, le type, la qualité ou l'image du produit¹¹⁴⁷.

En deuxième lieu, ce risque de confusion doit s'apprécier globalement et se fonder sur une impression d'ensemble produite par les marques¹¹⁴⁸. La ressemblance¹¹⁴⁹ ou la dissemblance¹¹⁵⁰ doit être perceptible à l'œil nu pour le consommateur.

Il est intéressant de noter que le juge s'attache dans certains cas à définir le public concerné et par rapport auquel il faudra apprécier le risque de confusion. Ainsi, il n'y a pas de confusion entre les autocars de deux sociétés de transport d'employés¹¹⁵¹. En effet, à la différence nette entre les marques figuratives s'ajoute le fait que ce type d'activité s'adresse aux salariés et fonctionnaires

contrefaçon et de concurrence déloyale), consommateur : Fès.Com, 20 Mars 2003, n° 313, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 25 Mars 2004, n° 358, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Cass.com, 12 Avril 2012, n°402, Le bulletin des décisions de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, Série 3, n° 11, 2013, Imprimerie Librairie Omnia Rabat, p 71 à 73), consommateur d'intelligence : Casablanca.Com, 14 Juin 2007 , n° 2007/3324, inédit ; Casablanca.Com, 26 Mai 2005, n° 2005/1941, inédit (faits de concurrence déloyale)) ou d'attention moyenne : Fès.Com, 24 Mars 2011, n° 401, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ou client : Fès.Com, 25 Mars 2004, n° 358, inédit (faits de concurrence déloyale).

1142 Casablanca.Com, 26 Mai 2005, 2005/1941, inédit (faits de concurrence déloyale).

1143 Un autre arrêt emploie l'expression de différences légères : Fès.Com, 06 Décembre 2005, n° 1477, inédit (faits de concurrence déloyale). Dans la même veine, un autre utilise l'expression de simples modifications : Casablanca.Com, 26 Mai 2005, 2005/1941, inédit (faits de concurrence déloyale).

1144 Fès.Com, 17 Avril 2007, n° 656, inédit (faits de concurrence déloyale).

1145 Fès.Com, 21 Juin 2007, n° 1022, inédit (faits de concurrence déloyale).

1146 Cass.Com, 12 Avril 2012, n°402, Le bulletin des décisions de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, Série 3, n° 11, 2013, Imprimerie Librairie Omnia Rabat, p 71 à 73: La commercialisation de produits de nature différente et portant une marque contrefaite dans les mêmes points de distribution et de vente est de nature à créer la confusion dans l'esprit du consommateur sur le fabricant et l'image du produit.

1147 Fès.Com, 15 janvier 2002, n°68, inédit ; Casablanca.Com, 26 Mai 2005, 2005/1941, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès, Com, 13 Novembre 2008, n° 1641, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Casablanca.Com, 05 Juillet 2005, n° 2011/2208, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 20 juillet 2006, n°1209, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 2 Novembre 2010, n° 1574, inédit (faits de concurrence déloyale) ; Fès.Com, 24 Juin 2010, n° 927, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Fès,Com, 24 Mars 2011, n° 401, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Casablanca.Com, 26 Novembre 2013, n° 2013/5056, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ;

1148 Fès. Com, 24 Mars 2011, n° 401, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale) ; Casablanca.Com, 20 Décembre 2012, 2012/6075, inédit (faits de concurrence déloyale)

1149 Fès. Com, 2 Janvier 2003, n° 07, inédit (faits de contrefaçon et de concurrence déloyale).

1150 Casablanca.Com, 14 Juin 2007, n° 2007/3324, inédit (faits de concurrence déloyale)

1151 Ibid.

d'entreprises spécifiques sur la base de contrats avec ces sociétés de transports. Il ne peut donc y avoir d'amalgame pour cette catégorie de public.

Au surplus, il y a une différence notable entre les marques VIGOREX et VIBREX, ce qui exclut tout risque de confusion chez les professionnels, en l'occurrence les médecins et les pharmaciens d'autant plus que les médicaments ne sont pas des marchandises mis en vente dans les lieux publics comme les grandes surfaces, les magasins ou les souks, mais sont délivrés sur ordonnance médicale ou par le biais d'une pharmacie. Enfin, l'utilisation de la marque HEEC postérieurement à l'enregistrement des marques HECI, HEC et HEI n'est pas de nature à tromper le public sur le fabricant ou le fournisseur et à détourner la clientèle. En effet, le service objet de marques est destiné à un public de lettrés en mesure de distinguer les services qu'il désire et non à une personne quelconque qui risque d'être induite en erreur¹¹⁵².

Enfin, le caractère distinctif de la marque¹¹⁵³ et sa renommée doivent être pris en compte pour apprécier si la similitude entre les signes ou entre les produits est suffisante pour générer un risque de confusion.

En revanche, la notoriété de la marque¹¹⁵⁴ constitue en tout état de cause un facteur pertinent de l'appréciation du risque de confusion. Il en va de même de la marque qui reproduit le nom commercial d'une société protégé au titre de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle en date du 30 Mars 1889¹¹⁵⁵.

1152 Cass.Com, 24 Avril 2006, n° 432, Les décisions de la chambre commerciale, 2007, Imprimerie Librairie Omnia Rabat, p 67 à 71.

1153 La marque ne peut être protégée par l'action en contrefaçon ou en concurrence déloyale que si elle revêt le caractère de distinctivité : Com. Fès, 24 Janvier 2006, n° 66, inédit ; Com. Casablanca, 27 Juin 2006, n° 06/3587, inédit ; CA. Fès, 14 Février 2008, n° 255, inédit ; Com. Casablanca, 08 Février 2010, n° 2011/598, inédit.

1154 Ainsi, il a été jugé que l'enregistrement et l'utilisation de la marque MX.JVC postérieurement à la marque JVC constitue un fait d'imitation frauduleuse et de concurrence déloyale malgré la différence de nature des produits utilisés sous couvert de ces marques (Fès.Com, 29 Janvier 2009, n°178, inédit). En effet, la marque japonaise JVC est une marque notoire qui bénéficie de la protection de l'article 162 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée, ainsi que l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle en date du 30 Mars 1889.

L'article 162 de la loi n°17-97 dispose que : « Le titulaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle peut réclamer l'annulation de l'enregistrement d'une marque susceptible de créer une confusion avec la sienne. Cette action en nullité se prescrit par cinq ans à compter de la date d'enregistrement de la marque à moins que ce dernier n'ait été demandé de mauvaise foi ».

L'article 6 bis 1) de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle en date du 30 Mars 1889 énonce que : « Les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec celle-ci ».

1155 Fès.Com, 25 Décembre 2008, n° 1852, inédit : L'enregistrement de marques qui reproduisent le nom commercial d'une société protégé au titre de l'article 8 de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle en date du 30 Mars 1889 (et utilisé à titre de marque) est constitutif de contrefaçon et de concurrence déloyale à l'égard

II. Les formes de la reproduction

La contrefaçon est réalisée dès lors que la marque d'autrui est matériellement reproduite et indépendamment de tout usage¹¹⁵⁶. La seule fabrication des étiquettes ou des emballages comportant la marque contrefaite constitue l'infraction. En pratique, c'est l'usage qui le plus souvent révélera la contrefaçon, mais celle-ci existe dès le moment de la reproduction. Par ailleurs, le seul dépôt d'une marque contrefaite postérieurement à une marque authentique enregistrée par autrui est constitutif de contrefaçon¹¹⁵⁷, concurrence déloyale¹¹⁵⁸ ou de contrefaçon et concurrence déloyale¹¹⁵⁹.

En l'absence de jurisprudence marocaine diversifiée en ce qui concerne les formes de la reproduction sanctionnées au titre de la contrefaçon, il convient de se référer aux autres cas de figures mis en exergue par le droit français.

Ainsi, il n'est pas nécessaire que la marque soit matériellement apposée sur le produit, il suffit qu'elle soit incorporée dans un document publicitaire¹¹⁶⁰. Au demeurant, dans certains secteurs, en particulier dans celui de la parfumerie mais aussi de la joaillerie s'est développée la pratique dite des tableaux de concordance. Elle consiste à vendre des produits sous une dénomination quelconque, voire sous un numéro, en indiquant grâce à des tableaux de concordance les produits de marque auxquels ils correspondent. La jurisprudence française y a souvent vu un délit d'usage de marque et ceci même si ces tableaux étaient remis non directement aux clients, mais aussi aux revendeurs. L'hésitation à y voir un acte de contrefaçon tient à ce que cette pratique ne porte pas atteinte à la fonction essentielle de la marque faute d'induire le consommateur en erreur sur l'origine du produit¹¹⁶¹. En ajoutant à cette fonction essentielle les fonctions d'investissement, de communication ou de publicité la cour de justice des communautés¹¹⁶² facilite la sanction de cette atteinte à la marque et légitime la qualification de contrefaçon.

de l'entreprise propriétaire de ce signe distinctif ainsi que de l'entreprise, ayant le droit de distribution exclusive des produits de celle-ci.

L'article 8 la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle en date du 30 Mars 1889 dispose que : « Le nom commercial sera protégé dans tous les pays de l'Union sans obligation de dépôt ou d'enregistrement, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce ».

1156 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1561, p.881.

1157 Ibid

1158 Fès.Com, 25 Décembre 2008, n° 1852, inédit.

1159 Fès.Com, 21 Janvier 2003, n° 85, inédit.

1160 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1562, p.882.

1161 Ibid

1162 CJCE, 18 Juin 2009, <http://curia.europa.eu/>

En revanche, la contrefaçon n'est pas réalisée dès lors que la dénomination est utilisée non pas à titre de marque mais dans une expression où le terme est employé dans son sens commun et nécessaire¹¹⁶³. Le graphisme dans lequel le terme est utilisé, ainsi que la manière de le présenter permettront de distinguer l'usage à titre de marque constitutif d'une contrefaçon, de l'usage dans le sens commun qui ne l'est pas¹¹⁶⁴.

Au plus, la contrefaçon est réalisée même si elle est commise pour couvrir des produits authentiques provenant du titulaire de la marque, mais revêtus de celle-ci sans son autorisation¹¹⁶⁵. Dès lors le fait de reconditionner des produits authentiques en reproduisant la marque d'autrui est une contrefaçon.

Enfin, une jurisprudence constante décidait que la reproduction de la marque d'autrui en constituait la contrefaçon, que la marque reproduite soit elle-même utilisée à titre de marque et apposée sur des produits, ou qu'elle soit utilisée par le contrefacteur comme un autre signe distinctif, en particulier à titre de nom commercial¹¹⁶⁶, d'enseigne¹¹⁶⁷, ou plus récemment de nom de domaine¹¹⁶⁸. Or, il est nécessaire que cette utilisation porte atteinte aux fonctions de la marque, telles qu'elles sont définies par le droit communautaire et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs que tous les produits ou services ont été fabriqués sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité. En effet, la CJCE a précisé que le tiers doit utiliser le signe « de telle façon qu'il s'établisse un lien entre le signe constituant la dénomination sociale, le nom commercial ou l'enseigne du tiers et les produits commercialisés ou les services fournis par le tiers »¹¹⁶⁹.

Il est intéressant de souligner que de nombreuses difficultés ont surgi concernant l'utilisation de la marque d'autrui sur l'Internet¹¹⁷⁰. Conformément à la règle « premier arrivé, premier servi »,

1163 L'expression *Histoire de femmes* choisie comme le titre d'une étude historique sur les femmes ne saurait constituer la contrefaçon d'une marque complexe comportant le terme des femmes (Paris, 31 Janvier 1997, <https://www.doctrine.fr/>). Il en va de même d'un catalogue présentant des luminaires avec la mention « une atmosphère Louisiane avec de belles suspensions rétro (...) » ne contrefait pas la marque Louisiane enregistrée pour des appareils d'éclairage (Com.6 Mai 1996, <https://www.legifrance.gouv.fr/>).

1164 Paris, 10 Septembre 1999, <https://www.doctrine.fr/> ; Paris, 13 Octobre 1999, 4^{ème} ch.Sect A, n° 97/13664, Paris, 15 Juin 2000, Gaz.Pal.15, 16 Juin 2002, p.27 ; Com 18 Mai 2010, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1165 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1564, p.883.

1166 Fès.Com, 15 Novembre 2007, n° 1644, inédit : L'enregistrement du nom commercial ALIN JILLAS CONCENTRADES par l'intimé, postérieurement au dépôt de la marque ALIN par l'appelante constitue un acte de concurrence déloyale ;

1167 Paris, 2 Octobre 1986, <https://www.doctrine.fr/>; Com.7 Février 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1168 Com, 14 Décembre 2016, Bull.civ.IV, n° 221

1169 CJCE, 11 Septembre 2007, <http://curia.europa.eu/>

1170 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1566, p.885.

l'attribution d'un nom de domaine implique pour le premier qui a demandé l'attribution, un droit exclusif sur ce nom. Si le nom de domaine constitue une marque enregistrée dans un pays, et le cas échéant dans d'autres pays, il convient de distinguer selon que l'attributaire du nom de domaine est ou non titulaire de la marque. Dans le premier cas, il n'y a aucune difficulté juridique, alors que dans le second un conflit peut surgir entre le titulaire de la marque et le tiers utilisateur qui en a demandé et obtenu l'attribution en tant que nom de domaine. La jurisprudence française est assez abondante sur cette question¹¹⁷¹. Dans un premier temps, les tribunaux ont assez largement condamnée pour contrefaçon ceux qui reproduisaient sur un site internet la marque d'autrui¹¹⁷². La répression des pratiques de « cybersquattage » est compréhensible mais des inquiétudes ont surgi relativement à la méconnaissance du principe de spécialité. En effet l'utilisation de la marque d'autrui, fût-ce sur Internet, ne paraît condamnable que dans la mesure où elle concerne des produits ou services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée. C'est la raison pour laquelle les décisions les plus intéressantes prennent soin de relever l'atteinte conformément au principe de spécialité¹¹⁷³. Dans la mesure où la spécialité du nom de domaine s'apprécie concrètement au regard des produits ou services qu'il promet, il en résulte qu'un site inexploité ne saurait porter atteinte à une marque antérieure et constituer la contrefaçon¹¹⁷⁴.

A cet égard, la Cour de Cassation a mis fin à une pratique imaginée par certains, pour s'en affranchir et consistant à opérer le dépôt de la marque en classe 38, désignant les services de communication télématique¹¹⁷⁵. Ainsi, il a été jugé « qu'un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu importe que celle-ci soit déposée en classe 38 pour désigner des services de communication télématique que si les produits ou services offerts sur ce site sont soit identiques soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ».

1171 Ibid.

1172 TGI Bordeaux, 22 Juillet 1996, <http://www.legalis.net/> ; TGI Drarguigan, 21 Août 1997, <http://www.legalis.net/>.

1173 TGI Nanterre, 18 Janvier 1999, <http://www.legalis.net/> ; TGI Paris, 24 Mars 1999, RDPI, n°98, p.36 ; TGI Paris, 17 Avril 1999 ; TGI Paris, 14 Juin 1999, <http://www.legalis.net/> ; TGI Paris, 25 Mai 1999, <http://www.legalis.net/> ; *Contra* : décisions écartant le grief de contrefaçon de marque lorsqu'il s'agit de produits ou services différents : TGI Paris, 23 Mars 1999, <http://www.legalis.net/>.

Il faut réserver le cas dans lequel la notoriété de la marque ainsi piratée entrainera la responsabilité du « cybersquatter » même si le nom de domaine désigne des produits ou des services différents (TGI Nanterre, 16 Septembre 1999, <http://www.legalis.net/>).

1174 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1698, p.963. Il faut réserver le cas de sites parking permettent de tirer profit d'un nom de domaine menant à un signe inexploité par le biais de liens publicitaires menant vers d'autres sites. Un nom de domaine qui mène à un site affichant une page de Parking ne doit pas être considéré comme inexploité. V BOUVET (A), SARDAIN (F), 2009, Actualités des noms de domaine : Le droit tenté par la diversité, Revue Propriétés Intellectuelles, Avril 2011, N° 39, n° 32, p.216.

1175 Com, 13 Décembre 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Cet équilibre a été remis en cause par l'article 45-2 du Code des postes et des communications électroniques. Celui-ci prévoit que l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé notamment lorsqu'il est susceptible de porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi. Les auteurs avaient unanimement dénoncé les graves imperfections d'un texte antérieur similaire¹¹⁷⁶ qui faisait peu de cas des règles relatives à la reconnaissance d'un droit de propriété industrielle et, notamment en matière de marques, du principe de spécialité¹¹⁷⁷.

En l'absence de jurisprudence marocaine disponible en la matière, il convient de mettre en exergue les textes pertinents concernant les conflits entre un nom de domaine et une marque enregistrée. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article 45 de la décision ANRT/DG/n° 12-14 du 21 Novembre 2014 relative aux modalités de gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine internet «. MA » édicte que « lorsque le litige porte sur un nom de domaine «.ma » ayant trait à une marque de fabrique, de commerce ou de service protégés au Maroc, le titulaire est tenu de se soumettre à la procédure alternative de résolution de litiges relatifs aux noms de domaine «.ma » ». Cette procédure est prévue par un règlement du Centre d'arbitrage et de médiation de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)¹¹⁷⁸, publié sur le site de l'ANRT¹¹⁷⁹ et entrée en vigueur le 10 Juin 2015¹¹⁸⁰.

1176 En effet, le décret n° 2007-162 du 6 Février 2007 dont le contenu figurait à l'article R 20 44.45 du CPCE prévoyait qu' « un nom identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de propriété intellectuelle par les règles nationales ou communautaires ou par le présent Code ne peut être choisi comme nom de domaine, sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi ».

1177 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n°1699, p 963 ; MANARA (C), Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine français, D.2007.chron.1740 ; BOUVET (A), SARDAIN (F), Actualité des noms de domaine : le droit débordé par la technique, Revue Propriétés. Intellectuelles, Janvier 2008, N° 26, p37 ; BOUVET (A), SARDAIN (F), Actualités des noms de domaine : Le droit tenté par la diversité, Revue Propriétés. Intellectuelles, Avril 2011, N° 39, n° 32, p.216 ; TARDIEU GUIGUES (E), L'article R.20 44.45 du décret du 6 Février 2007 relatif à l'attribution des noms de domaines du Code des postes et communications électroniques : l'expression de l'incertitude juridique, RLD, immat.Juin 2009, p.63.

1178 Afin d'apporter une solution par voie extra judiciaire, des procédures d'arbitrage et de médiation ont été mises en place. L'une ne concerne que les litiges opposant le titulaire d'une marque ou réservataire d'un nom de domaine postérieur. Il s'agit de la procédure UDRP (Uniform Domain Name Resolution Policy). Adoptés par l'INCANN, les principes directeurs uniformes pour le règlement des litiges entrés en vigueur le 1^{er} Décembre 1999, en décrivent le fonctionnement. Ils incorporent pour l'essentiel les recommandations figurant dans un rapport de l'OMPI sur les noms de domaine publié le 30 Avril 1999. Le litige est porté devant l'un des organismes agréés par l'INCANN au nombre desquels figure le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. Un expert unique ou un collège de trois experts tranchera, étant observé que cette procédure n'exclut pas le recours à une procédure judiciaire.

1179 <https://www.anrt.ma/>

1180 Ce règlement prévoit dans son préambule que : « Conformément à la décision de nommage du domaine «.ma», le règlement sur la procédure alternative de résolution de litiges du domaine «.ma» est applicable aux noms de domaine «.ma» ayant trait à une marque de fabrique, de commerce ou de service protégée au Maroc Il régit la procédure alternative de résolution de litiges entre un requérant et un défendeur concernant un nom de domaine «.ma». Le

Ce texte précise que le défendeur est tenu de se soumettre à une procédure obligatoire au cas où un tiers (le requérant) fait valoir auprès du Centre la preuve que les trois éléments suivants sont réunis¹¹⁸¹. En premier lieu, le nom de domaine est identique ou semblable au point de prêter à confusion, à une marque de fabrique, de commerce ou de service sur laquelle le requérant a des droits protégés au Maroc. Au plus, le défendeur n'a aucun droit sur le nom de domaine ni aucun intérêt légitime qui s'y attache¹¹⁸². Enfin, le nom de domaine a été enregistré ou est utilisé de mauvaise foi¹¹⁸³.

Il en ressort que ces conditions résultent malheureusement d'une reproduction de l'article 45-2 du Code des postes et des communications électroniques français en droit marocain, sans tenir compte des réserves qu'il a suscitées¹¹⁸⁴. Plus précisément, la première exigence de ce texte, à l'instar du

règlement s'applique à l'ensemble des noms de domaine enregistrés auprès de l'ANRT. Le défendeur s'y soumet en acceptant les conditions de la décision de nommage ».

Il convient de préciser que la décision de nommage est définie par le règlement sur la procédure alternative de résolution de litiges du domaine «.ma» comme suit : règles régissant la gestion administrative, technique et commerciale des noms de domaine «.ma».

1181 Article 2.a du règlement du Centre d'arbitrage et de médiation de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), entré en vigueur le 10 Juin 2015.

1182 Le règlement prévoit au 2.c) :

« c. Comment prouver, en réponse à une demande, ses droits sur un nom de domaine et ses intérêts légitimes qui s'y attachent. Si l'expert considère les faits comme établis au vu de tous les éléments de preuve présentés, la preuve des droits du défendeur sur le nom de domaine ou d'intérêt légitime qui s'y attache, peut être constituée, en particulier, par l'une des circonstances ci-après :

(i) avant d'avoir eu connaissance du litige, le défendeur a utilisé le nom de domaine ou un nom correspondant au nom de domaine en relation avec une offre de bonne foi de produits ou de services, ou fait des préparatifs sérieux à cet effet;

(ii) le défendeur est connu sous le nom de domaine considéré, même sans avoir acquis de droits sur une marque de fabrique, commerce ou de service; ou

(iii) le défendeur fait un usage non commercial légitime ou un usage loyal du nom de domaine sans intention de détourner à des fins lucratives les consommateurs en créant une confusion ni de ternir la marque de fabrique, commerce ou de service en cause »

1183 Le règlement prévoit au 2.b) :

« Preuve de l'enregistrement ou de l'utilisation de mauvaise foi.

La preuve de ce que le nom de domaine a été enregistré ou est utilisé de mauvaise foi peut être constituée, en particulier, pour autant que leur réalité soit constatée par l'expert, par les circonstances ci-après :

(i) les faits montrent que le défendeur a enregistré ou acquis le nom de domaine essentiellement aux fins de vendre, de louer ou de céder d'une autre manière l'enregistrement de ce nom de domaine au requérant qui est le propriétaire de la marque de fabrique, de commerce ou de service protégée au Maroc, ou à un concurrent de celui-ci, à titre onéreux et pour un prix excédant le montant des frais que le défendeur peut prouver avoir déboursé en rapport direct avec ce nom de domaine;

(ii) le défendeur a enregistré le nom de domaine en vue d'empêcher le propriétaire de la marque de fabrique, commerce ou de service protégée au Maroc de reprendre sa marque sous forme de nom de domaine, et le défendeur est coutumier d'une telle pratique;

(iii) le défendeur a enregistré le nom de domaine essentiellement en vue de perturber les opérations commerciales d'un concurrent; ou

(iv) en utilisant ce nom de domaine, le défendeur a sciemment tenté d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs de l'Internet sur un site Web ou autre espace en ligne lui appartenant, en créant une probabilité de confusion avec la marque du requérant en ce qui concerne la source, le commanditaire, l'affiliation ou l'approbation du site du défendeur ou espace Web ou d'un produit ou service qui y est proposé ».

1184 Celles-ci ont été soulevées à la page précédente.

droit français fait bon marché du principe de spécialité qui a pourtant vocation à régir l'ensemble de signes distinctifs¹¹⁸⁵. Cela est regrettable car l'encadrement du choix et de l'usage des noms de domaine sur internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre.

La doctrine française considère que l'atteinte à la marque peut être réalisée quand bien même le site serait situé à l'étranger dès lors qu'il est accessible en France¹¹⁸⁶. Cependant, certaines décisions ont écarté le grief de contrefaçon de marque dès lors qu'il résulterait des circonstances qu'il n'est pas porté atteinte à la marque française. Il faut bien évidemment tenir compte de la langue dans laquelle le site est accessible. Le seul fait qu'il ne le soit que dans une langue étrangère a parfois conduit le juge à écarter la contrefaçon¹¹⁸⁷. Mais cela peut paraître insuffisant si ne s'y ajoutent pas d'autres éléments dont il résulterait qu'il ne peut viser le public français, comme par exemple le fait que les produits ne seraient pas disponibles en France¹¹⁸⁸.

Les tribunaux ont parfois condamné également au titre de la contrefaçon de marque l'emploi fait de la marque d'autrui par les moteurs de recherche proposant parmi une liste de mots-clefs, pour la mise en place de liens hypertextes, des termes déposés à titre de marques¹¹⁸⁹. Il n'en demeure pas moins que d'autres décisions ont écarté dans ce cas le grief de contrefaçon mais retenu la responsabilité civile de l'annonceur et parfois du moteur de recherche sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil, pour n'avoir pas vérifié après le choix par l'annonceur d'un mot clef constituant une marque, si cette utilisation était licite¹¹⁹⁰. La Cour de cassation, par trois arrêts en date du 20 Mai 2008¹¹⁹¹, a interrogé la CJCE en interprétation sur ce point des dispositions de droit communautaire. Il est nécessaire de mentionner que selon un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 23 Mars 2010¹¹⁹², il faut distinguer la situation de l'annonceur de celle du moteur de recherche. Le premier commet des actes de contrefaçon dans la mesure où l'usage de

1185 Voir les critiques qui ont notamment été formulées : BOUVET (A), 2004, Principe de spécialité et signes distinctifs, Coll.IRPI, t.24, Litec, Paris, 403 p.

1186 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n°1566, p.885.

1187 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1567, p.886.

1188 Ibid.

Il convient de souligner qu'afin d'apporter une solution à ces conflits et de faire échec à la pratique consistant à obtenir l'attribution à titre de nom de domaine d'une dénomination constituant la marque d'autrui, des procédures d'arbitrage et de médiation ont été mises en place et un règlement uniforme a été adopté. Parmi les organismes accrédités, figure le Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OMPI qui a réglé à ce jour près de 20000 litiges.

1189 CA Paris, 28 Juin 2006, <http://www.legalis.net/>.

1190 TGI Paris, 12 Juillet 2006, <http://www.legalis.net/>.

1191 N° 05-1433, 06-15136 et 06-20230.

1192 CJUE, 23 Mars 2010, Aff.C236/08, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2882.

la marque d'autrui porte atteinte à l'une des fonctions de la marque¹¹⁹³. En revanche, le moteur de recherche n'est pas coupable de contrefaçon, faute de faire usage de la marque dans le cadre de sa propre communication. Il ne peut par ailleurs être tenu responsable pour les données qu'il a stockées sauf s'il ne les a pas retirés après avoir été informé de leur caractère illicite ainsi que dans le cas où il a dépassé le rôle neutre et purement technique impliquant l'absence de connaissances et de contrôle des données qu'il stocke. Il a ainsi été jugé que le moteur de recherche n'avait pas engagé sa responsabilité dans la mesure où, au-delà des conseils de portée générale, il n'avait pas pris part à la rédaction du contenu des liens commerciaux. En outre, le contenu des mots clés avait été fait par l'annonceur, sans que le moteur de recherche, qui l'avait mis en garde sur la présence possible dans la liste des termes suggérés de signes couverts par un droit exclusif, ait exercé un contrôle sur ce choix. Cette jurisprudence rend d'autant plus utile l'action contre les annonceurs¹¹⁹⁴, dès lors que ce choix peut porter atteinte à la fonction essentielle de la marque en suggérant l'existence d'un lien économique entre l'annonceur et le titulaire de la marque¹¹⁹⁵.

Constatant que de nombreux objets et produits contrefaisants étaient offerts à la vente par le biais de plateformes d'enchères sur Internet, certains titulaires de marques notoires, ont recherché la responsabilité de ces sites - en particulier eBay - et leur condamnation pour contrefaçon¹¹⁹⁶. Une majorité des décisions a écarté cette prétention, au motif que ces sites ayant la qualité d'hébergeurs relevaient du régime de responsabilité aménagé prévu par loi pour la confiance dans l'économie numérique¹¹⁹⁷. Cette responsabilité ne peut pas être engagée si l'hébergeur n'a pas effectivement connaissance du caractère illicite des informations stockées ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a retiré les données ou en a rendu l'accès impossible¹¹⁹⁸.

Paragraphe 2 : La vente ou l'offre de vente des produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée

L'article 225 3) de la loi n°17-97¹¹⁹⁹ réprime celui qui aura détenu sans motif légitime des produits qu'ils savaient revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée et qui aura sciemment

1193 CJUE, 22 Septembre 2011, <http://curia.europa.eu/>.

1194 Paris, Pôle 5, 2^{ème} ch, 19 Novembre 2010, <http://www.legalis.net/>.

1195 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1568, p.887.

1196 Ibid.

1197 Paris, 9 Novembre 2007, <http://juriscom.net/> ; Trib.Com Paris, 30 Juin 2008, <http://www.legalis.net/> . Contra : Reims, 20 Juillet 2010, <http://www.legalis.net/>.

1198 TGI Paris, 13 Mai 2009, <http://www.legalis.net/> ; CJUE, 21 Juillet 2011, aff 324/09, <http://www.legalis.net/>
1199 L'article 225 3) de la loi n°17-97 précise que : « Sont considérés comme contrefacteurs et punis d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement...ceux qui ont détenu sans motif légitime des produits qu'ils savaient revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée et qui ont sciemment vendu, mis en vente, fourni ou offert de fournir des produits ou services sous une telle marque... »

vendu, mis en vente, fourni ou offert de fournir des produits ou services sous une telle marque. Cette disposition permet de poursuivre les commerçants qui sans avoir eux-mêmes réalisé l'apposition ou la contrefaçon se bornent à commercialiser le produit revêtu d'une marque frauduleusement apposée, ou contrefaite. Cette action pénale n'exclut pas les poursuites civiles pour contrefaçon¹²⁰⁰, action en concurrence déloyale¹²⁰¹ ou ces deux griefs cumulativement¹²⁰². Le second alinéa de l'article 201 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que « l'offre, la mise dans le commerce, la reproduction, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefait, lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefait, n'engage la responsabilité de leur auteur que s'il en avait connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance ». Il en découle que la personne qui ne fabrique pas ou ne produit pas des objets contrefaits n'est responsable de la contrefaçon que si elle en avait connaissance ou avait des motifs raisonnables d'en avoir connaissance. En effet, une présomption de mauvaise foi pèse logiquement sur le fabricant de produits protégés par les droits de propriété industrielle d'autrui¹²⁰³. En revanche, on ne peut poursuivre le commerçant de produits contrefaits que sous réserve de la preuve de la connaissance préalable des faits de contrefaçon. Il est intéressant de souligner que l'ancienne législation, en l'occurrence le Dahir du 23 Juin 1916 relatif à la protection de la propriété industrielle¹²⁰⁴ ne

1200 Casablanca.Com, 27 Novembre 2007, n° 2007/5448, inédit ; Casablanca.Com, 13 Février 2008, n° 2008/657, inédit ;

1201 Casablanca.Com, 13 Février 2007, n° 2007/880, inédit ; Casablanca.Com, 16 Octobre 2007, n° 2007/4679, inédit ; Fès.Com, 13 Mars 2008, n° 426, inédit ; Casablanca.Com, 30 Décembre 2008, n° 2007/5632, inédit ; Fès.Com, 21 Octobre 2009, n° 1504, inédit ; Casablanca.Com, 06 Juillet 2010, n° 2010/3556, inédit ; Fès.Com, 20 Juin 2011, n°841, inédit ;

1202 Casablanca.Com, 05 Juillet 2005, n° 2005/2675, inédit ; Fès.Com, 21 Juin 2007, n° 1022, inédit ; Casablanca.Com, 16 Octobre 2007, n° 2007/4681, inédit ; Fès.Com, 13 Mai 2008, n° 763, inédit ; Fès.Com, 8 Juillet 2008, n°1093, inédit ; Fès.Com, 21 Octobre 2009, n°1504, inédit ; Fès.Com, 07 Janvier 2010, n°24, inédit ; Fès.Com, 11 Mars 2010, n° 290, inédit ; Fès.Com, 24 Juin 2010, n° 927, inédit ; Fès.Com, 23 Décembre 2010, n° 1804, inédit ; Fès.Com, 20 Juin 2011, n° 841, inédit ; Casablanca.Com, 28 Juin 2011, n° 2011/3136, inédit ;

1203 HARBI (M), 2013, L'action en contrefaçon et la protection des droits de propriété industrielle et commerciale, Imprimerie Najah et Jadida, Casablanca, p.85

1204 L'article 89 du Dahir du 23 Juin 1916 (21 Chaabane 1884) relatif à la propriété industrielle disposait que « constituent des faits de concurrence déloyale :

1) Les infractions aux dispositions du présent Dahir lors même que les actes incriminés manqueraient de l'un des éléments susceptibles de les faire tomber sous le coup des pénalités qui feront l'objet du titre X ci-après ;

2) Les actes compris dans l'article 84 de notre Dahir formant Code des obligations et Contrats ».

Par ailleurs, l'article 120 de ce texte précise que « sont punis d'une amende de 50 à 3000 francs et d'un emprisonnement de trois mois à trois ans ou de l'une de ces de ces deux peines seulement :

1) Ceux qui sciemment ont contrefait une marque ou fait usage d'une marque sans l'autorisation de l'intéressé, même avec l'adjonction des mots « façon, recette, imité, genre, etc... » ou de toute autre indication propre à tromper l'acheteur.

2) Ceux qui ont frauduleusement apposé sur leurs produits ou les objets de leur commerce une marque appartenant à autrui ;

3) Ceux qui ont sciemment vendu ou mis en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée »

4) Ceux qui ont livré un produit autre que celui qui leur a été demandé sous une marque déposée. »

distingue pas entre le vendeur et le fabricant en matière de contrefaçon, d'imitation et de concurrence déloyale¹²⁰⁵. De même, l'existence de la bonne ou mauvaise foi était indifférente dans ces cas¹²⁰⁶. Il en est ainsi actuellement pour l'action en concurrence déloyale qui n'est pas conditionnée par la bonne ou mauvaise foi conformément à l'article 84 du DOC¹²⁰⁷.

Toutefois, la cour de Cassation marocaine a érigé le principe selon lequel la connaissance en cause est présumée pour le vendeur qui exerce le commerce à titre habituel et organisé (et non le détaillant ou petit vendeur). Il ne peut ignorer le caractère contrefait ou non des marchandises qu'il commercialise¹²⁰⁸. En effet, il importe souvent des produits portant une marque de renommée internationale, dont les caractéristiques et le prix sont connus¹²⁰⁹. A ce propos, un courant jurisprudentiel bien établi affirme que le vendeur professionnel est présumé avoir connaissance de la nature et de l'origine des produits qu'il vend et assume la responsabilité de leur offre et vente¹²¹⁰. Au plus, sa responsabilité pour contrefaçon ou concurrence déloyale est indépendante de celle du

1205 Fès.Com, 07 Janvier 2010, n°24, inédit.

1206 Fès.Com, 07 Janvier 2010, n°24, inédit.

1207 Cass.Com, 12 Avril 2000, n° 94/3225, inédit.

1208 Cass.Com, 24 Mars 2011, n°45, La revue de la jurisprudence de la Cour de Cassation, n° 73, p.216.

1209 Ibid.

1210 Fès.Com, 20 Juin 2011, n° 841, inédit : « il a été considéré comme fait constitutif de contrefaçon et concurrence déloyale la vente par la défenderesse de calculatrices portant la marque CASIO : ces produits sont non seulement pas fabriqués par la demanderesse propriétaire de la marque CASIO, mais sont commercialisés sans son autorisation. Au plus, ils n'ont pas la qualité des produits authentiques ».

Dans le même sens : Casablanca.Com, 16 Novembre 2000, n° 2000/1175, inédit : « la simple offre de produits à la vente n'exclut pas la responsabilité du vendeur de produit du fait qu'il exerce le commerce de façon habituelle, ce qui présume qu'il connaît ce qu'il vend, d'autant plus que l'article 120 du Dahir du 23 Juin 1916 établit la responsabilité de celui qui intentionnellement vend ou offre à la commercialisation des produits portant une marque contrefaite ou apposée de façon frauduleuse » ; Casablanca.Com, 16 Octobre 2007, n° 2007/4681, inédit : « L'appelant exerce le commerce de façon habituelle, ce qui implique qu'il a connaissance des produits qu'il commercialise conformément à la jurisprudence marocaine antérieure. Celle-ci affirme dans plusieurs affaires que la connaissance de l'imitation est présumée pour les vendeurs professionnels » ; Fès.Com, 13 Mai 2008, n° 763, inédit : « Le vendeur spécialisé dans la vente des machines objet de la contrefaçon ne peut se dégager des charges de contrefaçon et de concurrence déloyale du fait qu'il est capable de distinguer le produit originaire du produit contrefait » ; Fès.Com, 21 Octobre 2009, n°1504, inédit : « Le vendeur professionnel est censé détecter les changements relatifs aux numéros de séries portés sur l'emballage des bouteilles et à la marque : il a une connaissance suffisante pour distinguer entre le produit contrefait et originaire. Ces faits sont constitutifs de contrefaçon et de concurrence déloyale ». Fès.Com, 11 Mars 2010, n° 290, inédit : « L'offre et la vente de produits revêtus d'une marque dûment enregistrée à l'OMPI et sans autorisation du propriétaire de la marque est constitutif de concurrence déloyale tant que les produits sont semblables et peuvent induire le public en erreur....Le vendeur professionnel ne peut s'exonérer de sa responsabilité en alléguant que les marchandises saisies sont contrefaites en raison de l'exercice professionnel du commerce. Il est alors présumé connaître la nature et l'origine des produits qu'il commercialise ». Ces actes ont également été punis de contrefaçon ; Fès.Com, 23 Décembre 2010, n° 1804, inédit : « Relativement au vendeur professionnel, la mauvaise foi est présumée du fait qu'il connaît le produit commercialisé sur le marché » ; Casablanca.Com, 28 Juin 2011, n° 2011/3136, inédit : « le vendeur professionnel est présumé connaître le caractère contrefait ou originaire de sa marchandise. Il est censé vérifier si la marque portée sur les produits qu'il vend est enregistrée au Maroc et si son fournisseur est autorisé par le propriétaire de la marque à les commercialiser. Il commet ainsi des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale » ; Casablanca.Com, 27 Novembre 2012, n° 2012 – 5043, inédit : « L'allégation de la bonne foi va à l'encontre de la vente spécialisée et à titre professionnel de sacs en cuir qui suppose de se renseigner sur leur origine ainsi que la marque qui y est apposée. A plus forte raison, l'appelant n'a apporté aucune preuve d'autorisation de la part de la société propriétaire de marque, ni du distributeur dûment autorisé au Maroc par cette dernière. »

fabricant ou de l'importateur¹²¹¹. Le vendeur professionnel ne saurait retarder l'examen de la demande à son encontre en faisant intervenir le fabricant ou l'importateur dans le procès¹²¹². En effet, il est loisible au vendeur, en cas de nécessité impérieuse de se retourner contre le fabricant ou l'importateur par une action indépendante¹²¹³.

Par ailleurs, le vendeur professionnel est présumé de mauvaise foi d'autant plus qu'il commercialise des produits portant une marque notoire, à savoir LOUIS VUITTON et à un prix bas¹²¹⁴. Celui-ci laisse supposer que les sacs ne sont pas authentiques. Ces faits sont constitutifs à la fois de contrefaçon et de concurrence déloyale. La jurisprudence a aussi posé le principe selon lequel la mauvaise foi est établie à l'égard du vendeur qui continue de vendre les produits contrefaits suite à l'avis reçu conformément au procès-verbal de saisie descriptive¹²¹⁵. Le vendeur a été dans cette affaire sanctionné pour des faits de concurrence déloyale. Il en est de même d'un vendeur de produits de contrebande à l'encontre duquel la mauvaise foi a été établie faute de preuve d'achat licite de la marchandise litigieuse. Au plus, il a poursuivi la commercialisation de celle-ci après la rédaction du procès de saisie descriptive¹²¹⁶. Dans la même veine, le vendeur de chaussures usées ne démontre pas sa bonne foi lorsqu'il continue à vendre les produits litigieux à un prix très faible après avoir été averti qu'ils sont contrefaits suite à un procès de saisie descriptive¹²¹⁷. Il engage ainsi sa responsabilité pour contrefaçon. Au demeurant, le fait d'invoquer l'achat pour la première fois de cinq échantillons du produit contrefait, - en l'absence de la qualité de producteur, grossiste, distributeur ou vendeur détaillant - n'exonère pas le prétendant de la responsabilité civile pour concurrence déloyale¹²¹⁸.

A l'inverse, une tendance jurisprudentielle affirme que la connaissance en cause n'est pas présumée concernant le détaillant ou le petit commerçant qui n'exerce pas le commerce à titre

1211 Fès.Com, 23 Décembre 2010, n° 1804, inédit : « Relativement au vendeur professionnel, la mauvaise foi est présumée du fait qu'il connaît le produit commercialisé sur le marché. Le propriétaire de la marque a le droit de faire valoir en justice la cessation de la commercialisation du produit contrefait et le paiement de dommages et intérêts par le vendeur. »

1212 Fès.Com, 23 Décembre 2010, n° 1804, inédit. Ainsi la Cour d'appel de Fès a confirmé le jugement du tribunal de première instance d'Oujda, en date du 19 Février 2009 ayant rejeté l'intervention dans le procès de la société auprès de laquelle le vendeur importe les produits contrefaits.

1213 Fès.Com, 23 Décembre 2010, n° 1804, inédit

1214 Casablanca.Com, 16 Octobre 2010, n° 2007/4679, inédit.

1215 Casablanca.Com, 30 Décembre 2008, n° 2008/5639, inédit ; Dans le même sens : Casablanca.Com, 16 Octobre 2010, n° 2007/4679, inédit

1216 Casablanca.Com, 06 Juillet 2010, n° 2010/3556, inédit : « la destruction de la marchandise litigieuse conformément au constat par voie d'huissier de justice ne prouve pas que le magasin ne contient plus ce type de produit »

1217 Casablanca.Com, 27 Novembre 2007, n° 2007/5448, inédit.

1218 Casablanca.Com, 13 Février 2007, n° 2007/880, inédit : La contribution à la commercialisation de produits similaires aux produits originaux - en l'absence d'autorisation du propriétaire de la marque et de protection en vertu d'un enregistrement dûment établi -, est constitutive de concurrence déloyale.

habituel. Il ne peut être poursuivi pour des faits de contrefaçon et de concurrence déloyale. Ainsi, le petit commerçant ne peut savoir que la marchandise qu'il commercialise est contrefaite ou non du fait qu'il s'agit de produits de contrebande en provenance d'Algérie¹²¹⁹. Il en va de même du détaillant qui établit sa bonne foi en dévoilant l'identité de son fournisseur qui importe illicitement les produits contrefaits au Maroc¹²²⁰.

Il n'en demeure pas moins que le petit vendeur ou détaillant ne peut se dégager de sa responsabilité dans certaines circonstances. Tout d'abord, l'allégation de la qualité de détaillant et de l'approvisionnement de bonne foi du grossiste n'exonèrent pas celui qui les invoque de sa responsabilité¹²²¹. Celui-ci exerçant le commerce à titre habituel a parfaitement connaissance de la marchandise qu'il vend. Il en va de même de celui qui prétend cette qualité et affirme après avoir été avisé du caractère contrefait de la marchandise que celle-ci a été achetée à Derb Omar et a des doutes sur les faits de contrefaçon¹²²². Ensuite, le grief de contrefaçon et de concurrence déloyale a été retenu contre ce commerçant qui n'a pas rempli le devoir de vigilance, lui incombant à l'égard des marchandises commercialisées¹²²³. Enfin, le détaillant ne peut arguer de sa bonne foi alors qu'il a omis de vérifier la validité de la concession liant son fournisseur et le propriétaire de marque¹²²⁴. En effet, celle-ci a expiré sans que le fournisseur ne cesse d'approvisionner le détaillant des produits objet de la concession en recourant à la contrefaçon. Il se rend ainsi responsable de faits de concurrence déloyale.

L'infraction est commise non seulement lorsque la vente est réalisée mais aussi dès lors que le produit est offert à la vente, notamment par exposition ou par publicité.

Paragraphe 3 : L'importation ou l'exportation de marchandises présentées sous une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.

En outre, l'article 225 5) ¹²²⁵ vise l'importation ou l'exportation de marchandises présentées sous une marque contrefaite ou frauduleusement apposée. S'agissant de l'importation, la règle est

1219 Fès.Com, 8 Décembre 2011, n° 1677, inédit.

1220 Casablanca.Com, 23 Novembre 2010, n° 2010/5007, inédit.

1221 T.Com Marrakech, 20 Mars 2001, n° 2001/25, inédit.

1222 Casablanca.Com, 12 Février 2002, n° 2008/657, inédit

1223 Ibid.

1224 Casablanca.Com, 08 Mai 2007, n° 2007/2751, inédit.

1225 L'article 225 5) de la loi n°17-97 édicte que : « Sont considérés comme contrefacteurs et punis d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement...ceux qui ont importé ou exporté des produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.. »

Par ailleurs, l'article 225 6) sanctionne des mêmes peines celui qui a sciemment importé ou utilisé à une échelle commerciale des étiquettes ou des emballages et des conditionnements sur lesquels est apposée sans autorisation une marque qui est identique à une marque de fabrique ou de commerce enregistrée ou qui ne peut en être distinguée. Cet article exige que ces étiquettes, emballages et conditionnements soient destinés à être utilisés commercialement sur

classique, et la disposition n'ajoute guère par rapport au principe général souvent rappelé en matière de propriété de propriété industrielle selon lequel « importer c'est contrefaire ». Cela signifie que la contrefaçon est réalisée du seul fait de l'introduction au Maroc d'une marchandise revêtue d'une marque contrefaite, quelles que soient les conditions de sa fabrication et de sa commercialisation à l'étranger¹²²⁶.

A l'instar du vendeur professionnel, la mauvaise foi est présumée à l'égard de l'importateur de produits contrefaits, à qui il incombe de vérifier le caractère authentique des marchandises qu'il désire commercialiser¹²²⁷. Ainsi, il a été jugé que l'importateur a commis des actes de concurrence déloyale et de contrefaçon, en l'absence de preuve irréfutable établissant qu'il n'a pas souhaité importer la marchandise contrefaite¹²²⁸. En effet, le fait de faire valoir que la marchandise contrefaite lui est parvenu par erreur sur la base d'une lettre émanant de son exportateur, et non d'un bon de commande a été jugé insuffisant pour exclure sa responsabilité¹²²⁹.

Au surplus, les mêmes griefs ont été retenus contre l'importateur de produits contrefaits qui ne se prévaut d'aucun motif pour excuser son manque de vigilance, d'autant plus qu'il opère dans un secteur d'activité concurrent du propriétaire de la marque¹²³⁰.

Enfin, l'importateur ne peut prétendre qu'il est de bonne foi, sous le prétexte que la marchandise contrefaite n'a pas été commercialisé¹²³¹. Sa saisie et sa conservation auprès de l'office d'exploitation des ports en attendant sa réexportation n'exclut pas les actes de contrefaçon et de concurrence déloyale.

Paragraphe 4 : L'atteinte au droit d'exploitation exclusive de la marque

Il ressort de la jurisprudence marocaine collectée que l'importation, la vente et la distribution de produits originaux ou contrefaits - en violation du droit d'exploitation exclusive de la marque dûment accordé par le propriétaire de la marque - sont constitutifs d'actes de concurrence déloyale.

I. L'importation et la distribution de produits originaux ou contrefaits

L'importation et la distribution de produits originaux, sans l'autorisation du propriétaire de la marque ou du bénéficiaire du droit d'exploitation exclusive au Maroc est un acte de concurrence déloyale¹²³². Ces actes sont contraires aux usages commerciaux en raison de la violation de

des marchandises ou dans le cadre de services qui sont identiques aux marchandises ou aux services pour lesquels une telle marque de fabrique ou de commerce est enregistrée.

1226 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1583, p.897.

1227 T.com.Casablanca, 6 Octobre 2008, n° 2008/10061, inédit.

1228 Casablanca.Com, 29 Novembre 2011, n° 2011/4944, inédit.

1229 Ibid.

1230 Casablanca.Com, 08 Avril 2008, n°08/1747, inédit.

1231 Casablanca.Com, 05 Juillet 2005, n° 2005/2675, inédit.

1232 Casablanca.Com, 20 Janvier 2009, n° 2009/348, inédit.

l'organisation du réseau de distribution exclusive du propriétaire de la marque. En effet, l'importateur s'est approvisionné auprès d'une société, ayant le droit de distribution des produits objet du litige hors du Maroc. En conséquence, il porte atteinte aux droits du distributeur exclusif des produits revêtant la marque originale au Maroc.

Le principe dégagé par cet arrêt a été repris dans une autre décision de la cour d'appel de Casablanca, la même année¹²³³ dans un litige similaire. En effet le propriétaire de la marque LAVAZZA a octroyé à l'appelante le droit de distribution exclusive des produits portant la marque LAVAZZA ESPRESSO POINT au Maroc. Il a par ailleurs autorisé une autre société en l'occurrence l'intimée - mais de façon non exclusive - à distribuer ses produits revêtus de la marque LAVAZZA BLUE. L'intimée ne peut se prévaloir de l'autorisation de distribuer LAVAZZA BLUE afin de faire la publicité des produits LAVAZZA ESPRESSO POINT, ces deux marques étant différentes.

De même, l'importation de produits contrefaits provenant d'une société chinoise, après la rupture des relations commerciales avec le fournisseur exclusif des produits authentiques au Maroc a été qualifiée d'imitation frauduleuse et de concurrence déloyale¹²³⁴. En effet, l'importateur jouait le rôle d'intermédiaire commercial entre le propriétaire de la marque et son distributeur agréé d'une part et la société Marjane Holding aux fins de distribution des motos authentiques au Maroc d'autre part. Il avait notamment conclu avec la société Marjane Holding un accord commercial visant à l'approvisionner des dites motos provenant du distributeur agréé au Maroc. Cependant, la rupture du contrat entre le propriétaire de la marque (et son distributeur agréé) et l'importateur a rendu impossible l'exécution de son contrat avec Marjane Holding. Pour honorer les engagements à l'égard de cette société, l'importateur a conclu un accord avec une société chinoise fabricant des motos contrefaites et vendus à un bas prix.

Un cas analogue consiste à importer des produits contrefaits de sociétés étrangères ayant des relations d'affaires avec le propriétaire de la marque - après la rupture du contrat d'approvisionnement avec celui-ci. A ce propos, des dommages et intérêts sont dus au titre de la contrefaçon et de la concurrence déloyale à l'appelante, à savoir la société bénéficiaire du droit d'exploitation exclusive des produits objet du litige au Maroc¹²³⁵.

Aussi, il y a concurrence déloyale et contrefaçon en cas d'importation et de commercialisation de produits contrefaits par une société qui viole le droit d'exploitation de la marque du distributeur exclusif sur le territoire marocain¹²³⁶. En effet, l'importateur s'est procuré lesdits produits d'un

1233 Casablanca.Com, 22 Décembre 2009, n° 2009/6140, inédit.

1234 Casablanca.Com, 9 Mars 2010, n° 2010/1118, inédit.

1235 Casablanca.Com, 16 Novembre 2010, n° 2010/4982, inédit.

1236 Cass.com, 31 Mars 2004, n° 388, inédit.

grossiste qui les vend en Europe et les a commercialisé au Maroc. Or, le distributeur exclusif dispose d'une licence d'exploitation exclusive de la marque au Maroc, émanant de la propriétaire de celle-ci et dûment enregistrée auprès de l'OMPIC.

En revanche, la responsabilité pour contrefaçon ou concurrence déloyale de l'importateur a été écartée en raison de l'absence de preuve de connaissance de l'imitation ou du monopole de la commercialisation de la marque¹²³⁷. En effet, l'importation, objet du litige est la première expérience de l'appelante dans le domaine de l'hygiène –beauté.

Il en va de même de l'importation de produits originaux, sans l'autorisation du propriétaire de la marque, en l'absence de preuve d'atteinte au monopole d'exploitation de la marque¹²³⁸, de faute et de préjudice anticoncurrentiel¹²³⁹.

Dans le même sens, il n'y a pas de concurrence déloyale à l'égard du bénéficiaire du droit de distribution exclusive des produits de la société DIAGO BRANDZ en cas d'importation de boissons alcooliques revêtues d'une marque concurrente¹²⁴⁰. En effet, ce contrat ne confère pas à son bénéficiaire le droit de monopoliser le marché de vente des boissons alcooliques. Il en découle que l'importateur peut faire entrer tout produit concurrent, ne portant pas la marque objet du litige. En dernier lieu, le bénéficiaire d'un droit de distribution exclusive d'un produit sur un territoire déterminé ne peut agir en concurrence déloyale à l'encontre de l'importateur bénéficiant du même droit en dehors des limites spatiales qui lui ont été fixées¹²⁴¹.

II. La commercialisation de produits originaux ou contrefaits

La concurrence déloyale résulte de la vente de produits originaux revêtus de la marque faisant l'objet d'un contrat de distribution exclusive par l'appelant¹²⁴². Celui-ci est un commerçant professionnel qui achète ses produits d'un vendeur ambulant qui à son tour les acquiert de l'étranger. Or, il n'a pas prouvé qu'il se soit licitement procuré cette marchandise. Il n'a également pas justifié d'une autorisation du fabricant ou de factures ou contrats attestant l'achat de ces produits du bénéficiaire du droit d'exploitation de la marque au Maroc.

De façon analogue, une affaire a mis en exergue le même principe d'après lequel la liberté du commerce ne signifie pas la distribution d'un produit dont la marque a été exclusivement cédée à

1237 Casablanca.Com, 07 Février 2013, n° 2013/783, inédit.

1238 Cass.com, 6 Mars 2014, n° 131, inédit.

1239 Casablanca.Com, 09 Novembre 2010, n° 2010/4876, inédit ; Casablanca.Com, 09 Novembre 2010, n° 2010/4877, inédit ; Casablanca.Com, 09 Novembre 2010, n° 2010/4878, inédit. Ces trois litiges mettent en causes les mêmes parties, à savoir UNILEVER (défenderesse) et COSMETIQUE GENERAL (demanderesse) au sujet de l'importation de produits originaux d'hygiène beauté sans autorisation de la demanderesse, à savoir REXONNA, AXE et DOVE.

1240 Casablanca.Com, 23 Mars 2010, n° 2001/1465, inédit.

1241 Casablanca.Com, 08 Décembre 2011, n°1685, inédit.

1242 Casablanca.Com, 21 Décembre 2010, n° 2010/5463, inédit.

un commerçant par le propriétaire de la marque ou du produit¹²⁴³. Cet agissement tombe sous le coup de l'article 184 de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée. Il en va de même de la société qui commercialise des produits originaux sans l'autorisation du propriétaire de la marque en alléguant dans son site Internet qu'elle en est la représentante commerciale, sans toutefois en apporter la preuve¹²⁴⁴.

Cependant, l'absence d'enregistrement du contrat de distribution exclusive par son bénéficiaire auprès de l'OMPIC le rend inopposable aux tiers notamment en cas de poursuite pour concurrence déloyale suite à la commercialisation du produit, objet de ce contrat par une société tierce¹²⁴⁵. Ce principe était fondé sur l'article 175 de loi du 9 chaabane 1357 (4 octobre 1938) relative à la protection de la propriété industrielle dans la zone de Tanger. Cette disposition précisait que toute modification des droits de propriété industrielle n'est opposable aux tiers que si elle est enregistrée à l'OMPIC. Une disposition semblable figure dans la législation actuelle, en l'occurrence l'article 157 de la loi n°17-97 telle qu'elle a été modifiée et complétée. Celui-ci édicte qu'« à l'exception des contrats de licence d'exploitation des demandes d'enregistrement de marque ou des marques enregistrées, tous les actes transmettant, modifiant ou affectant les droits attachés à une demande d'enregistrement de marque ou à une marque enregistrée doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrits sur un registre dit " registre national des marques " tenu par l'organisme chargé de la propriété industrielle ». Selon une décision de la Cour d'appel de Fès¹²⁴⁶ cette règle trouve son fondement dans l'article 228 du Code des obligations et contrats qui énonce que « les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi ». En conséquence, le contrat de distribution exclusive n'a d'effet qu'entre les parties qui l'ont conclu. Il n'est opposable aux tiers que s'ils en ont eu connaissance par le biais de l'enregistrement à l'OMPIC¹²⁴⁷.

Ainsi, il a été jugé que la publicité dans des revues et journaux marocains des produits du distributeur exclusif ne peut remplacer l'enregistrement du contrat en question à l'OMPIC. Ces annonces publicitaires font la promotion des produits distribués mais ne font pas connaître au public la qualité de distributeur exclusif au Maroc¹²⁴⁸.

1243 Fès.Com, 13 Octobre 2005, n° 1225, inédit.

1244 Fès.Com, 01 Décembre 2005, n° 1464, inédit.

1245 Casablanca.Com, 11 Mars 2003, n° 2013/1400, inédit.

1246 Fès.Com, 26 Juillet 2005, n° 2005/2960, inédit.

1247 Ibid.

1248 Ibid.

Enfin un arrêt de la cour d'appel de Fès applique l'article 157 dans un cas similaire¹²⁴⁹. Il précise qu'« il n'y aucune pièce justificative attestant que le contrat de distribution exclusive a été enregistrée à l'OMPIC conformément aux exigences de l'article 157 de la loi n°17-97, pour qu'il soit opposable aux tiers, notamment la défenderesse »¹²⁵⁰.

Par ailleurs, la vente de produits de contrebande en violation d'un contrat de distribution exclusive -enregistrée à l'OMPIC conformément à la législation en vigueur - est considérée comme un acte de concurrence déloyale¹²⁵¹. Dans cette affaire, l'intimé n'a pas nié la commercialisation et la distribution des produits objet du contrat de distribution exclusive, ce qui a été jugé tel un manquement au devoir moral imposé par cette convention.

De la même manière, la commercialisation de produits contrefaits de façon préjudiciable au bénéficiaire de la représentation commerciale exclusive de la marque authentique au Maroc est un acte de concurrence déloyale¹²⁵².

1249 Fès.Com, 13 Mars 2008, n° 426, inédit.

1250 Ibid.

1251 Casablanca.Com, 25 Septembre 2012, n° 2012/4229, inédit.

1252 Casablanca.Com, 12 Juin 2007, n° 2007/3263, inédit.

Chapitre 5 : Le nom commercial

Comme il a été souligné précédemment, le nom commercial ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale¹²⁵³. Son usurpation ou son usage frauduleux est pénalement protégé par la loi n°17-97¹²⁵⁴. Il n'en reste pas moins que du point de vue civil, la jurisprudence en assure la protection à l'aide d'un instrument de droit commun destiné à moraliser les relations commerciales, à savoir l'action en concurrence déloyale.

Section 1 : Les noms commerciaux trompeurs

Le nom commercial d'une entreprise ne doit pas induire le public en erreur sur la véritable nature de l'établissement désigné. L'emploi des mots « et compagnie », « société », sont par exemple constitutifs de concurrence déloyale pour désigner un établissement tenu par un seul commerçant. En effet, ils tendent à faire croire qu'on se trouve en présence d'une société avec l'idée de crédit qui s'y rattache¹²⁵⁵.

Au reste, le nom commercial qui ferait croire à une origine géographique autre que la véritable est également déceptif¹²⁵⁶.

1253 Voir Supra p 119 et s.

1254 L'article 230 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que « toute usurpation ou tout usage frauduleux d'un nom commercial qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique, de commerce ou de service est punie des peines prévues à l'article 225 ci-dessus ».

L'article 225 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée dispose que :

« Sont considérés comme contrefacteurs et punis d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement:

- 1) ceux qui ont contrefait une marque enregistrée ou ont frauduleusement apposé une marque appartenant à autrui;
- 2) ceux qui ont fait usage d'une marque sans l'autorisation de l'intéressé même avec l'adjonction de mots tels que " formule ", " façon ", " système ", " recette ", " imitation ", " genre ", ou de toute autre indication similaire propre à tromper l'acheteur;
- 3) ceux qui ont détenu sans motif légitime des produits qu'ils savaient revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée et qui ont sciemment vendu, mis en vente, fourni ou offert de fournir des produits ou services sous une telle marque;
- 4) ceux qui ont sciemment livré un produit ou fourni un service autre que celui qui leur a été demandé sous une marque enregistrée.
- 5) ceux qui ont importé ou exporté des produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.
- 6) celui qui a sciemment importé ou utilisé à une échelle commerciale des étiquettes ou des emballages et des conditionnements sur lesquels est apposée sans autorisation une marque qui est identique à une marque de fabrique ou de commerce enregistrée ou qui ne peut en être distinguée et qui sont destinés à être utilisés commercialement sur des marchandises ou dans le cadre de services qui sont identiques aux marchandises ou aux services pour lesquels une telle marque de fabrique ou de commerce est enregistrée ».

1255 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1671, p.946. Ces auteurs citent deux arrêts à ce propos : CA Aix en Provence, 26 Octobre 1950 et Cass.com, 20 Octobre 1954.

1256 Ibid. Les auteurs cités à la note précédente citent également pour ce cas deux décisions à savoir : CA Bordeaux, 3 Décembre 1951 et Trib.com.Seine, 22 janvier 1951.

Section 2 : L'usurpation ou l'atteinte au nom commercial

L'usurpation ou l'atteinte au nom commercial peut se faire par reproduction pure et simple ou par imitation et ce de façons variées¹²⁵⁷. Il pourra être fait usage du nom d'autrui sur des papiers commerciaux, factures, publicité, prospectus, voire des camions de livraison¹²⁵⁸. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Casablanca¹²⁵⁹ a sanctionné au titre de la concurrence déloyale l'utilisation par une entreprise d'un nom commercial imité sur des panneaux, uniformes, documents sociaux et matériel. L'usurpation peut même être faite oralement, par exemple en récoltant des commandes et en se faisant passer pour la maison concurrente dont on usurpe le nom¹²⁶⁰. Pareille action est sanctionnée sur le terrain de la concurrence déloyale par application de l'article 84 du DOC et 184 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée. Il en résulte que la bonne ou mauvaise foi de l'usurpateur est sans incidence. Ainsi la décision susmentionnée précise que « l'allégation de la bonne foi par l'imitateur ne présente aucune utilité d'autant plus qu'il est associé dans l'entreprise dont le nom commercial et la marque ont été imités »¹²⁶¹. En revanche, le succès de l'action implique la démonstration d'un risque de confusion. Son appréciation qui relève du pouvoir souverain des juges de fond tient compte de la similitude des activités exercées par le titulaire du nom commercial et l'usurpateur, du rayonnement géographique du nom et inévitablement de la reproduction de celui-ci.

Paragraphe 1 : Le principe de spécialité

La question de la similitude des activités exercées a déjà été évoquée dans la partie précédente, plus précisément au paragraphe relatif à la disponibilité du nom commercial. La majorité des décisions marocaines accessibles en la matière condamnent à titre de concurrence déloyale l'atteinte au nom commercial pour des activités identiques¹²⁶². Il n'en demeure pas moins que la cour d'appel de Casablanca a retenu cette même condamnation pour des activités similaires dans trois affaires. A ce propos, elle a considéré que l'enregistrement et l'utilisation par la société appelante d'une marque composée du nom commercial de l'intimée est un fait de concurrence

1257 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1681, p.951.

1258 Ibid.

1259 CA. Fès, 22 Janvier 2009, n° 126, inédit.

1260 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1681, p.951.

1261 CA. Fès, 22 Janvier 2009, n° 126, inédit.

1262 CA Casablanca, 25 Janvier 2005, n° 2005/286 inédit ; CA Casablanca, 8 Janvier 2008, n° 2008/82, inédit ; CA Casablanca, 30 Septembre 2008, n° 2008/4086, inédit ; CA Fès, 22 janvier 2009, n°126, inédit, CA Casablanca, 14 Avril 2009, n° 2009/2211, inédit ; CA Casablanca, 16 Juin 2009, n° 2009/3591, inédit ; CA Casablanca, 06 Octobre 2009, n° 2009/4693, inédit ; CA Casablanca, 20 Octobre 2009, n°2009/4983, inédit ; CA Casablanca, 22 Novembre 2011, n° 2011/4836, inédit ; CA Casablanca, 08 Janvier 2013, n°2013/92, inédit.

déloyale¹²⁶³. Ces actes créent une confusion chez le public d'autant plus que les activités exercées par les sociétés parties au litige sont similaires. En l'espèce, l'appelante est une pâtisserie tandis que l'intimée est une société spécialisée dans l'importation et l'exportation de confiserie et chocolaterie.

De même, il a été décidé que l'enregistrement d'une marque imitant un nom commercial enregistrée en tant que marque porte atteinte à ces deux signes distinctifs et constitue un acte de concurrence déloyale¹²⁶⁴. La confusion dans l'esprit du consommateur sur l'identité des entreprises en question est d'autant plus évidente que les sociétés commercialisent des produits semblables. La distribution de produits agroalimentaires a été considérée comme une activité similaire au commerce de gros de boissons.

Enfin, il a été jugé¹²⁶⁵ que le dépôt et l'utilisation d'une marque similaire à un nom commercial inscrit antérieurement constitue un agissement déloyal. L'utilisation de la marque CASA ETANCHEITE crée une confusion dans l'esprit du public avec le nom commercial CASA ETANCHE, surtout que les sociétés titulaires de ces signes distinctifs opèrent dans des activités similaires. Ainsi les activités de travaux d'étanchéité et de construction sont semblables à la vente des matériaux de la construction et la promotion immobilière.

Paragraphe 2 : Le rayonnement géographique

Le rayonnement géographique du nom commercial est pris en considération pour démontrer l'existence du risque de confusion créée par l'usurpation d'un nom commercial. Ainsi, deux arrêts ont rejeté l'allégation de l'intimée selon laquelle le nom commercial n'est connu que dans une zone restreinte. Dans un arrêt de la cour d'appel de Casablanca¹²⁶⁶, l'intimée a estimé que l'appelante n'est pas une entreprise puissante et est située à Rabat. Cet argument a été rejeté par la juridiction en question au motif que les usines de l'appelante commercialisent leurs produits dans toutes les villes marocaines.

Pareillement, le motif invoqué par l'intimée - et selon lequel son activité est cantonnée à Agadir alors que le siège social de l'appelante est établi à Tanger - a été jugée irrecevable. A cet égard, la cour d'appel de Fès¹²⁶⁷ s'est basée sur l'activité commerciale de la société appelante à Agadir ainsi que sur la circulation et le succès de ses produits.

1263 CA Casablanca, 12 Décembre 2006, n° 06/5880, inédit.

1264 CA Casablanca, 8 Janvier 2008, n° 2007/58, inédit.

1265 CA Casablanca, 18 Octobre 2011, n° 2011/4262 inédit.

1266 CA Casablanca, 12 Décembre 2006, n° 06/5880, inédit.

1267 CA. Fès, 22 Janvier 2009, n° 126, inédit.

Paragraphe 3 : La reproduction

L'article 179 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que « le nom commercial, qu'il fasse ou non partie d'une marque, est protégé par les dispositions de la loi n° 15 - 95 formant code de commerce contre tout usage ultérieur du nom commercial par un tiers, que ce soit sous forme de nom commercial ou de marque de fabrique, de commerce ou de service s'il y a risque de confusion pour le public ».

I. La reproduction à l'identique

L'auteur de la reproduction pure et simple d'un nom commercial engage sa responsabilité civile pour concurrence déloyale. Il en a été ainsi du dépôt par l'intimée d'une marque auprès de l'OMPIC qui est composée du nom commercial BAMBI de l'appelante¹²⁶⁸. La confusion dans l'esprit du public est flagrante eu égard à la similitude parfaite entre le nom commercial et la marque, d'autant plus que le domaine d'activité est semblable¹²⁶⁹. De la même manière, l'inscription par l'appelante d'un nom commercial identique à celui de l'intimée – SARA ELECTRONIQUE- est un fait de concurrence déloyale¹²⁷⁰. Il y a confusion créée dans l'esprit du public qui ne peut distinguer entre les entreprises en question surtout qu'elles opèrent dans le même domaine d'activité en l'occurrence la commercialisation des machines électroniques. Il en va de même de l'imitation d'un nom commercial déposée en tant que marque, en l'occurrence SECOND CUP. L'enregistrement comme marque, a créé un amalgame dans l'esprit du public¹²⁷¹. L'enregistrement et l'utilisation de la marque SWIFT LITE par l'intimée alors qu'elle constitue le nom commercial de l'appelante, déposée comme marque est aussi un agissement déloyal¹²⁷². Cela crée un flou chez le consommateur concernant le fabricant et la qualité du produit d'autant plus que les parties au litige ont la même activité, à savoir la vente du charbon. Enfin, dans une affaire analogue il a été jugé que le dépôt de la marque CUETARA en tant que marque par l'intimée alors qu'elle constitue le nom commercial de l'appelante enregistré comme marque est acte de concurrence déloyale¹²⁷³. La cour a motivé sa décision par le fait que l'intimée a dûment établi le premier usage qu'elle a faite de cette appellation commerciale.

Par ailleurs, la reproduction à l'identique peut aussi consister en l'apposition de la marque et du nom commercial de l'intimée sur les boîtes à confiserie de l'appelante. Il en découle l'imitation

1268 CA Casablanca, 12 Décembre 2006, n° 06/5880, inédit.

1269 Voir la décision citée à la note 1267.

1270 CA Casablanca, 25 Janvier 2005, n° 2005/286 inédit.

1271 CA Casablanca, 22 Novembre 2011, n° 2011/4836, inédit.

1272 CA Casablanca, 06 Novembre 2009, n° 2009/4893, inédit.

1273 CA Casablanca, 15 Mai 2009, n°09/2899, inédit.

du produit de l'intimée conduit au détournement de la clientèle et à l'atteinte à la réputation commerciale de celle-ci.

II. L'imitation

A l'instar de la marque, l'imitation d'un nom commercial est un fait de concurrence déloyale sous réserve de l'existence de ressemblances de nature à induire en erreur le public sur l'identité de son titulaire¹²⁷⁴. Ainsi, la ressemblance est criante entre le nom commercial employé comme marque LEROY et la marque imité « LEROY & CO »¹²⁷⁵. Pareillement, le nom commercial POLY EQUIPEMENT imite POLY PIECES EQUIPEMENT de sorte qu'il y a une similarité source d'ambiguïté chez le public, d'autant plus que les produits sont présentés de la même manière pour la publicité¹²⁷⁶. Au plus, Le nom commercial EURO PVCSUD NORDE DETROIT PVC imite DETROIT PVC de façon à faire croire à un large public que les entreprises titulaires de ces signes distinctifs sont affiliées¹²⁷⁷. De même l'enregistrement par l'appelante du nom commercial RIPAC constitue un acte de concurrence déloyale en raison de l'usurpation du nom commercial REPAC dûment protégé antérieurement¹²⁷⁸. Il y a risque d'amalgame entre ces signes distinctifs. Ce danger existe aussi entre les noms commerciaux de SNACK AMINE et SNACK YAMINE tant au niveau de la consonance que de l'écriture, à l'exception de la première lettre ce qui trompe le consommateur moyen, surtout qu'il s'agit dans les deux cas de restaurants de poissons¹²⁷⁹. Au surplus, il a été jugé¹²⁸⁰ que l'utilisation de la marque CASA ETANCHEITE crée une confusion dans l'esprit du public avec le nom commercial CASA ETANCHE, surtout que les sociétés titulaires de ces signes distinctifs opèrent dans des activités similaires. Enfin, le fait d'ajouter THE au nom commercial ENGLISH PUB - enregistré conformément à la législation en vigueur à une date antérieure - constitue un agissement déloyal¹²⁸¹. La ressemblance tant au niveau de l'écriture que de la consonance prédomine en dépit de l'adjonction du terme THE qui ne constitue qu'une différence mineure. Cette similitude amène le public à ne pas distinguer entre les entreprises en question.

1274 CA Fès, 24 Mars 2011, n° 391, inédit : « L'existence d'une ressemblance entre les noms commerciaux n'est pas constitutive en soi même de concurrence déloyale tant qu'il n'y a pas de confusion ou d'amalgame qui nécessite la radiation du second nom conformément à l'arrêt de la cour de Cassation n° 1588 en date du 12 Avril 2000 dans le dossier n° 94/3225.

1275 CA Casablanca, 08 Janvier 2008, n° 2007/58, inédit.

1276 CA Casablanca, 08 Janvier 2008, n° 2008/82, inédit.

1277 CA. Fès, 22 Janvier 2009, n° 126, inédit.

1278 CA Casablanca, 14 Avril 2009, n° 2009/2211, inédit.

1279 CA Casablanca, 30 Septembre 2008, n° 2008/4086, inédit.

1280 CA Casablanca, 18 Octobre 2011, n° 2011/4262 inédit.

1281 CA Casablanca, 8 Janvier 2013, n° 2013/92, inédit.

En revanche, il n'existe pas de concurrence déloyale entre les noms commerciaux suivants : ANETTA CASA et ANET du fait de l'absence de similitude¹²⁸².

1282 CA Casablanca, 20 Octobre 2009, n° 2009/4983, inédit.

Chapitre 6: la dénomination sociale

La société titulaire d'une dénomination sociale peut défendre celle-ci contre les usurpations dont elle serait l'objet, en agissant contre les auteurs en concurrence déloyale afin d'obtenir la cessation de ces usurpations et les cas échéant, la réparation du préjudice subi¹²⁸³. Afin de mesurer la portée de ces prérogatives, il convient d'en préciser l'étendue dans l'espace et quant aux produits et services exploités par les utilisateurs de cette dénomination.

A la différence du nom commercial ou de l'enseigne dont la protection est fonction du rayonnement géographique, la dénomination sociale à l'instar de la marque, est protégée sur l'ensemble du territoire national¹²⁸⁴. Cela résulte de sa fonction d'identification de la société.

La portée de la protection relativement aux produits et services a suscité une difficulté. Dans la mesure où la dénomination sociale sert à identifier et à individualiser la personne morale à l'image du nom patronymique de la personne physique, il a été soutenu qu'elle jouissait d'une protection au-delà même du secteur d'activité pour lequel le droit avait été acquis, et certaines décisions allaient dans ce sens¹²⁸⁵.

Les atteintes portées à la dénomination sociale et qui sont sanctionnées par la concurrence déloyale ne seront mises en relief que par la jurisprudence française, faute de décisions marocaines.

Il est heureux que les décisions les plus récentes cantonnent la protection au seul domaine d'activité de la société¹²⁸⁶. Cela est d'ailleurs logique car l'action en concurrence déloyale qui

1283 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1690, p.958.

1284 Ibid.

1285 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1693, pp 958 et 959.

1286 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1693, p 959.

Notamment : CA Paris, 29 Mars 2000, <https://www.doctrine.fr/> : L'usage du code d'accès « SOHO » de la société PLURICOM a porté atteinte aux droits de la société SOHO sur sa dénomination sociale et constitue un acte de concurrence déloyale. La société PLURICOM exploite le service de messagerie télématique sous le code « 3615 SOHO » tandis que la société SOHO a une activité commerciale spécialisée dans la vente de gadgets. La cour d'appel jugé qu'en utilisant le code d'accès « SOHO » pour désigner son service de messagerie, la société PLURICOM a commis des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale. Cette juridiction considère que sont similaires les produits ou les services, qui, en raison de leur nature ou de leur destination, peuvent être attribués à la même origine par la clientèle. En effet, Les appareils de transmission représentent l'ensemble des moyens destinés à transmettre des informations qui comprennent la télécommunication. Le public sera donc conduit à attribuer la même provenance à des services télématiques dont la fonction est de favoriser la communication. Il en résulte que le risque de confusion est d'autant plus sérieux que la société SOHO vend ses produits, parmi lesquels figurent de nombreux appareils électriques, par le canal d'un service télématique intitulé « CLUB SOHO » ; CA Paris, 21 Octobre 2005, <https://www.doctrine.fr/>; CA Paris, 18 Novembre 2005, <https://www.doctrine.fr/> : « Considérant qu'il ressort de la proximité du domaine économique que l'adoption d'une dénomination sociale très proche par la société appelante induit la clientèle à risquer de confondre les sociétés en pensant que les services proposés par la société appelante le sont par une société du « groupe OLYMPIA » ; que de ce fait, le jugement sera confirmé en ce qu'il a

sanctionne les atteintes portées à la dénomination sociale implique l'existence d'un risque de confusion qui postule la similitude des activités. En conséquence, le principe de spécialité s'applique à la dénomination sociale comme aux autres signes distinctifs, sous la seule réserve de la possibilité de sanctionner, au titre des agissements parasitaires, l'usage d'une dénomination sociale notoire dans un secteur différent de celui pour lequel elle est très connue.

Par ailleurs, en tant qu'élément d'identification de la personne morale, son champ de protection est plus large et il est possible de sanctionner par application du régime général de la responsabilité civile, des actes d'utilisation de la dénomination sociale d'autrui lorsqu'ils génèrent une confusion préjudiciable en dehors même de tout rapport de concurrence¹²⁸⁷.

retenu que la dénomination sociale « OLYMPIA CAPITAL FRANCE » portait atteinte aux dénominations sociales « OLYMPIA CAPITAL HOLDING », « OLYMPIA CAPITAL GESTION » et « OLYMPIA CAPITAL INTERMEDIATION », étant ajouté que l'usage des termes « OLYMPIA CAPITAL » et « Groupe OLYMPIA CAPITAL » est également un acte de concurrence déloyale ».

Contra : CA Paris, 16 mars 1995 : En revanche, la dénomination sociale "NRJ" utilisée dans le domaine des transports n'a pas à être protégée contre celle d'"Energie Intérim" choisie par une autre entreprise dans le même secteur d'activités. Pour justifier leur décision, les juges ont relevé que, malgré l'homonymie phonique, la simple consultation de l'un quelconque des documents mis à la disposition du public par ces deux sociétés écartait tout risque de malentendu.

1287 CA Paris, 18 Septembre 2002, <https://www.doctrine.fr/> :

« Mais considérant que la protection accordée à une dénomination sociale ne se limite pas au secteur d'activité de la personne morale, mais individualise celle-ci dans l'ensemble de la vie économique et sociale ; que l'utilisation de la dénomination d'une société peut ainsi constituer une faute préjudiciable dans les termes de l'article 1382 du Code civil, lorsque cette utilisation crée un risque de confusion, indépendamment d'une situation de concurrence ;

Qu'en l'espèce, le service télématique « 36.15 PIMENT » qui reproduit la dénomination sociale de la société PIMENT [qui a une activité de conseil en communication ayant acquis une renommée certaine sur le marché de la création publicitaire] propose sur le minitel une messagerie à caractère érotique, composée de plusieurs rubriques « dialogues sulfureux », « boîte aux lettres », « les petites annonces » et présentent des annonces telles que « très vicieuse, aime jeu entre les seins et les fesses », « René, 21 ans, totalement puceau », « fumeuse, recherche partenaire disposant de cigares » ;

Que même en l'absence de situation de concurrence, l'emploi de la dénomination « PIMENT » laisse à tout le moins accroire dans l'esprit de la clientèle de la société PIMENT qu'une telle exploitation s'effectue avec son assentiment ; qu'elle est de ce fait préjudiciable pour cette société et engage, en conséquence, la responsabilité de la société CREANET qui en est l'auteur ».

Chapitre 7 : L'enseigne

Comme la dénomination sociale, les atteintes portées à l'enseigne et qui sont sanctionnées par la concurrence déloyale ne seront mises en relief que par la jurisprudence française, faute de décisions marocaines.

La protection de l'enseigne est assurée uniquement par l'action en concurrence déloyale si elle est spéciale¹²⁸⁸ et si celui qui l'utilise bénéficie d'une priorité d'usage¹²⁸⁹. Autrement dit, la priorité d'emploi d'une enseigne distinctive et disponible assure au commerçant le droit d'interdire à un collègue de l'utiliser dans un commerce semblable¹²⁹⁰.

Le succès de l'action implique la preuve d'un risque de confusion¹²⁹¹. En effet, comme en matière de marque au cas où les deux enseignes ne sont pas identiques, les juges apprécieront le risque de confusion¹²⁹². Celui-ci suppose entre les deux établissements une identité ou une similitude d'activité et par ailleurs, une plus ou moins grande proximité géographique. En effet, la protection de l'enseigne est fonction de son rayonnement. En principe, l'enseigne n'a qu'un

1288 Par exemple : CA PARIS 24 octobre 1964, L'agencement intérieur d'un magasin et ses différents moyens de protection, PRIN (T), www.legavox.fr : Tel est le cas d'un restaurant italien qui avait imité l'enseigne, la décoration intérieure, ainsi que les menus d'un restaurant concurrent « Pizza ».

1289 CA Paris, 21 Mai 1988, <https://www.doctrine.fr/>

1290 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n° 7058, pp 1570, 1571.

Cass.com, 12 Juillet 1948, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : L'enseigne commerciale "Radio-Flers" qui n'est pas « l'expression banale et générique d'une activité professionnelle, peut éventuellement être protégée contre tout acte de concurrence déloyale ». Cet arrêt a dégagé le principe selon lequel : « L'enseigne et le nom commercial peuvent faire l'objet d'un droit privatif juridiquement protégé lorsqu'ils ne sont pas l'indication pure et simple de la nature de l'entreprise. Il importe peu que l'appellation soit du domaine public » ;

CA Paris, 17 Mars 1999 :

« Considérant que la société ICD allège qu'elle emploie l'expression "AUTOUR DU MONDE" tant à titre d'enseigne des magasins qu'elle exploite depuis près de quinze ans qu'à titre de nom commercial et qu'il s'agit là d'un élément distinct de la contrefaçon de marque, qu'elle peut invoquer sur le fondement de la concurrence déloyale.

Considérant que la société POLYMAG réplique que ce grief doit être rejeté "en l'absence de risque de confusion et compte tenu des différences des deux enseignes tant sur le plan phonétique que sur le plan visuel".

Considérant que la concurrence cesse d'être loyale et engage la responsabilité de son auteur lorsqu'elle est faussée par des procédés dont l'objet est de susciter une confusion dans l'esprit de la clientèle tels que l'imitation des signes distinctifs d'une entreprise que sont le nom commercial et l'enseigne ...

Que [la société ICD] saurait d'autant moins contester le risque de confusion invoqué que l'intimée produit devant la Cour une lettre de la SARL JAMROG de Marseille, en date du 26 mars 1998, laquelle met fin aux relations commerciales qu'elle entretenait avec la société ICD au motif que celle-ci a "ouvert récemment un magasin à l'enseigne AUTOUR DU MONDE au centre de Marseille", justifiant ainsi le fait que l'appelante continue à ouvrir des boutique sous une enseigne qui suscite effectivement une confusion entre son activité et celle de l'intimée.

Qu'il y a lieu également de tenir compte d'une lettre adressée à la société ICD le 10 juin 1997 par la SA HONNORAT « MAGNETIC ».

Que la décision du tribunal qui avait relevé quatre lettres de clients ICD établissant la réalité du risque de confusion en cause dont la lettre du 26 mars 1998 sera en conséquence confirmée de ce chef ».

1291 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1686, p.955.

1292 CA Paris, 7 Février 1972, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris, 18 Octobre 1975, <https://www.doctrine.fr/>; CA Paris, 16 Juin 1980.

rayonnement local et, même dans les grandes villes limité à un quartier, voire à une rue¹²⁹³, de sorte que la protection est limitée aux usurpations qui peuvent se manifester dans cette zone¹²⁹⁴. Par exception, certaines enseignes de grande notoriété ont un rayonnement national qui leur permet d'interdire l'utilisation du signe sur l'ensemble du territoire¹²⁹⁵. Mais dans ce cas, ce signe sera le plus souvent déposé à titre de marque, ce qui rend l'extension de la protection à titre d'enseigne sans grand intérêt. Par ailleurs, lorsqu'il y a simple risque de confusion, l'action en concurrence déloyale peut avoir pour objet de sanctionner l'agissement parasitaire en dehors de toute clientèle commune¹²⁹⁶.

1293 CA PARIS 24 octobre 1964, L'agencement intérieur d'un magasin et ses différents moyens de protection, PRIN (T), www.legavox.fr : Tel est le cas d'un restaurant italien qui avait imité l'enseigne, la décoration intérieure, ainsi que les menus de l'un de ses concurrents

1294 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1686, p.955.

1295 Cass.com, 2 Novembre 1966, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

Cette décision rejette le pourvoi contre un arrêt (CA d'Aix en Provence, 12 Mai 1964) ayant condamné pour concurrence déloyale la société anonyme "Maxim's de Nice" qui exploite dans cette ville, un établissement qui était à l'origine d'un restaurant et qui est actuellement un bar avec cabaret de nuit. L'enseigne utilisée par cette société (Maxim's) est la même que celle employée par la société anglaise "Maxim's ltd", dont le siège est à Londres et qui exploite un restaurant célèbre depuis 1893.

« Sur le troisième moyen pris en ses diverses branches : attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaque d'avoir déclaré bien fondée, en son principe, l'instance en concurrence déloyale de la société "Maxim's Ltd", et d'avoir en conséquence interdit, et ce sous astreinte, à la société niçoise d'utiliser à l'avenir l'appellation "Maxim's" a un titre quelconque et condamne cette dernière à payer 1000 francs de dommages-intérêts à la société "Maxim's Ltd", aux motifs que la célébrité du restaurant de paris a même débordé les frontières et que si les deux entreprises n'ont pas exactement le même objet, il est indéniable que l'une et l'autre recrutent une importante partie de leur clientèle parmi les touristes étrangers, qu'ainsi la direction de l'établissement parisien est fondée à craindre que dans l'esprit de certains touristes de passage naisse l'idée erronée de relations commerciales étroites entre les deux maisons, que si le droit au nom est normalement limité à la branche du commerce sans laquelle s'exerce l'activité du titulaire, le propriétaire de ce nom a intérêt à ce que l'appellation de renommée internationale ne soit pas vulgarisée et qu'en l'espèce le nom "Maxim's" pourrait être quelque peu avili, qu'il est clair que les fondateurs de l'établissement niçois, comme leurs successeurs, on cherche à tirer profit du renom de celui de paris, que le risque de confusion suffit à donner au commerçant un intérêt pour agir, que, d'ailleurs, le préjudice résulte de ce que "l'appelante, la société "Maxim's Ltd", expose que certains de ses clients déçus par leur passage dans le cabaret niçois ont cessé de fréquenter le cabaret parisien, mais que la longue inaction de la société "Maxim's Ltd" permet de "présumer" que le préjudice ne remonte pas à une date antérieure à la sommation en date du 22 novembre 1961, alors que, selon le pourvoi, la cour d'appel, reconnaissant elle-même que les deux entreprises n'avaient pas une activité similaire, ne pouvait, sans dénaturer les termes légaux du litige, admettre le risque de confusion entre les deux entreprises du seul fait du recrutement d'une partie de leur clientèle parmi les touristes étrangers, alors, d'autre part, que la cour d'appel, pour tenter de justifier la crainte d'une confusion entre les deux établissements, a également dénaturé les documents versés aux débats en dénigrant la qualité de la renommée de l'établissement de Nice, que, de surcroît, la cour d'appel se contredit en déniant la bonne réputation de celui-ci et en admettant, cependant, la possibilité d'une confusion dans l'esprit du public entre deux entreprises qui ne seraient pas de même classe, alors, de troisième part, que les dirigeants de la maison de Nice qui ont succédé à ses fondateurs n'ont pas eu besoin, depuis bien plus de dix années avant la date d'introduction du présent litige, de tirer profit de l'appellation "Maxim's" pour assurer la prospérité de l'établissement dont la réputation propre était déjà solidement établi,

...mais attendu, d'une part, qu'en l'état des constatations de l'arrêt attaque, visées par le moyen de cassation et dont il résultait que les deux établissements avaient une partie de leur clientèle commune, la cour d'appel a apprécié souverainement, sans dénaturer les termes légaux du litige, le risque de confusion entre les deux entreprises »

1296 Voir infra p 275 sur le parasitisme.

Adde : Cass. Com, 7 avril 1992, <http://www.lexisnexis.fr> ; Cass.com, 16 Juin 1992, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Chapitre 8 : Le nom de domaine

Face à l'absence ou l'indisponibilité de jurisprudence marocaine relative à ce signe, les atteintes qui y sont portées et sont sanctionnées par l'action en concurrence déloyale ne seront envisagées qu'en droit français.

Les conflits pouvant surgir entre un nom de domaine et une marque enregistrée ont été traitées relativement aux formes de reproduction de la marque, plus précisément l'utilisation de la marque d'autrui sur Internet¹²⁹⁷.

Si l'antériorité est constituée par un nom commercial, une enseigne ou une dénomination sociale, et dans les limites du principe de spécialité, l'action en concurrence déloyale permettra aux titulaires de ces signes distinctifs d'en faire cesser l'usurpation¹²⁹⁸. Ainsi, l'utilisation d'un nom de domaine qui imite l'enseigne ou le nom commercial d'un concurrent bénéficiant d'une antériorité d'usage de ces signes et qui engendre la confusion dans l'esprit de la clientèle constitue un acte de concurrence déloyale¹²⁹⁹. En l'espèce, la société Véronique Le Helley (société Le Helley) a acquis en 1994 un fonds de commerce d'agence immobilière et l'enseigne qui lui était attachée sous le nom de "cabinet Rennes immobilier", devenu "Rennes immobilier". Dès 1998, la désignation habituelle de cette société se faisait sous le vocable « Rennesimmo ». D'autre part, la société BVI, exerçant une activité de même nature, sous l'enseigne BVI, a créé un site internet, accessible par l'adresse www.bvi.com, puis a fait paraître, en octobre 2000, des publicités se référant au site "www.rennesimmo.com", site en voie de création et dont le nom de domaine avait été réservé dès le 8 août 2000. Dans cette affaire, la Haute cour a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel qui a notamment considéré tel un agissement déloyal l'utilisation d'un nom commercial dans un nom de domaine attentatoire à la fonction d'identification ou de publicité du nom commercial antérieurement utilisé par un concurrent exerçant dans un même secteur d'activité et sur une même zone géographique. En effet, la juridiction de second degré a constaté que le nom de domaine utilisé par la société BVI est un vocable imitant l'enseigne et le nom commercial de la société Le Helley et que peu de différences existent entre les deux dénominations, ce qui engendre la confusion dans l'esprit d'un client d'attention moyenne. Au plus, la société Le Helley bénéficie depuis 1994 d'une antériorité d'usage sur le nom litigieux ce

1297 Voir supra p 237 et s.

1298 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOW, op.cit, n° 1700, p.964.

1299 Cass.com, 7 Juillet 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr>

qui implique que la société BVI ne peut se prévaloir d'une antériorité d'usage du vocable en cause utilisé.

Au demeurant, l'action en concurrence déloyale permet au titulaire d'un nom de domaine d'en poursuivre celui qui l'usurperait en utilisant une dénomination trop proche¹³⁰⁰. Encore faut-il que ce nom de domaine fasse preuve de « distinctivité »¹³⁰¹. En effet, les noms de domaine choisis sont souvent largement descriptifs des produits ou des activités concernés par le site et l'action en concurrence déloyale contre l'utilisateur d'un nom de domaine trop proche sera écartée dès lors que le signe serait totalement dépourvu de « distinctivité »¹³⁰². Il est question de l'application d'un principe commun à tous les signes distinctifs selon lequel ne peuvent être retirés du langage des termes indispensables aux concurrents pour désigner leurs produits et leur activité¹³⁰³.

1300 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1704, p.966.

1301 Ibid.

1302 http://www.legavox.fr/article/imprimer.php?id_article=7658 : Le 25 mai 2005, la Cour d'appel de Paris a assimilé le régime juridique du nom de domaine à celui du nom commercial ou de l'enseigne en jugeant que « seul est protégeable un nom de domaine distinctif » (CA Paris, 14e ch. A, 25 mai 2005, SA OGF c/ SA Pompes funèbres de la ville de Paris).

<http://www.haas-avocats.com/actualite-juridique/lorsque-concurrence-vire-mise-biere/>: La Cour d'appel considère que : Le radical « hotelsdecharmetoulouse » est dépourvu de distinctivité et opère une simple description de l'objet du site, Il ne permet pas l'identification d'une entreprise particulière (CMIH, Hôtel des Beaux-Arts, ou une autre), Le nom de domaine appartient au domaine public, et doit rester à la disposition de tous. Dès lors, nul ne peut être considéré fautif d'en avoir fait usage (CA Toulouse 28 avril 2010).

1303 Ibid.

Chapitre 9 : La propriété littéraire et artistique

Section 1 : La concurrence déloyale par confusion dans l'esprit de la clientèle

Cette action est réservée à des concurrents, donc essentiellement commerçants et est soumise aux conditions habituelles des actions en responsabilité civile délictuelle. Comme, « la liberté du commerce autorise l'offre et la vente d'articles concurrents », le commerçant doit au surplus démontrer la priorité de possession ou d'utilisation ainsi que la spécificité de sa création.

En effet, la simple vente de produits identiques ou similaires n'est pas suffisante pour constituer un acte de concurrence déloyale. Les commerçants peuvent avoir le même fournisseur ou les produits peuvent être dans le domaine public, donc à la libre disposition de tous. La concurrence déloyale ne peut donc résulter que d'une faute établie et d'une volonté délibérée de bénéficier de la réputation ou de l'achalandage d'autrui en créant une confusion dans l'esprit du public. Elle découle plutôt dans ce domaine de la confusion créée dans l'esprit du public par des emballages ou des présentations identiques¹³⁰⁴, mais elle peut aussi sanctionner la forme des produits¹³⁰⁵ ou des créations publicitaires¹³⁰⁶.

L'emploi d'un emballage ou d'un conditionnement similaire à celui utilisé par un concurrent, présentant un même type de produit, est alors susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle, et de constituer un acte de concurrence déloyale¹³⁰⁷. Selon la jurisprudence française, ce risque s'apprécie sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a ou non volonté délibérée de créer une confusion d'après les ressemblances, peu importe les différences surtout lorsque celles-ci apparaissent comme secondaires¹³⁰⁸. Même si des contraintes, techniques, fonctionnelles, professionnelles ou commerciales peuvent justifier des similitudes dans la forme

1304 « Se rend coupable de concurrence déloyale, le commerçant qui, tenu par honnêteté d'individualiser son produit, choisi un emballage identique à celui d'un concurrent, peu important que cet emballage ne puisse prétendre à la protection des modèles » (CA Paris, 4^{ème} ch.22 Octobre 1987, Cugant c/ viandes de Penthieues D.1988 somm.396 obs J.J.BURST, Cah.dr.auteur 1988 n°4 p.24). Pour un conditionnement de shampoing (CA Toulouse 2^{ème} ch.20 Mai 1987, Farbec c/ PFC PIBD 1987 1987 III 455 : « Les ressemblances relevées ne sont pas la conséquence nécessaire de la nature du produit conditionné car, en matière de conditionnement en carton, les techniques actuelles, tant de la cartonnerie que de l'imprimerie, permettent la réalisation d'une infinité de formes, de graphismes et de couleurs et ouvrent donc de très larges possibilités pour éviter toute ressemblance avec un conditionnement concurrent »), un présentoir (CA Paris, 4^{ème} ch 29 Mars 1989 Atmos c/ Soveg Cah.dr.auteur 1989 n°20 p.15) ; des sachets d'emballage , (CA Paris, 4^{ème} ch.25 Avril 1989 Bic c/ Suntec Cah.dr.auteur 1989 n°20 p.17).

1305 Pour des poupées (TGI paris 3^{ème} ch. 4 Février 1988 Rigodon c/ Dufour Cah.dr.auteur 1988 n°9 p.32) ; des modèles de chaussures (CA Paris, 4^{ème} ch.10 Janvier 1978 Marcaux c/ Benetau Ann.1981, 166).

1306 Pour des panneaux publicitaires (CA Paris 4^{ème} ch.1^{er} Février 1990, Eurétal c/ L'Oréal PIBD1990 III 466).

1307 CA Paris, 4^{ème} ch.28 Avril 1982 ISA c/ Ann.1982, 159.

1308 CA Douai, 2^{ème} ch, 21 Décembre 1989, Tetrawerke c/ Smagghe PIBD 1990 III 316.

ou dans la couleur de l'emballage, la similitude d'autres éléments, ne bénéficiant pas de cette excuse légale, constituera quant à elle, un acte de concurrence déloyale. « La reproduction servile et quasi-servile par la société L.W.J des éléments – formes, dimensions, étiquettes, couleur propre aux emballages – qui personnalisent le conditionnement des teintures pour cuir Miss Dylan, entraîne un risque de confusion certain dans l'esprit de tout consommateur moyennement avisé n'ayant pas simultanément sous les yeux deux séries d'emballage »¹³⁰⁹. Il a également été jugé par la 3^{ème} chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris que « cause un indéniable préjudice commercial à son concurrent direct le parfumeur qui commercialise une nouvelle ligne de parfums dans un flacon et un emballage constituant une copie servile de ceux utilisés antérieurement par le concurrent ».¹³¹⁰ Des cas semblables confirment cette jurisprudence, en particulier pour des emballages de chocolat¹³¹¹, pour de sachets de rasoirs jetables¹³¹², pour des flacons de shampoings¹³¹³ ainsi que pour des emballages de produits surgelés¹³¹⁴. Tout bien considéré, seule l'apparence bien visible de la marque, « qui signale l'origine du produit », et d'éléments graphiques distinctifs permettent d'exclure tout risque de confusion dans l'esprit des consommateurs¹³¹⁵.

De même, la reproduction de la structure externe d'un logiciel est constitutive d'un acte de concurrence déloyale pour confusion dans l'esprit de la clientèle. Du reste, le fait pour un fabricant ou un commerçant d'utiliser pour les mêmes articles les numérotations, codes, systèmes de référence adoptés d'une manière arbitraire par un concurrent participe du même type de faute de concurrence déloyale¹³¹⁶. Ce grief est aussi retenu dans le domaine des œuvres audiovisuelles lorsque le producteur ou le distributeur invoque « l'exploitation d'un film contrefaisant dans des conditions de confusion résultant d'affiches publicitaires ».¹³¹⁷

En la matière, le risque de confusion est apprécié par rapport au consommateur « moyennement avisé » qui n'a pas simultanément les deux produits sous les yeux. Il porte alors plus sur une impression d'ensemble que sur des détails¹³¹⁸. A titre d'exemple, les ressemblances dans les

1309 CA Paris, 4^{ème} ch.20 Juin 1985 Dylan France c/ LJW PIBD 1986 III 33.

1310 TGI Paris, 3^{ème} ch.3 Juillet 1987 C.c/ Dior D.1988 somm.396 obs J.J.BURST.

1311 CA Paris, 4^{ème} ch.22 Janvier.1985 Lindt c/ Chocolat Gaz.Pal.1985, 2 somm.259.

1312 CA Paris, 4^{ème} ch.25 Avril 1989 Bic c/ Syntec Cah.dr.auteur 1989 n°20 p.17.

1313 TC Toulouse 2 Février.1987 P.Fabre c/ Sarbec PIBD 1987 III 455.

1314 CA Paris 4^{ème} ch.21 Juin 1989 Comigel c/ Findus PIBD 1989 III 565.

1315 BERTRAND (A), op.cit, p.677, n° 15.264.

1316 Pour des numérotations de référence (CA Paris, 4^{ème} ch.17 Mai 1977, Rest-Agraf c/ Brendel Ann.1979.100 ; pour des codes (CA Paris, 4^{ème} ch.15 Avril.1972, Seves c/ Gaston Besson Ann.1974, 296).

1317 CA Paris, 4^{ème} ch, 10 Décembre 1987, Universal City c/ UGC Cah.dr.auteur 1988 n°2 p.31.

1318 « Cause un indéniable préjudice commercial à son concurrent direct le parfumeur qui commercialise une nouvelle ligne de parfums dans un flacon et un emballage constituant une copie servile de ceux utilisés antérieurement par le concurrent, dès lors qu'elle entraîne un risque de confusion certain dans l'esprit du

manuels d'utilisation des logiciels s'ils sont susceptibles d'entraîner une confusion dans l'esprit du public, même qualifiée, en laissant entendre que les produits sont identiques dans leur finalité¹³¹⁹.

Mais les ressemblances et similitudes dans la forme des produits et/ou leur emballage peuvent être commandées et donc justifiées par des raisons techniques (nature du produit à emballer, type et forme de l'emballage dû à une machine sur lequel le fabricant ou le distributeur du produit n'a aucune exclusivité), contraintes ou données fonctionnelles, normes ou standards professionnels ainsi que la forme même du produit à emballer et/ou des conditions commerciales (yaourts groupés par 4 ou 8)¹³²⁰. La couleur de l'emballage pourra aussi être imposée par la nature du produit à présenter notamment le marron pour du chocolat, le noir pour le café¹³²¹.

De la même manière, les similitudes peuvent être nécessaires en vertu, des « normes professionnelles » ou des « standards » et de la recherche d'une compatibilité ou d'une interconnexion.

Enfin, la jurisprudence a parfois retenu « l'évolution générale » ou « la mode », en particulier en matière de livres scolaires, l'évolution générale de l'édition¹³²².

consommateur moyennement avisé, n'ayant pas simultanément sous les yeux les deux types d'emballage. Le concurrent qui ne se prévaut d'aucune marque ou modèle n'a pas à justifier du caractère distinctif ou original de son emballage et il importe peu qu'il n'invoque aucun droit privatif sur celui-ci dès lors qu'il démontre que l'emballage incriminé est une copie servile du sien » (TGI Paris, 3^{ème} ch.3 Juillet 1987 Couturier c/ Dior D.1988 somm.396 obs J.J.BURST). Dans le même sens, CA Paris, 4^{ème} ch.22 Janvier 1965 Lindt c/ Chocobab Gaz.Pal 1985, 2 somm.259). Ainsi l'offre de clones logiciels peut constituer un acte de concurrence déloyale et de concurrence parasitaire (CA Paris, 4^{ème} ch.20 Octobre 1988 Artwae c/ LCE JCP éd.G 1989 II 21188, note X.linant de Bellefonds)

1319 TGI Paris, 3^{ème} ch, 8 Avril 1987 Sisro c/ Ampersand Gaz.Pal.12 Août 1988 somm.p.13, Exp.1987 n°94 p.155.

1320 La présentation et la typographie des magazines de télévision (T.com.Paris, 1^{er} Mars 1988 Hachette c/ EDI 7 Petites affiches 25 Mai 1988 p.28 Cah.dr.auteur 1988 n°11 p.8), la forme des barquettes imposée par « la dimension de steaks à contenir » (CA Paris, 4^{ème} ch.22 Février.1989 Ise c/ Omni Pac Cah.dr.auteur 1989 n°20 p.15) ; Pour la présentation des cahiers de vacances « dictées par le contenu des programmes » (CA Paris, 1^{ère} ch.9 Novembre 1988 Guérault c/ Nathan D.1989 IR 294 D.1990 somm.58 obs.Colombet ; aussi, Cass.com.24 Mai 1976 Bull.civ n°172) ; des formes de pots de yaourts « commandées par des données fonctionnelles inhérentes aux évolutions de la technique » (CA Paris, 4^{ème} ch.26 Novembre.1982 Sodima c/ Chambourcy PIBD 1983 III 78, CA Paris 4^{ème} ch.7 Mars 1988 Gama c/ Danone RDPI 1988 n°16 p.107), l'emballage de fauteuils pour bébés (CA Paris, 4^{ème} ch.22 Septembre.1986 Renolux c/ Ampafrance RDPI 1987 n°9 p.188), la couleur noire des emballages de cafés (CA Paris, 4^{ème} ch.22 Mars 1988, Café Grand'Mère c/ Vaudour Danon Cah.dr.auteur 1988 n°5 p.25) et la forme et la couleur de tests de grossesse (CA Paris 4^{ème} ch.8 Juin 1989 Abbot c/ Theranol RDPI 1990 n°27 p.101). Contra : en matière de conditionnement de flacons de shampoings (CA Toulouse, 2^o ch.20 Mai 1987 Farbec c/ PFC PIBD 1987 III 455)

1321 BERTRAND (A), op.cit, p.677, n° 15.264.

1322 BERTRAND (A), op.cit, p.104, n°2.751.

Section 2 : Applications de la jurisprudence marocaine

Les décisions de justices marocaines disponibles en matière de concurrence déloyale pour confusion dans l'esprit de la clientèle sont relatives à l'imitation, l'installation et la vente de programmes d'ordinateur.

Ainsi, la jurisprudence marocaine a employé expressément cette notion de confusion dans une décision du Tribunal de commerce de Casablanca en date du 26 Juin 2000¹³²³. En l'espèce, les demanderesses, les sociétés MICROSOFT et ADOBE reprochent à la défenderesse la société SOS informatique la reproduction de ses programmes informatiques protégés par le droit d'auteur dans le disque dur des ordinateurs qu'elle vend. Les demanderesses sont des sociétés spécialisées dans la conception et la vente de programmes informatiques protégées par le droit d'auteur marocain, ce qui leur donne le droit exclusif de faire interdire la reproduction de leur œuvres de quelque manière et sous quelque forme que ce soit¹³²⁴. Outre la violation des droits d'exploitation des demanderesses¹³²⁵, la défenderesse a utilisé les copies gratuites des programmes informatiques reproduites dans le disque dur des ordinateurs qu'elles commercialisent pour faciliter leur vente. Cet acte a été considéré par le Tribunal de commerce de Casablanca comme un fait de concurrence déloyale. En l'occurrence, l'offre gratuite et commerciale de copies illicites de programmes informatiques protégées par le droit d'auteur contribue au détournement de la clientèle, à l'atteinte à la réputation de ces œuvres ainsi qu'à la confusion dans l'esprit du public concernant la nature et le type de produit ainsi que son origine.

Par ailleurs, la confusion ressort de manière implicite de l'imitation et l'installation de programmes informatiques dans un arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca en date du 19 Décembre 2006, ayant confirmé un jugement du tribunal de Commerce de Casablanca en date du 7 Juin 2004. Dans ce conflit, l'agence franco marocaine d'assurances (Afma) a été condamnée pour atteinte aux droits de propriété intellectuelle et concurrence déloyale suite à l'utilisation au sein de son siège des programmes informatiques de la société MICROSOFT CORP de façon illicite. En effet, l'Afma a reproduit les programmes informatiques sur lesquels

1323 T.Com.Casablanca, 26 Juin 2000, n° 5627, la revue des juridictions marocaines n° 84, p 194 à 200.

1324 En effet, l'article 10 de la loi n°2-00 précitée dispose que sous réserve des dispositions des articles 11 à 22, ci-dessous, l'auteur d'une œuvre a le droit exclusif de faire interdire ou d'autoriser la réédition et la reproduction de son œuvre de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, permanente ou temporaire, y compris l'archivage temporaire sous forme électronique.

1325 Sous réserve de l'article 21 de la loi n°2-00 relative aux droits d'auteur et droits voisins, chaque reproduction d'un programme informatique protégé dans un ordinateur nécessite une licence, sous peine de sanctions civiles et pénales. Voir articles 40, 62 et 64 de la loi n°2-00 précitée : supra p 181 et s.

MICROSOFT CORP dispose d'un droit d'auteur et commercialise en contrepartie de l'octroi d'une licence. Le Tribunal de commerce de Casablanca s'est certes basé sur le détournement de clientèle pour qualifier la concurrence déloyale mais aussi sur l'encouragement d'autres sociétés à commettre les mêmes actes. Ainsi la faute de concurrence déloyale ne porte pas en elle seulement l'idée de détournement de la clientèle ou l'usurpation d'une valeur économique mais tient également dans l'atteinte aux potentialités de développement de la clientèle ou de cette valeur économique. Ce changement de nature du préjudice traduit la volonté d'appréhender l'agent économique dans son acception dynamique et non plus statique. L'action en concurrence déloyale permettrait ainsi de protéger non seulement l'agent économique subissant la déloyauté mais également la concurrence elle-même.

De même la confusion se dégage tacitement d'un arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca en date du 5 Avril 2011 ¹³²⁶ dont les faits sont similaires à la décision qui vient d'être analysée. Cet arrêt confirme le jugement du tribunal de commerce de Casablanca en date du 14 Avril 2008 ¹³²⁷ qui a condamné la société ADVANCIS pour violation du droit d'exploitation de l'auteur et concurrence déloyale. Ces agissements fautifs ont été retenus suite à la reproduction illicite de programmes informatiques protégés par le droit d'auteur au profit de la société MICROSOFT CORP et installés dans les ordinateurs vendus par la société ADVANCIS. Les motifs des décisions en question se réfèrent au détournement de la clientèle de la société MICROSOFT CORP, l'atteinte à son réseau de distribution ainsi que la baisse de ses ventes. Les clients sont en fait encouragés à acheter les ordinateurs dans lesquelles les programmes informatiques piratés sont offerts gratuitement.

La confusion ressort enfin de façon indirecte d'un arrêt de la Cour d'appel de commerce de Casablanca en date du 5 Décembre 2013 ¹³²⁸ qui confirme le jugement du tribunal de Commerce de Casablanca en date du 9 Avril 2012. ¹³²⁹ Ce dernier a condamné la société SAGE CONSULTING GROUP pour violation des droits d'auteur et concurrence déloyale au préjudice des sociétés SAGE GROUP, SAGE et SAGE SOFTWARE. Celles-ci sont propriétaires de la marque de service SAGE qu'elles utilisent dans la conception, la distribution et la vente des programmes informatiques spécifiques à la gestion des entreprises et qui ne peuvent être utilisées par le client que suite à l'obtention d'une licence spécifique de leur achat. Les sociétés défenderesses ne peuvent par contre imposer à leurs clients l'installation des dits programmes, ces derniers étant libres de le faire eux-mêmes ou de recourir aux services d'une société de conseil

¹³²⁶ Casablanca, com., 5 Avril 2011, n° 1326/2011, inédit.

¹³²⁷ T.Com.Casablanca, 14 Avril 2008, n° 7789/16/2007, inédit

¹³²⁸ Casablanca, com., 5 Décembre 2013, n° 5288/2013, inédit.

¹³²⁹ T.com.Casablanca, 9 Avril 2012, n° 12077/16/2010, inédit

et d'installation de programmes informatiques comme SAGE CONSULTING GROUP. Celle-ci a toutefois enfreint la loi en installant au profit de sa propre clientèle des versions piratées des programmes informatiques inventées par les défenderesses. Au surplus, SAGE CONSULTING GROUP prétend qu'il s'agit de programmes informatiques vendus par les défenderesses et que celles-ci lui ont octroyées les licences requises. La confusion résulte alors dans le fait que SAGE CONSULTING GROUP a trompé sa clientèle en leur faisant croire qu'il s'agit de l'installation de programmes informatiques originaux, ce qui constitue selon les juridictions ayant tranché cette affaire un acte de concurrence déloyale.

Titre II

L'affaiblissement de l'entreprise

Chapitre 1 : Le parasitisme

L'action en concurrence déloyale ne s'appliquait en principe qu'aux concurrents, à la conquête de la clientèle pour des produits et services identiques ou similaires¹³³⁰.

Cependant, il s'est avéré que le devoir de loyauté des intervenants du monde économique devait dépasser les rapports strictement concurrentiels. Ainsi, la notion complémentaire d'agissements parasitaires permet de condamner quiconque usurpe sensiblement une valeur économique d'autrui, même non concurrent et partant réduit notablement ses investissements matériels et intellectuels tout en gagnant du temps, c'est-à-dire dans les affaires de l'argent¹³³¹. Le parasitisme permet de condamner les comportements délictuels des intervenants du marché (non conformes à la morale des affaires) que leur auteur et la victime aient un rapport de concurrence ou non¹³³².

Il n'en reste pas moins que le parasite doit rechercher un profit dans une activité commerciale¹³³³. A cet égard, un courant doctrinal plaide en faveur de la suppression de l'exigence de la situation de concurrence entre les parties à l'action en concurrence déloyale et donc pour fusionner la concurrence déloyale et le parasitisme¹³³⁴. La cour de cassation française n'a pas été insensible à

1330 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n° 7082, p 1572.

Cette constatation découle d'une part des articles 84 du Dahir du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats et 184 de la loi n° 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée. Elles contiennent des dispositions réprimant la concurrence déloyale et exigeant à cette fin un risque de confusion. Celui-ci peut porter sur le fabricant, l'établissement, le cessionnaire ou le représentant de celui-ci, la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques ou la provenance du produit ainsi que l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises. De même ces lois condamnent les faits de concurrence déloyale qui détournent la clientèle de l'un au profit de l'autre. D'autre part, le contentieux marocain relatif à la concurrence déloyale met généralement en cause des concurrents qui exercent des activités similaires ou identiques.

1331 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n° 7082, p 1572.

1332 CA Paris, 4ème chambre A, 4 Avril 2007, <https://www.doctrine.fr/> : « Considérant que, pour s'opposer aux prétentions formées par la société CIAT au titre de la concurrence déloyale et parasitaire, la société LA REDOUTE fait valoir qu'elle ne serait pas en situation de concurrence avec la société CIAT dès lors qu'elle a pour seule activité la vente à distance et par correspondance alors que la société intimée vendrait, en règle générale, ses articles dans les magasins de sport ; Mais considérant que l'existence de circuits de distribution différents pour des produits tels que ceux qui sont en litige, n'exclut pas l'existence d'une clientèle finale commune à savoir, en l'espèce, l'amateur de randonnées et de vie en plein air ; que, au surplus, la société appelante reconnaît dans ses propres écritures que pour la société CIAT la vente par correspondance ne représentant qu'une infime partie de son activité (page 20 des derniers conclusions de la société LA REDOUTE) de sorte que les deux sociétés opposées ont, en partie, un circuit de distribution commun ».

1333 CA Paris 16 novembre 2005, <https://www.legalis.net/> : « Considérant que, s'agissant des agissements parasitaires allégués, les premiers juges ont, à bon droit, jugé que ceux-ci n'étaient pas constitués dès lors que de tels agissements supposent la recherche d'un profit au moindre coût qui est absent en l'espèce puisque les produits commercialisés l'ont été par une personne morale étrangère distincte de Greenpeace France ».

1334 PICOD (Y), « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz, Paris, 2005, pp 368 et 369 : « Une clarification législative pourrait à l'instar du droit Espagnol, permettre d'affirmer clairement qu'il importe peu que les parties à l'action en concurrence déloyale soient réellement en situation de concurrence. Les agissements parasitaires pourraient alors définitivement être intégrés à la théorie de la concurrence déloyale. En revanche, le législateur pourrait utilement rappeler que le régime de la concurrence déloyale est celui de la responsabilité civile pour faute, excluant ainsi toute présomption de responsabilité. A ce titre, la proposition de la commission Canivet en vue de la réécriture de l'article L.440-2 du Code de commerce répondait à cette attente ; il est mentionné que les règles énoncées dans le chapitre deux du titre

cette doctrine en admettant par plusieurs arrêts¹³³⁵ la possibilité d'une action en concurrence déloyale en dehors de tout rapport de concurrence entre les parties en cause. Il en va de même de la cour d'appel de Casablanca qui dans certaines de ses décisions, a réprimé des agissements parasitaires¹³³⁶.

Par ailleurs, les adversaires de la théorie du parasitisme considèrent à rebours que le Droit n'est pas subordonné à la morale. Mais un des rôles majeurs du droit est d'assurer le bon ordre de la société au sens large, et le meilleur fonctionnement possible du marché en déjouant les manœuvres des intervenants déloyaux¹³³⁷. Ce n'est pas la morale, ni la loyauté qui sont directement recherchées mais la défense du marché et à travers lui, celles des entreprises, c'est-à-dire de leurs salariés (et même généralement de leurs clients)¹³³⁸. Celles-ci risquent de connaître le déclin voire même de disparaître si leur travail inventif est pillé, même sans risque de confusion, les concurrents pouvant proposer des produits comparables à meilleur prix. En outre, le mimétisme risque de paralyser l'innovation et l'investissement. Toutefois, un juste équilibre entre la protection et la liberté du (commerce et de la création) est nécessaire afin de ne pas verser dans l'excès de protection. Celui-ci peut aussi s'avérer paralysant. Il en découle que la théorie du parasitisme ne peut être rejetée sous prétexte qu'elle fait écho à la morale.

L'audace dont fit preuve la jurisprudence française en admettant la théorie des agissements parasitaires était limitée : les tribunaux ne firent qu'appliquer une règle importante à propos de la concurrence déloyale celle de l'universalité de la responsabilité civile¹³³⁹. En effet, la

quatre du livre quatre du Code de commerce, lesquels ont pour but « d'assurer des comportements de marché... » », « ne font pas obstacle à une action fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code Civil destinée à prévenir ou à réparer les conséquences des comportements délictueux des agents économiques sur le marché, qu'ils soient ou non en situation de concurrence, tels que le dénigrement, les actes destinés à créer une confusion ou une désorganisation ou encore les agissements parasitaires ». On pourrait même faire un pas supplémentaire dans la perspective de la transposition de la directive sur les comportements déloyaux, - que cette action est ouverte à toute victime de ces comportements y compris aux consommateurs et aux associations agréés. La symbiose entre droit de la consommation et droit de la concurrence serait alors ici réalisée ».

1335 Cass.com 12 février 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/>: « Le bien-fondé d'une action en concurrence déloyale est uniquement subordonné à l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice, et non à l'existence d'une situation de concurrence directe et effective entre les sociétés considérées. Ainsi, justifie légalement sa décision une cour d'appel qui, pour retenir des actes de concurrence déloyale entre deux sociétés, relève des éléments dont il se déduit que la production de certains produits par la société en cause, pour le compte d'une société tierce, concurrençait indirectement et potentiellement le produit commercialisé par la société plaignante et avait ainsi causé à cette dernière un préjudice commercial »

1336 CA Casablanca, 13 Décembre 2005, n° 2005/4622, inédit ; CA Casablanca, 14 Février 2006, n° 2006/782, inédit ; CA Casablanca, 23 Décembre 2010, n° 2010-5538, inédit. ; CA Casablanca, 15 Février 2011, n° 2006/685, inédit.

1337 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7083, pp 1572 et 1573.

1338 Ibid.

1339 La responsabilité subjective a une vocation universelle : lorsqu'aucune autre voie juridique n'existe, elle est prête à l'emploi aux tenants et aboutissants éprouvés. Au surplus, la responsabilité civile est d'une étonnante souplesse. Cette double qualité lui permet de s'adapter aux évolutions des données et d'intervenir dans tous les domaines de l'activité sociale, en complément ou en suppléance de la loi. C'est le cas dans le monde des affaires :

concurrence déloyale et les agissements parasitaires constituent deux facettes de la responsabilité civile contribuant à la police du marché mais qui ont reçu des noms spéciaux pour délimiter leurs domaines respectifs. Au plus, certains auteurs ne distinguent pas réellement le parasitisme de la concurrence déloyale, n'y voyant qu'une illustration particulière de l'acte de concurrence déloyale, un cas d'ouverture supplémentaire¹³⁴⁰. Le parasitisme n'est donc qu'un prolongement de la concurrence déloyale et tous les principes de la première lui sont applicables¹³⁴¹. Certes le fondement réside dans les articles 1240 et 1241 du Code Civil qui posent le principe général de la responsabilité délictuelle¹³⁴². Toutefois, selon un auteur, un acte de parasitisme est nécessairement volontaire puisqu'il implique la volonté de se placer dans le sillage d'un tiers, ce qui exclurait d'office la possibilité d'invoquer l'article 1241¹³⁴³. En ce sens, la cour de cassation ne citait que l'article 1382 du Code Civil, qui correspond à l'article 1240 de ce même texte suite à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. De même un arrêt exige implicitement une faute intentionnelle, puisqu'il relève l'absence de « copie servile malicieuse »¹³⁴⁴, tandis que d'autres définissent le parasitisme comme « la volonté de se placer dans le sillage » d'un autre intervenant¹³⁴⁵.

la place qu'elle y occupe est si importante qu'elle y reçoit une appellation spécifique (au milieu du dix-neuvième siècle), celle de concurrence déloyale.

1340 RIPERT (G), ROBLOT (R), 2001, *Traité de Droit commercial*, Tome 1, Volume 1, op.cit, n° 736 et 752, p.601 et 614

Quatre catégories d'actes constitutifs de concurrence déloyale sont recensées : le dénigrement, la confusion, le parasitisme économique et la désorganisation. Par ailleurs, ces auteurs considèrent que la théorie des agissements parasitaires « consacre une extension de la conception traditionnelle de la concurrence déloyale ». Il est progressivement apparu que la déloyauté dans les relations commerciales ne se traduisait pas nécessairement par un détournement de clientèle. La déloyauté équivalant à un usage abusif de la liberté du commerce, il suffit que l'agissement en cause porte atteinte à ce principe pour que la concurrence soit illicite : « celui qui vit en parasite dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de sa notoriété ». Adde : LECOURT (A), 2009, *La concurrence déloyale*, L'HARMATTAN, Paris, p 104 : « Le droit de la concurrence déloyale est ainsi à l'image de la responsabilité civile délictuelle qui lui sert de support et de l'économie qui l'entoure : mouvant et difficile à saisir dans tous ses aspects. Alors que l'on pense l'avoir cerné (droit fondé sur la responsabilité civile), le voilà qui s'échappe vers d'autres contrées juridiques) ».

1341 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7084, p 1573.

1342 Selon l'article 1240 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »

L'article 1241 du Code civil : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »

1343 FRION (J-J), 2001, *L'agissement parasitaire*, th.Nantes.n° 92.

A rapprocher de la définition du parasite par RIPERT (G), ROBLOT (R), 2001, *Traité de Droit commercial*, Tome 1, Volume 1, op.cit., n° 752, p.613 : le parasite a un comportement suiveur se traduisant généralement par la reprise de manière identique ou quasi identique des éléments ayant contribué au succès d'une entreprise, afin d'en profiter sans consentir d'efforts financiers, intellectuels ou promotionnels

1344 Cass.com 15 Janvier 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1345 Cass.com 10 Mai 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

A la différence du droit français, la responsabilité civile pour concurrence déloyale fait l'objet en droit marocain de deux articles spécifiques¹³⁴⁶ énumérant de manière non exhaustive des actes malhonnêtes. L'article 84 du Dahir des obligations du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats est une application spécifique de la responsabilité extracontractuelle¹³⁴⁷. L'article 184 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée fait écho à cette disposition du code des obligations et contrats dans un domaine où les actes de concurrence déloyale sont très fréquents à savoir la propriété industrielle. Généralement, ces actes résultent de la confusion, retenue parfois sous le vocable d'imitation. Toutefois, les arrêts de la cour d'appel de Casablanca mentionnés précédemment ont également condamné à titre de concurrence déloyale des agissements parasites dans des affaires dans lesquelles les parties en cause n'avaient aucun lien de concurrence. Cette position amène à s'interroger sur la conception du parasitisme économique en droit marocain. Afin d'apporter une réponse à cette question, l'étude du droit français est indispensable étant donné la rareté de la jurisprudence et de la doctrine marocaine en la matière.

La théorie des agissements parasites a eu en France un fort retentissement qu'une nouvelle catégorie d'actes de concurrence déloyale est apparue sous l'expression de concurrence parasite. A l'instar des agissements parasites, cette forme a eu un succès frappant dans la mesure où elle a non seulement été adoptée mais appropriée par la jurisprudence

1346 L'article 84 du Dahir du 12 Août 1913 formant code des obligations et contrats précise que : « Peuvent donner lieu à des dommages-intérêts les faits constituant une concurrence déloyale et, par exemple :

1° Le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaire à ceux appartenant légalement à une maison ou fabrique déjà connue, ou à une localité ayant une réputation collective, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant et la provenance du produit ;

2° Le fait d'user d'une enseigne, tableau, inscription, écriteau, ou autre emblème quelconque, identique ou semblable à ceux déjà adaptés légalement par un négociant, ou fabricant, ou établissement du même lieu, faisant le commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre ;

3° Le fait d'ajouter au nom d'un produit les mots : façon de..., d'après la recette de..., ou autres expressions analogues, tendant à induire le public en erreur sur la nature ou l'origine du produit;

4° Le fait de faire croire, par des publications ou autres moyens, que l'on est le cessionnaire ou le représentant d'une autre maison ou établissement déjà connu »

L'article 184 de la loi n° 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée énonce que :

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

Sont notamment interdits :

1) Tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;

2) Les allégations fausses dans l'exercice du commerce de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;

3) Les indications ou allégations dont l'usage dans l'exercice du commerce est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises ».

1347 La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle est régie par les articles 77 à 106 du Dahir du 12 Août 1913 formant code des obligations.

Afin de développer les formes du parasitisme sous l'angle du droit marocain et français, les agissements parasitaires seront préalablement analysés (A) afin de mieux cerner la concurrence parasitaire (B).

Section 1 : Les agissements parasitaires

Par définition, les agissements parasitaires interviennent entre non-concurrents et sont polymorphes. Il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent se regrouper autour de l'usurpation d'une notoriété et celle d'un produit ou technique¹³⁴⁸. Toutefois, toute distinction est imparfaite : il arrive que le détournement d'un produit soit destiné à bénéficier de la notoriété qui s'y attache¹³⁴⁹. La notoriété apparaît même comme une condition de recevabilité du parasitisme¹³⁵⁰.

Paragraphe 1 : L'usurpation d'une notoriété

I. L'approche du droit français

La notion d'agissements parasitaires fut initialement proposée par Yves Saint Gal en 1956 à propos de l'usurpation d'un signe de ralliement de clientèle¹³⁵¹. Il s'agissait de protéger ceux qui ont une notoriété qu'un tiers cherche à accaparer ou dont il cherche à profiter. « L'utilisation intéressée d'une marque ou d'un nom commercial notoire¹³⁵² constitue un agissement parasitaire

1348 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7086, p 1574.

1349 Cass.com 22 octobre 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : La cour de Cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel qui a décidé que : l'offre faite par une société à sa clientèle de lui remettre gratuitement la copie servile d'une montre de haute renommée, en ce que cette offre porte atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie en la rabaisant au rang de simple gadget publicitaire et affecte l'image qualifiée de prestigieuse d'un produit notoire et de marque, ne fût-il plus couvert par un droit privatif, était fautive.

1350 cass.com 29 janvier 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Mais attendu que l'arrêt constate que tant la différence de couleur ou d'apparence des pieds de tables des produits opposés, que les mentions du nom des fabricants sur les catalogues qu'ils éditent ou sur ceux diffusés par des tiers qui commercialisent leurs produits, sont de nature à éviter le risque de confusion allégué, dès lors que les consommateurs qui sont essentiellement des collectivités effectuant des achats importants après avoir procédé à un examen comparatif approfondi des articles proposés peuvent rattacher lesdits produits avec certitude à l'une ou l'autre des sociétés ; que l'arrêt relève que la compatibilité ou l'adaptabilité des produits opposés alléguée par la société Serem n'est pas démontrée et ne constitue pas en soi une faute dans la mesure où lors de leur commercialisation, il n'est fait aucune référence susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit de l'acheteur moyen sur l'origine des produits respectifs ; que l'arrêt relève encore que le moyen présenté par la société Serem selon lequel en l'absence même de tout risque de confusion entre les produits, la société Mefran aurait eu à son encontre un comportement parasitaire n'est pas fondé dans la mesure où elle ne démontre pas que le modèle de table qu'elle commercialise bénéficie d'une réputation ou d'une notoriété telle que la société Mefran en mettant sur le marché un produit similaire aurait cherché à se placer dans son sillage ; qu'ayant ainsi écarté les griefs de confusion entre les produits litigieux et de parasitisme allégués et répondu aux conclusions prétendument omises, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche visée à la première branche du moyen que ses constatations sur l'absence de compatibilité prouvée entre les produits en cause rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision, abstraction faite des motifs erronés mais surabondants critiqués par la quatrième branche du moyen ; qu'inopérant en sa première branche, le moyen ne peut être accueilli en sa quatrième branche et n'est pas fondé pour le surplus. »

1351 Saint-Gal (Y), Concurrence déloyale et concurrence parasitaire (ou agissements parasitaires), Revue Internationale de la Propriété industrielle et Artistique (R.I.P.I.A.) 1956, n° 25-26, p. 19 et s.

1352 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1674, p.948 : En effet, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure la notoriété d'un nom commercial ne devait pas conduire à faire disparaître le principe de la spécialité. La jurisprudence refuse l'éclatement de ce principe au motif que le nom commercial qui est reproduit est notoire. Bien que le nom commercial soit notoire, il n'est

lorsqu'il fait bénéficier l'utilisateur, sans contrepartie du renom acquis par d'autres grâce à un travail intellectuel, un savoir-faire ou des agissements publicitaires »¹³⁵³. Le parasitisme est particulièrement utile pour protéger les articles de luxe.

Toutefois, la reprise sans droit d'un signe approprié n'est condamnable que si elle intervient à titre lucratif, dans une activité commerciale et non si elle a eu lieu dans une œuvre littéraire ou artistique, la liberté de création étant prééminente par rapport au droit privatif du titulaire de la marque¹³⁵⁴. La théorie des agissements parasitaires permet de mettre fin à la reprise et l'utilisation d'une marque renommée à titre de marque ou pour tout autre usage dans un domaine distinct (non concurrent), afin de bénéficier par ricochet de sa célébrité pour attirer la clientèle¹³⁵⁵.

1. L'apport jurisprudentiel

L'arrêt Pontiac¹³⁵⁶ - fondateur en matière de parasitisme - a été suivi de très nombreuses décisions. Ainsi, il existe des agissements parasitaires condamnables en présence de la commercialisation quasi-servile d'une montre de haute renommée¹³⁵⁷. Dans la même veine, l'imitation servile par une société non concurrente d'un modèle « tombé » dans le domaine public et dont la notoriété est très grande¹³⁵⁸ est sanctionnée à ce titre.

protégé que pour les activités identiques ou similaires à celles que le titulaire du nom commercial exerce sous ce nom. Mais celui qui reprend un nom commercial pour une activité différente commet un abus de droit, qui doit être sanctionné au titre des agissements parasitaires.

V : Cass.Com, 27 Mai 1986, <https://www.legifrance.gouv.fr/>: « Selon les articles 1er et 5 de la loi du 31 décembre 1964, les signes distinctifs ne sont pas protégés en eux-mêmes, mais dans leur application à la désignation d'objets ou de services déterminés ; Doit dès lors être censuré l'arrêt qui retient la responsabilité d'une société en raison non d'un abus du droit, mais de l'atteinte portée à une dénomination notoire qui serait indisponible dans tous les secteurs de l'activité économique » ; TGI Paris, 17 mars 1987, TGI paris 17 mars 1987, CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1674, p.948 : il a été jugé que le nom commercial Lido étant notoire, la diffusion de bouteilles de mousseux sous le nom « Le Lido de Paris » doit être considéré comme un comportement parasitaire ; CA paris 30 avril 1975, CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1674, p.948.

1353 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7087, p 1574 qui cite un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 3 Novembre 1988.

LECOURT (A), 2009, La concurrence déloyale, op.cit, p 36 : « Les tribunaux considèrent en effet que cette utilisation de signes distinctifs et notamment de la marque risque d'affaiblir la notoriété et donc le pouvoir d'attraction de la clientèle »

1354 Ibid.

1355 CA Paris 8 décembre 1962, <https://www.doctrine.fr/> : La Cour d'appel de Paris a considéré sans toutefois employer clairement l'expression et alors même qu'aucun risque de confusion ne semblait devoir naître entre des voitures et des réfrigérateurs, que constituait un agissement parasitaire le fait pour un fabricant français de réfrigérateurs – la Royal Corporation – de vendre ses produits sous la dénomination « Pontiac », appellation identique à une marque de voitures alors très connue et déposée par General Moto

1356 Ibid.

1357 CA Paris, 12 juin 2002, <https://www.doctrine.fr/>

1358 Cass.com 22 octobre 2002, V note 15.

Il en va de même de l'exploitation sans autorisation de l'évènement du Tour de France¹³⁵⁹ ou de l'indication géographique Darjeeling¹³⁶⁰. De même, le fait d'avoir adopté Paris Plage comme dénomination sociale tend à se placer dans le sillage de cet évènement afin de profiter indument des investissements de la ville de Paris pour développer cette activité¹³⁶¹. En sus, le fait de commercialiser une tirelire, ayant la forme des bouteilles de la cuvée Dom Pérignon sous l'appellation « Moat Shandom » est également un acte de parasitisme¹³⁶². A ces comportements s'ajoutent le fait de détourner l'image de marque du Casino de Divonne¹³⁶³ ou de tirer profit

1359 CA Paris 27 mars 2001, <https://www.doctrine.fr/> :

« Qu'il est constant que la société du TOUR DE FRANCE, qu'elle vienne aux droits des différentes institutions qui ont organisé cet évènement sportif ou qu'elle agisse personnellement, a réalisé des investissements financiers et humains particulièrement importants pour organiser la manifestation sportive du Tour de France et lui donner ce retentissement international et cette popularité qui en font l'un des évènements sportifs de l'année plus connus et les plus suivis par le public ; qu'elle détient sur l'épreuve elle-même un droit d'exploitation, en dehors du droit à l'information, qui l'autorise légitimement, en raison de l'importance des investissements réalisés, à recueillir les fruits des efforts qu'elle consacre à cette manifestation, que celle-ci soit ou non antérieure à la loi de 1984 qui est venu définir les termes exacts de ce droit exclusif ; qu'il convient de souligner que ces fruits lui permettent au surplus d'assurer la pérennité de la manifestation ;

Qu'en exploitant l'évènement pour la période allant de 1904 à 1980 sans l'autorisation de l'organisateur, la société GEMKA PRODUCTION a d'évidence cherché à s'approprier, à moindre coût, les efforts de ceux qui ont contribué et contribuent au succès de cette manifestation sportive et à tirer profit, indirectement, de la publicité résultant de l'exploitation audiovisuelle régulière faite par la société A.S.O. pour la période ultérieure ;

Que de ce comportement fautif s'infère un préjudice d'autant plus grave qu'il banalise l'historique du Tour de France que la société TOUR DE FRANCE peut légitimement penser être en droit d'exploiter au moment qu'elle juge opportun et que l'exploitation déloyale à laquelle se livre la société GEMKA PRODUCTION nécessairement accroître dans l'esprit du public qu'elle agit avec la consentement des organisateurs de la manifestation est sous son égide »

1360 CA Paris 22 novembre 2006, <https://www.doctrine.fr/> : « La dénomination Darjeeling constitue une indication géographique au sens des articles 22-1 des accords ADPIC et 10 bis de la Convention de Paris. En l'adoptant comme partie verbale de sa marque constituée également de la représentation d'une théière, le défendeur a cherché à tirer profit de la renommée attachée à cette indication géographique qui identifie le thé originaire de cette région de l'Inde et ce bien que les produits et services commercialisés soient différents (édition de livres, papier...). Cette indication géographique est indisponible pour constituer une marque. En raison de l'ancienneté de son usage et du pouvoir attractif résultant de son rayonnement international, elle évoque spontanément, même appliquée à des produits différents, l'univers du thé et seuls les producteurs, négociants et exportateurs de cette région de l'Inde peuvent se prévaloir de cette provenance ».

1361 TGI Paris 3 mai 2006, <http://legimobile.fr/>

1362 TGI Paris, 12 Septembre 2001 : V LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7089, p 1575.

1363 CA Paris, 19 Novembre 2004 : <https://www.doctrine.fr/>: « Considérant que les appelants soutiennent que la société TTH DIVONNE ne justifie d'aucun fait de parasitisme distinct de la concurrence déloyale ; Mais considérant que les appelants offrent au public français de participer à des jeux de hasard en violation de la réglementation des jeux applicable en France, et en dehors de tout contrôle de la puissance publique ; que les joueurs ainsi lésés associeront le site litigieux au Casino de Divonne puisque tout est fait par les appelants pour créer et entretenir la confusion ; que les agissements des appelants portent dès lors atteinte à l'image et à la réputation de l'intimée ;

Qu'en outre, le site internet des appelants est référencé par la dénomination "Casino de Divonne" sur le site portail de la société MEDIA VISION au même titre que divers sites pornographiques ; que le nom du Casino de Divonne est utilisé de manière très apparente directement sur les pages de ces sites pornographiques ; Que l'utilisation du nom du Casino de Divonne en association avec des sites et des photographies à caractère pornographique par la société MEDIA VISION et M. V avilit le nom et l'image de l'établissement de jeux exploité par la société TTH DIVONNE, qui subit un préjudice de ce fait ; que ces agissements constituent un acte de parasitisme distinct de la concurrence déloyale ; Que le jugement sera confirmé de ce chef ».

d'une œuvre littéraire (Le petit Prince) par un slogan publicitaire¹³⁶⁴. Au reste, le fait d'utiliser dans sa publicité commerciale des résultats d'une enquête effectuée par une association de consommateurs est un agissement parasitaire¹³⁶⁵.

Sans employer l'expression d'agissements parasitaires, un arrêt maintient la décision des juges de fond ordonnant la radiation de deux marques anciennes utilisant l'appellation Champagne, en relevant que la société Caron « a entendu s'approprier l'idée de prestige et de raffinement qui s'attache à cette dénomination et détourner ainsi à son profit le pouvoir attractif de l'appellation d'origine »¹³⁶⁶.

Il ressort de cette jurisprudence que la confusion (ou son risque) n'est pas nécessaire¹³⁶⁷. Les juges de fond ne peuvent pour autant se contenter d'une formule générale pour protéger un signe

1364 CA Paris 2 avril 2003, <https://www.doctrine.fr/>: « Considérant qu'il est constant que le conte intitulé « Le Petit Prince », dont Antoine de S est également l'illustrateur, connaît une place essentielle dans son œuvre par le renom exceptionnel qui s'attache tant à l'apparence visuelle du personnage imaginaire du Petit Prince qu'à ses propos ; qu'ainsi l'expression « Dessine-moi un mouton », répétée avec insistance cinq fois par le personnage, au début de la narration, évoque immédiatement pour un très large public, même extraite de son contexte, le Petit Prince, et par extension l'œuvre elle-même ; Que les articles de presse et les contrats conclus par la société SOGEX produits aux débats établissent que cette expression dans son entier ou limitée aux mots « Dessine-moi » suivis d'autres substantifs tels « en CD ROM », « une cheminée », « un instrument de musique », « une chanson », « un théâtre », « un immeuble », « un succès » est constamment reprise pour désigner des manifestations consacrées à l'œuvre de SAINT-EXUPÉRY ou dédiées à sa mémoire ; Que cette expression, par l'usage qui en est fait, identifie immédiatement l'œuvre "Le Petit Prince" auprès d'une large fraction du public ; Considérant que le choix de l'expression « Dessine-moi la rentrée... » par la société C & A FRANCE ne saurait être fortuit dès lors que le recours à l'impératif n'était pas imposé par la syntaxe ; Qu'en faisant usage de cette expression dotée d'un pouvoir évocateur fort pour construire un slogan publicitaire, la société C & A FRANCE a cherché à tirer profit de la notoriété attachée à l'œuvre littéraire et a ainsi commis des actes de parasitisme ».

1365 Tribunal de commerce de Paris 13 Mai 2005, <https://www.legalis.net/>

1366 Cass.com 18 février 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1367 CA Paris, 18 Mai 1989, JCP éd. CI 1989 I 18706, PIBD 1989 III 519, « Il y a faute engageant la responsabilité dans les termes de l'article 1382 du Code Civil à s'appuyer sur les initiatives et les efforts d'un concurrent pour entamer ses positions commerciales. Il en va ainsi lorsque dans la réalisation d'un objet, l'auteur, au lieu de donner libre cours à ses facultés créatrices, les met en sommeil et conduit un processus d'élaboration asservi à l'imitation de l'œuvre d'autrui. Cette démarche intellectuelle fournissant l'impulsion du travail créateur et lui servant de guide ; une telle manière d'opérer n'appelle pas seulement un blâme d'ordre moral car elle vise à profiter des frais d'études et de mise au point assumés par le concurrent et à s'en faire une arme contre lui en même temps qu'elle évite le risque d'un échec de la commercialisation dans la mesure où celle-ci porte sur un produit proche d'un autre dont on sait qu'il a les faveurs du public. En fait il s'agit d'un parasitisme économique, qui à l'instar du parasitisme observé dans le règne végétal ou animal, s'analyse en une prise de la substance de l'autre ainsi appauvrie et parfois même conduite au dépérissement. Ce procédé est inadmissible quand bien même, après la phase d'imitation servile ou quasi-servile, le parasite a libéré sa créativité pour prévenir le grief de recherche de confusion grâce à des modifications de l'œuvre imitant au demeurant point trop coûteuses pour réduire à rien les économies procurées par le plagiat et de plus suffisamment limitées pour que soit conservée une ressemblance d'ensemble maintenant le produit dans le sillage du succès obtenu par le concurrent ; le jeu de la libre concurrence s'en trouve faussé ». Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par une décision de la cour de cassation en date du 6 Mai 1991, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 18 mai 1989) que la société des Parfums Ungaro (société Ungaro), créatrice d'un parfum dénommé "Diva", a assigné la société Jean-Jacques B... (société B...) en lui reprochant d'avoir commercialisé, sous le nom de "Pour mon amour", un parfum dont le conditionnement imitait le sien ; Attendu que la société B... fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée pour concurrence déloyale, alors, selon le pourvoi, que l'imitation d'un élément non couvert par un droit privatif ne peut engager la responsabilité de son auteur qu'en présence d'un risque de confusion en résultant dans l'esprit de la clientèle ; qu'à défaut de ce risque, aucun préjudice réparable ne peut être caractérisé ; qu'en retenant la responsabilité

célèbre contre toute usurpation : ils doivent caractériser les comportements répréhensibles et les risques qu'ils font courir au parasitisme¹³⁶⁸.

Par ailleurs, le parasitisme permet de lutter contre la reprise des signes sur la toile lorsque cette pratique s'avère préjudiciable aux intérêts d'une personne morale. Les titulaires de signes ont en fait la possibilité d'interdire, y compris sous astreinte d'adopter comme nom de domaine un nom ou un sigle déjà utilisé¹³⁶⁹. En sus, ils peuvent en imposer le transfert au bénéfice de la victime¹³⁷⁰. Toutefois, l'emploi d'une marque déposée constitue une contrefaçon qui rend inutile l'action en parasitisme sauf s'il existe des faits distincts¹³⁷¹. Depuis un certain temps, les tribunaux enjoignent directement à l'autorité compétente de transférer le nom de domaine usurpé¹³⁷². Dans le cas où un nom de domaine est enregistré avant que la dénomination soit déposée comme marque, le titulaire du premier sera protégée lorsque cette antériorité est certaine et en l'absence de risque de confusion dans l'esprit du public du fait de la marque¹³⁷³.

2. Les dispositions législatives

Cette jurisprudence abondante s'inscrit dans la mouvance contemporaine du Droit cherchant à empêcher le parasitisme par usurpation de notoriété. Des dispositions législatives ponctuelles se situent également dans cette tendance et consacrent ainsi la théorie du parasitisme.

de la société B... sans relever un risque de confusion, expressément écarté par les premiers juges, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ; Mais attendu que l'arrêt, après un examen détaillé des éléments de fait, retient que les parfums en cause ont "une ressemblance d'ensemble tout à fait frappante et qui n'est pas le fruit d'un hasard mais résulte du dessein très manifeste de Jean-Jacques B... de reproduire les caractéristiques essentielles d'un article de prestige, de telle sorte qu'un air de famille situe le produit imitant au niveau du produit imité dont la notoriété est ainsi exploitée" ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu décider que la société B... avait eu un comportement parasitaire contraire aux usages du commerce et constitutif de concurrence déloyale ; que le moyen n'est pas fondé » ; Cass.com, 11 Mars 2003, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « En retenant, pour rejeter une action tirée d'agissements parasitaires par usurpation de dénomination, que la dénomination est protégée contre toute usurpation de nature à créer, dans l'esprit de la clientèle, un risque de confusion, et que la preuve n'est pas rapportée que sa seule évocation soit de nature à créer un risque de confusion entre personnes morales, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs inopérants, dès lors que l'action était fondée, non sur l'article L. 711-4 b) du Code de la propriété intellectuelle, mais sur l'article 1382 du Code civil » ; CA Paris, 22 Novembre 2006, préc : « Que ce comportement parasitaire, indépendamment de tout risque de confusion, caractérise une faute au sens de l'article 1382 du code civil ».

LECOURT (A), 2009, La concurrence déloyale, op.cit, p 35 : « L'agent économique ne cherche pas à créer une confusion et, s'il existe tout de même un risque de confusion, il ne s'accompagne pas d'un détournement de clientèle parce que les opérateurs agissent sur des marchés différents ».

BERTRAND (A), op.cit, p.105, n° 2.752 : La doctrine ou la jurisprudence entendent par parasitisme ou agissement parasitaires « l'acte d'un commerçant ou d'un industriel qui même sans avoir l'intention de nuire, tire ou s'efforce de tirer profit du renom acquis légitimement par un tiers et sans qu'il y ait normalement confusion entre les produits et les établissements ».

1368 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7089, p 1575.

1369 TGI Paris 19 octobre 1999, <https://www.legalis.net/> ;

1370 TGI Nanterre, 4 Novembre 1999, <http://lthoumyre.chez.com/txt/jurisfr/ndm/tginanterre19991104.htm> ; TGI Nanterre, 10 janvier 2000, <https://www.doctrine.fr/>

1371 TGI Paris, 25 Mai 1999, <https://www.doctrine.fr/>

1372 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7090, p 1576.

1373 CA Paris 18 Octobre 2000, <https://www.legalis.net/>

Ainsi, l'article L.713-5¹³⁷⁴ de la loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle français dispose que « la reproduction ou l'imitation d'une marque jouissant d'une renommée¹³⁷⁵ pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière ». Au surplus, ces dispositions « sont applicables à la reproduction ou l'imitation d'une marque notoirement connue¹³⁷⁶ au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle précitée »¹³⁷⁷.

Dans le même esprit, des textes visent à protéger les appellations d'origine. D'une part, l'article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle, réglant le conflit entre une appellation d'origine et une marque dispose que « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment [...] d) à une appellation d'origine protégée ou à une indication géographique ». Il en est ainsi de l'interdiction de l'usage du nom réputé de Laguiole, qui aurait été « de nature à tromper le public quant à l'origine des produits désignés »¹³⁷⁸ et de deux marques anciennes utilisant l'appellation champagne¹³⁷⁹. D'autre part, l'article 643-1 alinéa 2 du Code rural dispose que : « le nom qui constitue l'appellation d'origine ou toute autre mention l'évoquant ne peuvent être employés pour aucun produit similaire, sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur au 6 juillet 1990, ni pour aucun autre produit ou service

1374 Cet article transpose en droit français l'article 5 paragraphe 2 de la directive n° 89/104/CE par l'ordonnance n° 2008-1301 du 11 décembre 2008.

1375 La cour de justice des Communautés européennes a adopté une définition très large de la marque de renommée en considérant que c'est celle qui est « connue d'une partie significative du public » intéressé par les produits ou les services couverts par elle, d'autant qu'il suffit que la renommée existe « dans une partie substantielle » du territoire de l'Union. Cette conception qui atténue la rigueur du principe de spécialité, ouvre les portes aux actions en responsabilités pour faute.

1376 La distinction entre la marque de renommée et la marque notoire réside en ce que la protection de la seconde ne requiert pas l'enregistrement en application de la convention de Paris du 20 Mars 1883 (article 6 bis) tandis qu'il est nécessaire pour la première. De plus, la renommée devrait sans doute s'entendre dans un sens plus rigoureux que la notoriété.

1377 Article L.713-5 alinéa de la loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle français.

1378 TGI 23 Avril 1997, <https://www.doctrine.fr/>

1379 Cass.com 18 février 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr/>: « Mais attendu que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que l'appellation Champagne avait acquis depuis plusieurs siècles, tant en France qu'à l'étranger, une notoriété et un éclat particuliers, bien antérieurs au dépôt des marques litigieuses, et que l'appellation d'origine a été reconnue par décret du 17 décembre 1908 ;

qu'il retient qu'en reproduisant la dénomination Champagne dans les marques litigieuses, la société Caron a entendu s'approprier l'idée de prestige et de raffinement qui s'attache à cette dénomination et détourner ainsi à son profit le pouvoir attractif de l'appellation d'origine ; que c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel qui, abstraction faite du motif surabondant critiqué à la première branche, a déduit de ces constatations et appréciations que ces marques portaient atteinte à l'appellation d'origine Champagne et avaient détourné au profit de leur titulaire la notoriété de celle-ci qu'elle avait affaiblie, a statué comme elle a fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »

lorsque cette utilisation est susceptible de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'appellation d'origine ». La loi n'exige pas à cet égard la réalité du détournement ou d'un affaiblissement de la notoriété mais seulement la possibilité ou le risque de tels effets. Dans la mesure où la preuve de la possibilité de dilution ou d'affaiblissement de la dénomination n'est pas rapportée, ces dispositions ne sauraient trouver application. Néanmoins, il demeure possible de condamner une telle utilisation en y voyant un procédé constitutif d'agissements parasitaires, détournant au profit du déposant la notoriété de l'appellation dont seuls peuvent se prévaloir les producteurs qui y ont droit¹³⁸⁰. Au demeurant, le choix d'une marque géographique peut présenter un certain danger dans la mesure où son dépôt ne peut empêcher un concurrent qui exerce réellement son activité en ce lieu d'indiquer son adresse, même s'il peut en résulter certaines confusions de nature à tromper le titulaire de la marque¹³⁸¹. Au plus, les tribunaux peuvent sanctionner de la part de ce concurrent un comportement parasitaire dans la présentation de son adresse¹³⁸².

En revanche, ce texte n'interdit pas au titulaire d'une marque de l'utiliser pour un produit bénéficiant par ailleurs d'une appellation d'origine, lorsqu'il veut couvrir toute une gamme (une « ligne ») de produits du même signe¹³⁸³.

Enfin, l'article 121-9 du Code de la consommation interdit de « tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ». Ce texte protège indirectement tout signe distinctif et rend également illicite la comparaison parasitaire même lorsqu'elle ne porte pas à titre principal sur la notoriété¹³⁸⁴. Dans une publicité comparative, l'annonceur ne peut pas faire apparaître le fait que le produit qu'il commercialise constitue une imitation ou une reproduction du produit ou du service portant une marque notoirement connue¹³⁸⁵. En fait, le profit qu'il réalise grâce à une telle publicité illicite serait « indûment tiré » de la notoriété attachée à la marque¹³⁸⁶.

1380 CA Paris, 15 décembre 1993, <https://www.doctrine.fr/> ; Com.18 Février 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr>
 1381 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 1464, p.822.

1382 CA Nancy, 21 février 1980, <https://www.doctrine.fr/>

1383 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7093, p 1578.

1384 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7094, p 1578

1385 Ibid.

1386 Au sens de l'article 3 bis paragraphe 1 h) de la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative : « Pour autant que la comparaison est concernée, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites [...] elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés ».

II. La conception du droit marocain

A. Le cadre légal

A la différence du droit français, le droit marocain ne comporte qu'une disposition pouvant servir de fondement à la répression des agissements parasitaires et qui est analogue à l'article 711-4 du Code propriété intellectuelle français. Il s'agit de l'article 137 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée ¹³⁸⁷ qui précise que ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs énumérés de façon non exhaustive. Cette atteinte est conditionnée pour certains d'eux (dénomination ou raison sociale, enseigne et nom commercial) à l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public ce qui limite l'application de cet article à l'imitation. En revanche, cette condition n'est pas exigée pour une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle¹³⁸⁸. Il en va de même d'une indication géographique ou à une appellation d'origine protégées ainsi que du nom, de l'image ou de la renommée d'une collectivité territoriale. Au plus, un signe portant atteinte à un dessin ou modèle industriel protégé ou à des droits protégés par la loi relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques ne peut être adopté comme marque. Enfin, le droit de la personnalité d'un tiers, notamment son nom patronymique, son pseudonyme ou son image font partie des droits antérieurs auquel la marque ne doit pas porter atteinte.

1387 L'article 137 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée précise que :

« Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment:

- a) à une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle;
- b) à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;
- c) à un nom commercial ou à une enseigne connu sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;
- d) à une indication géographique ou à une appellation d'origine protégées;
- e) aux droits protégés par la loi relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques;
- f) aux droits résultant d'un dessin ou modèle industriel protégé;
- g) au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image;
- h) au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ».

1388 L'article 6 bis (intitulé marques notoirement connues) de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 Mars 1883 révisée édicte au premier alinéa que « les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec elle ». Conformément à ce texte, l'article 162 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée dispose que : « le titulaire d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle peut réclamer l'annulation de l'enregistrement d'une marque susceptible de créer une confusion avec la sienne. Cette action en nullité se prescrit par cinq ans à compter de la date d'enregistrement de la marque à moins que ce dernier n'ait été demandé de mauvaise foi ».

B. La jurisprudence disponible

L'utilisation par l'appelante au titre de la marque HAPPY BUNNY du dessin notoirement connu sous forme d'un lapin BUGS BUNNY porte atteinte à des droits antérieurs et constitue un acte de concurrence déloyale¹³⁸⁹. En effet, ce lapin est le personnage d'un célèbre dessin animé et fait l'objet d'une double protection en tant que marque notoire¹³⁹⁰ et œuvre littéraire et artistique¹³⁹¹ au profit de l'intimée. Le dépôt et l'utilisation par l'appelante d'un signe qui lui est similaire sous la marque HAPPY BUNNY pour des services de restauration rapide visent à profiter de la notoriété de la marque ou de l'œuvre artistique au plan international et national. Cet agissement a été considéré comme un acte de concurrence déloyale mais la cour d'appel de Casablanca n'a pas précisé sa nature. En fait, il s'agit indiscutablement d'un agissement parasitaire. Il est clair que les parties au litige opèrent dans des secteurs différents, ce qui exclut tout lien de concurrence. En sus, la confusion créée par l'appelante par l'emploi de marques similaires vise à usurper la notoriété de l'intimée construite depuis 1940 et à détourner ses efforts et investissements.

De même, l'utilisation de la marque notoire Lexus d'automobiles de luxe pour l'enregistrement d'une marque spécialisée dans la production d'appareils d'éclairage, chauffage, réfrigération et distribution d'eau a été qualifiée d'agissement déloyal¹³⁹². En effet, la marque notoire jouit en l'absence de toute formalité, d'une large protection qui s'étend à toutes les catégories de produits ou services classifiées selon l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques¹³⁹³. Partant, il est interdit d'enregistrer une marque notoire pour une classe de dépôt différente de l'activité connue à laquelle elle correspond. Ainsi, malgré la différence de classes, cet acte est générateur de parasitisme et nuisible aux intérêts du titulaire de la marque notoire. Force est de constater que

1389 Casablanca.Com, 13 Décembre 2005, n° 2005/4622, inédit.

1390 V la protection de la marque notoire : Ibid.

1391 La marque BUGS BUNNY est protégée au titre de la propriété littéraire et artistique par l'article 2 de la convention de Berne qui dispose à l'alinéa 1 que : « Les termes " œuvres littéraires et artistiques " comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences ».

1392 CA Casablanca, 15 Février 2011, n° 2011/685, inédit.

1393 Ce texte a été adopté le 15 juin 1957, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967. Il a par ailleurs été modifié à Genève le 13 mai 1977 et le 28 septembre 1979.

dans cette décision, la cour d'appel de Casablanca fait formellement référence au parasitisme. Cet acte nuisible aux intérêts du titulaire de la marque notoire est subséquemment qualifié d'acte de concurrence déloyale.

Au demeurant, l'utilisation de bouteilles de boissons gazeuses imitées pour vendre des détergents et produits d'entretien a été qualifiée d'acte de concurrence déloyale¹³⁹⁴. En l'espèce, le modèle de ces bouteilles correspond à une marque figurative dûment déposée à l'OMPIC par l'intimée le 1er Octobre 1985. Afin de commercialiser des détergents et produits d'entretien, l'appelante a acheté des bouteilles semblables chez les marchands ambulants. La cour d'appel de Casablanca en a déduit conformément à l'article 84 du DOC que cet acte porte atteinte à la réputation commerciale de l'intimée et ruine tous efforts entrepris par celle-ci pour la conception desdites bouteilles. A l'instar de la décision précédente, le parasitisme n'est pas mis en relief expressément : il est envisagé comme un acte de concurrence déloyale. Il n'y a pas de précision sur sa nature ou sa typologie. De surcroît, la référence à l'alinéa 2 de l'article 84 du DOC dans la motivation est inattendue. Selon cette disposition, le fait d'user d'une enseigne, tableau, inscription, écriteau, ou autre emblème quelconque, identique ou semblable à ceux déjà adaptés légalement par un négociant, ou fabricant, ou établissement du même lieu, faisant le commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre est un comportement déloyal. Or, en dans ce litige, les activités commerciales des parties sont différentes ce qui va à l'encontre du risque de détournement de clientèle. Il s'agit bel et bien d'un agissement parasitaire, l'appelante cherchant à tirer profit de l'élément essentiel de l'activité commerciale de l'intimée à savoir sa réputation.

Enfin, la protection accordée par l'article 137 d) de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée est renforcée par l'article 3 bis de l'arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits du 14 Avril 1891¹³⁹⁵. Cette disposition mentionne que les pays auxquels s'applique le présent Arrangement s'engagent également à prohiber l'emploi, relativement à la vente, à l'étalage ou à l'offre des produits, de toutes indications ayant un caractère de publicité et susceptibles de tromper le public sur la provenance des produits, en les faisant figurer sur les enseignes, annonces, factures, cartes relatives aux vins, lettres ou papiers de commerce ou sur toute autre communication commerciale. Ainsi, la cour d'appel de Casablanca a condamné pour concurrence déloyale l'utilisation de l'expression BASMATI dans la production du café en s'appuyant sur l'article 3

1394 CA Casablanca, 14 Février 2006, n° 2006/782, inédit.

1395 Le Maroc a adhéré à cet instrument le 30 Avril 1917.

bis de l'arrangement de Madrid précité¹³⁹⁶. L'enregistrement de la marque LES CAFES BASMATI par l'intimée porte atteinte à l'indication de provenance BASMATI du riz à grain long originaire d'Inde ou du Pakistan, protégée comme telle d'après une attestation du ministre du commerce et de l'industrie indien en date du 20 Mai 2004. Dans cet arrêt, il est intéressant de relever que la cour d'appel de Casablanca n'a pas utilisé de terme ou d'expression renvoyant au parasitisme. Il n'en demeure pas moins que les agissements concernés relèvent indéniablement du parasitisme. Outre l'absence de lien de concurrence entre les parties, l'enregistrement et l'utilisation de la marque LES CAFES BASMATI détourne au profit de son titulaire la notoriété de l'indication de provenance BASMATI du riz à grain long.

Paragraphe 2 : L'usurpation d'une technique

L'élargissement du concept d'agissements parasitaires à des situations comparables puise son fondement dans les raisons justifiant la protection du renom d'un signe contre le parasitisme. D'une part, la notoriété est le résultat d'un savoir-faire, d'un travail persévérant, parfois depuis longtemps et d'investissements notables matériels et intellectuels¹³⁹⁷ se traduisant par la prise de risques. D'autre part, la notoriété est une valeur économique c'est-à-dire un bien appréciable en argent ayant un prix. Celui-ci donne lieu à des transactions commerciales.

A partir de ce double fondement, Philippe LE TOURNEAU a élargi le concept d'agissements parasitaires aux situations comparables, c'est-à-dire celles où se retrouvent des investissements et une valeur économique, ce qui couvre tout le capital technique d'une entreprise. Il avait ainsi suggéré de protéger les auteurs de logiciels avant que la loi n° 85-660 du 3 Juillet 1985 n'étende la notion d'œuvre de l'esprit aux logiciels¹³⁹⁸. Depuis, cette intuition a été largement développée dans diverses publications¹³⁹⁹.

Il va de soi que la reprise d'un élément d'autrui susceptible de procurer des économies à l'usurpateur ne saurait à elle seule être tenue pour fautive¹⁴⁰⁰. De même l'originalité n'est pas

1396 CA Casablanca, 23 Décembre 2010, n° 2010-5538, inédit.

1397 Ces investissements sont à titre d'exemple relatifs à l'élaboration de la marque, les campagnes publicitaires pour la faire connaître, puis pour maintenir le public en éveil.

1398 LE TOURNEAU (Ph), « Variations autour de la protection du logiciel », *Gaz.Pal.*1982, 1, doct.370.

1399 LE TOURNEAU (Ph), 1998, *Le parasitisme*, Litec, Paris, 280 p. BELOT (F), « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », *LPA* 6 Décembre 2006 : cet auteur souhaite la création d'un droit privatif sur les valeurs économiques, comme Philippe LE TOURNEAU l'a proposé dans diverses articles.

1400 Cass.com, 8 Avril 2008, <https://www.doctrine.fr/>: « Le terme "gay", constituant l'élément dominant de la marque complexe est communément utilisé en France. Il est donc dépourvu de caractère distinctif. Il en est de même pour la marque verbale qui dès son enregistrement visait un utilisateur final des services désignés à savoir un membre de la communauté homosexuelle. La cour d'appel a légalement justifié sa décision en rejetant l'action en concurrence déloyale. Le terme banal et commun « Gay » peut être utilisé par un tiers au sein d'un nom de domaine dans le but d'identifier la clientèle à laquelle s'adresse le site correspondant, en l'absence de risque de confusion. Si cette reprise est susceptible de procurer des économies, elle ne saurait, à elle seule, constituer une faute ».

une condition de l'action, « cette circonstance n'étant que l'un des facteurs possibles d'appréciation de l'existence d'une faute par création d'un risque de confusion »¹⁴⁰¹.

De nombreux juges de fond s'inscrivirent dans cette tendance en condamnant la reprise des « efforts créatifs et commerciaux déployés » par la victime et le détournement des « investissements publicitaires réalisés pour la commercialisation des modèles originaux »¹⁴⁰².

La cour de Cassation adopta elle-même cette position de façon nette sous l'appellation de parasitisme économique¹⁴⁰³.

Cette jurisprudence fut suivie par une partie importante de la doctrine ¹⁴⁰⁴ ce qui est emblématique du rôle de celle-ci dans l'évolution de la responsabilité civile.

1401 Cass.com, 12 Juin 2007, <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence>

Cass.com, 10 Février 2009, <https://www.courdecassation.fr/publications>

1402 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n° 7097, p 1579.

1403 Cass.com, 26 Janvier 1999, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : que la cour d'appel, après avoir exactement énoncé que le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, a, appréciant les éléments de preuve qui lui étaient soumis, exclu que le "bac" fut l'élément principal du concept mis au point par les sociétés Canavese et a retenu que seul l'ensemble des éléments composant ce concept, comprenant avec le bac, le présentoir et le système d'affichage, devait être pris en considération ; qu'ayant relevé que l'utilisation du bac en matière plastique était un moyen de conditionnement utilisé depuis longtemps et, n'ayant pas constaté que l'entreprise Murisseries du Centre ait utilisé le concept, pris en ses trois éléments, que les sociétés Canavese revendiquaient, la cour d'appel n'encourt pas les griefs des deux dernières branches du moyen ;

1404 Notamment pour les :

Ouvrages : BURST (J-J), 1993, Concurrence déloyale et parasitisme, DALLOZ, Paris, 212 p ; RIPERT (G), ROBLOT (R), 2001, Traité de Droit commercial, Tome 1, Volume 1, Commerçants, Tribunaux de commerce, Fonds de commerce, Propriété industrielle et Concurrence (droits communautaires et français), 18ème édition par L.VOGEL et M.GERMAIN, LGDJ, Paris, n° 752 à 756,

Thèses : AUGUET (Y), 2000, Concurrence et clientèle –Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, LGDJ, Paris, 642 p. CHAGNY (M), 2004, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, th. Paris I, sous la dir de J. GHESTIN, Dalloz, Paris, 1089 p. LE FRANC (D), 2004, La renommée en droit privé, Défrénois –Doctorat et notariat, LGDJ, Paris, 496 p. TEXIER (M), 2006, La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Presses Universitaires de Perpignan, Perpignan, 605 p.

Articles : AZZI (T), « les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ.2007, 227 ; BELOT (F), « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », LPA 6 Décembre 2006, BERGÉ (S), « La responsabilité professionnelle du fait personnel : de la déloyauté au parasitisme », la responsabilité professionnelle, une spécificité réelle ou apparente, LPA 11 Juillet 2001 ; « Entre autres, droits, la propriété intellectuelle », Prop.intell.2002/4, p.9 ; DEXJEUX (X), « Quelle protection juridique pour le modèle « fonctionnel » ? Le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise », Gaz.Pal.1981, 297 ; « La protection des idées en droit positif. De la contrefaçon artistique à l'activité parasitaire », Gaz.Pal.1992, 971 ; « La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique (esquisse d'un projet de loi) », Gaz.Pal.1992, 973 ; FRISON-ROCHE (M-A), Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », RJDA 1994, 483 ; IZORCHE (M-L), « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », RTD.Com.1998, 17 ; « Concurrence déloyale et parasitisme », in Concurrence déloyale Permanence et devenir, Dalloz, 2001, p.27 ; MALAURIE-VIGNAL (M), « Parasitisme et notoriété d'autrui », JCP 1995, I, 3888, « le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », D.1996, Chron.177 ; « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », D.1997, chron.207 ; « Réflexions sur la théorie du parasitisme économique », CCC 2001, chron.n°15 ; MOUSSERON (J-M), RAYNARD (J), REVET (T), « De la propriété comme modèle », in Mélanges offerts à André COLOMER, Litec, Paris, 1993, 281 ; PARLÉANI (G), « Violence économique, vertus contractuels, vices concurrentiels », in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, Dalloz, 881 ; SERRA (Y), « L'évolution de l'action en concurrence déloyale en droit français », dans Mél.B.Duthoit, Droz (Genève), 2002, 287.

L'état présent de la question en droit positif français peut être synthétisé par une définition adoptée par la jurisprudence. Selon celle-ci « Quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui, individualisée, apportant une valeur ajoutée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements, commet un acte parasitaire fautif. Car cet acte, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, mêmes non concurrents et sans risque de confusion, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci, est en soi, un préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et/ ou l'indemnisation, lorsqu'elle ne dispose pas d'une autre action spécifique et qu'elle n'a pas bénéficié d'un droit privatif qui a expiré (sauf en matière de signes) »¹⁴⁰⁵.

Néanmoins, la reprise dans les conditions de cette définition d'une valeur économique d'autrui (surtout la notoriété), ayant fait l'objet d'un droit de propriété intellectuelle peut être sanctionné le cas échéant en tant que fait distinct¹⁴⁰⁶. En effet, l'action en concurrence déloyale ou pour parasitisme peut être accueillie concurremment à l'action en contrefaçon lorsque sont établis des actes ou des faits distincts de la contrefaçon ainsi qu'un préjudice distinct de celle-ci. La jurisprudence française est abondante en matière de marque, dénomination sociale, nom de domaine, brevet, dessins et modèles, propriété littéraire et artistique, logiciel, site internet, et extraction illicite d'éléments d'une base de données¹⁴⁰⁷.

I. La protection des œuvres du domaine public

Le fait qu'une œuvre ne soit pas protégeable par le droit d'auteur¹⁴⁰⁸ ne signifie pas qu'elle soit à la libre disposition de tous¹⁴⁰⁹. En l'absence d'un droit privatif¹⁴¹⁰, la liberté du commerce et de l'industrie ne permet pas à un commerçant ou un industriel d'interdire à un autre commerçant ou un autre fabricant de vendre des produits similaires ou mêmes identiques aux siens dès l'instant où cette vente ne s'accompagne pas d'actes de concurrence déloyale¹⁴¹¹.

Elle permet à tout commerçant ou à tout industriel d'attirer à lui la clientèle de ses concurrents sans que ceux-ci puissent le lui reprocher¹⁴¹². En outre, elle permet de vendre des produits

1405 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n° 7098, p 1580

1406 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n° 7099, p 1580.

1407 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit n° 7019, p.1554.

1408 Voir Supra p 170 et s : les œuvres du domaine public en matière de droit d'auteur.

1409 BERTRAND (A), op.cit, p.141, n° 3.323.

1410 Le législateur accorde des droits privatifs au titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit de propriété industrielle.

1411 BERTRAND (A), op.cit., p 99, n° 2.71.

1412 CA Amiens, 7 Mai 1974, inédit.

similaires à ceux d'un concurrent ou même identiques en l'absence d'un droit privatif¹⁴¹³. Enfin ce « droit fondamental » permet de vendre des produits similaires de qualité moindre et/ou des produits identiques à un prix inférieur¹⁴¹⁴. A cet égard, le droit d'auteur n'a en principe¹⁴¹⁵ aucun effet anticoncurrentiel dans la mesure où il ne confère de protection qu'à la création de l'auteur et ne peut interdire à un tiers de réaliser d'une manière autonome une création similaire, si ce n'est même identique¹⁴¹⁶.

Par ailleurs, le droit d'auteur ne protège pas les informations, c'est-à-dire le message informationnel exprimé par les données. Il est question des adresses en particulier commerciales comme par exemple des adresses de laboratoires, des renseignements ou des faits objectifs publiés ou publics, des données techniques et notamment des barèmes, des renseignements administratifs, des idées ou méthodes exposées dans un article ou livre ainsi que la relation de faits matériels ou d'événements notoires¹⁴¹⁷. D'une manière générale, les faits historiques et ceux relatifs aux sciences exactes appartiennent par leur nature au domaine public et sont insusceptibles d'appropriation¹⁴¹⁸. Parmi les données qui par leur nature échappent au domaine public, on peut inclure des données ayant une finalité de normalisation ou de standardisation. Toutefois, la jurisprudence en a décidé autrement pour les données d'un *argus*¹⁴¹⁹ compte tenu du fait que celui-ci a pour objet de constituer un cours de référence pour les acheteurs et vendeurs. Le protéger par le droit d'auteur obligerait une revue concurrente à créer son propre *argus*, ce qui serait contraire à l'effet recherché par toutes les personnes concernées.

Il n'en demeure pas moins que les données relatives à des sciences humaines, peuvent constituer des créations. Par ailleurs, même si certains faits matériels sont par leur nature dans le domaine

1413 CA Paris, 4ème ch.10 Avril 1962, inédit. Dans le même sens Cass.req.24 Novembre 1943, inédit ; CA Paris 4ème ch.20 Mars 1996, inédit

1414 CA Paris 4ème ch.10 Mars 1994, inédit ; CA Paris, 4ème ch.24 Mars 1994, inédit ; TGI Paris, 3ème ch.6 Avril 1994, inédit : « la vente à un prix inférieur n'est pas un élément à lui seul suffisant pour démontrer la volonté d'un concurrent de capter la clientèle d'autrui par des manœuvres déloyales » ; CA Paris 4ème ch.11 Mai 1987, inédit ; CA Paris, 4ème ch.13 Juin 1988, inédit : « La libre concurrence permet à tout commerçant de pratiquer la marge qui lui semble souhaitable » ; CA Paris, 4ème ch.24 Mars 1994, inédit

1415 Cela s'explique par le fait que la nouveauté est une notion objective qui se définit par l'absence d'antériorité. Elle peut avoir des effets anticoncurrentiels car le premier à avoir créé une œuvre peut interdire à ses concurrents d'en créer et d'en exploiter de semblables. Cependant, pour certaines catégories d'œuvres notamment les œuvres musicales et les arts appliqués à l'instar des créations de mode, la jurisprudence assimile souvent l'absence d'antériorité à une preuve objective d'originalité ou à contrario parce qu'en l'absence de nouveauté, il est difficile de parler d'originalité. A l'inverse, l'originalité est une notion subjective qui se définit par son individualité et sa nature personnelle. Elle permet une libre concurrence : la loi protège les œuvres susceptibles d'une large variété d'expression. BERTRAND (A), op.cit, p.133, n° 312.

1416 BERTRAND (A), op.cit, p.813, n° 20.512

1417 Cette absence de protection découle du fait que le droit à l'information - qui résulte de la liberté d'opinion et de la liberté de presse - est un droit fondamental.

1418 BERTRAND (A), op.cit, p.511, n° 11.321.

1419 TGI Paris, 3ème ch, 27 Octobre 1889, inédit.

public, leur interprétation ou leur présentation peut donner lieu à une appropriation par le droit d'auteur. Même si une compilation n'est pas originale par sa sélection ou son arrangement et ne peut, de ce fait, prétendre à la protection accordée par le droit d'auteur, dès l'instant où elle a nécessité pour son élaboration un investissement en temps ou en argent, nul ne peut l'utiliser sans commettre un acte de concurrence déloyale. En conséquence, la concurrence déloyale résultera généralement du parasitisme économique, et plus rarement de la confusion dans l'esprit du public, sauf similarité dans la présentation des données¹⁴²⁰. Ainsi, même en l'absence de dispositions relatives à la propriété intellectuelle au profit des souscripteurs dans les contrats d'accès à des bases de données¹⁴²¹, la copie servile de ces dernières à des fins commerciales, notamment par téléchargement est un acte de parasitisme¹⁴²².

A titre d'exemple, tout le monde a le droit de réaliser un annuaire des étudiants de la faculté de droit, sous réserve de ne pas reproduire un annuaire existant sous peine de concurrence déloyale par parasitisme économique ou copie servile susceptible d'entraîner une confusion dans l'esprit de la clientèle¹⁴²³. Plus spécifiquement, « les annuaires qui consistent en un assemblage de matériaux fournis par le domaine public, ne sont point, à ce titre susceptibles d'une propriété privative assimilable à la propriété littéraire. A moins de conventions spéciales, le créateur d'annuaires d'un certain genre ne peut empêcher l'établissement d'une industrie concurrente, pourvu que les nouveaux annuaires ne puissent faire confusion avec les siens »¹⁴²⁴. Les ressemblances qui résulteraient nécessairement entre des annuaires ou compilations portant sur le même thème, de leur nature et de l'identité des sources où les documents devant être puisés, ne sauraient motiver de la part de l'auteur une action en concurrence déloyale, si leur comparaison démontre que le travail de recherche et de composition a été différent dans l'un et l'autre cas¹⁴²⁵. Il en est de même « si les matières sont disposées dans un ordre différent et si les parties accessoires n'ont aucune espèce d'analogie, et si les titres ne sont pas identiques »¹⁴²⁶. En somme, « si l'usage autorise de larges emprunts (par exemple en matière d'annuaires), il ne peut aller sans constituer un acte de concurrence illicite, jusqu'à permettre que l'œuvre composée à

1420 BERTRAND (A), op.cit, p.217, n° 11.322.

1421 Les contrats d'accès à des bases de données contiennent souvent des clauses relatives à la propriété intellectuelle des bases de données ainsi qu'à l'utilisation qui peut être des données ou des résultats obtenus par leur interrogation.

1422 BERTRAND (A), op.cit, p.518, n°11.323.

1423 BERTRAND (A), op.cit, p.141, n° 3.323.

1424 BERTRAND (A), op.cit, p.510, n°11.322.

1425 CA Lyon, 24 Mars 1870, inédit.

1426 BERTRAND (A), op.cit, p.517-518, n°11.323

grands frais soit copiée et démarquée par un concurrent pour être à son profit la source d'un bénéfice commercial »¹⁴²⁷.

Il en va de même des sociétés qui collectent les données publiques et les publient sous forme de compilation dont la présentation ou le caractère n'a en elle ou lui-même rien d'original. Leur investissement repose principalement dans le coût de la collecte, saisie, publication et mise à jour des données. Si une société utilise certaines parties du travail d'un concurrent pour faire des économies du travail, elle s'expose à une action en concurrence déloyale pour agissements parasitaires¹⁴²⁸. En effet, rien n'interdit à des concurrents de procéder au même genre de travail et des faits matériels ou scientifiques font normalement partie du domaine public. La même solution s'impose à propos de la publication d'études statistiques par voie de presse qui sont « le fruit d'un savoir-faire dans la conception des méthodes de sondage, d'importantes prestations de services pour leur exécution et d'un travail intellectuel pour leur exploitation ». « En publiant de telles données, sans la moindre contrepartie, un organe de presse s'approprie ce qui n'a pu être obtenu que par l'œuvre d'autrui et commet un acte de concurrence déloyale parasitaire dont il doit réparation. Il ne saurait invoquer, pour échapper à sa responsabilité, qu'il ignorait le caractère confidentiel des éléments statistiques litigieux, dès lors que spécialiste des questions audiovisuelles, il ne pouvait méconnaître les modalités de réalisation de ces sondages, leurs coûts et leurs conditions d'accès... Cet organe de presse commet donc une faute quasi-délictuelle en se livrant au pillage et à l'exploitation systématique de données provenant du travail d'autrui, de tels actes n'étant pas justifiés par le droit à l'information, lequel ne saurait autoriser la publication de travaux, études ou données chiffrées en fraude des droits de tiers »¹⁴²⁹.

Pour ce qui est des fichiers d'adresses « dès lors que les emprunts restent parcellaires et ne constituent pas la reprise systématique de la liste d'adresses, ils ne constituent pas un comportement parasitaire »¹⁴³⁰.

Par ailleurs, les textes officiels de nature législative, administrative ou judiciaire, leurs traductions officielles ainsi que les nouvelles du jour relèvent du domaine public¹⁴³¹.

Ainsi, au regard de la jurisprudence traditionnelle, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale la ressaisie d'une loi non à partir du journal officiel, mais à partir du Code Dalloz ou Litec sous la double condition de ne reproduire que la loi et non les commentaires. Ces derniers

1427 CA Paris, 1^{ère} ch.18 Décembre 1924, inédit.

1428 BERTRAND (A), op.cit, p 508-209, n° 11.312.

1429 CA Paris, 1^{ère} ch.22 Mai 1990, inédit.

1430 CA Paris, 4^{ème} chambre, 6 Octobre 1995, inédit.

1431 Voir Supra p 170 et s.

présentent le texte reproduit d'une manière différente afin de ne pas créer de confusion dans l'esprit du public¹⁴³².

Par ailleurs, le traitement factuel des nouvelles du jour entre dans le champ de la loi notamment leur utilisation systématique lorsque celles-ci sont récupérées d'une manière parasitaire par le biais d'une agence de presse¹⁴³³. De la même manière, « le journal qui s'étant procuré d'une façon détournée et sans bourse délier les dépêches recueillies par l'agence Havas, les insère avant qu'elles n'aient été répandues dans le public, cause à l'agence, un préjudice qu'il est tenu de réparer et qui peut être évaluée au montant de l'abonnement que ledit journal aurait dû payer pendant la période incriminée, pour jouir légalement du droit de reproduction »¹⁴³⁴.

La principale question qui se pose de nos jours et auquel la jurisprudence n'a pas apporté de solution est celle l'utilisation des moyens modernes de reproduction, notamment par téléchargement ou scanning, afin de récupérer des textes législatifs et réglementaires et de s'épargner les frais d'une ressaisie manuelle¹⁴³⁵. Sauf violation d'un engagement contractuel, ces deux moyens ne peuvent être considérés comme un acte de parasitisme que si le référentiel a coûté d'importants frais de saisie. Cela ne peut être le cas de textes législatifs ou réglementaires téléchargés de bases de données et/ou disquettes issues de l'administration car les frais encourus par l'administration ont été supportés par le contribuable et qu'il est du devoir de l'Etat de favoriser la diffusion de textes officiels. La situation est plus délicate pour des textes officiels qui ont été ressaisis ou enregistrés par un tiers sur un support informatique avant d'être republiés. Doit-on reprocher au concurrent qui les réutilise le parasitisme de quelques heures de saisie, sachant que les textes ainsi enregistrés sont par leur nature dans le domaine public ?

Les créations publicitaires obéissent à cette même logique selon laquelle la non protection par le droit d'auteur ne signifie pas l'absence de risque de poursuite pour concurrence déloyale dès lors que l'utilisation par un tiers est de nature à créer une confusion dans l'esprit de la clientèle ou qu'elle constitue manifestement un acte de parasitisme économique. Le commerçant qui reprend par exemple dans sa publicité le slogan d'un concurrent, même non protégé par le droit d'auteur, de telle manière qu'il crée une confusion avec celui-ci commet un acte de concurrence déloyale¹⁴³⁶. Un commerçant est donc fondé à faire grief à son concurrent de l'emploi du même

1432 CA Parsi, 4 Juillet 1863 : « Un répertoire de documents officiels ne saurait être considéré comme une contrefaçon des tables d'un recueil, lorsque la distribution des matières n'est pas la même et que le répertoire contient des articles qui ne se trouvent pas dans la table et a éliminé une partie de ceux qui s'y trouvent ».

1433 BERTRAND (A), op.cit, p 247-248, n° 5.45.

1434 CA Paris, 30 Décembre 1897, inédit.

1435 BERTRAND (A), op.cit, p.513, n° 11.321.

1436 BERTRAND (A), op.cit, p.670, n° 15.214.

slogan, s'il établit l'antériorité de son usage. Mais l'utilisation de termes identiques issus du langage publicitaire dans une présentation différente de celle adoptée par un concurrent ne traduit pas une recherche déloyale de confusion¹⁴³⁷.

Au demeurant, un modèle ou une création plastique utilisée dans le domaine publicitaire même non protégée par un droit privatif, peut donner lieu à une action en concurrence déloyale dès lors que son utilisation par un tiers « est de nature à entraîner dans l'esprit de la clientèle une confusion préjudiciable au propriétaire du modèle »¹⁴³⁸ ou qu'elle constitue manifestement un acte de parasitisme économique. Ainsi, l'emprunt de photographies¹⁴³⁹, du planisphère figurant dans le catalogue d'un concurrent¹⁴⁴⁰, la reproduction d'articles d'un catalogue¹⁴⁴¹, la reproduction du catalogue d'un ancien employeur¹⁴⁴² sont caractéristiques de parasitisme économique.

II. Vers une protection des idées ?

Philippe LE TOURNEAU souhaite depuis longtemps une protection des idées ayant une valeur concurrentielle, mais sous réserve d'un très grand nombre de conditions¹⁴⁴³. Cependant, la position officielle demeure que les idées peuvent être librement reprises¹⁴⁴⁴. La protection de l'idée n'est possible qu'en tant qu'œuvre de l'esprit, ce qui suppose la création de celle-ci par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur¹⁴⁴⁵. Ainsi, une composition artistique originale est protégeable¹⁴⁴⁶. En réalité ces distinctions artificielles permettent aux tribunaux de

1437 CA Paris, 4 Mars 1959, inédit ; CA Paris, 13 Novembre.1963, inédit ; CA Paris, 1^{er} Avril.1966, inédit, CA Paris, 22 Avril 1969, inédit ; CA Paris, 29 Octobre 1980, inédit ; CA Paris, 4^{ème} ch, 21 Octobre.1987, inédit ; CA Paris, 4^{ème} ch, 7 Décembre 1987, inédit.

1438 BERTRAND (A), op.cit, p.674, n° 15.244.

1439 CA Versailles, 13ème ch, 11 Février 1987, inédit.

1440 CA Paris, 4ème ch, 26 Octobre, 1987, inédit.

1441 CA Paris, 4ème ch, 8 Novembre 1977, inédit.

1442 CA Paris, 4ème ch, 18 Mai, 1989, inédit.

1443 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit, n° 7100, p.1580.

1444 Voir supra p 158.

1445 Cass.civ, 17 octobre 2000, <http://legimobile.fr>:

Attendu que la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ;

Attendu que, pour rejeter l'action en contrefaçon dirigée par la société Eminence et ses collaborateurs contre la société FCB pour avoir publié, pour sa propre publicité, un encart publicitaire représentant une série de photographies d'hommes en sous-vêtements, précédemment diffusée à titre de publicité pour la marque " Eminence ", l'arrêt attaqué retient que la société FCB a participé à la création de cette œuvre collective, réalisée par les collaborateurs de la société Eminence, en proposant l'idée de " répondre " à une publicité de la société Benetton représentant une série de photographies de sexes, en prenant des renseignements auprès du journal qui avait publié les deux publicités, en transmettant le matériel au photographe et en consultant son avocat sur les risques d'une telle publication ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas relevé une participation de la société FCB à la création de l'œuvre collective diffusée par la société Eminence sous son nom, a violé le texte susvisé ».

1446 CA Versailles, 27 mai 2003, inédit : bénéficie de la protection accordée par le droit d'auteur le slogan « Donnez du goût à votre communication » pour une société commercialisant des friandises.

protéger certaines idées¹⁴⁴⁷. Les cours d'appel de Versailles et Toulouse ont même admis la possibilité de la protection d'une idée, à condition qu'elle ait une valeur économique et qu'elle soit originale¹⁴⁴⁸.

Toutefois, il importe selon Philippe LE TOURNEAU de concilier la protection des idées et le respect de la liberté, ce qui conduit à poser une série de conditions aux fins d'éviter les excès.

Ainsi, les idées ne doivent pas relever du domaine artistique car dans celui-ci, l'exécution personnelle est la pierre de touche de l'œuvre protégeable¹⁴⁴⁹. Au plus, ne seraient protégeables que les idées qui ont été extériorisées¹⁴⁵⁰ et individualisées¹⁴⁵¹. A cela s'ajoute le fait que les

1447 En effet, certaines décisions protègent consciemment ou non des idées : CA Aix en Provence, 13 Janvier 1958 : <http://www.legavox.fr>, « ...la protection légale est accordée non seulement à l'élément purement formel d'une œuvre mais encore aux éléments originaux qui en forment la structure ». En d'autres termes, « toute création résultant d'un travail personnel de l'esprit et de l'intelligence et constituant une production originale soit par la forme, soit par le fond bénéficie de la protection assurée par la loi... » ; CA Paris, 4^{ème} ch, 10 Octobre 2003, <http://www.legavox.fr> : « Dans un arrêt en date du 10 octobre 2003, la Cour d'appel énonce qu'un site Internet peut être protégé au titre des droits d'auteur à la condition qu'il soit original. Cette décision en elle-même n'est pas étonnante mais, c'est la caractérisation de l'originalité faite par la cour d'appel qui surprend. Pour décider que le site en cause "présente un caractère original", la cour retient d'une part, que la caractéristique du site qui permet "l'envoi, non d'une image, mais d'un lien hypertexte qui renvoie sur le site "concerné et permet à l'internaute de visionner des cartes postales et d'autre part que le concept Oscar prévoit la commercialisation de l'édition de cartes postales sur le site, ce qui signifie que "toute société commerciale peut louer une partie du site pour y stocker ses cartes électroniques publicitaires" » ; CA Versailles 14 janvier 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « La protection du droit d'auteur ne peut être accordée qu'à une œuvre de l'esprit, originale et se réalisant dans une forme perceptible aux sens. Tel est le cas de l'organisation d'un concours destiné à récompenser le lauréat d'une sélection de produits de beauté par un prix, dès lors que l'idée a été concrétisée selon des critères fruits d'une combinaison originale portant la marque et l'empreinte personnelle de son auteur. C'est donc à juste titre que le créateur de cette œuvre de l'esprit poursuit en contrefaçon son ancien employeur pour avoir, sans son autorisation, mis en œuvre et publié le concours créé par lui ». Il est à noter que cet arrêt a été cassé par Cass.civ, 1^{ère}, 29 Novembre 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « La propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés. Les règles d'un concours, même si elles procèdent de choix arbitraires, ne peuvent, indépendamment de la forme ou de la présentation originale qui ont pu leur être données, constituer en elles-mêmes une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur » ;

1448 LE TOURNEAU (P), 2005, Responsabilité civile professionnelle, op.cit., n° 7100, p.1580.

1449 Cass.civ, 1^{ère} ch, 5 Février 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Selon l'article 3 du décret n° 81-255 du 3 mars 1981, à moins qu'elle ne soit accompagnée d'une réserve expresse sur l'authenticité, l'indication qu'une œuvre ou un objet porte la signature ou l'estampille d'un artiste, entraîne la garantie que l'artiste mentionné en est effectivement l'auteur et qu'il en va de même lorsque le nom de l'artiste est immédiatement suivi de la désignation ou du titre de l'œuvre et au sens de ce texte ; l'auteur effectif s'entend de celui qui réalise ou exécute personnellement l'œuvre ou l'objet, condition substantielle de leur authenticité dans le cadre d'une vente publique aux enchères.

En déboutant l'adjudicataire d'une œuvre, vendue aux enchères publiques, de sa demande en annulation de l'adjudication, alors qu'elle avait constaté que cette œuvre avait été exécutée " en brevet " par un tiers et que la simple référence, dans le catalogue de vente, à la présence, au dos du tableau, d'un texte de l'artiste, n'était pas de nature à informer l'acquéreur sur le fait que l'œuvre n'avait pas été exécutée de la main même de cet artiste, quand les mentions du catalogue entraînaient la garantie et partant, la croyance erronée et excusable de l'acheteur que l'artiste était effectivement l'auteur, une cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ces constatations au regard de l'article susvisé et de l'article 1110 du Code civil ».

1450 L'article L.111-2 du code de propriété intellectuelle français prévoit que : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur »

1451 La protection bénéficiera à celui qui les a émises en premier, que ce soit une personne physique ou une personne morale.

idées doivent être le fruit de l'imagination, qui « hausse le réel d'un ton »¹⁴⁵² et le résultat d'un travail créatif et arbitraire¹⁴⁵³. Elles ne consistent pas seulement dans la mise en lumière d'une donnée objective préexistante, quel qu'en soit son domaine, scientifique, philosophique, voire juridique, sauf lorsque la loi en décide ainsi comme pour les obtentions végétales¹⁴⁵⁴. Le droit contemporain attire l'attention sur l'effort créatif que ce soit à propos des dessins et modèles, des topographies de semi-conducteurs, des créations publicitaires ou de logiciels. Aussi suffit-il « d'élargir le champ de la prise en considération de cette notion, car qu'est-ce que ce fameux effort, sinon des idées (des idées appliquées) »¹⁴⁵⁵. De surcroît, ne sont protégeables que les idées qui n'ont pas été intégrées dans le domaine public par leur vulgarisation ou leur banalité¹⁴⁵⁶, ce qui revient à exiger qu'elles présentent une certaine originalité, non pas de forme comme le droit d'auteur, mais de fond. Ils doivent au demeurant avoir une valeur économique¹⁴⁵⁷ en procurant un avantage concurrentiel à son créateur, et en apportant une valeur ajoutée durable. Cela implique que les idées en question soient suffisamment précises et appliquées¹⁴⁵⁸. Toute idée ayant une valeur économique doit être protégée, indépendamment de son domaine et sa nature, contre les usurpations et les plagats. Les idées doivent aussi ne pas être nécessaires dans le domaine en cause¹⁴⁵⁹. Quant aux idées qui ont été utilisées sans autorisation par un tiers dans une activité lucrative, essentiellement commerciale, Philippe LE TOURNEAU réserve la possibilité de les reprendre à titre de jeu, d'exercice, d'enseignement, de polémique ou dans un travail scientifique (en citant ses sources), et dans une œuvre littéraire ou artistique. La liberté de création est ainsi sauvegardée¹⁴⁶⁰.

1452 BACHELARD (G), 1950, *L'air et les songes*, édition José Corti, Paris, p.98.

1453 CA Paris, 3 mai 2000 : RJDA 2000, n° 1191 : Cet arrêt condamne la reprise, même partielle du « concept publicitaire » car « les choix qu'il traduit témoignent d'un réel travail intellectuel ».

1454 Elles seraient alors choses communes ou même hors de commerce.

1455 LE TOURNEAU (P), 2005, *Responsabilité civile professionnelle*, op.cit., n° 7101, p.1581.

1456 Ibid.

1457 CA Paris, 3 Mai 2000, <http://www.avocats-fourgoux.com/> : « La reprise d'un concept témoignant d'un réel travail intellectuel et présentant une valeur économique indéniable a été jugée comme constituant un acte de parasitisme »

1458 C'est-à-dire pas purement spéculatives.

1459 LE TOURNEAU (P), 2005, *Responsabilité civile professionnelle*, op.cit., n° 7101, p.1581.

1460 CA Paris, 14 janvier 1992, <http://www.paralipomenes.net> : « Dans le domaine littéraire, le fait d'avoir repris dans un roman un vocabulaire spécifique, mis en exergue par une thèse, dans un roman n'a pas été sanctionné ».

LE TOURNEAU (P), 2005, *Responsabilité civile professionnelle*, op.cit., n° 7101, p.1581 : Cet emprunt était certes « intéressée » mais il n'entrait pas dans une activité commerciale.

Aussi, cette proposition doctrinale rejoint les critiques de la doctrine à l'encontre du principe de l'absence de protection des idées¹⁴⁶¹. Il est clair que la mise en œuvre du principe est très délicate : il est complexe de savoir si l'on est en présence d'une idée ou d'une œuvre. Au surplus, bien que la distinction soit aisée, « il peut paraître paradoxal de bouter hors du droit d'auteur des idées, siège d'une grande valeur alors que le droit de la propriété littéraire et artistique étend ses largesses sur des créations bien plus modestes »¹⁴⁶². A plus forte raison, seules les idées non exprimées, qui restent dans le cerveau de leur auteur, n'ont pas de forme perceptible par les sens d'autrui. Elles ne peuvent donc être qualifiées d'œuvres, faute de forme. En revanche, dès lors qu'une idée est exprimée, elle est communiquée à autrui et ne peut l'être que par le biais d'une forme. Celle-ci est alors protégeable par le droit d'auteur sous réserve d'être originale. En sus, le droit d'auteur ne protégera que la forme particulière qui est utilisée pour exprimer l'idée. Il en résulte que la protection ne saurait s'étendre en amont pour appréhender le fond. En conséquence, « l'opposition idée-forme est totalement artificielle »¹⁴⁶³.

Par ailleurs, l'absence de protection par le droit d'auteur des idées revient, en d'autres termes à refuser d'examiner l'originalité de nombreuses créations de forme. En effet, dès lors que l'idée est formalisée, le droit d'auteur ne doit plus se préoccuper que de la création de forme qui en résulte. Il est dès lors impropre d'utiliser le terme « idée ». Une telle conception n'est d'ailleurs

1461 LINDON (R), L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation : JPG G 1970, I, 2295, CHERPILLOD (I), L'objet du droit d'auteur : CEDIDAC 1985, p.15 à 108 ; GAUTIER (P-Y), 2007, Propriété littéraire et artistique, PUF, n° 37 s.

1462 CARON (C), op.cit., n° 71, p.71.

1463 LE TOURNEAU (Ph), Folles idées sur les idées, Communication, Commerce électronique 2001/2, chron. 4, spéc n° 9 :

« 9-L'opposition idée-forme est totalement artificielle. Si la forme est le vêtement du fond, que serait, dans le domaine des œuvres littéraires, une forme sans idée ? Un son, tout au plus (mais les œuvres orales sont protégées en elles-mêmes : CPI, art. 112-2, 2°). Et une idée sans forme ne vaut guère plus, même si elle peut être présente dans l'esprit d'une façon en quelque sorte désincarnée. Saint Thomas d'Aquin a montré, à propos des œuvres plastiques, comment l'intelligence artistique conçoit l'œuvre à réaliser. « La représentation de la maison est dans l'esprit de l'architecte [...]. C'est l'idée de la maison, parce que l'homme de l'art entend faire la maison à la ressemblance de la forme que son esprit a conçue » (Somme théologique, Ia, qu. 15, a 1). Dans le domaine littéraire l'idée a besoin du langage, donc d'une forme, pour s'exprimer et arriver à la plénitude de sa vie, qui passe par l'échange intellectuel et la communication. Ce sont là des difficiles eloquendum, des questions délicates à exprimer, tant elles touchent au mystère même de la création, que nul n'a jamais pénétré parfaitement, fut-ce le plus génial des artistes ou des écrivains. Mais les créateurs qui ont réfléchi au processus créatif ont toujours récusé la dichotomie fond-forme, au point généralement de les assimiler (V. déjà la fin de la citation préc. de saint Thomas d'Aquin) ; il est tout de même étrange que leur opinion n'ait aucun poids, alors qu'ils savent de quoi ils parlent (là voilà la « réalité », que certains me reprochent de négliger). Voici un bref florilège significatif. « Chez [Flaubert], la forme est l'œuvre elle-même : elle est comme une suite de moules différents qui donnent des contours à l'idée, cette matière dont sont pétris les livres » (Maupassant). « Le mot est la chair de l'idée » (Hugo). « On est artiste à la condition que l'on ressentie comme un contenu, comme la chose même, ce que les non-artistes appellent la forme » (Nietzsche). « Si l'on se représentait toutes les recherches que suppose la création ou l'adoption d'une forme, on ne l'opposerait jamais bêtement au fond » (Valéry) ».

pas contredite par la loi qui protège toutes les œuvres, quelle qu'en soit « la forme d'expression »¹⁴⁶⁴ même si cette dernière est fugace.

De surcroît, l'abandon du principe de l'absence de protection des idées par le droit d'auteur n'entraîne pas des réservations excessives¹⁴⁶⁵. En effet, bien souvent, ce qui est dénommé « idée » n'est en fait qu'une création de forme insusceptible de protection¹⁴⁶⁶. C'est le cas lorsque la forme n'est pas originale. Il est alors inutile d'utiliser la qualification d'idée dans cette hypothèse. Nombreuses sont les créations de forme banales qui sont qualifiées de façon erronée d'idées. Il en est ainsi d'un synopsis résumé ou dans les grandes lignes d'une émission. Il faudrait pour que l'originalité soit admise que la création de forme soit plus élaborée. De même certains thèmes ne sont pas originaux et la forme de leur expression ne l'est pas davantage¹⁴⁶⁷. Il suffit donc d'appliquer le droit commun du droit d'auteur et de rechercher les qualités exigées pour que la forme puisse être une œuvre d'esprit¹⁴⁶⁸.

Il est aussi fréquent que ce qui est qualifiée d'idée soit en fait une création de forme originale qui se heurte à des obstacles probatoires pour bénéficier d'une protection effective¹⁴⁶⁹. Par exemple, une « idée » exprimée oralement est fréquemment une création qui s'exprime dans une forme fugace originale. Si le droit d'auteur existe, il n'en demeure pas moins qu'à défaut de fixation et de preuve, son exercice est bien difficile. De même dans le cadre d'une action en contrefaçon, si la protection n'est pas effective, c'est uniquement à cause d'une impossibilité de caractériser précisément la forme de l'œuvre pour la comparer à l'œuvre contrefaisante. Aussi, lorsque l'idée est fournie à un tiers en vue de sa réalisation, il est difficile de prouver l'étendue de l'apport créatif de celui qui ne s'est exprimé que dans une forme fugace.

1464 Voir Supra p 154 et s.

Par ailleurs, la cour de cassation a affirmé dans un arrêt en date du 17 octobre 2000 que « la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création de l'œuvre par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

1465 CARON (C), op.cit, n° 71, p.71.

1466 Ibid.

1467 Cass.civ, 17 Mars 1982 : « Saisie par l'auteur d'une pièce de théâtre d'une demande en dommages-intérêts, fondée sur la contrefaçon, dirigée contre le réalisateur d'un film, les juges justifient légalement le rejet de la demande, dès lors qu'ils relèvent que, si le thème traité par les deux auteurs était identique, à savoir la détérioration des relations d'un couple, la conception générale et l'esprit des deux œuvres, ainsi que l'évolution de l'action et son dénouement étaient "totalement différents", que la similitude de certains éléments du dialogue ou de certaines situations propres à ce thème "de libre parcours" procédait de clichés dépourvus en eux-mêmes de toute originalité protégeable, et qu'ainsi, le film, "ne reproduisait nullement l'œuvre (théâtrale) ni dans sa forme, ni dans ses caractéristiques et qu'il présentait une physionomie propre et des traits spécifiques qui en (faisaient) une œuvre entièrement nouvelle".

1468 CARON (C), op.cit, n° 72, p.72.

1469 CARON (C), op.cit, n° 73, p.73.

Il est à noter que bien souvent des auteurs ont tendance à arguer d'une protection qui dépasse la forme de leur œuvre et « tendent à revendiquer un genre, un style »¹⁴⁷⁰. Or, la protection conférée par le droit d'auteur ne se cantonne qu'à la forme de l'œuvre stricto sensu. L'exemple de l'artiste Christo est à cet égard caractéristique : Il avait emballé le Pont Neuf et souhaitait obtenir un monopole sur l'emballage d'autres biens et notamment des arbres¹⁴⁷¹. Il était inutile de placer sur le terrain des idées pour résoudre ce litige. Il suffisait tout simplement de constater que la prétention de l'auteur dépassait la forme de son œuvre¹⁴⁷². Il est aussi possible de se fonder sur la contrefaçon en constatant que la forme contrefaite et la forme contrefaisante ne sont en rien similaires.

En conclusion, le recours à la notion d'idée a surtout un sens pour désigner une idée non exprimée. Dans tous les autres cas, le concept d'idée ne fait que recouvrir des hypothèses qu'il est possible d'expliquer en utilisant d'autres notions : forme de l'œuvre non prouvée, forme banale et frustre, protection revendiquée au-delà de la forme de l'œuvre de l'esprit, revendication concernant des formes très différentes, impossibilité de déterminer la qualité de coauteur de celui qui a exprimé des propos oraux... Cependant, « le recours à la notion d'idée a le mérite d'une certaine simplicité car il évite, en permettant d'obtenir un résultat bien souvent identique, d'ouvrir en quelque sorte la boîte de Pandore des qualifications complexes »¹⁴⁷³.

Au demeurant, il est traditionnellement admis en particulier par Henri DESBOIS¹⁴⁷⁴ que la reprise d'une idée peut s'analyser comme étant un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme¹⁴⁷⁵. Cela est d'ailleurs logique car la cour de cassation estime que « celui qui ne peut

1470 TGI Paris, 19 Octobre 2005, <https://www.doctrine.fr> : « Le juge doit, quand lui est soumise comme en l'espèce la question de la validité d'un enregistrement, examiner en premier lieu, et avant de se pencher sur la nouveauté et l'originalité, s'il est bien revendiqué la protection d'une configuration distincte et reconnaissable ou d'un effet extérieur suffisamment caractérisé. En l'espèce, la photographie annexée au dépôt ne divulgue aucune apparence précise du produit concerné. Ainsi, il convient de déclarer nul l'enregistrement du modèle en cause sauf à conférer à son titulaire un monopole sur tous les verres striés de façon parallèle, ce qui serait en contradiction avec la description du modèle elle-même qui limite la revendication à un décor donnant au verre un aspect imitant un textile. En revanche, est protégeable au titre du droit d'auteur, la plaque de verre produite devant le tribunal et qui porte à sa surface des lignes parallèles irrégulières dans leur rythme et leur tracé. En effet, cette irrégularité, manifestement recherchée, porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur et confère à l'œuvre son originalité, même si le genre rayure sur verre est connu et non susceptible de protection par le droit d'auteur »

1471 Voir Supra p 155.

1472 CARON (C), op.cit., n° 74, p.72.

1473 CARON (C), op.cit., n° 75, p.73.

1474 CARON (C), op.cit., n° 70, p.70.

1475 Cass.com, 29 novembre 1960, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « n'est entachée d'aucune contradiction de motifs la décision qui déclare que si une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative, son auteur, lorsqu'il en fait application dans une œuvre radiophonique ou littéraire, est en droit d'exiger que des concurrents n'en fassent pas application sous une forme générale identique de nature à créer une confusion entre les deux ouvrages. L'action en concurrence déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, on ne saurait faire grief à la cour d'appel de s'être contredite en

se prévaloir d'un droit privatif » est en droit d'utiliser les ressources infinies de la responsabilité civile¹⁴⁷⁶. Or si les idées ne sont pas protégées, leur réutilisation par autrui est susceptible d'engager sa responsabilité. Nombreux sont les contentieux qui ont illustré cette possibilité et l'efficacité de cette action. En effet, « Si les idées sont de libre parcours et ne donnent pas prise au droit d'auteur, réservé à la forme sous laquelle elles sont exprimées, l'exploitation d'une idée d'autrui n'échappe pas pour autant en toutes circonstances à la critique : une action en responsabilité fondée sur l'enrichissement sans cause ou la concurrence déloyale peut, le cas échéant, être exercée malgré le fait que l'action en contrefaçon soit irrecevable »¹⁴⁷⁷. A cet égard, M. H. DESJEUX a justement remarqué qu'« il y a un droit au secret de l'idée, qu'elle soit ou non seulement artistique mais encore industrielle ou commerciale : elle apparaît à ce titre comme un

faisant droit à la demande, tout en reconnaissant que l'idée ou la méthode n'était pas en elle-même susceptible d'une appropriation privée »

Adde : Voir LE TOURNEAU (Ph), *Folles idées sur les idées*, op.cit, spéc p.10 :

« 17. – L'assouplissement résulte ensuite (en dehors de la reconnaissance d'un « droit privatif ») des théories de la concurrence déloyale et du parasitisme. Les espèces à citer seraient innombrables : je me contente de quelques-unes (TGI Paris, 3 juin 1998, préc., à propos d'un film publicitaire qui évoque nécessairement une œuvre de Picasso, pas une toile déterminée mais son style ; condamnation au titre [lointain, par la simple « évocation »] de l'utilisation de la renommée. – TGI Créteil, 4 mai 1999 : RIDA 1999/182, p. 213, une idée relevant de l'abstraction n'est pas protégeable, mais condamnation en raison d'un acte constitutif à la fois de concurrence déloyale et de parasitisme). Très caractéristique est un arrêt qui, après avoir rappelé le principe de la liberté du commerce, affirme que « la reprise systématique d'éléments même banals » d'un modèle, sans « aucune justification », entraînant une confusion dans l'esprit de la clientèle, peut être constitutive de concurrence déloyale (CA Versailles, 7 sept. 2000 : PIBD 2000, III, p. 598 ; la reprise d'éléments banals : mais c'est la reprise d'une idée ! Cependant, en l'espèce il y avait copie quasi-servile. – Comp. CA Paris, 22 mai 1996 : Gaz. Pal. 1997, 1, somm. p. 264, la reprise de la « couleur dominante » des collections d'une société de haute couture par un concurrent, pour ses sacs d'emballage, constitue un comportement parasitaire ; il me paraît indéniable que c'est une idée qui est ainsi protégée [mais il y avait d'autres éléments de fait])

18. – La jurisprudence condamne tout intervenant du marché, concurrent ou non, dès que dans son activité à titre lucratif il s'empare ou imite les fruits du travail créatif d'un tiers, ce qui est très vaste (ex. CA Paris, 28 juin 2000 : PIBD 2000, III, p. 549, à propos de simples « similitudes olfactives » entre deux eaux de soins). Ceux-ci comprennent les « concepts », selon un mot apparu assez récemment dans les prétoires, mais qui s'y est répandu rapidement. Ainsi, il a été considéré qu'un concept d'émission de télévision ne pouvait pas être repris par un concurrent, même en le modifiant (Cass. com., 7 févr. 1995 : JCP éd. G 1995, II, 22411, note Ph. le Tourneau ; sur pourvoi contre CA Versailles, 11 mars 1993 : JCP éd. G 1994, II, 22271, note J.-C. Galloux). Des décisions ont été rendues dans un sens voisin à propos du « concept global » de musique vidéo (T com. Nanterre, 25 juin 1996 : RIDA 1997/171, p. 402), « des modèles conceptuels » d'un logiciel (CA Paris, 31 mai 1995 : Expertises 1995, p. 311), d'un « concept de sensibilisation à la sécurité routière » (CA Besançon, 6 déc. 1996 : JCP éd. E 1997, pan. 338), d'un concept ou méthode de commercialisation (Cass. com., 26 janv. 1999 : D. Affaires 1999, p. 508, obs. C. Emery ; D. 2000, jur. p. 87, obs. Y. Serra, impl., qu'il faut apprécier globalement et non dans chacun de ses éléments), comme d'un concept publicitaire (V. infra n° 24).

19. – L'admission large du « fait distinct de la contrefaçon » augmente encore le nombre des circonstances dans lesquelles la jurisprudence admet l'existence de la concurrence déloyale ou de parasitisme (ex. CA Paris, 22 janv. 1999 : PIBD 1999, III, p. 334, la « déclinaison » du produit dans la même gamme de tailles et de coloris est un tel fait distinct : mais n'est-ce pas la reprise d'une idée ?) ».

1476 Cass.com, 22 Octobre 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « L'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif. Dès lors, une cour d'appel qui constate qu'une société a utilisé une enseigne évocatrice de celle notoirement connue d'une société concurrente, a pu décider qu'il s'agissait d'un comportement fautif ».

1477 DESBOIS (H), 1978, op.cit, p.27.

élargissement de l'étendue de la protection du know how ou un complément de celle-ci ». Il en résulte que dans certains cas, même en l'absence d'un contrat de secret ou de confidentialité, par exemple lors de la communication d'un scénario à un producteur ou d'un manuscrit à un éditeur, les tribunaux concluent souvent, compte tenu des usages professionnels, à l'existence d'une obligation précontractuelle entre les parties, au terme de laquelle le producteur ou l'éditeur qui fait une utilisation parasitaire de l'idée qui lui a été communiquée engage sa responsabilité. Cette jurisprudence mérite d'autant plus d'être approuvée que les œuvres communiquées aux éditeurs ou aux producteurs n'ont pas encore été publiquement divulguées. Au reste, la majorité de la doctrine française et même étrangère, reconnaît l'importance croissante des idées et plaide actuellement pour leur protection par divers moyens (contrats, concurrence déloyale...).

M.A.BERTRAND partage cette approche sous réserve que la protection ainsi accordée ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie : la protection des idées doit être pesée au cas par cas par les magistrats compte tenu des circonstances. En effet, en dehors du droit d'auteur, l'idée peut faire l'objet de multiples protections, en l'occurrence dans le cadre d'un accord relatif à l'utilisation ou à la réservation du thème, du concept ou de l'idée¹⁴⁷⁸, de la force obligatoire du contrat relatif à la réutilisation d'une idée¹⁴⁷⁹, la concurrence déloyale¹⁴⁸⁰ et les agissements

1478 Cass.com, 23 Octobre 1990, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

1479 Tribunal de Commerce de Paris, 10 mai 1994, inédit :

1480 Ainsi, l'on ne peut reproduire illicitement des éléments protégés de créations multimédia antérieures et présenter les produits qui traitent un sujet identique à celui déjà traité par un concurrent de manière à créer une confusion sur leur origine dans l'esprit du public . Il convient alors se démarquer autant dans le contenu que dans la présentation des créations antérieures. De même, la reproduction de certaines idées comme le fait de présenter des horoscopes sous formes de rouleaux, peut donner lieu à une action en concurrence déloyale. A titre d'exemple, commet un acte de concurrence déloyale le façonnier qui reproduit pour son compte un modèle (de robinetterie) dont la fabrication lui a été commandée, et ce même en l'absence d'une faute de nature contractuelle.

parasitaires¹⁴⁸¹ ainsi que de la faute consistant dans la violation de rapports de confiance¹⁴⁸². Pour illustrer le premier cas, il convient de mettre en exergue une affaire dans laquelle un informaticien avait conclu un contrat avec un médecin aux termes duquel celui-ci devait l'aider à élaborer un logiciel de gestion d'un cabinet médical en contrepartie du versement d'une rémunération. L'informaticien avait écrit le programme informatique. Le médecin avait apporté son expérience et ses connaissances en la matière. Ces dernières avaient été utilisées par l'informaticien mais il n'avait repris que le fond (le savoir-faire, les connaissances brutes) et non la forme donnée par le médecin à ces informations. L'informaticien, ne souhaitant pas partager avec le médecin les bénéfices retirés de la commercialisation du logiciel, et cela en dépit de l'engagement contractuel très clair, mettait en avant la nature de l'apport pour contester tout droit du médecin à la qualité de coauteur du logiciel. Selon l'informaticien, l'absence de qualité d'auteur devait priver le médecin de tout droit à rémunération. La haute cour a considéré en l'espèce que « tout en retenant que les apports du médecin ne présentaient pas les caractéristiques

1481 Cass.civ, 29 Novembre 1960, <https://www.legifrance.gouv.fr/>; CA Paris, 8 Juillet 1972, inédit : Reprise d'une idée de chanson ; Cass.com, 3 Octobre 1988, inédit : L'action pourrait aussi prospérer selon la Cour de Cassation, lorsqu'il y a utilisation sans droit du travail intellectuel d'autrui ; Cass.com, 7 Février 1995 : Activité parasitaire pour reprise d'une série télévisée d'un ancien employeur ; T.com Nanterre, 25 juin 1996, inédit : reprise d'un concept de film ; CA Paris, 19 Octobre 2005, inédit, <https://www.doctrine.fr> : Sur le parasitisme Considérant que Patrick W reproche aux sociétés CARREFOUR et FRUIDOR de s'être servis de son invention, en retenant l'idée de conditionner un ingrédient dans un compartiment séparé des autres ingrédients que ce soit dans un couvercle ou dans un compartiment au fond d'un bol en vue d'être mélangés ; Considérant qu'il n'est pas contesté que Patrick W a adressé spontanément, au mois de juin 2001, à la société FRUIDOR et à la société CARREFOUR le texte du brevet litigieux, puis le mode d'emploi accompagné de figures ; Mais considérant, d'une part, que les pièces produites aux débats par la société FRUIDOR établissent que, dès le mois de septembre 2000, elle avait testé dans des écoles une "salade enfant prête à consommer" présentée dans un bol transparent, la sauce étant contenue dans le couvercle du récipient ; que les fiches jointes à une note de service datée du 21 novembre 2000 ayant pour objet « réflexions sur le pack des salades protéinées » sont illustrées de packs formés d'un bol et d'un logement contigüe pour les ingrédients ; qu'en février 2001, la société FRUIDOR a reçu, de la société AUCHAN, un appel d'offres relatif à la mise au point d'un emballage « Salades Fraîcheurs » composé d'une "double barquette transparente sous atmosphère pour séparer salade verte et garniture ; sauce en sachet dose ouverture facile. L'emballage doit pouvoir être utilisé comme shaker pour mélanger salade sauce et garniture » ; Qu'il ressort de ces documents internes et échanges de correspondance que la société FRUIDOR n'a pas puisé dans le texte du brevet qui lui a été remis par Patrick W l'idée de conditionner dans des compartiments séparés, en vue de les mélanger ; des mets et les ingrédients destinés à leur assaisonnement ; Considérant, d'autre part, que la solution technique retenue par la société FRUIDOR pour commercialiser les salades prêtes à la dégustation ne met pas en oeuvre celle préconisée par Patrick W dans le mode d'emploi qu'il a rédigé ; qu'ainsi, tant le constat d'achat dressé le 12 juillet 2002 au magasin à l'enseigne CARREFOUR, Porte d'Auteuil à Paris, que l'examen du conditionnement en plastique auquel la Cour a procédé, établissent que celui-ci est composé d'un gobelet en plastique transparent contenant la salade fermé par un couvercle en forme de gobelet à l'envers ; que dans ce couvercle, qui contient les autres ingrédients composant la salade, est incorporé un mini gobelet scellé par un couvercle fin en aluminium renfermant la vinaigrette ; que même si le brevet suggère la faculté de doter le couvercle d'alvéoles destinées à libérer les assaisonnements, sur les figures illustrant le mode d'emploi versé aux débats par l'appelant, les ingrédients destinés à garnir la salade et la sauce sont placés dans le fond du récipient et non dans le couvercle ; Qu'aucun grief distinct n'est formulé à rencontre de la société CARREFOUR qui a commercialisé la salade pré-conditionnée ; Qu'il n'est donc pas établi, comme l'ont estimé à juste titre les premiers juges, que les intimés ont profité des travaux de Patrick W pour mettre au point et commercialiser les conditionnements litigieux de sorte que les faits de parasitisme reprochés ne sont pas caractérisés ; que le jugement entrepris doit donc être confirmé sur ce point ».

1482 Cour d'appel de Paris, 8 juillet 1972, inédit :

d'une œuvre relevant de la protection de la loi du 11 mars 1957, c'est à bon droit que la cour d'appel a considéré que la contribution du médecin à l'élaboration du logiciel justifiait la rémunération stipulée à son profit »¹⁴⁸³. Autrement dit, si la clause litigieuse du contrat avait comme cause de la rémunération promise au médecin un transfert ou une licence relative au seul droit d'auteur, elle aurait été annulée pour absence d'objet ou de cause (condition de validité de tout contrat) puisque le médecin n'était pas intervenu de façon originale dans l'univers des formes. Mais parce que les parties avaient donnée à cette rémunération une justification plus large (paiement pour transfert de connaissances ou de savoir-faire, c'est-à-dire rémunération d'un service), le contrat était valable (indépendamment de l'existence ou non d'un droit d'auteur au profit du médecin) car reposant sur une cause réelle.

Pour le deuxième cas de figure, il convient de se référer à un litige dans lequel une société (Transparences Productions) proposa à TF1 un projet d'émission fondé sur le drame des français prisonniers en URSS¹⁴⁸⁴. Pour ce faire le producteur remit une brochure à TF1, portant en couverture "Des français au goulag - Un documentaire de 90 minutes réalisé par...". Les producteurs et TF1 signèrent alors une "convention de développement" indiquant dans son préambule que le contractant avait présenté à TF1 une brochure portant sur un projet de documentaire sur les français au goulag. L'article 6 de cette convention prévoyait : "Dans l'hypothèse où la collaboration ne devrait pas se poursuivre, TF1 s'engage à restituer l'intégralité des documents remis et s'engage vis-à-vis du contractant à ne pas entreprendre de projet avec un tiers basé sur le même concept." Trois jours plus tard, TF1 signifiait son intention d'abandonner le projet. Peu de temps après, le producteur apprenait que TF1 se proposait de consacrer une émission du magazine "En quête de vérité" à la question des "Français au goulag." L'émission fut effectivement diffusée par TF1 le 18 décembre 1992. Pour débouter le producteur de son action en responsabilité contre TF1, le Tribunal de Commerce de Paris a retenu que les conceptions des réalisations étant différentes, TF1 n'a pas contrevenu aux dispositions contenues dans la convention du 28 juillet 1992¹⁴⁸⁵.

1483 Cass.com, 23 Octobre 1990, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

1484 Tribunal de Commerce de Paris, 10 mai 1994, inédit.

1485 En effet, cette juridiction a estimé que : "l'émission proposée par Transparences Productions et l'émission "En quête de vérité" réalisée par TF1 avec GLEM traitent du même sujet, les français détenus en URSS; Que ce thème appartient à l'Histoire et ne peut faire l'objet d'une appropriation par quiconque; Que la convention de développement du 28 juillet 1992 passée entre TF1 et Transparences Productions ne peut s'interpréter qu'en tenant compte de ce qui précède; Que la stipulation contenue dans l'article 6 de cette convention et interdisant à TF1 d'entreprendre avec un tiers un projet basé sur le même concept ne peut signifier l'interdiction faite à TF1 de toute émission sur les français du goulag; mais qu'elle interdisait à TF1 de traiter ce thème suivant la même conception de réalisation; que la conception de réalisation a été précisée par Transparences Productions dans le synopsis remis à TF1 et dans la convention de développement; qu'il résulte explicitement de ces documents

Relativement au parasitisme, on peut citer à titre d'exemple, un litige qui avait opposé deux chaînes de télévision, TFI et Antenne 2 à propos des émissions « Les marches de la gloire » et « la nuit des héros »¹⁴⁸⁶. Pour condamner TFI à verser 55 millions de francs de dommages et intérêts à Antenne 2, la cour de Versailles a rappelé que la concurrence déloyale entre les chaînes est devenu un fait patent, qu'il ne leur est pas interdit de rivaliser entre elles pour rechercher la clientèle, en l'espèce le plus grand nombre de spectateurs. Il existe cependant des limites dans le choix des moyens utilisés pour la conquête de l'audience, (...) et il n'est pas acceptable de plagier l'émission d'un concurrent en adoptant outre le thème, la construction, le découpage et la durée, la structure des séquences et le style de présentation, ... Elle ajoute que l'imitation est d'autant plus évidente que l'émission de TFI a été confiée à des transfuges d'Antenne 2 qui n'étaient pas libérés de toute obligation à l'égard de leur ancien employeur puisque. En effet, aucune décision de leur précédent contrat, applicable même après cessation de la diffusion des précédentes émissions, n'énonçait qu'ils ne pourraient en aucun cas, sauf accord écrit et préalable du PDG d'Antenne 2 faire usage personnellement ou autoriser des tiers à faire usage des thèmes, des principaux personnages ou de la formule des émissions ou toute autre formule similaire. Certes, il n'existait aucun accord entre Antenne 2 et TFI et donc aucune obligation contractuelle à l'égard de cette dernière mais la chaîne privée aurait dû s'enquérir de l'existence de telles clauses, au demeurant habituelles ou s'inquiéter de ce que des pourparlers en vue d'une nouvelle convention existaient peut être entre l'ancienne équipe de « La nuit des héros » et Antenne 2. La cour note en outre que TFI a placé son émission dans un créneau horaire identique, mais en avançant la diffusion de 24 heures, afin de tuer l'intérêt de l'émission concurrente. La cour de Versailles a également jugé parasitaire le comportement de TF1 dans la mesure où la chaîne privée a pu se dispenser d'investissements de départ tant pécuniaires qu'intellectuels puisqu'elle a acquis (avec l'ancienne équipe) une émission connue, expérimentée et dont l'audience est assurée.

A contrario, le parasitisme n'a pas été retenu par la cour d'appel de Versailles dans une affaire dans laquelle l'auteur d'un scénario l'a fait valoir¹⁴⁸⁷. S'agissant d'un scénario de spot publicitaire

que le genre proposé était celui du documentaire de création; que l'émission projetée par Transparences Productions correspond à cette définition; que, si l'émission du 18 décembre 1992 réalisée par TF1 avec GLEM présente un certain nombre de similitudes avec le projet de Transparences Productions (même sujet, interventions des mêmes personnes, séquences préenregistrées), il résulte des débats que la conception était différente dans les deux cas; d'une part documentaire, indiqué comme tel par Transparences Productions pour son projet, avec un but éducatif, d'autre part émission de plateau avec un animateur, des interviews en direct de personnes invitées et appel à l'autorité publique faisant de cette émission un débat ».

1486 CA Versailles, 13 Octobre 1993, inédit : « A ce parasitisme du travail effectué pendant un an par Antenne 2 s'ajoutait une désorganisation brusque des services du concurrent en sorte que la volonté de s'inscrire dans le sillage du concurrent et la perte importante de part de marché ne justifiaient pas à elle seules la condamnation. L'attitude parasitaire de TF1 était d'autant plus déloyale qu'elle était circonstanciée »

1487 CA Versailles, 16 décembre 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr/>,

fondé sur l'idée éprouvée du trio réunissant femme, mari et amant, la seule reprise de cet argument dépourvu de valeur économique ne peut caractériser l'appropriation du travail d'autrui. En revanche, la différence dans l'exploitation qui en est faite est déterminante pour exclure toute allégation de parasitisme. Cette différence est caractérisée entre le scénario original conçu à partir de l'idée du trio classique concluant au drame et le scénario litigieux tirant, à partir du même trio, sur un ton humoristique à l'avantage d'un fabricant de placard pour la promotion de ses services. Le travail créatif de l'auteur du second scénario ressortant de l'exploitation différente faite de l'idée et non de l'utilisation de cette même idée jugée éculée, permet d'exclure toute idée de parasitisme.

Enfin, la faute consistant dans la violation des rapports de confiance ressort d'une affaire dans laquelle une idée de chanson intitulée "La publicité", destinée à Jacques Dutronc, a été proposée par Jean-Édouard Barbe à une société d'éditions musicales¹⁴⁸⁸. Celle-ci l'a refusée. Quelques temps plus tard la société éditait une chanson, également intitulée "La publicité". Jean-Édouard Barbe agit alors contre la société d'éditions musicales en paiement de 20 pour cent des droits perçus ou à percevoir sur la chanson portant le même titre, ayant le même sujet, la même facture, le même rythme et une chute analogue. Pour s'opposer à cette demande, la société d'éditions musicales indique qu'on ne saurait, sans méconnaître les principes fondamentaux de la propriété littéraire et artistique, accorder à un auteur une protection de l'idée. La Cour de Paris, pour exclure toute contrefaçon mais retenir une faute de l'éditeur ayant consisté à communiquer à des tiers l'idée génératrice de la chanson, retient que "si les idées sont de libre parcours, des circonstances particulières peuvent obliger certains tiers à ne pas révéler une idée qui leur a été confiée. En effet, il n'est pas contesté qu'après avoir eu connaissance de la chanson dans l'éventualité d'un contrat d'édition, le gérant de la société d'édition a, dans les semaines qui ont suivi les pourparlers, communiqué l'idée génératrice de cette œuvre à des auteurs-compositeurs qui l'ont utilisée pour composer une œuvre du même genre. Il a en outre accepté d'éditer cette seconde chanson sous le titre choisi par Barbe, avant que celui-ci ait eu le temps suffisant pour exploiter son œuvre; ...Aussi, la société a commis une faute qui a causé un préjudice à Barbe, lequel n'a pu, en raison de la similitude du sujet et du titre, exploiter utilement la chanson qu'il avait créée.

1488 Cour d'appel de Paris, 8 juillet 1972, inédit

Section 2 : La concurrence parasitaire

La pratique ne s'est pas contentée de la théorie des agissements parasites : elle a étendu cette notion aux rapports concurrentiels¹⁴⁸⁹. Il est question de la notion de concurrence parasitaire, qui renvoie au domaine classique de la concurrence déloyale, celui où deux acteurs économiques luttent pour attirer la clientèle dans le même secteur ou dans une activité voisine. La cour de Cassation a indiqué à juste titre que le « comportement parasitaire est un acte de concurrence déloyale lorsqu'il concerne [...] des entreprises en situation de concurrence »¹⁴⁹⁰. Si tel n'était pas le cas, la qualification de concurrence parasitaire serait irrecevable¹⁴⁹¹.

L'expression de concurrence parasitaire a connu un grand succès¹⁴⁹² : le parasitisme devint une modalité de la concurrence déloyale, certains arrêts utilisant l'expression de « concurrence déloyale par parasitisme »¹⁴⁹³ ou d'actes de « concurrence déloyale et parasitaire »¹⁴⁹⁴. Cependant, certains arrêts distinguent bien les deux notions¹⁴⁹⁵.

Relativement à la concurrence déloyale, les circonstances de fait sont particulièrement choquantes et les magistrats attachent plus ou moins consciemment une sorte de flétrissure morale à l'emploi de l'adjectif parasitaire¹⁴⁹⁶. La concurrence parasitaire constitue alors « une

1489 TOPPORKOFF (M), 2010, Droit de la concurrence déloyale, Gualino, Paris, p.69 : « Cette distinction [...] visait surtout dans l'esprit de son promoteur (M. Yves SAINT GAL) à tenir compte du fait que l'on ne pouvait selon lui, utiliser légitimement l'expression de concurrence parasitaire que dans les cas où existait un rapport effectif de concurrence entre les entreprises concernées [...]. Cependant, à notre sens, cette distinction qui correspond surtout à un souci de correction terminologique, ne présente pas d'utilité particulière sur le plan conceptuel et semble d'ailleurs de moins en moins pertinente [...] »

Michel TOPPORKOFF rejoint sur ce point contrairement à d'autres la position de Jérôme PASSA qui estime que « les termes de « concurrence parasitaire »...n'apportent absolument rien et ne contribuent ...qu'à alimenter une certaine confusion. En effet, l'expression « concurrence déloyale » ne constitue qu'une dénomination particulière de la faute délictuelle de droit commun de l'article 1382 du Code civil dont on pourrait, en pure technique juridique, fort bien se passer. Aucune conséquence juridique particulière n'est en effet attachée à cette qualification (dont l'utilité est donc essentiellement de l'ordre de la pédagogie) ».

1490 CA Paris, 26 Janvier 1999, <https://www.mcj.fr/jurisprudence/cour-de-cassation> ; CA Paris, 16 Mai 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1491 CA Paris, 16 Novembre 2001, <https://www.doctrine.fr/>

1492 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7114, p 1582.

1493 Cass.com, 10 Mai 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr>

1494 CA Paris, 23 Janvier 2002, <https://www.doctrine.fr/>; CA Paris, 20 Février 2002, <https://www.doctrine.fr/> ; <https://www.doctrine.fr/>, CA Paris, 6 Mars 2002, <https://www.doctrine.fr/>, CA Paris, 14 Mai 2004, <https://www.doctrine.fr/>, CA Paris, 22 Juin 2005, <https://www.legalis.net/>

1495 CA Paris, 19 Novembre 2008, <https://www.doctrine.fr/> : « Considérant qu'il y a lieu de rappeler que la concurrence déloyale et le parasitisme sont certes fondés sur l'article 1382 du code civil mais sont caractérisés par application de critères distincts, la concurrence déloyale l'étant au regard du principe tiré du risque de confusion, étranger à la concurrence parasitaire qui requiert la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements »

1496 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7114, p 1582.

forme aggravante de la concurrence déloyale »¹⁴⁹⁷, l'aggravation résultant plus du comportement du parasite que de ses conséquences¹⁴⁹⁸.

Il n'en reste pas moins que le parasitisme suppose la notoriété du parasite ou de son produit¹⁴⁹⁹, comme dans les agissements parasitaires. D'autre part, comme pour le parasitisme, la faute semble devoir être nécessairement intentionnelle, ce qui n'est pas le cas de la concurrence déloyale. Si tel n'était pas le cas, la qualification de concurrence parasitaire serait irrecevable.

L'analyse de la concurrence parasitaire se fera uniquement sur la base du droit français en l'absence de jurisprudence et de doctrine marocaine sur la question. Toutefois il est important de souligner que dans un arrêt de la cour d'appel de Casablanca précité sanctionnant des agissements parasitaires, cette juridiction établit un principe sur la base duquel la concurrence parasitaire peut être sanctionnée. Selon cette décision, les relations commerciales et la propriété intellectuelle reposent sur un principe unique de la concurrence déloyale¹⁵⁰⁰. Cette notion englobe les agissements d'imitation ou de contrefaçon qui visent à profiter de la notoriété des droits de propriété intellectuelle et des investissements de leurs titulaires et à s'enrichir à leur détriment¹⁵⁰¹. Il en découle que ce principe concerne les cas de figure dans lesquels il y a usurpation de notoriété des signes de ralliement de clientèle qu'il y ait ou non lien de concurrence entre les parties à un litige. Il est donc potentiellement applicable en matière de concurrence parasitaire des signes de ralliement de clientèle. Ainsi, le droit marocain admet implicitement la concurrence parasitaire.

Paragraphe 1 : L'usurpation d'une notoriété

I. L'usurpation d'un signe de ralliement de clientèle

L'usurpation de la notoriété peut revêtir diverses formes et intervenir en de nombreux domaines¹⁵⁰². Cependant, l'exemple le plus classique demeure les signes distinctifs, avec

1497 RIPERT (G), ROBLLOT (R), op.cit, n° 753, p 615 : « La concurrence parasitaire ne constitue qu'une forme aggravée de la concurrence déloyale au sens traditionnel du terme (confusion et détournement de clientèle) ».

1498 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7114, p 1582.

1499 Cass.com 29 janvier 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ;

1500 Casablanca.Com, 13 Décembre 2005, n° 2005/4622, préc : V note 1125.

1501 Ibid.

1502 CA Versailles, 11 Janvier 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « S'agissant de deux œuvres d'un genre opposé, littéraire et romanesque pour l'une et vidéographique à caractère pornographique pour l'autre, le constat, d'une part, que la seconde emprunte à la première, pour sa jaquette de présentation, un graphisme similaire pour le titre, et une illustration thématique identique, alors que, d'autre part, le contenu de la vidéo a été décrit sans hésitation par la presse spécialisée, comme une transposition " hard " de l'œuvre littéraire, implique que le procédé mis en œuvre tend, à partir du nom et du personnage de l'œuvre romanesque, à en emprunter des éléments caractéristiques pour inscrire le produit contrefaisant dans le sillage de la création originale, de manière à bénéficier de sa réputation et de sa notoriété, tout en abusant le public, spontanément enclin à rattacher les deux œuvres à la même origine, et qu'en conséquence il est constitutif de concurrence déloyale » ; Cass.com, 8 Juillet 2003, <https://www.legifrance.gouv.fr/> , « les sociétés Impag avait copié la prestation d'autrui, fabriqué des produits "limitants", et les avaient commercialisés à un prix nettement inférieur, ce dont il résultait qu'elles s'étaient placées dans le sillage des sociétés Hasbro et avaient profité de leurs investissements ainsi qu'allégué par ces sociétés »

généralement la recherche de confusion¹⁵⁰³. En effet, le risque de confusion existe souvent car celle-ci rend plus intéressante (profitable par la méprise de la clientèle) ses agissements pour le parasite¹⁵⁰⁴. Tel est le cas par exemple du conditionnement de chocolat déposé à titre de marque, pour désigner le chocolat et les produits de chocolaterie et qui a été utilisé par une autre société dans le catalogue publié pour sa collection de chocolaterie¹⁵⁰⁵. Il en est de même d'une société dont une personne morale ou physique a pris la dénomination sociale pour s'en servir aux mêmes fins ou à titre de marque¹⁵⁰⁶. Les agissements parasitaires ressortent aussi d'une affaire dans laquelle une société après avoir employé sans droit la marque d'un tiers, lança une autre marque en vue d'exploiter le même produit en prétendant dans une campagne publicitaire que la seconde marque se substituait purement et simplement à la première¹⁵⁰⁷.

II. Le rattachement indiscret

Dans la catégorie générale de l'usurpation de la notoriété entre aussi le rattachement indiscret à une entreprise rivale pour se placer dans le sillage de sa renommée et profiter des retombées de celle-ci¹⁵⁰⁸. Tel est notamment le cas lorsqu'une société a la volonté que la clientèle associe la couleur des étiquettes de son concurrent, très célèbre, à ses propres produits¹⁵⁰⁹. Il en va de même lorsqu'une société présente ses produits comme « de type » de ceux d'un concurrent ou comme étant une nouvelle version améliorée d'un produit connu d'un concurrent¹⁵¹⁰. Enfin, il y a aussi concurrence parasitaire lorsque la fragrance d'un parfum est perçue par la clientèle comme identique à celle d'un autre¹⁵¹¹.

1503 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7116, p 1582.

1504 Cass.com, 8 Juillet 2003, <https://www.legifrance.gouv.fr/> , TGI Paris, 1^{er} Juin 2005, CA Paris, 1^{er} Octobre 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Contra : CA Paris, 16 Mai 2008, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

RIPERT (G), ROBLOT (R), 2001, Traité de Droit commercial, Tome 1, Volume 1, op.cit. , n° 753, p 615 : « L'imitation, la copie servile ou quasi servile crée indirectement un risque de confusion dont la gravité réside soit dans le fait de profiter de la notoriété et des efforts du créateur, soit dans l'atteinte à la réputation du produit imité en raison de la médiocrité des produits imitants, soit dans le bénéfice du courant d'achats du concurrent résultant de l'imitation, soit dans la volonté délibérée de tirer un avantage de la contrefaçon et dans le détournement frauduleux de parts de marché »

LECOURT (A), 2009, La concurrence déloyale, op.cit, p 34 : « La doctrine a tenté de dégager une notion de concurrence parasitaire sans que soit démontré un risque de confusion, appuyé en cela par la cour de cassation [...], mais cet essai ne nous paraît pas concluant Les décisions mentionnées n'emportent pas la conviction, les exemples démontrant au contraire que le désir de confusion n'est jamais très loin.»

1505 Cass.com, 27 Juin 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1506 CA Paris, 14 Janvier 1998, <https://www.doctrine.fr/>

1507 CA Versailles, 7 Juillet 1988, cité par LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7116, p 1582.

1508 CA Paris, 10 Mai 1990, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris, 15 Mai 1996, <https://www.doctrine.fr/> ,

1509 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7117, p 1583.

1510 Ibid.

1511 Ibid.

1. Le rattachement indiscret en se présentant comme spécialiste d'une marque

Un cas classique de rattachement indiscret est l'utilisation par un vendeur de voitures du nom commercial d'un constructeur dont il n'est ni concessionnaire ni agent, l'aurait-il été dans le passé, en s'intitulant spécialiste ou ancien concessionnaire de telle ou telle marque¹⁵¹². Il en a ainsi d'un ancien agent commercial apposant sur le toit de son garage une enseigne "Citroëniste constituée par l'adjonction à la marque Citroën des quatre dernières lettres ISTE moins larges, de proportions différentes et dans une autre matière"¹⁵¹³. De même la concurrence déloyale ou illicite résulte de la confusion créée par un ancien concessionnaire se présentant comme « agent agréé » et « spécialiste » des motos yamaha¹⁵¹⁴. Tel est aussi le cas lorsqu'une entreprise emploie systématiquement des formules ambiguës « spécialiste BMW » ou « inspection BMW » pour insinuer qu'elle est concessionnaire de cette marque¹⁵¹⁵. Enfin, la création par un revendeur de pièces détachées et d'accessoires d'un site Internet Porsche donnant l'impression d'appartenir au réseau a été qualifiée de comportement déloyal¹⁵¹⁶.

2. Le rattachement indiscret par la publicité sur la « compatibilité » de produits

Une forme plus subtile du rattachement indiscret consiste à attirer l'attention de la clientèle par une habile publicité sur la compatibilité de ses produits avec ceux d'un concurrent généralement très célèbre. Ainsi, « la question est de savoir si, en l'absence de toute manœuvre déloyale et de tout comportement illicite, une recherche de compatibilité entre produits de fabricants différents doit être permise en vertu de la liberté de concurrence ou interdite comme constituant une atteinte à la loyauté de la concurrence. L'un des objectifs du droit de la concurrence est l'intérêt du consommateur ; celui-ci a avantage à pouvoir choisir les produits qu'il désire de la façon la plus libre entre ceux qui lui sont offerts par les différents distributeurs. Il doit en principe pouvoir réunir à son gré sans contrainte artificielle les produits offerts par les divers fabricants pour constituer des ensembles répondant à ses besoins et goûts sans rencontrer d'obstacle pour choisir chaque élément en fonction de son prix et de ses qualités propres. Le seul obstacle de principe à un tel choix est l'existence de droits de propriété industrielle qui autoriseraient un fabricant à s'opposer à une combinaison de produits au moyen de procédés de connexion sur lesquels il disposerait d'un monopole d'exploitation. En dehors de ces cas, les pouvoirs publics et les

1512 Cass.com, 25 Avril 1983, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1513 Cass.com 29 Juin 1993, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1514 Cass.com, 15 Décembre 1998, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1515 Cass.com 23 novembre 1999, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1516 CA Paris, 8 Septembre 2004, <https://www.doctrine.fr/>

autorités communautaires favorisent les combinaisons d'éléments divers qui permettent au consommateur de constituer des ensembles offerts à la vente par différents producteurs dont la concurrence est un facteur de progrès économique et d'amélioration du service rendu à l'acheteur. Dans cette optique, certaines actions de standardisation sont favorisées et parfois même des normes sont rendus obligatoires. »¹⁵¹⁷.

Ainsi, la jurisprudence considère généralement que « la recherche de compatibilité entre les produits [de] deux sociétés » n'est pas en soi un acte déloyal ou parasitaire¹⁵¹⁸. Il a ainsi été jugé que la compatibilité de pièces de rechange pour des pompes à chaleur est licite, en l'absence de « titre privatif interdisant toute concurrence », et alors qu'il n'est pas établi que la similitude des pièces résulte de l'appropriation déloyale du travail d'autrui ou de l'utilisation fautive de techniques propres au concurrent¹⁵¹⁹. De surcroît, la cour d'appel de Paris a rappelé le principe de la liberté de fabriquer des produits compatibles, et a rejeté l'action du concurrent dans la mesure où il n'existe aucun risque de confusion du fait des différences, et alors que la publicité ne contient aucune référence au matériel et où à la marque de celui-ci¹⁵²⁰. La cour de cassation a retenu la même solution, alors d'une part que la société Klip ne précisait pas que ses jeux étaient compatibles avec ceux de la société Lego, et surtout qu'ils étaient en réalité compatibles avec

1517 CA Paris, 4^{ème} ch.16 Janvier 1992, Tomy France c/ Lego, Ann.1994,104 . Sur pourvoi Cass. Com. 29 Mars 1994, <https://www.legifrance.gouv.fr>

Aussi est-il intéressant de rappeler ici l'argumentaire développé par la Cour qui, après avoir posé qu'il convenait « d'examiner si en soi, c'est à dire en l'absence de toute manœuvre déloyale ou de tout comportement illicite, une recherche de compatibilité entre produits de fabricants différents doit être permise en vertu de la liberté de la concurrence ou si elle doit être interdite comme constituant une atteinte à la loyauté de la concurrence », considéra que « le consommateur a avantage à pouvoir choisir les produits qu'il désire de la façon la plus libre entre ceux qui lui sont offerts par les différents fabricants et leurs distributeurs », ajoutant qu' « il doit en principe pouvoir réunir à son gré, sans contrainte artificielle, les produits offerts par les divers fabricants pour constituer des ensembles à partir des produits offerts à la vente par différents producteurs dont la concurrence est un facteur de progrès technique et d'amélioration du service rendu à l'acheteur ». Ainsi la Cour en déduit-elle que « la création et la mise en vente par «Tomy » de trains compatibles avec les jeux «Lego» sont licites en elles-mêmes et ne sauraient constituer des actes de parasitisme commercial » de telle sorte que «le préjudice que peut faire subir cette compatibilité à Lego, par la perte de clients détournés de ses produits par l'attrait supplémentaire ainsi procuré au train Tomy et ensuite, éventuellement, à l'ensemble des jeux Tomy est un préjudice résultant de l'exercice normal de la concurrence et n'a pas à être indemnisé ».

Cette solution sera confirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en insistant sur le fait que la société Tomy « ne faisait, lors de la commercialisation de ses produits, aucune référence susceptible de créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur moyen sur l'origine de ses produits avec ceux de la société concurrente Lego ».

1518 Cass.com 29 Mars 1994, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Ayant relevé qu'une société ne faisait, lors de la commercialisation de ses produits, aucune référence susceptible de créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur moyen sur l'origine de ses produits avec ceux d'une société concurrente, une cour d'appel a pu retenir que la recherche de la compatibilité entre les produits des deux sociétés, obtenue par l'utilisation par cette société sur ses propres jouets de tenons identiques à ceux utilisés par sa concurrente, ne constituait pas en elle-même, en l'absence de droit privatif au profit de la société concurrente sur la partie litigieuse des produits, un acte de concurrence déloyale ».

1519 Cass.com, 16 Mai 2000, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1520 CA Paris, 19 Avril 2000, <https://www.doctrine.fr/>

tous les produits similaires existant sur le marché¹⁵²¹. Cette pratique ne serait condamnable selon la jurisprudence, qu'en cas de faute dans l'usage de cette liberté, la rendant abusive¹⁵²². Il en irait notamment de la sorte en présence d'un détournement du savoir-faire ou des techniques d'un tiers¹⁵²³ ou d'une utilisation excessive de l'argument de la compatibilité, de nature à créer un risque de confusion dans l'esprit du public¹⁵²⁴. A cela, il convient d'ajouter le cas dans lequel la différence d'origine des produits ne sera pas signalée à la clientèle¹⁵²⁵.

Dans la même veine, la Cour de Versailles a jugé que « s'il n'est pas interdit de fabriquer et de commercialiser des produits compatibles avec ceux d'un concurrent, l'utilisation abusive de cet argument comme moyen de vente constitue un comportement parasitaire fautif », la société ayant utilisé les efforts techniques et commerciaux du concurrent et cherché à accaparer la clientèle¹⁵²⁶. Le 15 Avril 1997, la cour d'appel de Paris¹⁵²⁷ rappelait qu'en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la copie servile d'un modèle même non protégeable à raison de sa banalité, de son caractère exclusivement utilitaire ou de son appartenance au domaine public n'est pas en elle-même un acte de concurrence déloyale. La cour s'est fondée sur l'utilité de la compatibilité des produits pour l'acheteur, qu'il soit professionnel ou consommateur. La reproduction du modèle non protégé ne serait alors répréhensible que si elle était faite dans le but de tromper le public sur l'origine de la marchandise et de détourner la clientèle du concurrent, ou de profiter indûment de ses efforts. En l'espèce, le juge avait insisté sur la substituabilité des objets qui permet au client « de choisir librement les produits qu'il entend employer et de les

1521 Cass.com, 26 Février 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1522 IZORCHE (M-L), « Concurrence déloyale et parasitisme », in Concurrence déloyale Permanence et devenir, Dalloz, 2001, n° 28.

1523 Cass.com, 16 Mai 2000, préc.

1524 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7120, p 1584.

1525 Ibid.

1526 Cass.com, 6 Avril 1999, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1527 CA Paris 15 Janvier 1997, <https://www.doctrine.fr/> :

« Qu'au surplus, la société NICOLL ne saurait valablement incriminer la reproduction à l'identique des éléments incriminés alors qu'elle ne précise pas dans ses écritures les modalités par lesquelles la société WAVIN aurait pu rendre ses produits compatibles avec les siens sans encourir ses critiques.

Considérant que le comportement de la société WAVIN ne serait répréhensible que s'il résultait suffisamment des éléments propres à la cause que ladite reproduction n'a été faite que dans le but de tromper le public sur l'origine d'une marchandise et de détourner ainsi la clientèle d'un concurrent ou de profiter indûment des investissements, des efforts de recherche et de création de celui-ci.

Mais considérant, outre qu'aucun grief de cette nature n'est établi, qu'il n'est pas contesté que la société WAVIN appose sur ses produits sa propre marque laquelle suffit à exclure tout risque de confusion auprès d'une clientèle constituée, ainsi que déjà mentionné, non pas de consommateurs moyennement attentifs ou informés mais de professionnels.

Que ces derniers ne peuvent en outre manquer de relever les différences observées par l'expert tenant à "des améliorations au plan professionnel et, surtout, au plan de l'esthétique" caractérisées par l'adoption pour les produits de l'appelante d'angles adoucis, de courbes et de lignes fluides s'opposant aux lignes très géométriques des produits NICOLL, ou de couleurs qui « ne sont pas l'exact contretype l'une de l'autre ».

associer ou combiner à son gré, au mieux de la destination qu'il entend leur attribuer ». Or la substituabilité s'entend d'une relation symétrique : si les produits « A » sont adaptables aux produits « B », encore faut-il que l'inverse soit vrai. C'est ainsi qu'a été condamné pour parasitisme une société ayant fabriqué des mobiliers de jardin empilables avec ceux de la marque Grosfillex, alors que l'inverse n'était pas possible, profitant ainsi à sens unique de la renommée d'une société connue¹⁵²⁸. Plus récemment, a été condamnée la pratique consistant à commercialiser un produit, de moindre prix que l'original en la présentant systématiquement comme compatible avec celui d'un concurrent célèbre (il s'agissait de la société Mecano). Cela permet d'utiliser la notoriété et les efforts techniques et commerciaux du concurrent tendant à accaparer la clientèle¹⁵²⁹. Si l'absence de confusion a été la première limite posée au principe de liberté, la jurisprudence tend à imposer au fabricant de produits compatibles une obligation d'information sur l'origine des produits. A ce propos, un arrêt de la Cour d'appel de Paris¹⁵³⁰ énonce que s'il « ne peut être interdit de vendre des produits adaptables sur des machines qui n'ont pas une même origine, il est nécessaire d'informer le client sur l'origine différente des produits ». En l'espèce, une société distribuait depuis plusieurs années les distributeurs de boissons et les produits d'un fabricant « A », mais prévoyant la rupture de son contrat de concession exclusive, elle s'était rapproché d'une société « B » pour fabriquer et distribuer des produits concurrents. Aux clients de la société B, elle livrait des consommables A, car les siens n'étaient pas au point, alors que dans d'autres cas, elle livrait des consommables B pour des machines A sans avertir les clients. Ainsi, la société distributrice fut condamnée pour concurrence déloyale : elle avait détourné les produits qui continuaient à lui être livrés par son ancien concédant et avait profité de sa réputation pour placer ses propres produits, sans en aviser clairement la clientèle. Cependant, il convient de faire preuve de grande prudence, comme le relève M. MALAURIE-VIGNAL, « il ne faudrait pas que le fabricant par le biais de l'information n'use de la notoriété de son concurrent, à son profit pour placer ses propres produits sous peine d'être poursuivi pour parasitisme »¹⁵³¹. Or la marge est étroite entre l'information

1528 CA Paris, 5 juillet 1990, citée par Marie Laure IZORCHE « Concurrence déloyale et parasitisme », in Concurrence déloyale Permanence et devenir, Dalloz, 2001, n° 30, p.39.

C'est la même idée de profit à sens unique qui avait initialement conduit la chambre commerciale de la cour de Cassation à décider en 1982 que « le procédé de copie servile, dans le cas où il permet d'obtenir des prix inférieurs à ceux des produits copiés constitue un acte de concurrence déloyale » (Cass. Com, 18 Janvier 1982, <https://www.legifrance.gouv.fr>).

1529 CA Paris, 15 Janvier 1997, citée par Marie Laure IZORCHE, « Concurrence déloyale et parasitisme », op.cit, n° 31, p.39

1530 CA Paris, 17 Septembre 1999, citée par Marie Laure IZORCHE, « Concurrence déloyale et parasitisme », op.cit, n° 32, p 39

1531 Marie Laure IZORCHE, « Concurrence déloyale et parasitisme », op.cit, n° 32, p 40.

loyale et l'abus de l'argument tiré de la compatibilité surtout si le produit adaptable est moins cher que l'original, l'excès de référence à la compatibilité pouvant se transformer en usurpation de la notoriété d'autrui¹⁵³².

En effet, la recherche de la compatibilité étant admise et même valorisée par les textes et la jurisprudence, au nom de l'intérêt de l'acheteur, il n'est guère surprenant que les entreprises aient cherché à tirer parti de cet argument. Si l'hésitation est permise aux fins d'appréciation de l'abus d'exploitation de cet argument alors que la compatibilité est réelle. Elle ne l'est pas lorsque celle-ci est fictive. Un fabricant qui met en vente des produits qui sont en réalité incompatibles avec ceux du concurrent commet « de manière évidente » un acte de concurrence déloyale.

Ainsi, l'article 8.2 du règlement (CE) N° 6/2002 du conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires précise qu'« un dessin ou modèle communautaire ne confère pas de droits sur les caractéristiques de l'apparence d'un produit qui doivent nécessairement être reproduites dans leur forme et leurs dimensions exactes pour que le produit dans lequel est incorporé ou auquel est appliqué le dessin ou modèle puisse mécaniquement être raccordé à un autre produit, être placé à l'intérieur ou autour d'un autre produit, ou être mis en contact avec un autre produit, de manière que chaque produit puisse remplir sa fonction ».

De surcroît, les interfaces de logiciels qui permettent « l'interopérabilité » c'est à dire l'interconnexion des systèmes informatiques font l'objet d'un important développement dans la Directive 2009/24/CE du parlement européen et du conseil du 23 Avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs¹⁵³³. Ce texte précise d'abord dans son préambule que « la Communauté s'efforce de promouvoir la normalisation internationale » et qu'un « programme d'ordinateur est appelé à communiquer et à fonctionner avec d'autres

1532 Cass.com, 6 Avril 1999, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Attendu que, pour déclarer les sociétés Ritvik coupables de concurrence déloyale et les condamner au paiement de dommages et intérêts, l'arrêt énonce que par leurs formes et leurs dimensions les briques Ritvik sont des copies quasi-serviles des briques Lego mais qu'après ouverture de l'emballage "il apparaît immédiatement que la différence essentielle réside dans les nuances de couleurs et surtout dans la qualité des produits, l'élément Lego comparé au bloc des autres fabricants étant rigide et solide, si bien que les briques Ritvik et Byggis semblent être des imitations ou des sous-marques du produit Lego", les produits "imitants" étant au surplus nettement moins chers à l'achat pour le consommateur »

Voir aussi : CA Versailles, 14 Janvier 1999 : « Lorsqu'il résulte des éléments versés aux débats que des pièces vendues par une entreprise sont la copie servile ou quasi servile, ne s'en différenciant que par la couleur, des produits d'une autre, que cette identité n'a pas été imposée par des nécessité techniques, la circonstance que le concurrent se prévale, sur l'emballage de ses pièces, de leur compatibilité et de leur interchangeabilité avec celles de son concurrent, comme argument de vente, constitue, en l'occurrence, un comportement parasitaire fautif, dès lors que l'entreprise a utilisé la notoriété et les efforts techniques et commerciaux de son concurrent pour se mettre en état, par la pratique de prix moindres, d'accaparer sa clientèle »

1533 Elle abroge la Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 Mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

éléments d'un système informatique et, avec des utilisateurs »¹⁵³⁴. Au surplus, le paragraphe 15 de ce préambule dispose que « la reproduction, la traduction, l'adaptation ou la transformation non autorisée de la forme du code sous lequel une copie de programme d'ordinateur a été fournie constituent une atteinte aux droits exclusifs de l'auteur. Toutefois, dans certaines circonstances, une reproduction du code d'un programme d'ordinateur ou une traduction de sa forme peut s'avérer indispensable pour obtenir l'information nécessaire à l'interopérabilité d'un programme créé de façon indépendante avec d'autres programmes. Il faut donc envisager que, dans ces circonstances bien précises uniquement, l'accomplissement d'actes de reproduction et de traduction par ou au nom d'une personne ayant le droit d'utiliser une copie du programme est légitime et conforme aux bons usages, et ne doit donc pas requérir l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. L'un des objectifs de cette exception est de permettre l'interconnexion de tous les éléments d'un système informatique, y compris ceux de fabricants différents, afin qu'ils puissent fonctionner ensemble. Une telle exception aux droits exclusifs de l'auteur ne doit pas être appliquée de façon à causer un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire du droit ou à porter atteinte à une exploitation normale du programme ».

De même, le règlement (UE) n°1217/2010 de la commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement favorise la recherche de compatibilité à plusieurs reprises. Le paragraphe 12 du préambule de ce texte prévoit que de la même manière, dans le cas où l'accord de recherche et de développement ne prévoit pas d'exploitation en commun des résultats, les parties doivent convenir dans leur accord de s'accorder mutuellement l'accès à leur savoir-faire préexistant respectif, pour autant que ce savoir-faire soit indispensable à l'exploitation des résultats par les autres parties ». Au plus, l'article 5 a) de ce règlement précise que l'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords de recherche et de développement qui ont pour objet la restriction de la liberté des parties de poursuivre, indépendamment ou en coopération avec des tiers, des activités de recherche et de développement soit dans un domaine sans rapport avec le domaine visé par l'accord de recherche et de développement, soit, à l'issue des travaux conjoints ou

1534 Le paragraphe 10 du préambule de la directive précitée ajoute qu'« à cet effet, un lien logique et le cas échéant, physique d'interconnexion et d'interaction est nécessaire dans le but de permettre le plein fonctionnement de tous les éléments du logiciel et du matériel avec d'autres logiciels et matériels ainsi qu'avec les utilisateurs. Les parties du programme qui assurent cette interconnexion et cette interaction entre les éléments des logiciels et matériels sont communément appelées « interfaces ». Cette interconnexion et cette interaction fonctionnelles sont communément appelées « interopérabilité », cette interopérabilité peut être définie comme la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées.

rémunérés de recherche et de développement, dans le domaine visé par cet accord ou dans un domaine qui lui est lié ».

La compatibilité peut aller jusqu'à l'identité, le juge admettant la copie « même servile » dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 15 Janvier 1997¹⁵³⁵. En effet, dans cette décision, la question s'était posée de la définition de la compatibilité admissible à propos de deux systèmes de gouttières, composées chacun de pièces détachées : fallait-il n'admettre que la recherche de compatibilité à l'interface, c'est-à-dire au moyen de pièces de liaison, ou devait-on permettre la recherche par le fabricant de la possibilité de substituer chacune des pièces composant un ensemble à celles du concurrent ? Le juge a opté pour la substituabilité maximale qui permet au client toutes les combinaisons imaginables entre les deux systèmes. Elle se traduit sur le plan technique par une reproduction à l'identique de chaque élément. La cour de Cassation a récemment confirmé cette solution : la vente par une entreprise de pièces de rechange adaptables à des appareils vendus par une autre société qui ne peut se prévaloir d'aucun droit privatif est licite, alors que les pièces fournies réalisées sur la base de plans mis à la disposition par le client, étaient la réplique exacte de celle du concurrent.

La position de la jurisprudence majoritaire est considérée comme contestable selon Philippe LE TOURNEAU : elle permet indéniablement à des tiers de profiter de la renommée d'une entreprise et de placer dans son sillage, tout ce que la théorie du parasitisme entend empêcher. A cet égard, la théorie du parasitisme est battue en brèche en ce qu'elle condamne la mise en vente d'un produit de substitution pour une clientèle identique¹⁵³⁶. Philippe LE TOURNEAU souhaite une évolution sur cette question de sorte que les décisions de certains juges de fond adoptent une solution plus réaliste tenant compte des intérêts des entreprises, et cherchant à maintenir la loyauté de la concurrence. A ce propos, il n'est pas dénué d'intérêt de faire référence à un jugement rendu dans une affaire de compatibilité entre les produits d'une marque célèbre dans son domaine (autoculseurs) et ceux d'une marque mineure¹⁵³⁷. Celui-ci relève notamment que la ressemblance frappante des autoculseurs et l'interchangeabilité des pièces de la défenderesse apparaissent comme une véritable politique consistant à paralyser l'effort commercial de la demanderesse¹⁵³⁸. La confusion ainsi créée dans l'esprit de la clientèle

1535 CA Paris, 15 Janvier 1997, citée par Marie Laure IZORCHE, « Concurrence déloyale et parasitisme », op.cit, n° 31, p.39

1536 Cass.com, 27 Mars 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1537 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7120, p 1585 qui cite la décision du tribunal de commerce de Bobigny en date du 27 Mai 1998.

1538 Ibid. 1538 Cass.com, 27 Mars 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1538 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7120, p 1585 qui cite la décision du tribunal de commerce de Bobigny en date du 27 Mai 1998.

et l'utilisation de pratiques parasitaires tendent à la captation des fruits de l'effort d'autrui. Il en découle que la concurrence exercée par la défenderesse à l'encontre de la demanderesse au moyen des autocuiseurs ayant cumulativement des formes identiques et des pièces interchangeables est une concurrence déloyale. Malencontreusement, ce jugement été infirmé par la cour d'appel de Paris¹⁵³⁹ qui a considéré qu'aucune confusion n'est possible de la part de la clientèle en raison des différences entre les produits. Par ailleurs, certains arrêts de la cour de cassation laissent entendre l'existence d'une faute dans ce domaine¹⁵⁴⁰.

La réforme du régime des dessins et modèles par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 Juillet 2001 modifia partiellement la donne en la matière. Certes, l'article L 511-8, 2°, 1^{er} alinéa¹⁵⁴¹ autorise les modèles d'interconnexion, l'objectif étant de permettre la fabrication de pièces détachées, notamment dans le domaine automobile. Mais le second alinéa du même texte apporte une exception à propos des systèmes modulaires dont la figure emblématique est celle des jeux de construction¹⁵⁴². Ils peuvent bénéficier de la protection au titre des dessins et modèles, de sorte que leur reproduction par un tiers est illicite. La volonté de protéger la création et d'empêcher le parasitisme est apparente et efficace bien que la formule de la loi est si confuse qu'elle donnera lieu à des litiges quant à son interprétation et à son domaine précis¹⁵⁴³.

1538 Ibid.

1539 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7120, p 1585 qui cite l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 27 Avril 2001

1540 Cass.com, 27 Février 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « que constitue un acte de concurrence déloyale en tant qu'agissement parasitaire le fait d'utiliser un procédé de construction, des plans ou une technique et de les reproduire presque à l'identique ; que pour débouter les sociétés Celette de leur action en concurrence déloyale, la cour d'appel a énoncé qu'elles ne rapportaient pas la preuve qu'il existait une interchangeabilité "parfaite" entre les deux séries de tours ; Cass.com 29 janvier 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « que l'arrêt relève que la compatibilité ou l'adaptabilité des produits opposés alléguée par la société Serem n'est pas démontrée et ne constitue pas en soi une faute dans la mesure où lors de leur commercialisation, il n'est fait aucune référence susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit de l'acheteur moyen sur l'origine des produits respectifs ; que l'arrêt relève encore que le moyen présenté par la société Serem selon lequel en l'absence même de tout risque de confusion entre les produits, la société Mefran aurait eu à son encontre un comportement parasitaire n'est pas fondé dans la mesure où elle ne démontre pas que le modèle de table qu'elle commercialise bénéficie d'une réputation ou d'une notoriété telle que la société Mefran en mettant sur le marché un produit similaire aurait cherché à se placer dans son sillage » ; Cass.com, 4 Juin 2002 : <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « la plaquette publicitaire de la société Plettac relative à l'échafaudage Métrix ne contient aucune référence précise au matériel Layher, la cour d'appel qui retient, en l'état de ce seul fait allégué, que le caractère compatible des produits en cause ne présente pas un caractère fautif, a statué à bon droit ».

1541 Cet article édicte que n'est pas susceptible de protection « l'apparence d'un produit dont la forme et la dimension exactes doivent être nécessairement reproduites pour qu'il puisse être mécaniquement associé à un autre produit par une mise en contact, un raccordement, un placement à l'intérieur ou à l'extérieur dans des conditions permettant à chacun de ces produits de remplir sa fonction ».

1542 Le second alinéa de cet article précise que « toutefois, un dessin ou modèle qui a pour objet de permettre des assemblages ou connexions multiples à des produits qui sont interchangeables au sein d'un ensemble conçu de façon modulaire peut être protégé »

1543 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7120-1, p 1585.

3. L'utilisation d'un signe de ralliement de la clientèle appartenant à un tiers pour la mise sur le marché d'accessoires ou de pièces détachées.

Cette question de compatibilité des produits est voisine mais distincte, de celle de l'utilisation d'un signe de ralliement de la clientèle appartenant à un tiers pour la mise sur le marché d'accessoires¹⁵⁴⁴ ou de pièces détachées. A cet égard, l'article 713-6 alinéa 1 b) du CPI établit que l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine. Au plus, le second alinéa de cette disposition précise que : « Toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite ». L'intérêt de cette règle réside dans le fait d'empêcher le titulaire de la marque de bénéficier d'un monopole perpétuel de la fabrication et de vente de pièces détachées¹⁵⁴⁵. Le droit qu'elle accorde est néanmoins limité : aucun risque de confusion ne doit exister et l'utilisation de la marque ne doit pas laisser penser qu'il existe un lien de concurrence entre l'entreprise tierce et le titulaire du signe¹⁵⁴⁶.

4. Le rattachement indiscret par la publicité et par les marques ou produits d'appel

Un autre rattachement indiscret réside dans le fait de s'inspirer ou, à fortiori de plagier tout ou partie de la publicité d'un concurrent¹⁵⁴⁷. La pratique de la « marque d'appel » consiste à attirer les clients par une forte publicité sur un produit revêtu d'une marque connue, tout en ne disposant en stock que d'une quantité insuffisante pour satisfaire la clientèle, afin de vendre un autre produit à la marge plus intéressante. La cour de cassation a retenu une conception souple ou raisonnable de la notion de disponibilité du produit, favorable aux chaînes de distribution organisées avec une centrale d'achat. Mais elle a réduit le domaine de l'usage fautif de la marque d'appel : « la disponibilité de ces produits peut n'être pas immédiate lorsque l'offreur détient ces produits dans des lieux et conditions lui permettant de les remettre à l'acheteur dans des délais adéquats eu égard à leur nature »¹⁵⁴⁸.

1544 Il a été jugé que ne constituait pas un accessoire un élément qui ne s'ajoute pas à une chose principale, mais constitue l'essentiel d'un ensemble de sorte qu'il ne pourrait pas être utilisé seul (Cass.com, 5 Février 1991, <https://www.legifrance.gouv.fr/>). Un compatible n'est pas un accessoire ou une pièce détachée, en ce sens qu'il se suffit à lui-même.

1545 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7121, p 1585.

1546 CJCE, 23 Février 1999, <http://eur-lex.europa.eu/>

1547 CA Versailles 10 mars 1995, <https://www.doctrine.fr/> ;

1548 Cass.Com, 30 Janvier 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Toute offre publicitaire portant sur des produits de marque dont le distributeur ne dispose pas en quantité suffisante pour satisfaire la demande de la clientèle est illicite. La disponibilité de ces produits peut n'être pas immédiate lorsque l'offreur détient ces produits dans des lieux et conditions lui permettant de les remettre à l'acheteur dans des délais adéquats eu égard à leur nature. Dès

5. Le rattachement indiscret par la création subreptice de liens hypertextes

Une nouvelle forme de rattachement indiscret est née avec l'apparition de l'Internet et a été baptisée de graffitis virtuels par Philippe LE TOURNEAU¹⁵⁴⁹. Elle utilise le procédé des liens hypertextes, et consiste à polluer les données de transmission d'un site par des informations ou des abstracts qui n'apparaissent pas à l'écran, mais sont reconnus par divers moteurs de recherche. En conséquence, l'utilisateur qui lance une recherche dans une direction polluée, atterrit directement sur les pages secondaires sans passer par les pages d'accueil ou est orienté vers le site du professionnel malhonnête. Il convient de rappeler que la création de liens hypertextes profonds suppose une autorisation ; à défaut elle est condamnable au titre de la concurrence parasitaire¹⁵⁵⁰. En revanche, les liens hypertextes simples, donnant seulement accès à la page d'accueil du site ciblé, sont censés avoir été implicitement autorisés par tout concurrent du réseau internet¹⁵⁵¹.

Paragraphe 2 : L'usurpation d'un produit ou d'une technique

L'usurpation d'un produit est plus ou moins importante et commence en particulier par l'imitation du conditionnement ou de l'apparence¹⁵⁵². A cet égard, s'il peut y avoir une imitation créatrice et féconde, il existe une vaste gamme d'imitations illicites et parasitaires. Il en est ainsi lorsque « dans la réalisation d'un objet, l'auteur au lieu de donner libre cours à ses facultés créatrices les met en sommeil et conduit un processus d'élaboration asservi à l'imitation de

lors, ne justifie pas légalement sa décision la cour d'appel qui rejette l'action en concurrence déloyale fondée sur la pratique dite de marque d'appel sans rechercher si l'état des stocks de la société à l'origine de la pratique contestée dans l'ensemble de ses locaux était suffisant pour assurer une disponibilité à bref délai de tous les produits faisant l'objet de la publicité litigieuse dans chacun de ses magasins ».

1549 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7124, p 1586.

1550 TGI Paris, 5 Septembre 2001, <https://www.doctrine.fr/>: « Attendu que l'enregistrement par Annie R du nom de domaine « legrandlivredumois.com » pour l'accès à un site proposant des livres et autres articles culturels est source de confusion préjudiciable à la Société LE GRAND LIVRE DU MOIS qui exerce ses activités dans le même secteur et dont la dénomination sociale est ainsi usurpée ; Que l'usage fait de cette dénomination sociale relève d'une concurrence déloyale imputable à Annie R qui en doit réparation ».

1551 T.Com Nanterre, Ordonnance de référé du 8 Novembre 2000, <https://www.legalis.net/> : « attendu que, contrairement à ce que soutient la Sarl Stepstone France, la Sarl Ofir France ne propose pas aux « Internauts » des offres d'emploi provenant du site internet de la demanderesse mais des listes de postes à pourvoir comportant des « liens hypertextes » qui permettent à ces « Internauts » d'atteindre le site de la société Stepstone France afin d'y recueillir les informations complètes sur les offres d'emploi qui les intéressent ; Que seules sont utilisables par les demandeurs d'emplois les données du site « stepstone.fr », compte tenu des renseignements qu'elles contiennent ; Que la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement, surtout lorsqu'ils ne se font pas, comme en l'espèce, directement sur les pages individuelles du site référencé ; Que la société Ofir France ne porte atteinte à aucun droit de propriété intellectuelle, et n'exerce aucun acte de concurrence manifestement déloyale ou donnant une image négative du site sur lequel le lien est effectué, actes qui pourraient justifier les demandes de la société Stepstone France »

1552 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7125, p 1587.

l'œuvre d'autrui, cette démarche intellectuelle fournissant l'impulsion au travail créateur et lui servant de guide »¹⁵⁵³. Depuis, il s'en est suivi une jurisprudence très importante¹⁵⁵⁴.

Ainsi, il a été jugé que le parfum ajouté dans « un jus » et un emballage très proches de celui d'un concurrent traduit la « volonté délibérée de s'inscrire dans [son] sillage [...] et de s'approprier sa réputation et son travail »¹⁵⁵⁵. Par ailleurs, il a été considéré que la similitude des conditionnements et des publicités de produits dermatologiques, manifestait une « volonté délibérée de la société X de s'immiscer dans le sillage de la société Y afin de tirer profit sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »¹⁵⁵⁶.

En revanche, certains arrêts affirment que « le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif » dès lors qu'elle n'est pas couverte par un droit privatif et à défaut d'une volonté d'entretenir la confusion entre les produits¹⁵⁵⁷ ou de « l'existence d'une captation parasitaire »¹⁵⁵⁸.

La concurrence déloyale par imitation peut être constituée alors qu'il n'existe pas de risque de confusion¹⁵⁵⁹. Celle-ci s'apprécie par l'examen comparatif des produits¹⁵⁶⁰. De même, il importe peu que l'objet imité ne soit pas original, le parasitisme étant caractérisé par le fait de se placer « dans le sillage » d'un tiers¹⁵⁶¹.

1553 Notamment : CA Paris 18 Mai 1989 et sur pourvoi Cass.com, 6 Mai 1991, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1554 Cass.com, 4 Juillet 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : forme d'un fromage ; CA Paris, 1er Avril 1998, <https://www.doctrine.fr/> : reprise de l'apparence d'un modèle de bague appelé « ANNEAU CHAUMET » ; Cass.com 3 Juillet 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : conditionnement commercialisé par une société reprenant la combinaison de couleurs utilisée pour des rasoirs d'une marque donnée ; Cass.com 8 Juillet 2003 : copie de modèles de jeux de société ; TGI Paris, 9 Juillet 2004, <https://www.doctrine.fr/> : reprise des caractéristiques du jeu Monopoly (couleurs et inscriptions qui figurent sur le plateau de jeu) ; Reprise des éléments caractéristiques des conditionnements des produits du concurrent, entreprise leader dans son domaine ; Cass.com, 10 Mai 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : Reprise des caractéristiques d'une bouteille de bière à savoir une forme "long neck" et un aspect givré, sans que rien n'oblige à choisir ce conditionnement ; Cass.civ, 20 Mars 2007, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : réalisation et exploitation par une société d'une imitation servile d'un modèle après rupture des relations contractuelles ;

Contra : Cass.com, 15 Janvier, 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « l'arrêt relève la banalité de l'emballage de produits de salaison sous filet fût-il en plastique et de couleur rouge et du recours à un fonds rouge pour les étiquettes durant les fêtes de Noël, ainsi que l'absence d'originalité du filet rouge qui ne correspond à aucun effort de créativité ni à l'engagement de frais de mise au point ; que l'arrêt constate que les frais publicitaires engagés par la société Marion correspondent à d'importants frais promotionnels et non à des frais d'investissements et de lancement ; qu'ayant ainsi relevé l'absence d'efforts particuliers effectués par la société Marion pour la commercialisation d'un produit banal rendant sans objet sa demande fondée sur le parasitisme qui aurait résulté de l'appropriation de ceux-ci ou de la volonté de se placer dans son sillage, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

1555 CA Paris 15 Mars 2000, <https://www.doctrine.fr/>; Aussi : CA Paris, 17 Septembre 2004, https://www.doctrine.fr

1556 CA Paris, 21 Janvier 2004, Gaz.Pal.2005, 1.somm.571.

1557 Cass.com, 9 Juillet 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1558 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7125, p 1587.

1559 Cass.com, 30 Janvier 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1560 CA Versailles 8 Novembre 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : différences sensibles empêchant toute confusion dans l'esprit du public.

1561 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7125, p 1588.

L'usurpation fautive d'un produit peut aller jusqu'à la reproduction presque identique sans nécessité technique¹⁵⁶², voire à la copie servile¹⁵⁶³ alors que le produit copié est original¹⁵⁶⁴. Même si le produit n'est pas original et que le brevet qui le protégeait est « tombé » dans le domaine public, il y a concurrence déloyale lorsque la copie a été effectuée en utilisant frauduleusement les plans du tiers¹⁵⁶⁵.

Toutefois, l'apport d'une fonctionnalité propre au produit argué de copie est exclusif de parasitisme¹⁵⁶⁶.

Le bien copié peut être une œuvre littéraire ou artistique¹⁵⁶⁷ : une émission de télévision¹⁵⁶⁸, un logiciel¹⁵⁶⁹, une thèse¹⁵⁷⁰, un projet de jeu télévisé considéré comme une œuvre¹⁵⁷¹. Au surplus, la copie d'un produit tombé dans le domaine public – le brevet, le modèle ou la marque le couvrant étant nul ou expiré où les formalités n'ayant pas été effectuées – est même condamnable¹⁵⁷².

Cependant une condition supplémentaire est en principe exigée : soit une atteinte à l'image de marque du produit en cause¹⁵⁷³, soit qu'il existe un risque de confusion¹⁵⁷⁴. Toutefois un arrêt emblématique a même admis que la copie servile d'un objet qui n'est plus protégé serait en soi un acte de parasitisme en présence d'un modèle « légendaire et emblématique »¹⁵⁷⁵.

Quant à l'extraction d'une base de données, elle relève du parasitisme mais elle est spécialement visée par la loi n° 98-536 du 1^{er} Juillet 1998. En effet, l'article L 341-1 de ce texte¹⁵⁷⁶ prévoit que

1562 Sinon elle serait justifiée.

1563 Cass.com 25 Janvier 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; Cass.com 25 Janvier 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1564 Cass.com, 25 Novembre 1986, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; Cass.com, 13 Février 1990, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; CA Paris, 14 Février 2003, <https://www.doctrine.fr/> ; CA Paris, 22 Juin 2005, <https://www.doctrine.fr/>

1565 Cass.com 18 Juin 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007440457>.

1566 Cass.com 17 décembre 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1567 Cass.com, 7 Février 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1568 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7127, p 1588

1569 Ibid

1570 Ibid

1571 Ibid.

1572 Ibid.

1573 Cass.com, 22 Octobre 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1574 Cass.civ, 19 Octobre 2004, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1575 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7125, p 1588 qui cite un arrêt de la cour d'appel de Paris en date 14 Juin 2006.

1576 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 5494, p 1299 : L'article L.341-1 du Code de propriété intellectuelle introduit un nouveau droit dit généralement sui generis s'appliquant cumulativement avec le droit d'auteur portant sur le contenu de la base de données, au profit de son producteur lorsqu'il a effectué un investissement substantiel. Ce droit sui generis trouve son inspiration dans la théorie du parasitisme, néanmoins, il est sorti de la logique de celle-ci. En effet, la protection est accordée au producteur sans qu'il ait à prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité. Partant, elle relève de la nature des Droits de propriété incorporelle, un « Droit voisin » dont il constitue une remarquable illustration.

Rappr : LEMARCHAND (S), FRÉGET (O), SARDAN (O), 2005, Les biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence, http://www.irpi.fr/revuepi/article.asp?ART_N_ID=61, 13 p: Ces auteurs

le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection¹⁵⁷⁷ du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel. Cette disposition ajoute que cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs.

L'usurpation constitutive d'une concurrence parasitaire peut encore porter sur une technique au sens large, des études fondées sur un savoir-faire et une expérience technique¹⁵⁷⁸ ou des plans¹⁵⁷⁹. L'usurpateur se définit comme celui qui a « irrégulièrement capté le savoir-faire »¹⁵⁸⁰.

Plus généralement, l'intrus s'approprie « la prestation d'autrui »¹⁵⁸¹, les efforts créatifs et le travail d'un tiers¹⁵⁸². Ainsi en est-il de la reprise d'un fichier non protégeable par le droit d'auteur, car consistant en une simple compilation¹⁵⁸³, des données d'un site internet¹⁵⁸⁴, de la communication axée sur le « concept de distribution » d'un tiers¹⁵⁸⁵, des éléments de l'organisation de fins de semaines festives¹⁵⁸⁶, des plans d'un architecte sans accord¹⁵⁸⁷, d'informations financières¹⁵⁸⁸ ou de l'appropriation de plans et dessins d'un tiers¹⁵⁸⁹.

considèrent qu'il s'agit d'un régime d'exception dérivé du parasitisme économique prospérant au sein de la propriété littéraire et artistique

1577 En effet, l'article L.342-1 du Code de propriété intellectuelle dispose que :

« Le producteur de bases de données a le droit d'interdire :

1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ;

2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme.

Ces droits peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence.

Le prêt public n'est pas un acte d'extraction ou de réutilisation »

Par ailleurs, l'article L.342-2 du Code de propriété intellectuelle précise que « le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données ».

1578 Cass.com 3 Octobre 1978, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; Cass.com, 13 Février 1990, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; Cass.com, 4 Octobre 1994, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1579 Cass.com, 3 Juin, 1986, <https://www.legifrance.gouv.fr/> .

1580 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7128, p 1589.

1581 Cass.com, 8 Juillet 2003, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1582 CA paris 18 Mai 1989, <https://www.doctrine.fr/>

1583 CA Versailles, 19 Juin 1997, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1584 CA Paris 5 Mars 2003, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ; TGI Paris 28 mai, 2009, <https://www.legalis.net/>

1585 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7128, p 1589.

1586 Ibid.

1587 Cass.civ 5 Juillet 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1588 Cass.civ, 22 Octobre 2009, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1589 LE TOURNEAU (P), op.cit. , n° 7128, p 1589.

Au surplus, l'entreprise utilisant à fins commerciales « le travail d'analyse, des algorithmes et des codes sources » d'un programme écrit par autrui, même s'il a procédé à une réécriture complète de son propre logiciel est constitutif d'une concurrence parasitaire, en ce qu'il a permis de réaliser une économie de développement¹⁵⁹⁰. Le concurrent s'est donc approprié le travail d'analyse et de conception informatique d'autrui, sans en payer le prix.

D'une manière plus générale, l'utilisation du savoir-faire d'autrui après l'avoir acquis par fraude, est constitutif du délit de concurrence déloyale ou parasitaire¹⁵⁹¹. Il en ainsi d'un concurrent qui s'était approprié, par le biais de manœuvres frauduleuses, le savoir-faire résultant de études préparatoires au lancement d'un logiciel¹⁵⁹², ce qui leur avait permis de réaliser un temps substantiel (18 mois) pour la mise au point de son propre logiciel¹⁵⁹³.

En conclusion, le parasitisme met en relief la diversification des agissements sanctionnés par une action en concurrence déloyale ou assimilable à l'action en concurrence déloyale. Lorsque le parasite et le parasité sont en situation de concurrence, il y a concurrence parasitaire et celle-ci est englobée dans la concurrence déloyale. En revanche, en l'absence de rapport de concurrence, on parle généralement d'« agissements parasites » et la jurisprudence affirme qu'il s'agit d'une action qui, ressemble comme une sœur jumelle, à l'action en concurrence déloyale¹⁵⁹⁴. Il en résulte qu'il est plus simple de considérer que les agissements parasites sont devenus des actes de concurrence déloyale¹⁵⁹⁵.

Le droit marocain n'a pas été insensible à cette évolution de la jurisprudence française. Il admet implicitement la notion de concurrence parasitaire et applique l'article 84 du DOC sur la concurrence déloyale aux faits parasites en l'absence de lien de concurrence. Ainsi, il consacre clairement le parasitisme comme application de la concurrence déloyale.

Toutefois, cette mouvance a suscité des réticences dont la célèbre controverse entre les professeurs Jérôme PASSA et Philippe LE TOURNEAU au sujet de la légitimité de l'action en

1590 Civ, 1ère ch, 13 Décembre 2005, <http://www.ledieu-avocats.fr/>, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 9 Octobre 2003. Le troisième attendu de cet arrêt précise que : « le grief de parasitisme n'avait été formulé qu'à l'encontre de la société canadienne Softimage Inc, la cour d'appel a relevé que le logiciel litigieux avait été conçu et mis au point par cette dernière en utilisant le travail de recherche de M. X... et de Mme Y..., et que ce détournement de savoir-faire, rendu possible en raison des relations contractuelles qu'elle avait dénoncées, lui avait permis de réaliser des économies importantes au détriment des susnommés ; que par ces constatations et énonciations caractérisant un comportement parasitaire fautif imputable à la seule société canadienne, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

1591 Com.1er Juillet 2003, Juridata n° 019887

1592 En l'espèce, il s'agit de données du domaine public retravaillées pour leur donner un rendement meilleur à l'occasion de la commande d'un client particulier.

1593 CA Paris, 10 Novembre 1994, Juridata n° 24653.

1594 VINEY (G), « Rapport de synthèse », La concurrence déloyale, permanence et devenir sous la direction d'Yves SERRA, 2001, Dalloz Sirey, Paris, p 129.

1595 Ibid.

concurrence déloyale pour sanctionner les agissements parasitaires. D'après le professeur Jérôme PASSA, cette jurisprudence conduirait à une « reconnaissance inavouée des droits privatifs » sur des créations auxquelles la loi n'apporte pas la protection intellectuelle »¹⁵⁹⁶. Elle constituerait donc une menace pour l'équilibre des Droits de propriété intellectuelle en réduisant l'intérêt de la protection assurée par les droits privatifs au moyen notamment de l'action en contrefaçon . En outre, elle menacerait également les libertés de la concurrence et de la création en mettant obstacle à la libre circulation des idées.

Ces critiques ont été réfutées par Philippe Le Tourneau qui a fait valoir que la protection assurée par la mise en jeu d'une action en responsabilité n'a rien à voir avec celle qui résulte de la reconnaissance d'un droit privatif¹⁵⁹⁷. En exigeant la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité, la jurisprudence limite en effet substantiellement cette protection. Cette responsabilité pour agissements parasitaires ne fait donc qu'ajouter une nouvelle limite à la liberté du commerce et de l'industrie qui n'est pas absolue. Elle comble une lacune de liste antérieure des actes de concurrence déloyale en permettant de sanctionner un type de comportements qui peut être gravement préjudiciable. Marie Laure IZORCHE donne nettement raison dans ce débat, à Philipe LE TOURNEAU en estimant que la sanction du parasitisme n'est pas assimilable à la protection d'un droit privatif et n'intervient qu'à posteriori et seulement au plan civil alors que le droit privatif est protégé à priori et que cette protection est pénalement sanctionnée¹⁵⁹⁸. Elle ajoute que « la nécessité de protéger les personnes dont les intérêts légitimes ont été atteints par la faute d'un tiers mérite d'être mis en balance avec la nécessité de protéger la cohérence des droits de propriété intellectuelle ». Elle approuve donc dans son principe, l'application de l'action en concurrence déloyale aux agissements parasitaires.

1596 Ibid.

1597 Ibid.

1598 IZORCHE (M-L), «Concurrence déloyale et parasitisme», La concurrence déloyale, permanence et devenir sous la direction d'Yves SERRA,2001, Dalloz Sirey, Paris, p 27.

Chapitre 2 : Le dénigrement

Le dénigrement est visé au second alinéa 2) de l'article 184 de la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée¹⁵⁹⁹. En effet, cette disposition prévoit de façon non limitative des actes de concurrence déloyale en citant un agissement type du dénigrement. Il s'agit des allégations fausses dans l'exercice du commerce de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent. Au plus, l'alinéa 2 3) de l'article 184 de la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée précise que : 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. Comme le dénigrement, cet agissement se matérialise par des allégations et provoque la confusion dans l'esprit du public. Toutefois, la confusion visée à l'alinéa 2 3) de l'article 184 l'article 184 de la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée ne s'accompagne pas nécessairement du discrédit des marchandises du concurrent.

En effet, certaines pratiques commerciales ne sauraient au sens strict être considérées comme constitutives d'un dénigrement envers les entreprises concurrentes de leur auteur. Mais elles s'en rapprochent à plusieurs égards et sont très généralement considérées comme déloyales envers leur victime. Il est fréquent qu'une entreprise cherche à faire croire à la clientèle potentielle que ses produits présentent une certaine caractéristique attractive alors que tel n'est pas réellement le cas. Ce comportement est non seulement fautif envers les consommateurs puisqu'il constitue une publicité trompeuse mais il est également considéré par les concurrents de son auteur comme un acte de concurrence déloyale. Il en est ainsi dès lors qu'il vise par ce mensonge à permettre à son auteur de réaliser des ventes qui n'auraient vraisemblablement pas eu lieu, au moins en partie, en l'absence de cette mention trompeuse.

1599 L'article 184 de la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle telle que modifiée et complétée dispose que :

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

Sont notamment interdits :

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

A fortiori, le législateur cite comme exemple type du dénigrement les affirmations fausses. Cela tient au fait que la divulgation d'informations erronées ou inexactes à propos d'un concurrent constitue la voie royale du dénigrement¹⁶⁰⁰. A ce propos, la publicité mensongère est interdite selon la définition de l'article 2 paragraphe 3 c) de la loi n°77-03 relative à la communication audiovisuelle telle qu'elle a été modifiée et complétée¹⁶⁰¹. Au surplus, l'article 68 alinéa 1 de ce texte précise qu'« est interdite toute publicité audiovisuelle mensongère ou trompeuse comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ». Ce fut le cas d'un spot publicitaire faisant la promotion du circuit commercial «EMO» diffusé sur 2M, CASA FM et MEDI 1 interdit en raison de son caractère trompeur¹⁶⁰². Celui-ci visait la promotion du service dit « circuit commercial EMO » dans les termes suivants : « Pourquoi réfléchir ? Tu as besoin d'argent ? Ça te dirait la somme de 5 millions ? Elle est disponible, il te suffit de participer au circuit commercial « EMO » qui te fera gagner 4 millions 920 milles centimes d'une façon toute nouvelle, légale, un gain halal et garanti. Appelles dès maintenant le numéro économique 08200 151. En effet, cette instance a considéré que l'absence de certaines informations est de nature à induire en erreur les consommateurs, d'autant plus que le message ne précise pas la nature exacte du service promu, qu'il le désigne sous l'appellation de « circuit commercial EMO ». Plus précisément, ledit spot publicitaire de "gain garanti" devrait s'appuyer sur un engagement réel et objectivement vérifiable et être assorti de l'indication de sa nature et de son étendue, tout au moins dans leurs éléments essentiels. Au surplus, le spot ne donne aucune information précise sur la nature et l'étendue du "gain garanti", qui constitue un élément essentiel et déterminant dans le message de promotion du service dit « circuit commercial EMO ». D'autre part, l'utilisation de l'expression « elle est disponible », suivie de l'affirmation « il te suffit de participer au circuit commercial EMO qui te fera gagner 4 millions 920 milles centimes » et que « le gain est...garanti », laisse objectivement entendre au public que la somme en question est exigible dès la participation audit circuit.

1600 LECOURT (A), 2009, La concurrence déloyale, op.cit, p 44

1601 La loi n°77-03 relative à la communication audiovisuelle a été promulguée par le Dahir n° 1-04-257 du 7 Janvier 2005. Elle a été complétée par la loi n° 83-13 promulgué par le dahir n° 1-15-120 du 4 Août 2015. L'article 2 paragraphe 3 c) de ce texte précise qualifie de publicité interdite celle comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur les consommateurs;

1602 Décision du Conseil supérieur de la communication audiovisuelle n°56-06 Du 04 kaada 1427 (29/11/ 2006) relative au spot publicitaire faisant la promotion du circuit commercial «EMO» diffusé sur 2M, CASA FM et MEDI 1, <http://www.haca.ma/>

Cette disposition est complétée par la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur¹⁶⁰³ qui interdit la publicité mensongère en vertu de l'article 21¹⁶⁰⁴, sans préjudice des articles 2 et 67 de la loi n°77-03 précitée¹⁶⁰⁵. Cette disposition prévoit qu'« est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ». Au plus, est également interdite toute publicité de nature à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, lorsque cela porte sur un ou plusieurs des éléments ci-après: existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, date de péremption, prix ou tarif et conditions de vente des biens, produits ou services objets de la publicité, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires.

La lutte contre la publicité mensongère a toujours été une préoccupation pour le législateur marocain. En effet, les articles 5 et 10 de la loi n° 13-83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises¹⁶⁰⁶ établissait l'incrimination de la publicité mensongère, mais sans mentionner

1603 Voir les articles 21 et 174 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur promulguée par le Dahir n° 1-11-03 du 18 Février 2011.

1604 La violation de cette disposition est sanctionnée pénalement conformément à l'article 174 de la loi n°31-08. Celui-ci précise à l'alinéa 1 que « les infractions aux dispositions des articles 21 et 22 sont punies d'une amende de 50.000 à 250.000 dirhams ».

1605 Le législateur renvoie précisément aux définitions de la publicité au sens général et de la publicité interdite à l'article 2 de la loi n°77-03 relative à la communication audiovisuelle telle qu'elle a été complétée.

Au plus, l'article 67 de cette loi précise que : «Sont interdits les messages publicitaires contenant, explicitement ou implicitement, que ce soit par les images ou les propos, des scènes de violence ou contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public, des éléments pouvant encourager les abus, imprudences ou négligences ou pouvant choquer les convictions religieuses ou politiques du public ou des éléments exploitant l'inexpérience et la crédulité des enfants et des adolescents ».

Il s'agit certainement d'une erreur matérielle de la part du législateur car c'est l'article 68 qui interdit la publicité mensongère. Il prévoit : « Est interdite toute publicité audiovisuelle mensongère ou trompeuse comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur. La détermination du caractère prohibé est faite conformément à la législation et à la réglementation en vigueur ».

1606 La loi relative à la répression des fraudes sur les marchandises a été promulguée par le dahir n° 1-83- 108 du 5 octobre 1984.

L'article 5 de cette loi mentionnait que

« Sont punis des peines édictées à l'article premier :

1° Ceux qui falsifient des aliments servant à la consommation de l'homme ou des animaux, des substances médicamenteuses des boissons et des produits agricoles ou naturels destinés à être vendus ou distribués ;

2° Ceux qui importent ou tentent d'importer, fabriquent, exposent, mettent en vente, vendent ou distribuent des aliments servant à la consommation de l'homme ou des animaux, des boissons et des produits agricoles ou naturels qu'ils savent être falsifiés, avariés, ou toxiques ;

3° Ceux qui importent, fabriquent, détiennent en vue de la vente ou de la distribution tous aliments et boissons destinés à la consommation humaine ou animale qui ont été additionnés pour quelque motif que ce soit, notamment pour leur conservation, coloration, aromatisation ou édulcoration, de substances chimiques, biologiques ou de toute autre nature ou soumis à des radiations susceptibles d'apporter une modification de leur nature ou de leurs propriétés, autres que celles dont l'emploi est autorisé ;

explicitement cette formulation. L'article 10 de la loi n° 13-83 a été abrogée par la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur¹⁶⁰⁷. Par la suite, l'article 68 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence¹⁶⁰⁸, fidèle à la terminologie de l'article 47¹⁶⁰⁹ sanctionnait la diffusion par quelque moyen que ce soit, d'informations mensongères ou calomnieuses, opérant ou tentant d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix de biens ou de services ou d'effets public ou privés¹⁶¹⁰. La notion d'information évoque la publicité, mais

4°Ceux qui importent ou tentent d'importer, fabriquent, exposent, mettent en vente, vendent ou distribuent des substances médicamenteuses falsifiées, avariées ou périmées ;

5°Ceux qui importent ou tentent d'importer, fabriquent, exposent, mettent en vente, vendent ou distribuent des produits qu'ils savent être destinés à la falsification des aliments servant à la consommation de l'homme ou des animaux, des boissons, des produits agricoles ou naturels et des substances médicamenteuses ;

6° Ceux qui placent tous aliments et boissons au contact de matériaux composés de matières autres que celles dont l'emploi est autorisé.

Sont punis des peines édictées à l'article 10 ci-dessous ceux qui ont provoqué par le moyen de brochures, circulaires, prospectus, affiches, annonces, instructions quelconques ainsi que par tout autre moyen publicitaire oral, visuel ou audio-visuel, l'emploi des produits et substances énumérés au présent article.

En sus, l'article 10 de cette loi disposait :

« Est interdite toute publicité comportant allégation, indication ou présentation fausse ou propre à induire en erreur, sous quelque forme que ce soit, sur l'un ou l'autre des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualité, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix, conditions de vente des biens ou services, conditions ou résultats de leur utilisation, motifs et procédés de la vente, livraison ou prestation, portée des engagements, identité, qualité ou aptitude des fabricants, revendeurs, promoteurs, annonceurs et prestataires.

La cessation de la publicité litigieuse peut être ordonnée d'urgence, nonobstant toutes voies de recours, sur les réquisitions du procureur du Roi par le tribunal saisi des poursuites. Mainlevée peut être demandée à la juridiction qui a prononcé l'interdiction. Le refus de mainlevée est susceptible des voies normales de recours. En cas de non-lieu ou de relaxe, l'interdiction cesse.

En cas de condamnation, le tribunal peut ordonner des publications rectificatives dans les mêmes formes et lieux dans lesquels a été effectuée la publicité mensongère, aux frais du condamné.

L'annonceur pour le compte duquel la publicité est diffusée est responsable, à titre principal, de l'infraction commise. Si le contrevenant est une personne morale, la responsabilité incombe à ses dirigeants.

Le délit est constitué dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue au Maroc.

Les infractions aux dispositions du présent article sont punies d'une amende de 200 à 7 200 dirhams ».

1607 L'article 196 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur énonce que :

« A compter de la date de la publication de la présente loi au « Bulletin officiel », sont abrogées les dispositions de l'article 10 de la loi n°13-83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises et les dispositions des articles 49 et 50 de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence.

Toutefois, demeurent en vigueur les dispositions réglementaires prises pour l'application de l'article 50 précité jusqu'à leur abrogation »

1608 Loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence a été promulguée par la Dahir n° 1-00-225 du 5 Juin 2000. Elle a été abrogée par l'article 110 de la loi n° 1-14-116 du 30 Juin 2014 portant promulgation de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

1609 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), 2004, Concurrence, Droits et Obligations des entreprises au Maroc, Eddif, Casablanca, p 49.

En effet, l'article 47 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence prévoit que :

« Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix et les conditions particulières de la vente ou de la réalisation de la prestation.

Les modalités d'information du consommateur sont fixées par voie réglementaire ».

1610 L'article 68 de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence prévoit que :

« Sera puni d'un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans et d'une amende de 10.000 à 500.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement le fait, en diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses, en jetant sur le marché des offres destinées à troubler les cours ou des suroffres faites

peut se limiter à un rapport plus étroit entre une entreprise et un client déterminé, à l'occasion d'une opération déterminée dans laquelle le consentement du client est faussé par le caractère mensonger du prix¹⁶¹¹. La publicité peut porter sur tout aspect et pas seulement sur le prix. Toutefois l'article 68 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence ne concernait pas toutes les applications pratiques de la publicité trompeuse. L'infraction n'existe que si le but de provoquer artificiellement la hausse ou la baisse des prix, ce qui sous-tend l'acte de publication. Au plus, le texte circonscrit les éléments de l'infraction dans des faits accomplis intentionnellement de nature à modifier la formation normale des prix. En effet, les manifestations de la publicité trompeuse qui ne correspondaient pas aux comportements incriminés par la loi n° 13-83 et n° 06-99 ne pouvaient être sanctionnés que par l'action en concurrence déloyale. Il est à noter que l'article 68 de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence a été repris tel quel par la loi n° 1-14-116 du 30 Juin 2014 portant promulgation de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence (article 76).

Par ailleurs, le dénigrement est visé par l'article 2 paragraphe 3 f) de la loi n°77-03 relative à la communication audiovisuelle telle que modifiée et complétée. Cette disposition définit les formes de publicité interdite¹⁶¹² parmi lesquelles figure « celle comportant le dénigrement d'une

aux prix demandés par les vendeurs, ou en utilisant tout autre moyen frauduleux, d'opérer ou de tenter d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix de biens ou de services ou d'effets publics ou privés ».

1611 DRISSI MACHICHI ALAMI (M), op.cit, p 49

1612 L'article 2 3) de cette loi précise que :

3. Une publicité interdite :

a - la publicité contenant des éléments de discrimination en raison de la race, du sexe, de la nationalité ou de la religion, des scènes dégradantes pour la dignité de la personne humaine ou qui portent atteinte à ses droits, ou des scènes de violence, des incitations à des comportements préjudiciables à la santé, à la sécurité des personnes et des biens ou à la protection de l'environnement ;

b - la publicité de nature politique ;

c - celle comportant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur les consommateurs ;

d - celle de nature à porter préjudice moral ou physique aux mineurs et ayant, notamment, pour objet d'inciter directement les mineurs à l'achat d'un produit ou d'un service en exploitant leur inexpérience ou leur crédulité ou d'inciter directement les mineurs à persuader leurs parents ou des tiers d'acheter les produits ou les services concernés ;

- d'exploiter ou altérer la confiance particulière des mineurs à l'égard de leurs parents, enseignants et des personnes ayant une autorité légitime sur eux ;

- présenter, sans motif légitime, des mineurs en situation dangereuse.

e - celle comportant, sous quelque forme que ce soit, des indications de nature à induire les citoyens en erreur ou à violer leur droit à la confidentialité des informations relatives à l'état de leur santé, ou comportant des indications mensongères sur la santé ou incitant à la pratique illégale de médecine ou de charlatanisme ;

f - celle comportant le dénigrement d'une entreprise, d'une organisation, d'une activité industrielle, commerciale, agricole ou de services ou d'un produit ou d'un service, que ce soit en tentant de lui attirer le mépris ou le ridicule public ou par tout autre moyen.

g - celle portant atteinte à la femme ou comprenant « un message de nature à diffuser des stéréotypes négatifs ou une image d'infériorité ou à inciter à une discrimination à l'égard de la femme en raison de son sexe ;

entreprise, d'une organisation, d'une activité industrielle, commerciale, agricole ou de services ou d'un produit ou d'un service, que ce soit en tentant de lui attirer le mépris ou le ridicule public ou par tout autre moyen ».

La publicité se définit comme l'adresse à un destinataire ciblé d'un message de quelque forme et nature que ce soit ayant pour but de valoriser la personne ou l'entreprise pour le compte de laquelle cette communication est réalisée¹⁶¹³. Elle est nécessaire pour l'opérateur qui veut promouvoir ses produits ou services¹⁶¹⁴. Les entreprises sont alors tentées de faire référence aux produits et services concurrents pour mettre en lumière les qualités et les avantages de ses propres produits et services. Il s'agit donc de prendre un avantage dans la compétition économique en attribuant à ceux-ci des vertus supérieures à ceux des concurrents soit pour substituer son offre à celle de son concurrent, soit pour ruiner la réputation d'un opérateur. C'est la raison pour laquelle l'article 65 de la loi alinéa 2 de la loi n°77-03 telle que modifiée et complétée régit la publicité comparative. Il précise que : « Lorsque la publicité contient une comparaison, celle-ci ne doit pas être de nature à induire en erreur les consommateurs et doit respecter les principes de la concurrence loyale. Les éléments de comparaison doivent s'appuyer sur des faits objectivement vérifiables et choisis loyalement ». La loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur a repris cette définition et renforcé le régime juridique de la publicité comparative¹⁶¹⁵. En effet, ce texte constitue un cadre complémentaire du système juridique en matière de protection du consommateur, à travers lequel sont renforcés ses droits fondamentaux notamment le droit à l'information et le droit à la protection de ses droits économiques.

h - Les messages publicitaires portant atteinte aux personnes en raison de leur origine, de leur sexe, ou de leur appartenance ou non à un groupe ethnique, à une nation ou à une religion, notamment en les associant à des images, des sons ou des scènes susceptibles de leur attirer le mépris du public

i- Les spots publicitaires qui mettent en danger la sécurité mentale, physique et morale du jeune public ;

j- La publicité comportant un message publicitaire en faveur de tout service ou produit préjudiciable à la santé des individus tels les armes à feu, les boissons alcoolisées, les cigarettes, de toutes sortes, les jeux de hasard et les paris, ou de tout autre produit dont la consommation est soumise à la prescription d'un professionnel spécialisé, comme les médicaments.

1613 L'article 2 paragraphe 1 de la loi n°77- 03 relative à la communication audiovisuelle telle que complétée définit la publicité comme « toute forme de message radiodiffusé ou télévisé, notamment par des images, des dessins ou formes, des discours écrits ou verbaux, diffusé contre rémunération ou autre contrepartie, destinée à informer le public ou à attirer son attention en vue, soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou agricole ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée ». Il précise en outre que cette « définition n'inclut pas les offres directes au public en vue de la vente, de l'achat ou de la location de produits ou en vue de la fourniture de services contre rémunération »

1614 Ibid.

1615 Articles 22, 172 et 174 de la loi n°31-08. Ces articles seront analysés dans le cadre des cas de dénigrement, en l'occurrence la publicité comparative : Voir infra p 345 et s.

Il en résulte que le dénigrement est l'action de décrier ouvertement un concurrent (identifié ou identifiable), ou un produit rival, de rabaisser sa renommée dans l'esprit de la clientèle, de le discréditer. Autrement dit, c'est une médisance publique (souvent publicitaire) qui, sauf la tolérance d'une critique modérée, constitue un acte de concurrence déloyale¹⁶¹⁶. Dans ce cadre, le législateur marocain a confié au conseil supérieur de la communication audiovisuelle la « veille au respect, par les organismes de communication, de la législation et de la réglementation en vigueur en matière de publicité »¹⁶¹⁷. Diverses décisions du conseil supérieur de la communication audiovisuelle illustre la préoccupation du législateur relativement à la lutte contre la publicité déloyale. Celle-ci peut être mensongère ou comparative. Ces deux caractéristiques se retrouvent généralement et parfois même cumulativement dans les actes de dénigrement¹⁶¹⁸.

Le dénigrement nécessite la réunion de plusieurs éléments: une information malveillante, ou péjorative, une personne identifiable, un produit ou un service, une diffusion de l'information à la clientèle. L'étude de ces éléments permettra de mettre en relief les divers cas de dénigrement. Toutefois pour mieux appréhender le dénigrement, il convient de le distinguer de la critique et de la diffamation. Cette approche va de soi du fait que la définition même du dénigrement y invite en excluant l'hypothèse de la critique modérée.

1616 CORNU (G), op.cit, V. Dénigrement p 273. Le dénigrement est synonyme de la dépréciation au sens large, mais s'en distingue au sens strict. Stricto sensu, la dépréciation vise la diminution de la valeur d'échange d'une chose par suite de sa dégradation intrinsèque (usure, défaut d'entretien) ou sous l'effet de causes économiques (surproduction, concurrence, effondrement des cours...). Lato sensu, la dépréciation s'entend de l'action de sous-estimer une chose, d'en ravalier les mérites.

Adde : RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 737, p 602 : « La dénigrement consiste à jeter le discrédit sur une personne ou un produit » ; TOPPORKOFF (M), op.cit, p.107 : La définition la plus habituelle du dénigrement consiste à le décrire comme « le fait de jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent ».

Les définition qu'en donnent les décisions de justice recoupent celles-ci : CA Versailles 9 Septembre 1999, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Le dénigrement consiste à porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle, en usant de propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis de manière à toucher les clients de l'entreprise concurrente ou non ».

1617 En effet, l'article 3 paragraphe 15 du dahir n° 1-02-212 du 31 Août 2002 portant création de la Haute autorité de la communication audiovisuelle telle que modifiée et complétée (par le Dahir n° 1-02-212 du 31 Août 2002, n° 1-03-302 du 11 Novembre 2003 et n° 1-08-73 du 20 Octobre 2008) prévoit que :

« le conseil supérieur de la communication audiovisuelle veille au respect, par les organismes de communication, de la législation et de la réglementation en vigueur en matière de publicité. A cet effet, le conseil exerce un contrôle, par tous les moyens appropriés, sur les modalités de programmation des émissions publicitaires diffusées par les organismes relevant du secteur public de la communication ou bénéficiaires d'un titre quelconque d'exploitation dans le cadre de ce secteur ».

1618 Le lien entre ces types de publicité et le dénigrement sera analysé dans les développements suivants.

Section 1 : Dénigrement et notions voisins

Paragraphe 1 : La critique

Le dénigrement se distingue de la critique qui désigne l'examen d'une chose en vue d'en apprécier la valeur. Il s'agit de la recherche et de la mise à l'épreuve des mérites de ce qui est à considérer : règle, opinion, décision, œuvre, constatation. Elles procèdent de la révocation en doute et de la remise en question de l'impression qui en émane. Elles tendent à formuler à son sujet un jugement de valeur (la valeur de la critique étant, elle-même fonction de son acuité, sa probité, son objectivité, son impartialité et de son caractère plus ou moins approfondi et scientifique)¹⁶¹⁹.

En effet, il existe un droit à la libre critique telle qu'elle a été définie. Mais, ce droit doit s'exercer dans certaines limites sous peine d'être qualifié de dénigrement. Ainsi l'expression acceptable du droit de libre critique dépend du caractère objectif, neutre et motivé des propos tenus¹⁶²⁰. A titre d'exemple, une lettre contenant des critiques sur un fabricant peut parfaitement être diffusée au sein du réseau de revendeurs d'une société, dès lors qu'elle est confidentielle et qu'elle n'est ni dénigrante, ni destinée à détourner la clientèle¹⁶²¹. En revanche, les vives critiques contenues dans la bibliographie d'un ouvrage portant sur les publications d'un éditeur concurrent constituent un dénigrement, dès lors qu'elles visent à dissuader le lecteur de s'adresser au concurrent¹⁶²². La critique ne doit alors pas être abusive ou excessive, ce qui pose la question de la critique humoristique ou caricaturale¹⁶²³. Dans la célèbre affaire opposant les « Guignols » de Canal Plus à un constructeur automobile français, les juges ont précisé les limites de ce mode d'expression. La cour d'appel de Paris avait rejeté l'action en concurrence déloyale formée par le constructeur qui estimait que l'émission de télévision les « Guignols de l'info » jetait le discrédit sur sa marque. En effet, « la caricature aspect de la liberté d'expression, n'est prise au

1619 CORNU (G), op.cit, V. Critique 1 p 241.

1620 CA Paris, 12 févr. 1999, Juris-Data n°101118 : Ainsi, une critique pourra-t-elle être considérée comme licite si elle s'avère mesurée sur le fond et la forme ; CA Versailles 9 Septembre 1999, <https://www.legifrance.gouv.fr/>: « Que ces critiques virulentes ont été démenties par le rapport de Monsieur Y..., expert, qui a souligné le caractère exagéré de celles formulées sur les variations dimensionnelles jugées par lui nullement rédhitoires, ni insurmontables et d'ailleurs réglées par l'afficheur ainsi que par le CTP qui constitue un laboratoire internationalement reconnu et totalement indépendant créé par arrêté ministériel en application de la loi du 22 juillet 1948 dont la compétence a été agréée au titre du contrôle de la qualité du papier » ; TGI Paris, 3 Septembre 2004, <https://www.doctrine.fr/> : la société Reckitt & Colman avait fait diffuser une publicité pour des produits dépilatoires présentés comme des « rasoirs sans lame » et faisant état de certaines supériorités par rapport au rasoirs classiques. La société Gillette engagea une action au titre de la publicité trompeuse et du dénigrement. Mais cette action a été rejetée, notamment au motif que cette publicité « ne dépassait pas les limites d'une critique objective ».

1621 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 737, p 602.

1622 Ibid.

1623 Ibid.

sérieux par personne du fait de l'excès même de son contenu volontairement irrévérencieux ». Dès lors, l'image ou la personnalité peuvent être altérées par la caricature, lorsqu'elle ne dépasse pas les limites du genre. Cette décision a été cassée par la deuxième chambre civile de la cour de cassation au motif que le caractère outrancier, provocateur et renouvelé des propos de l'émission de télévision étaient fautifs¹⁶²⁴, mais la cour de renvoi avait refusé de s'incliner¹⁶²⁵. Fort heureusement, la Cour d'appel de Reims, statuant comme Cour de renvoi a, dans un arrêt du 9 février 1999 refusé de s'incliner.

Elle a considéré qu'il convenait de dissocier la personne du dirigeant de l'entreprise - « l'objet de la caricature est non la société automobile dont il est le PDG, mais la personne même de M. Calvet, le but des sketches étant de provoquer l'hilarité des téléspectateurs à l'occasion des prises de positions de M. Calvet qui, en sa position de PDG des sociétés automobiles, a pris des positions très tranchées et très médiatisées tant dans le domaine politique (Europe, Maastricht), qu'économique (concurrence japonaise) ou écologique (diesel) ». Elle a ensuite relevé qu'aucune situation de concurrence n'était établie entre Canal Plus et les sociétés automobiles et que les téléspectateurs ne pouvaient être abusés par les propos tenus, pour en conclure « qu'il n'existe aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre caricaturale et satirique créée par les "Guignols de l'info", œuvre protégée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde

1624 Cass.civ, 2 Avril 1997, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Automobiles Citroën, estimant que les propos prêtés à M. Jacques X..., président-directeur général de la société PSA dont elle est une filiale, et les situations dans lesquelles il est présenté dans l'émission Les Guignols de l'info, diffusée par la société Canal Plus, dévalorisent les produits de sa marque et lui causent un préjudice, a assigné cette dernière société en réparation ;

Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt énonce que l'émission Les Guignols de l'info, qui revêt un caractère de pure fantaisie, est privée de toute signification réelle et de toute portée, qu'elle n'est inspirée par aucune intention de nuire et qu'elle n'a pu jeter le discrédit sur la marque ou l'un des signes distinctifs dont la société Automobiles Citroën est titulaire ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir relevé le caractère outrancier, provocateur et renouvelé des propos tenus s'appliquant à la production de la société Automobiles Citroën, d'où résultait l'existence d'une faute, et alors que l'application de l'article 1382 du Code civil n'exige pas l'existence d'une intention de nuire, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ».

1625 CA Reims, 9 février 1999, D, 1999, p. 449, note B. Edelman ; JCP, 1999, II, 10144, note C. Bigot.

des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁶²⁶ ». Les constructeurs automobiles mécontents ont formé des pourvois contre cet arrêt de la Cour de renvoi¹⁶²⁷.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rejeté ces pourvois dans deux arrêts du 12 juillet 2000¹⁶²⁸. Elle a considéré que « les propos mettant en cause les véhicules de la marque s'inscrivaient dans le cadre d'une émission satirique diffusée par une entreprise de communication audiovisuelle et ne pouvaient être dissociés de la caricature faite de M. Calvet, de sorte que les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique ». La Cour de cassation est donc allée plus loin que la Cour de renvoi¹⁶²⁹. Alors que cette dernière s'était contentée de reprendre la structure inaugurée par la Cour de Riom en distinguant la personne de M. Calvet et les sociétés automobiles, la Cour de cassation est allée au-delà : elle est partie de l'idée que M. Calvet, homme public, pouvait être parodié et que M. Calvet représentait des marques, pour en conclure que les marques pouvaient être parodiées. La Cour de cassation a en quelque sorte admis la parodie de marque par ricochet¹⁶³⁰.

Si dans les arrêts du 12 juillet 2000, la Cour de cassation s'est montrée favorable à la reconnaissance de la licéité de la parodie de marque, elle a tout de même pris soin de préciser que les émissions étaient diffusées par « une entreprise de communication audiovisuelle ». Celle-ci n'était pas en concurrence avec les sociétés automobiles, et tout risque « de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique » était exclu.

En conséquence, la parodie en droit des marques, à l'instar de la parodie en droit d'auteur, suppose la réunion d'un certain nombre de conditions. Pour constituer valablement une exception au droit des marques, la parodie de marque doit respecter le régime de la parodie des œuvres littéraires et artistiques, c'est-à-dire ne pas être animée par une intention de nuire et ne pas entraîner de risque

1626 Cet article précise que :

« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations »

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

1627 Il s'agit du pourvoi de la Société Automobiles Citroën (pourvoi n° B 99-19.004) et du pourvoi de la Société Automobiles Peugeot (pourvoi n° C 99-19.004).

1628 Ass. Plén., 12 juillet 2000, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1629 ETRILLARD (C), La parodie en droit des marques, <http://www.persee.fr/>, n° 11

1630 EDELMAN (B), note sous Ass. plén. 12 juillet 2000, D., 2001, p. 259, spec. p. 262

de confusion, et elle doit, en plus, ne pas être réalisée à des fins purement commerciales. Ce régime de la parodie propre au droit des marques, élaborée par la jurisprudence, semble pleinement satisfaisant¹⁶³¹. Il permet à la fois au titulaire de la marque de protéger la valeur économique de celle-ci et à l'auteur de la parodie désintéressé d'amuser¹⁶³². Comme l'a très justement noté un auteur, « les propriétés intellectuelles ne confèrent une emprise sur les choses immatérielles que considérées sous certaines de leurs utilités économiques, dans les perspectives et la logique qui sont les leurs. Hors ce cercle, point de réservation, point d'usurpation »¹⁶³³.

Paragraphe 2 : La diffamation

Le dénigrement doit également être distingué de la diffamation qui est soumise à des règles spéciales prévues par les articles 442 à 445 du Code pénal marocain¹⁶³⁴, 25, 26 et 44 à 51 du Code de la presse au Maroc¹⁶³⁵. Ainsi, les appréciations mêmes excessives touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle, commerciale ou agricole n'entrent pas dans les prévisions de ces dispositions dès lors qu'elles ne concernent pas la personne physique ou morale. En outre, il n'existe pas en matière de dénigrement d'excuse de vérité. En effet, le code de la presse édicte que relativement à certains faits diffamatoires et en cas de preuve contraire, « le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte »¹⁶³⁶. Dès lors, les appréciations

1631 ETRILLARD (C), op.cit, n° 24.

1632 Ibid.

1633 VIVANT (M), Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - 3 Juin 1993 - n° 22.

1634 Il s'agit du Dahir n° 1.59.415 du 26 Novembre 1962 portant approbation du Code pénal tel que modifié et complété.

Article 442 : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation »

Article 443 : « Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait, est une injure »

Article 444 : « Toute diffamation ou injure publique est réprimée conformément au dahir n° 1-58-378 du 3 jourmada I 1378 (15 novembre 1958) formant code de la presse »

1635 Il s'agit du Dahir n° 1-58-378 du 15 novembre 1958 formant code de la Presse et de l'Édition tel que modifié et complété par la loi n°77-00 promulgué par le dahir n° 1-02-207 du 3 octobre 2002.

L'article 44 de cette loi précise que :

« Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation.

Toute expression outrageante, terme de mépris portant atteinte à la dignité ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure.

Est punie, la publication directe ou par voie de reproduction de cette diffamation ou injure, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes de discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés. »

1636 L'article 49 du code de la presse dispose que :

« La vérité du fait diffamatoire, mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires dans le cas d'imputation contre les corps constitués, les armées de terre, de mer ou de l'air, les administrations publiques et contre les personnes énumérées en l'article 46.

négligentes portées sur un concurrent même exactes peuvent être constitutives de dénigrement. Enfin, à la différence de la diffamation aucun droit de réponse n'est permis pour la victime du dénigrement. A ce propos, le code de la presse au Maroc oblige sous peine de sanctions, le directeur de publication d'insérer les rectifications adressées par tout dépositaire de l'autorité publique au sujet des actes de sa fonction ou toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique en question¹⁶³⁷.

La vérité des imputations diffamatoires et injurieuses pourra également être établie contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit.

Les responsables de la publication doivent disposer avant publication des preuves établissant les faits qu'ils rapportent.

La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée sauf:

- a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ;
- b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ;
- c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

Dans les cas prévus à l'alinéa 1 et 2 du présent article, la preuve contraire peut être faite. Si la preuve des faits diffamatoires est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte.

Dans toute autre circonstance et envers toute autre personne non qualifiée, lorsque le fait imputé est l'objet de poursuites commencées à la requête du ministère public ou d'une plainte de la part du prévenu, il sera, durant l'instruction qui devra avoir lieu, sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation ».

L'article 46 auquel fait référence cette disposition précise que : « Sera punie des mêmes peines la diffamation commise par les mêmes moyens à raison de leur fonction ou de leur qualité envers un ou plusieurs ministres, un fonctionnaire, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, toute personne chargée d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un assesseur ou un témoin à raison de sa déposition. La diffamation contre les mêmes personnes concernant leur vie privée est punie des peines prévues à l'article 47 ci-après ».

1637 Les rectifications et le droit de réponse sont prévus par les articles suivants :

L'article 25 du code de la presse édicte que :

« Le directeur de la publication est tenu d'insérer gratuitement au même endroit et à la même page, où l'information avait été publiée, du prochain numéro du journal ou écrit et en mêmes caractères les rectifications adressées par un dépositaire de l'autorité publique au sujet des actes de sa fonction qui auraient été inexactement rapportés par le journal ou écrit périodique.

En cas d'infraction, sera puni d'une amende de 1.000 dirhams pour tout numéro ne comportant pas les rectifications ».

L'article 26 de ce même texte énonce que :

« Le directeur de la publication est tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception, ou dans le plus prochain numéro s'il n'en était pas publié avant l'expiration des trois jours, les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique, sous peine d'une amende de 5.000 dirhams pour tout numéro ne comportant pas les réponses, sans préjudice des autres peines et dommages- intérêts qui peuvent être prononcés au bénéfice de la personne lésée.

Cette insertion devra être faite à la même place, et en mêmes caractères que l'article qui l'aura provoquée. Elle sera gratuite si les réponses ne dépassent pas le double de la longueur dudit article. Si elles le dépassent, le prix d'insertion sera dû pour le surplus seulement et sera calculé au prix des annonces judiciaires »

Section 2 : Les éléments constitutifs du dénigrement

Paragraphe 1 : Une personne identifiable, un produit ou un service

Le dénigrement peut porter non seulement sur l'entreprise, mais aussi sur ses produits ou ses services.

D'une part, le dénigrement illicite suppose que la personne ou l'entreprise visée soit nommément désignée¹⁶³⁸. Il suffit cependant qu'elle soit aisément reconnaissable ou parfaitement identifiable¹⁶³⁹.

Au surplus, le dénigrement peut porter sur un concurrent ou sur tout opérateur économique¹⁶⁴⁰. En effet, un rapport étroit et direct de concurrence n'est pas nécessaire à l'existence d'un dénigrement illicite. Une clientèle finale identique peut être suffisante¹⁶⁴¹. En règle générale, le dénigrement est constitutif de concurrence déloyale dès lors qu'il vise à porter atteinte à l'image ou à la réputation d'un opérateur économique en particulier ou de l'ensemble d'une profession déterminée¹⁶⁴².

D'autre part, le dénigrement porte fréquemment sur les produits ou services d'une entreprise. Sous couvert d'information ou de comparaison, une entreprise dénigre les produits, concurrents ou non, d'une autre entreprise, pour en détourner la clientèle¹⁶⁴³. Il n'en demeure pas moins que l'objectif n'est pas toujours de récupérer la clientèle du concurrent dénigré, le dénigrement pouvant exister en dehors de toute situation de concurrence.

1638 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 738, p 603.

1639 Ibid.

1640 Ibid.

1641 CA, Versailles, 12 février 1990, D., 1990, p. 264, note Y. SERRA : La Cour constate l'existence d'une situation de concurrence entre une société qui fabrique des lessives et un producteur de phosphates du fait que par le canal de la publicité chacun s'est introduit sur le marché de l'autre

1642 Sur le dénigrement collectif : CA Paris, 9 décembre 1992, D.1994, Somm.,223, obs.Serra : condamnation d'une entreprise de presse qui dénigre profession des agents immobiliers ; C.A. Versailles, 10 mai 1995, Gaz. Pal., 1996, 1, Somm., p. 147 : société Campagne pour les pharmaciens de France a été condamnée pour avoir, par son slogan «en pharmacie on achète des cosmétiques sûrs », dénigré l'ensemble des fabricants de cosmétiques ; Attendu que la société FR3 fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée pour dénigrement de ses concurrents, alors, selon le pourvoi, que dans ses conclusions d'appel demeurées sans réponse, ladite société avait, comme les premiers juges, démontré que cette publicité était caricaturale et ne permettait aucun rapprochement avec l'une quelconque des entreprises adhérentes des syndicats demandeurs; qu'ainsi l'arrêt attaqué a violé les articles 1382 du Code civil et L.455 du nouveau Code de procédure civile; Cass.com 21 mai 1996, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Mais attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que FR3 a adressé à un millier de "clients potentiels la cassette d'un film qui présente une image symbolique des concurrents qu'elle veut éliminer; que l'entreprise concurrente est représentée dans le cadre d'un film en noir et blanc comme totalement vétuste, avec un personnel incompetent, ridicule, ringard et hystérique, alors qu'ensuite apparaissent des images en couleurs de FR3 dynamique et performante"; que la cour d'appel, répondant ainsi aux conclusions prétendument éludées, a pu en déduire qu'il existait en l'espèce "un dénigrement collectif et une critique globale abusive visant à jeter le discrédit sur les producteurs et prestataires de services" concurrents; que le moyen n'est pas fondé » ;

1643 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 739, p 603.

Il en est ainsi du message diffusé par un fabricant de cigarettes accréditant l'idée que la consommation d'un biscuit est plus nocive que l'inhalation de la fumée de cigarettes, ce qui détourne l'image positive du biscuit tout en la dévalorisant¹⁶⁴⁴. De même, le fait de dire que les lessives sans phosphates empoisonnent les rivières ruine ces produits dans l'esprit du consommateur¹⁶⁴⁵.

Il est à souligner que le dénigrement porte fréquemment sur la qualité ou le prix des produits ou des services de l'entreprise visée¹⁶⁴⁶.

Par exemple, un réseau de réparateurs avait diffusé un spot publicitaire présentant une voiture dont le pot d'échappement explosait dans un embouteillage. Certes, les sigles et références de marque du véhicule avaient été supprimés. Mais ni la carrosserie, ni les enjoliveurs caractéristiques du modèle n'avaient été modifiés ou suffisamment maquillés de sorte que le modèle de voiture restait identifiable. Considérant qu'un tel scénario était incontestablement de nature à jeter le doute dans l'esprit du public sur les qualités de la voiture en cause, alors qu'il s'agissait à l'évidence d'un modèle récent normalement à l'abri de ce type d'incident, l'annonceur a été condamné pour dénigrement¹⁶⁴⁷.

Par ailleurs, le dénigrement de la qualité des génériques et la justification des prix des princeps comme étant celui d'une « qualité » inégalée constitue l'essentiel des stratégies antigénériques

1644 CA Paris, 24 septembre 1996, D. 1997, somm. comm., 234, M.-L. Izorche

1645 CA, Versailles, 12 février 1990, D., 1990, p. 264, note Y. SERRA.

1646 Cass.com, 15 Novembre 1982, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : Se rend coupable de manœuvres contraires aux usages du commerce et constitutives de concurrence déloyale, celui qui adresse aux clients d'entreprises exerçant la même activité d'agent immobilier que lui, des lettres dans lesquelles il leur fait connaître que s'ils avaient utilisé ses services, ils auraient traité à des prix plus avantageux ; la circonstance que les démarches et interventions effectuées n'ont concerné que des transactions déjà réalisées et non des opérations à venir ne saurait enlever auxdits actes leur caractère fautif ; CA. Paris 15 décembre 1994 : D. 1995, somm. P. 261 obs. Serra : « Prétendre que les prestations d'un concurrent sont « plus chères et moins efficaces » est condamnable ».

Contra : CA Versailles 30 janvier 1997, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

« Attendu que pour rejeter la demande reconventionnelle de la société Danone à l'encontre de la société Andros, l'arrêt énonce que cette société, en demandant que ses compotes individuelles soient placées dans le rayon réfrigéré avec mention d'une date limite d'utilisation optimum (DLUO), ne constitue qu'une information pour le consommateur sur le risque de ne pas trouver, après la date mentionnée, toutes les qualités organoleptiques qu'avait le produit dans la période antérieure ; qu'il ne peut davantage être reproché à la société Andros d'avoir créé une ambiguïté concernant la nature de son produit ; qu'en portant mention, sur les documents publicitaires relatifs à son produit, d'une "conservation au frais" et "température conseillée + 6 centigrades", la société Andros n'a nullement cherché à opérer une confusion entre froid et fraîcheur, tout producteur étant libre de recommander de conserver son produit à la température la plus adéquate ; qu'enfin, la société Andros, en utilisant la mention "compotes de pommes fraîches" dans sa campagne lancée en mai 1993, n'a commis aucune faute, cette appellation étant très en retrait par rapport à celle utilisée à tort par Danone ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier de façon concrète, ainsi que la société Danone l'y invitait dans ses écritures, si l'ensemble des éléments caractérisant sa campagne publicitaire en 1993, et non chaque élément pris isolément, ne créait pas une ambiguïté sur la nature exacte des produits qu'elle commercialisait pouvant entraîner, en associant les mentions DLVO et celle de "compotes de pommes fraîches", une confusion dans l'esprit des consommateurs, ainsi qu'elle le soutenait en versant aux débats un sondage d'opinion, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

1647 CA Paris, 25 Septembre 1991, RJDA, 1992, n° 793 ;

des laboratoires détenteurs de princeps¹⁶⁴⁸. Les dérapages ont été nombreux et le dénigrement a parfois pris des formes extrêmes¹⁶⁴⁹. Ainsi, au Maroc un laboratoire détenteur d'un médicament princeps, n'a pas hésité il y a quelques années dans ses campagnes de communication, en s'adressant aux médecins à dire « Si votre patients est votre ennemi, prescrivez lui un médicament générique ». Un autre laboratoire, en comparant son princeps avec les génériques a choisi l'image d'un œuf frais à côté d'un œuf "pourri".

Paragraphe 2 : Une information malveillante

La critique est libre dès lors que l'information est objective, motivée et neutre¹⁶⁵⁰. Il n'est pas non plus interdit de vanter de manière excessive ses produits lorsque le message délivré n'est pas préjudiciable à d'autres opérateurs économiques identifiables. En effet, la jurisprudence française estime que l'information peut être emphatique, dès lors qu'elle n'induit pas en erreur le consommateur¹⁶⁵¹. La comparaison peut même être fantaisiste à l'instar de la comparaison d'une bière et d'un sport nautique sur un ton humoristique¹⁶⁵². Cela ne jette guère de discrédit sur ce sport. L'information revêt un caractère malveillant ou péjoratif sous une double condition. Les appréciations portées sur une activité professionnelle doivent être tendancieuses. En outre, l'information ne doit pas émaner pas d'une personne étrangère à la profession qui ne cherchait qu'à informer de manière exacte le public sur les avantages et les inconvénients des différents modes de distribution (grossiste et détaillant). Elle doit provenir d'un concurrent, même indirect, qui dénigre les procédés de commercialisation d'un autre opérateur économique, sans émettre de réserves sur ses propres méthodes¹⁶⁵³.

Le dénigrement est dans tous les cas indéniable lorsque la comparaison des mérites respectifs des produits utilise des termes dépassant la simple critique objective et modérée, et dénote la volonté déterminée de son auteur de tourner en dérision, de dénigrer, de discréditer les produits concurrents. Il en est ainsi dans une publicité comparative faite en faveur des aspirateurs sans sac et dénigrant les aspirateurs à sac¹⁶⁵⁴. Certes, aucune marque n'était citée mais les critiques formulées sont qualifiées d'agressives et malveillantes" au regard du seuil de sensibilité du consommateur, et les concurrents visés facilement identifiables. De même, la cour d'appel de Versailles a jugé déloyales les accusations sur l'incompétence de l'entreprise en cause et

1648 Rapport de synthèse du conseil de la concurrence : Etude sur la concurrentiabilité du secteur de l'industrie pharmaceutique, <http://conseil-concurrence.ma>, pp 36-.37.

1649 Ibid.

1650 Voir la distinction entre le dénigrement et la critique.

1651 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 740, p 604.

1652 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 740, p 604.

1653 Ibid.

1654 CA Paris, 5e chambre C, 12 février 1999, <http://lemondedudroit.fr/>

l'insuffisance technique notoire de ses produits¹⁶⁵⁵. Pareillement, sont constitutives de faits de concurrence déloyale les allégations mensongères sur les produits ou services¹⁶⁵⁶, le mensonge étant fréquemment le signe d'un dénigrement.

Au demeurant, le fait de dénoncer les agissements délictueux d'un concurrent constitue également un dénigrement¹⁶⁵⁷. Il en va de même lorsqu'une entreprise fait état auprès de la clientèle de son concurrent du différend qui les oppose. Enfin, la dérision, même pratiquée sur un mode humoristique, d'un concurrent tend à le discréditer auprès de ses clients potentiels¹⁶⁵⁸.

1655 CA Versailles 9 septembre 1999, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Considérant qu'il est également indiscutable que la société FRANCE AFFICHES dont la réputation professionnelle était auparavant bonne, a subi une atteinte intolérable à son image de marque et à sa notoriété en faisant systématiquement l'objet d'attaques dépourvues de fondement et multiples sur sa compétence et sur la qualité de ses produits proférés de manière fallacieuse et malveillante par les sociétés DAUPHIN et AVENIR de nature à lui nuire dans tout le secteur d'activité qui est le sien ».

1656 CA Douai, 26 septembre 1956, Ann. 1958/68 ; Constitue un acte de concurrence déloyale le fait par l'exploitant d'un cinéma, de distribuer des prospectus annonçant son film avec la mention « Si vous n'êtes pas venu au V..., vous n'avez pas vu le vrai cinémascope ». En effet cette publicité tend à faire croire fausement au public que seul ce cinéma présente le procédé cinémascope ; cette affirmation mensongère constitue un dénigrement des autres salles présentant de pareils films ; CA Paris, 12 décembre 1990, Lettre distrib. 1991, n° 3, concernant l'affirmation mensongère d'une exclusivité mondiale ; T.com.Paris, 14 février 1996, <http://lentreprise.lexpress.fr/>, Le dénigrement est constitué par l'affirmation mensongère selon laquelle un fabricant de feux d'artifice fabriquerait aussi des mines anti personnelles ;

1657 Cass.com, du 21 février 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

« Attendu, d'autre part, que l'arrêt retient que, s'il était loisible au groupe Intermarché de tirer argument des similitudes de prix observés sur les marchés des appareils audiovisuels pour annoncer qu'il entendait s'y livrer à une forte concurrence tarifaire, il ne pouvait pour autant appuyer son opération de promotion commerciale sur des accusations de pratiques illicites à l'encontre des autres entreprises de distribution opérant sur ces marchés ; qu'ayant constaté que les allégations non équivoques d'ententes illicites que le groupe Intermarché a rendu publiques de manière spectaculaire et organisée n'étaient justifiées ni par les résultats de l'enquête du magazine Que Choisir et les commentaires prudents dont cet organe de presse les a accompagnés ni par les positions prises à l'époque par les services administratifs compétents et que cette campagne de dénigrement a été mise en œuvre à une date choisie dans le cadre d'une stratégie préméditée de pénétration sur le marché, la cour d'appel a pu en déduire que de tels agissements constituaient des actes de concurrence déloyale ».

1658 Cass.com, 21 Mai 1996, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : A propos de la présentation du concurrent dans un film noir et blanc comme totalement vétuste

« Attendu que la société FR3 fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée pour dénigrement de ses concurrents, alors, selon le pourvoi, que dans ses conclusions d'appel demeurées sans réponse, ladite société avait, comme les premiers juges, démontré que cette publicité était caricaturale et ne permettait aucun rapprochement avec l'une quelconque des entreprises adhérentes des syndicats demandeurs ; qu'ainsi l'arrêt attaqué a violé les articles 1382 du Code civil et 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que FR3 a adressé à un millier de "clients potentiels la cassette d'un film qui présente une image symbolique des concurrents qu'elle veut éliminer ; que l'entreprise concurrente est représentée dans le cadre d'un film en noir et blanc comme totalement vétuste, avec un personnel incompetent, ridicule, ringard et hystérique, alors qu'ensuite apparaissent des images en couleurs de FR3 dynamique et performante" ; que la cour d'appel, répondant ainsi aux conclusions prétendument éludées, a pu en déduire qu'il existait en l'espèce "un dénigrement collectif et une critique globale abusive visant à jeter le discrédit sur les producteurs et prestataires de services" concurrents ; que le moyen n'est pas fondé »

CA Paris, 10 Septembre 1999, <https://www.doctrine.fr/> : à propos de la Présentation d'un concurrent comme une quille vacillante : « S'agissant de la première publicité, que, par la représentation du jeu de quilles, le lecteur était amené à comprendre que la quille vacillante EUROPE 1 tombait sous le coup de la boule NRJ ; – que le jeu de questions réponses de la deuxième publicité faisait planer un doute sur la bonne gestion des investissements dont bénéficiait la seule radio généraliste à laquelle se comparait NRJ tout au long de sa « publi-info » : EUROPE 1 ; Considérant en effet que le graphisme de la première publicité représentant EUROPE comme une quille vacillante sur le point de tomber sous le coup de la boule NRJ ne se limite pas à la comparaison objective qu'autorise l'article

Paragraphe 3 : Une diffusion publique de l'information

Le dénigrement suppose une diffusion de l'information à la clientèle. La diffusion purement confidentielle d'une information malveillante ne peut porter atteinte à l'image, la réputation, les produits ou services d'un opérateur économique. En effet, la cour d'appel de Paris s'est prononcée sur la situation des documents à usage interne d'une entreprise. Elle a considéré que la diffusion d'informations dans les services d'une entreprise, qui ne sont pas destinées au public, ne saurait constituer un dénigrement dès lors qu'elles se bornent à documenter objectivement les collaborateurs sur les produits concurrents¹⁶⁵⁹. La même solution a été admise pour les documents à usage interne d'un réseau de distribution commerciale¹⁶⁶⁰. Mais le dénigrement sera en revanche constitué s'il est démontré que le document interne a atteint des tiers et notamment des clients¹⁶⁶¹.

Les propos malveillants sont portés à la connaissance du public de diverses manières : interview ou annonce dans la presse¹⁶⁶², lettre circulaire¹⁶⁶³, communiqué¹⁶⁶⁴, tract¹⁶⁶⁵, vidéocassette¹⁶⁶⁶. Cependant, la campagne publicitaire est le support le plus fréquemment utilisé. Ainsi, la campagne publicitaire menée par un fabricant de phosphates, qui a manifestement pour objet de

L 121-8 précité et présente un caractère nettement dénigrant, justement retenu par les premiers juges ; que la circonstance que ce graphisme surmonte un tableau présentant diverses données chiffrées comparant NRJ à RTL, EUROPE 1 et RMC et faisant ressortir dans les domaines choisis une progression de NRJ, n'est pas, contrairement à ce que prétendent les appelantes, de nature à les exonérer de leur responsabilité, puisque précisément elles ont méconnu l'article L 121-8 selon lequel la publicité comparative doit être limitée à un comparaison objective »

1659 CA Paris, 5ème Ch., section, 1er Décembre 2004, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

1660 CA Paris, 4ème Ch., 3 juillet 1991, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

1661 CA Paris, 24 janvier 1967, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

« Attendu que la société Iams France fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à 1 000 000 de francs de dommages et intérêts pour concurrence déloyale alors, selon le pourvoi, que, d'une part, la concurrence déloyale par dénigrement n'est constituée qu'autant qu'elle est portée à la connaissance de tiers à l'entreprise défenderesse ; qu'en se bornant à retenir que la note interne litigieuse, si elle était "adressée aux collaborateurs", "constituait essentiellement un argumentaire" que les collaborateurs étaient invités à répercuter auprès des clients", sans constater que cette répercussion constitutive du dénigrement avait eu lieu, et était imputable à la société Iams France, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; et alors, d'autre part, que si la cour d'appel retient que quelques personnes non salariées de la société Iams France auraient eu connaissance de la lettre interne, elle n'indique pas qu'une telle diffusion aurait été imputable à la société Iams France ; que l'arrêt attaqué manque de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; Mais attendu que la cour d'appel après avoir analysé la note adressée par la société Iams France à ses collaborateurs a constaté que ce document n'était pas la manifestation d'une critique objective et mesurée mais constituait un dénigrement des produits concurrents tant au regard de l'examen de la qualité respective de ces produits que de la comparaison des prix pratiqués qui avait été établie avec légèreté ; qu'ayant, en outre, relevé que le dirigeant de la société Iams France avait invité les destinataires de cette note à répercuter les informations qu'elle contenait auprès de la clientèle afin que "la stratégie à adopter (soit d'en) faire prendre conscience (aux) éleveurs "dans le cadre" d'une stratégie commerciale agressive" et, ayant constaté que cette consigne de diffusion auprès de la clientèle avait été respectée et qu'elle était attestée par les pièces versées aux débats, la cour d'appel n'encourt pas les griefs du moyen »

1662 CA Paris, 24 septembre 1996, D. 1997, somm. comm., 234, M.-L. Izorche

1663 CA Paris, 3 avril 1995, RJDA 1995, n°10, n°1185.

1664 T.com.Paris, 14 février 1996, <http://lentreprise.lexpress.fr/>

1665 CA Paris, 19 mai 1994, D.1995, Somm., 214, obs Izorche.

1666 Cass.com, 21 Mai 1996, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

combattre les effets pernicieux de celle lancée par un lessivier sur le thème de la protection de l'environnement, constitue un dénigrement, dans la mesure où les informations figurant sur les affiches publicitaires dépassent le droit d'informer et jettent le discrédit¹⁶⁶⁷. De même est déloyale la publicité qui exagère le nombre d'abonnés d'une revue, lui permettant de cette manière d'obtenir beaucoup plus de clients que la revue concurrente¹⁶⁶⁸, ou celle qui fait paraître des entrefilets dirigés contre l'opérateur concurrent en lui reprochant un plagiat¹⁶⁶⁹ ou sous-entend que seul un circuit de distribution garantit l'achat de produits sûrs¹⁶⁷⁰. Il est également illicite, dans une campagne de détourner le slogan publicitaire d'un concurrent pour le tourner en dérision¹⁶⁷¹, ou pour discréditer la qualité de ses produits ou de ses services¹⁶⁷². En revanche, dans une autre affaire, les juges ont considéré que l'allusion faite de manière « amusante » et « spirituelle », dans une publicité, au slogan utilisé par un concurrent identifiable n'était pas déloyale. La phrase en question – « des résultats que certains imaginent et que d'autres célèbrent » se référerait au slogan du concurrent « Gyma j'imagine »¹⁶⁷³.

Section 3 : Les cas de dénigrement

Il existe diverses façons de jeter le discrédit sur un commerçant ou ses produits qui peuvent faire l'objet de plusieurs classifications. Toutefois, le dénigrement passe souvent par une comparaison entre les produits du commerçant et ceux de ses concurrents : telle est la publicité comparative.

Paragraphe 1 : Les classifications du dénigrement

I. Le dénigrement direct et indirect

A. Le dénigrement direct

Le dénigrement direct vise le commerçant, ses services ou ses produits par des critiques malveillantes.

1667 CA. Versailles, 12 février 1990, Henkel Frabce / Rhône-Poulenc, Dalloz 1990 Jur., p. 264.

1668 Cass.com, 23 Novembre 1993, <https://www.legifrance.gouv.fr> :

« Mais attendu qu'ayant analysé les éléments chiffrés concernant le nombre de lecteurs annoncé par la société C. et le nombre réel d'exemplaires tirés chaque mois de la revue litigieuse, l'arrêt retient que cette société a commis une faute en intégrant dans une plaquette publicitaire "des données franchement erronées" sous couvert d'une apparence indiscutable sur le plan mathématique, et qu'elle s'est rendue coupable d'agissements anticoncurrentiels ; qu'ainsi la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions prétendument omises, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »

1669 Ibid :

1670 CA Versailles, 10 mai 1995, <https://www.le-droit-des-affaires.com/> : Constitue un dénigrement le slogan "en pharmacie on achète des cosmétiques sûres" qui implique que celles qui sont achetées en dehors de ces officines ne sont pas sûres.

1671 Cass.com, 21 Mai 1996, préc,

1672 CA. Paris 15 décembre 1994, préc, Tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône, 12 octobre 1995 : « De même a été déclarée déloyale, dénigrante et mensongère la publicité par voie d'affichage placée à proximité d'un parking et de l'entrée d'un supermarché d'un concurrent mentionnant "A peine plus loin, mais tellement moins cher" »

1673 CA Versailles, 26 Juin 1997, préc.

Ainsi, le discrédit peut être obtenu par le dénigrement de la personne du commerçant (physique ou morale) en mettant en cause son honorabilité, son habilité, sa compétence, sa solvabilité, son importance ou plus généralement son « image de marque ». Il en est ainsi, des allégations non équivoques d'ententes illicites d'un groupe concurrent rendues publiques de manière spectaculaire et organisée¹⁶⁷⁴. Il en va de même de la désorganisation d'un réseau de vente d'un importateur par des actions de dénigrement. Celle-ci consistant à envoyer des circulaires qui dénigrent les réseaux de distribution exclusive des constructeurs en qualifiant ces derniers de "requins" à l'égard de leurs distributeurs¹⁶⁷⁵. Toutefois, le dénigrement porte fréquemment sur les produits fabriqués ou vendus par le concurrent comme sur les services qu'il propose. Il en va ainsi d'un commerçant informant les responsables de son groupe - en les invitant à divulguer cette information à l'extérieur – de la non-conformité du produit d'un concurrent avec la norme en vigueur selon les conclusions d'un test officiel¹⁶⁷⁶.

B. Le dénigrement indirect

Il se distingue du dénigrement direct qui consiste à mettre en œuvre une allusion qui peut selon les cas être plus ou moins transparente. Il en est ainsi lorsque le concurrent n'est pas nommé, dès lors qu'il est facilement identifiable. En effet, il est nécessaire de prouver que le consommateur moyen peut aisément identifier la cible de la publicité litigieuse¹⁶⁷⁷.

1674 Cass.com, du 21 février 1995, préc.

1675 Cass.com 24 Juin 1997, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Mais attendu que l'arrêt constate que la société Cecopart a adressé à de nombreux concessionnaires et agents de la marque Nissan des circulaires incitant ces derniers à violer leurs engagements contractuels en adhérant à son système de distribution et à son service télématique de centralisation des commandes, circulaires qui dénigrent les réseaux de distribution exclusive des constructeurs en qualifiant ces derniers de "requins" à l'égard de leurs distributeurs; que la cour d'appel a pu en déduire, sans modifier les termes du litige, que la diffusion systématique de ces documents aux professionnels faisant partie du réseau de distribution de l'importateur de la marque Nissan doit être considérée comme une tentative de désorganisation de ce réseau et constitue un acte de concurrence déloyale; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; »

1676 CA Paris, 26 Avril 2006, <https://www.legalis.net/> : « Mais considérant que la société Universeal prétend vainement que cet e-mail a été adressé aux seuls responsables du groupe désignés nommément en entête alors qu'au contraire son rédacteur invite les destinataires à communiquer l'information qui y est contenue à toute personne intéressée (clients, douanes, etc), ajoutant que l'information de la Ssta est officielle et peut être évoquée librement ; que la société Universeal reconnaît dans ses écritures que le contenu de ce courriel a été connu d'un client de la société Universeal UK, l'armateur canadien CP-Ships, peu important que la demande en ait été faite par ce tiers ; que le caractère public de la diffusion est donc établi ;

Considérant que le contenu de ce courriel, qui traduit une pratique contraire aux règles loyales de la concurrence, est constitutif de dénigrement à l'encontre des produits de la société Oneseal qu'il qualifie de non conformes à la norme en vigueur ; qu'en effet, à supposer même que les scellés, objet des tests, ne répondent pas aux critères exigés par les normes applicables, le responsable de la société Universeal procède par des affirmations mensongères sur la nature du test et l'autorité qui l'a demandé dans le dessein de lui conférer une portée incontestable, en annonçant qu'il s'agit d'un test officiel réalisé par les douanes britanniques, alors qu'il a été initié par elle-même afin de démontrer que les publicités faites par la société Oneseal sur son site internet étaient trompeuses et dans le seul but de les comparer à ses propres produits ».

1677 Cass.com, 19 juin 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

« Attendu que pour décider que les sociétés Electrolux LDA et la société Electrolux filter AB étaient la cible de la campagne de publicité litigieuse et étaient identifiables, l'arrêt retient que les documents mis à la disposition des consommateurs sur les lieux de vente et de démonstration par la société Dyson qu'il a considérés comme dénigrants

Ainsi, dans une affaire, la société Richard Nissan avait publié en 1992 une plaquette publicitaire présentant, parmi les véhicules commercialisés un monospace dénommé « Prairie » du même style que le fameux modèle « Espace » produit par Renault ¹⁶⁷⁸. Or, la présentation photographique de ce véhicule était accompagnée du slogan : « le nouveau nom de l'espace ». La photographie et le slogan incriminés étaient accompagnés d'un texte illustré de clichés comprenant les énonciations suivantes : « Voiture de l'an 2000, la Prairie ? De toute évidence. Ne parlons même pas de sa ligne qui renouvelle intelligemment le concept du monocorps ». La Cour d'appel de Versailles, tout comme les premiers juges, a vu dans ces propos encenseurs d'autres faits de dénigrement sournois du produit parasité consistant à ramener ce dernier au rang d'une production implicitement dépassée par le nouveau véhicule. La publicité laissait en effet croire à la clientèle en la supériorité technologique du nouveau produit par rapport à celui fabriqué par Renault. On comprenait alors à la lecture complète du document en quoi la « Prairie » était devenue irrémédiablement « le nouveau nom de l'espace ».

De même, un dénigrement particulièrement sournois est l'insinuation qu'un concurrent fait l'objet d'une action en justice, alors qu'elle n'a pas encore donné lieu à une décision ¹⁶⁷⁹. Il a ainsi été jugé que « le dénigrement antérieur à toute condamnation judiciaire est contraire aux usages loyaux du commerce et doit être sanctionné [...] quelle qu'ait été l'issue ultérieure desdites procédures » ¹⁶⁸⁰. En revanche, l'information des tiers par le titulaire du brevet des droits qu'il détient sur celui-ci, et la mise en garde contre une exploitation d'un procédé qui en serait la contrefaçon est légitime ¹⁶⁸¹.

comparaient l'appareil de cette société avec ceux des " trois marques leaders d'aspirateurs à sac ", mention qui identifie nettement les sociétés Electrolux LDA et Electrolux filter AB dès lors que la première réalise le plus grand nombre de ventes parmi les opérateurs français des aspirateurs à sacs sous différentes marques et que la seconde fabrique les sacs à poussière montés sur les aspirateurs commercialisés par la première ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si pour la clientèle, la publicité critiquée visait effectivement les sociétés Electrolux LDA et Electrolux filter AB, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

1678 CA Versailles, 10 Mars 1995, D.1996, 489, note Y.PICOD.

1679 Cass.com, 12 Mai 2004, <http://www.juricaf.org/> : « Attendu que pour rejeter l'action en concurrence déloyale dirigée contre la société Défi France, l'arrêt retient que la dénonciation de la procédure judiciaire en cours à la société Nissan ne pouvait être qualifiée d'acte de dénigrement et que la société Défi France pouvait s'estimer fondée à informer cette société de ce que les conditions particulièrement attractives qui lui avaient été consenties par la société LVP partner's enfreignaient les règles imposées aux sociétés concurrentes ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'est fautive la dénonciation faite à la clientèle d'une action n'ayant pas donné lieu à une décision de justice, la cour d'appel a violé le texte susvisé »

TGI Paris, 14 Septembre 2004, <https://www.doctrine.fr/> : sur les propos développés par un concurrent consistant à mettre en garde contre les risques encourus du fait d'actes de contrefaçon ou indiquant qu'une plainte avec constitution de partie civile a été déposée de ce chef qui aboutissent à jeter l'opprobre sur la société victime de ces agissements alors même qu'aucune décision judiciaire n'est intervenue.

1680 CA Douai, 22 Octobre 1998, Expertises 1999, 235, obs, J.BERTRAND.

1681 CA Paris, 8 Décembre 2006, <https://www.doctrine.fr/> : Il ne peut être reproché au défendeur d'avoir informé des tiers sur l'existence de droits qu'il détenait sur des brevets et de les avoir mis en garde contre une exploitation d'un procédé qui en serait la contrefaçon. Il n'en est pas de même en ce qui concerne ses propos mentionnant

Enfin, une entreprise peut faire l'objet d'un dénigrement indirect par omission¹⁶⁸². Celui-ci consiste pour son auteur à prétendre être le seul à posséder telle ou telle qualité¹⁶⁸³. Ainsi, la Cour d'appel de Douai, a vu dans la présentation de la publicité incriminée une volonté de dénigrement de la part de la firme les 3 Suisses qui a présenté « sa nouvelle prestation comme plus performante que la prestation prétendument similaire de son concurrent »¹⁶⁸⁴. Les 3 Suisses avaient choisi de porter la comparaison sur le terrain de la rapidité du service offert, ce qui constituait la nouveauté de leur prestation reléguant à titre secondaire, mais sans toutefois omettre de le préciser en caractères d'imprimerie plus petits, la garantie de remboursement offerte par La Redoute (« Sans supplément de prix, garanti »), mais non par Les 3 Suisses. La Cour d'appel de Douai a vu là une omission délibérée de la part des 3 Suisses — présumée de mauvaise foi — dans le but de réaliser une campagne à leur seul avantage. Ainsi, pour condamner la campagne publicitaire des 3 Suisses, l'arrêt de la Cour d'appel de Douai a retenu que la comparaison des délais de livraison (48 Heures pour La Redoute - 24 Heures pour Les 3 Suisses) ne permettait pas de mettre en exergue de la même manière les autres conditions contractuelles, à savoir la gratuité et la garantie d'un remboursement en cas de dépassement du délai de livraison.

Il est à noter que la publicité comparative peut être directe ou indirecte. La tentation est en fait grande de faire référence de manière directe ou indirecte aux produits et services concurrents pour mettre en lumière les qualités et les avantages de ses propres produits et services.

l'existence d'une procédure pénale pour contrefaçon et abus de confiance qui dépassent, dans leur formulation, la simple information. Il a ainsi cherché à faire pression sur les tiers pour qu'ils s'adressent à lui, en jetant le discrédit sur les activités de son concurrent.

1682 La doctrine distingue le dénigrement par omission (par exemple en ne faisant pas figurer un concurrent sur une liste de fournisseurs recommandés) du dénigrement par inclusion. TOPPORKOFF (M), op.cit, p.107.

1683 Cass.com, 6 Mars 1978, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « mais attendu, d'une part, que l'arrêt, qui relevé dans la brochure incriminée que la chambre syndicale nationale des entreprises et industries de l'hygiène publique regroupe et contrôle les "fabricants sérieux" et attribue son label de qualité à ses adhérents du seul fait de leur adhésion, retient que des lors ces derniers pourraient ainsi se prévaloir d'une supériorité injustifiée entraînant une comparaison défavorable, confinant au dénigrement, pour les non-adhérents à cet organisme, qui ne peuvent dès lors être considérés par la clientèle comme des fabricants sérieux » ; CA Versailles, 10 Mai 1995, <https://www.doctrine.fr/> : la société Campagne pour les pharmaciens de France a été condamnée pour avoir, par son slogan « en pharmacie on achète des cosmétiques sûrs », dénigré l'ensemble des fabricants de cosmétiques ; TGI Paris, 6 décembre 1996, <http://lentreprise.lexpress.fr/> : De même, la publicité pour un aérosol d'eau de mer qui affirme que celui-ci est " le seul spray marin garanti stérilisé sans recours aux rayonnements gamma d'ions actifs " laisse faussement supposer que les autres sprays font l'objet d'une telle stérilisation ;

Adde : CA Paris, 18 Mai 2005, <https://www.doctrine.fr/> : « Qu'en ajoutant qu'il s'agit des « seuls desserts 100 % naturels du marché » ou qu'elle " propose la seule île flottante 100 % naturelle ", la société LHT dénigre ses concurrents en laissant sous-entendre, sans en rapporter la preuve, que les produits offerts à la vente par ces derniers ne présentent pas les mêmes qualités ; Que ces allégations hyperboliques et inexacts discréditent dans l'esprit du consommateur les autres produits laitiers et constituent à l'encontre de la société SENOBLE qui fabrique et commercialise des produits de même nature des actes de concurrence déloyale. »

1684 CA Douai, 2 Octobre 1995, <https://www.cairn.info/>.

II. Le dénigrement individuel ou collectif :

Le dénigrement individuel¹⁶⁸⁵ vise une entreprise ou une personne, explicitement désignée ou non, mais non l'ensemble d'une profession ou d'un groupe d'entreprises. A l'inverse, le dénigrement collectif ¹⁶⁸⁶consiste à critiquer soit une profession, soit un type de produits en général.

A. Le dénigrement individuel

Il peut être mis en relief par la mention générale mais dénigrante du concurrent visé. Il en est ainsi d'un opérateur de réseau téléphonique qui utilisait l'accroche « Encore client de France Télécom ? » pour faire valoir que son tarif était plus avantageux que celui de l'opérateur France Télécom¹⁶⁸⁷. Ce comportement a été jugé dénigrant, notamment en raison de la disproportion existant entre le caractère général de la question posée, qui mettait très fortement en doute l'existence de motifs suffisants pour rester client de France Télécom et les différences de tarif existant entre les deux opérateurs.

Au surplus, de nombreuses affaires mettent en relief l'opposition publicitaire entre le présent (censé être représenté par l'auteur de faits litigieux) et le passé (censé être représenté par le demandeur critiqué). Généralement, les cas de cette nature donnent lieu à condamnation de leur auteur : « Tout message tentant de recréer entre deux entreprises l'opposition des Anciens et des Modernes est nécessairement perçu comme dénigrant par les juges ». Il en est ainsi de l'éditeur d'un site Internet dans le secteur médical qui avait dénigré l'un de ses concurrents, qualifiant les services proposés par celui-ci d' « obsolètes » et de « pratiques d'un autre âge »¹⁶⁸⁸.

Enfin, le dénigrement individuel peut être caractérisé par la critique générale des produits ou services d'un concurrent non désigné mais aisément reconnaissable. Ainsi, la SNCF avait réalisé une campagne publicitaire (ou radiophonique) mettant en scène des personnages qui insistaient assez lourdement sur les désagréments divers qui peuvent être liés au transport aérien¹⁶⁸⁹. Elle visait de cette façon à créer un contraste entre ces désagréments et les avantages (réels ou supposés) du transport ferroviaire. Elle concluait que « tout autre choix [que celui du transport par train] ne serait pas très professionnel ». Aucun concurrent n'était clairement identifié mais compte tenu de sa part dans le transport aérien, Air France s'est estimé visée et victime d'un dénigrement. La Cour d'appel de Paris lui a donné raison.

1685 TOPPORKOFF (M), op.cit, p.107.

1686 Ibid.

1687 T.com.Paris, 16 juillet 2004 <http://www.legalnewsnotaires.fr/>.

1688 CA Paris, 11e ch. sect. civ. A, 2 juin 2004, <http://www.legipresse.com/>

1689 CA Paris, 25ème ch, 28 Septembre 2007, inédit.

B. Le dénigrement collectif

Ce fut le cas de la publicité de Carrefour mettant en scène un petit épicier dont le nez s'allonge en voyant ses clients partir chez Carrefour et dont la légende était « Pas de prix choc, pas de prix réclame, pas de prix boum, pas d'attrape-nigaud, Carrefour vend toute l'année tous les articles de tous ses rayons aux prix les plus bas ». Cela fut considéré comme une publicité injurieuse à l'encontre des épiciers traditionnels, dont les méthodes étaient qualifiées d'attrape-nigaud¹⁶⁹⁰.

Au plus, à l'occasion d'un test comparatif, une organisation de consommateurs et un producteur de jus d'orange « classiques » (c'est-à-dire destinés à être conservés au froid) avaient publié un article qualifiant certains jus de fruits pouvant se conserver à température ambiante de « vrais-faux jus d'orange »¹⁶⁹¹. Saisie par l'association professionnelle concernée, la cour d'appel de Paris a jugé que cette expression était constitutive d'un dénigrement fautif.

Par ailleurs, la société Orangina avait utilisé pour la publicité de son produit Orangina Light (qui ne comporte pas de sucre) un film comportant des personnages figurant des morceaux de sucre en tant que tels et représentées comme balourds, indésirables et ridicules¹⁶⁹². Le centre d'études et de Documentation du Sucre (CEDUS) a alors intenté une action contre la société Orangina Schweppes. La cour d'appel de Versailles, a notamment considéré que la forme humoristique de ce film ne pouvait en excuser le caractère excessif et dénigrant. Le pourvoi à l'encontre de cette décision a été rejeté par la cour de cassation.

Le dénigrement a été retenu en outre à l'encontre d'un fabricant de cigarettes. Celui-ci avait diffusé une publicité donnant faussement à penser que le tabagisme passif serait moins nocif que la consommation de biscuits, même en très petite quantité.¹⁶⁹³

Au demeurant, la revendication d'une supériorité fausse ou réelle par rapport à ses concurrents est considérée comme un acte de dénigrement. En effet, le fait pour une entreprise de se présenter (elle-même ou ses produits) comme offrant une supériorité par rapport à ses concurrents (ou à leurs produits) est constitutif de concurrence déloyale. Il en est ainsi de l'utilisation par la société

1690 CA Bordeaux, 3 mars 1971, <http://www.argusdelassurance.com>

1691 Cass. civ, 30 Mai 2006, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : L'arrêt estime que les informations présentées comme des précisions apportées au test comparatif publié par une revue constituent des allégations fausses et malveillantes.

1692 Cass.com, 30 Janvier 2007, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Mais attendu qu'ayant relevé que le film litigieux présente le sucre sous la forme d'un personnage ridicule et donne du produit une image dévalorisante, l'arrêt retient, par motifs propres, qu'à travers cette image il est porté une appréciation péjorative sur le produit "sucre", qui ne saurait être excusée par la forme humoristique du film, et par motifs adoptés, que le message publicitaire contribue à la dégradation, dans l'esprit des consommateurs, de l'image du sucre qui se trouve de facto dénigré ; qu'ayant ainsi caractérisé le dénigrement porté sur le produit "sucre" par la publicité litigieuse, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »

1693 CA Paris, 24 septembre 1996, préc

Triballat des slogans publicitaires « 100 % naturel, qui peut en dire autant ? » et « les seuls desserts 100 % naturels », alors que ses produits laitiers comportaient des conservateurs¹⁶⁹⁴.

Paragraphe 2 : la publicité comparative

La publicité comparative est définie comme toute publicité qui met en comparaison les caractéristiques ou les prix ou les tarifs des biens, produits ou services en utilisant soit la citation ou la représentation de la marque de fabrique, de commerce ou de service d'autrui, soit la citation ou la représentation de la raison sociale ou de la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne d'autrui¹⁶⁹⁵.

I. Les conditions de licéité de la publicité comparative

L'article 65 alinéa 2 de la loi n° 77-03 prévoit que lorsque la publicité contient une comparaison, celle-ci ne doit pas être de nature à induire en erreur les consommateurs et doit respecter les principes de la concurrence loyale. Les éléments de comparaison doivent s'appuyer sur des faits objectivement vérifiables et choisis loyalement ». Au demeurant, la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur a repris cette définition et renforcé le régime juridique de la publicité comparative. Ainsi, la publicité comparative est définie comme toute publicité qui met en comparaison les caractéristiques ou les prix ou les tarifs des biens, produits ou services en utilisant soit la citation ou la représentation de la marque de fabrique, de commerce ou de service d'autrui, soit la citation ou la représentation de la raison sociale ou de la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne d'autrui¹⁶⁹⁶.

De surcroît, l'article 22 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur énonce les conditions de licéité de la publicité comparative. En effet, la publicité comparative n'est autorisée que si elle est loyale, véridique et qu'elle n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur¹⁶⁹⁷.

D'autres conditions sont à respecter selon l'objet de la publicité comparative. Si celle-ci porte sur des caractéristiques, ces dernières ne peuvent être que des caractéristiques essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables de biens ou services de même nature et disponibles sur le marché¹⁶⁹⁸. Au cas où la comparaison porte sur les prix, elle doit concerner des produits ou services identiques, vendus dans les mêmes conditions et indiquer la durée pendant laquelle sont maintenus les prix mentionnés comme siens par l'annonceur¹⁶⁹⁹.

1694 CA Paris, 18 Mai 2005, <https://www.doctrine.fr/>

1695 Article 22 alinéa 1 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

1696 Article 22 alinéa 1 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

1697 Article 22 alinéa 2 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

1698 Article 22 alinéa 3 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

1699 Article 22 alinéa 4 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

Ainsi, constitue une publicité comparative licite celle dans laquelle son auteur avait choisi les paramètres qui lui étaient les plus favorables, et qui étaient exacts¹⁷⁰⁰. Il en va de même du fait pour un distributeur de pièces de rechange, de présenter dans son catalogue des pièces utilisables pour des appareils de marque renommée, alors qu'il n'y a pas de confusion possible entre l'origine des produits de marque et ceux qui sont revêtus de la sienne¹⁷⁰¹.

Un arrêt original a décidé que, dans la mesure où il n'existait sur le marché que deux entreprises, la comparaison ne pouvait être effectuée qu'avec le compétiteur direct et qu'une comparaison spirituelle, amusante et non dénigrante n'était pas fautive¹⁷⁰².

II. La publicité comparative illicite

A. Généralités

En dehors du respect des conditions légales, la publicité comparative est considérée comme illicite. Son auteur aura selon les cas la possibilité de saisir soit les autorités judiciaires soit les autorités administratives pour faire cesser la diffusion de la publicité et/ou accorder des dommages et intérêts à la partie victime de la publicité interdite¹⁷⁰³. Le choix de la saisine du conseil supérieur de la communication audiovisuelle ou de la justice dépend en particulier du

1700 Cass.com 18 Juin 1996, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « ayant constaté que des graphiques comparatifs étaient suivis de l'avertissement selon lequel " juger sainement un canon à neige exige de prendre en compte d'autres critères que la courbe de production et ce n'est pas forcément aisé " et que si l'auteur de la publicité a choisi des paramètres qui lui étaient favorables, il ne s'est appuyé que sur des renseignements exacts, une cour d'appel a pu en déduire que la publicité n'était pas déloyale »

1701 CJCE 25 Octobre 2001, <https://www.doctrine.fr/> :

« Ainsi qu'il a été constaté au point 39 du présent arrêt, la mention des numéros d'articles du fabricant d'appareils en regard des numéros d'articles d'un fournisseur concurrent constitue l'affirmation de l'existence d'une équivalence quant aux caractéristiques techniques des deux produits, c'est-à-dire une comparaison au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous c), de la directive 84/450 modifiée.

Il convient cependant de vérifier en outre si cette mention pouvait avoir pour effet de créer dans l'esprit du public visé par la publicité une association entre le fabricant d'appareils dont les produits sont identifiés et le fournisseur concurrent, en ce que le public transférerait la réputation des produits de ce fabricant aux produits du fournisseur concurrent.

Pour ce faire, il importe de prendre en considération la présentation globale de la publicité contestée. En effet, le numéro d'article du fabricant d'appareils peut n'y être qu'une mention parmi d'autres relatives à ce fabricant et à ses produits. La marque du fournisseur concurrent et la spécificité de ses produits peuvent aussi être mises en évidence de telle sorte qu'aucune confusion ni association n'est possible entre ledit fabricant et le fournisseur concurrent ni entre leurs produits respectifs.

En l'espèce, il apparaît que Katun pouvait difficilement comparer ses produits à ceux de Toshiba Europe sans se référer aux numéros d'articles de cette dernière. Il semble par ailleurs ressortir des exemples de listes de pièces de rechange et de consommables de Katun reproduites dans l'ordonnance de renvoi qu'elles opèrent une distinction claire entre l'identité de Katun et celle de Toshiba Europe, en sorte qu'elles n'apparaissent pas créer de fausses impressions concernant l'origine des produits de Katun »

1702 CA Versailles, 26 Juin 1997, <http://www.modelo.fr/> : La société Daregal qui avait utilisé à titre publicitaire le slogan « des résultats que certains imaginent et que d'autres célèbrent » en réponse au slogan d'un concurrent « Gyma, j'imagine » n'a pas été sanctionné, la CA de Versailles considérant que cette référence était spirituelle et amusante et ne caractérisait pas un dénigrement.

1703 La réparation du dommage subi par la diffusion de la publicité ne peut être accordée

procédé publicitaire utilisé¹⁷⁰⁴ et de la qualité du plaignant. L'intérêt de saisir les autorités judiciaires réside surtout dans la réparation du dommage subi par la diffusion de la publicité qui ne peut être accordé qu'en vertu d'une action en responsabilité civile.

Ainsi, le conseil supérieur de la communication audiovisuelle a interdit un spot publicitaire violant les exigences de la publicité comparative. Il s'agit de la campagne publicitaire dénommée « Jawal Jeune » diffusée sur les deux chaînes de télévision pour la promotion du service de la téléphonie mobile de la société Maroc Telecom¹⁷⁰⁵. Le troisième spot publicitaire de cette campagne met en scène un acteur dans une région montagneuse portant une tenue militaire, attentif à un commentaire en langue française au sujet des nouveaux services de la société Maroc Telecom, dans les termes suivants : 1- "La couverture la plus large et la meilleure qualité du réseau, c'est chez Maroc Telecom et nulle part ailleurs." 2-"les promotions les plus généreuses, c'est chez Maroc Telecom et nulle part ailleurs." 3-"les bonus les plus avantageux, c'est toujours chez Maroc Telecom et nulle part ailleurs." Après avoir écouté ce commentaire, l'acteur mis en scène pose la question suivante en langue française : « Et qu'est-ce qu'il y a ailleurs ? » ; et après un silence de quelques secondes, la réponse survient, en image et en son, sous forme d'une explosion en arrière-plan. Selon le Conseil supérieur de la communication audiovisuelle : le but de ce spot, est de mettre en exergue différents avantages de services de la société Maroc Telecom dont le service « Jawal Jeune » et de dénier de manière catégorique l'existence d'offres ou de services similaires ailleurs, c'est-à-dire chez tout autre opérateur de téléphonie mobile. Cette instance souligne par ailleurs que comme le marché marocain de la téléphonie mobile, concerné par les services objet de cette publicité, ne comprend que deux opérateurs, l'identification du concurrent visé par le message publicitaire en cause est dès lors aisée. Le Conseil supérieur de la communication audiovisuelle a déduit que les commentaires et allusions contenus dans ce spot, ainsi que la scène et la détonation de l'explosion, eu égard aux multiples et différentes interprétations qu'elles peuvent susciter et des impressions qu'elles donnent aux téléspectateurs (consommateurs), sont de nature à induire les consommateurs en erreur.

1704 En effet, la loi n° 77-03 régit la communication audiovisuelle à l'article 1 paragraphe 1 : « toute mise à la disposition du public ou de catégorie de public, par un procédé de télécommunications, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée »

1705 Décision du CSCA n° 07-05 du 20 rabii I 1426 (29 avril 2005) relative à la campagne publicitaire dénommée «Jawal Jeune»

B. La publicité comparative dénigrante

La publicité comparative constitue par ailleurs un acte de concurrence déloyale, notamment lorsqu'elle est dénigrante¹⁷⁰⁶. Afin qu'une publicité comparative soit considérée comme telle et être interdite, des exigences supplémentaires¹⁷⁰⁷ s'imposent conformément à l'article 2 paragraphe 3 f) de la loi n° 77-03 relative à la communication audiovisuelle. Cette disposition interdit la publicité comportant le dénigrement d'une entreprise, d'une organisation, d'une activité industrielle, commerciale, agricole ou de services ou d'un produit ou d'un service, que ce soit en tentant de lui attirer le mépris ou le ridicule public ou par tout autre moyen.

Il est à souligner que le contentieux marocain est diversifié en matière de publicité dénigrante depuis la création de la Haute autorité de la communication audiovisuelle par le dahir n° 1-02-212 du 31 Août 2002. Cet agissement déloyal va être illustré aussi bien par des arrêts de la cour d'appel de Casablanca que des décisions du Conseil supérieur de la communication audiovisuelle.

1. La jurisprudence du Conseil supérieur de la communication audiovisuelle.

Le Conseil supérieur de la communication audiovisuelle a eu à se prononcer sur le dénigrement en matière de publicité à plusieurs reprises.

Ainsi, Il a interdit la campagne publicitaire télévisée de la société MEDI TELECOM sur le thème "engagements tapis rouge" en raison du caractère dénigrant de ses messages comportent chacun deux séquences¹⁷⁰⁸. La première présente la qualité médiocre, voire même l'absence de services, d'un opérateur de téléphonie mobile (défaut de réponse à la réclamation d'un client, réparation d'un téléphone mobile au moyen d'un ruban adhésif, indifférence à l'attente des clients venus régler leur facture). Quant à la séquence, elle use du slogan "Abonnement Méditel. Un monde unique de privilèges" et fait, par contre, l'éloge des services de téléphonie mobile de la société Médi Telecom (traitement rapide des réclamations des clients, prêt d'un portable en cas de panne, règlement rapide des factures). Ces messages mettent en comparaison les services de téléphonie mobile de la société Médi Telecom et ceux, de même nature, d'un autre opérateur au sujet de leurs caractéristiques, de leur qualité, de l'état de leurs points de vente et de la disponibilité du personnel. Comme, le marché marocain concerné par les services objet de cette publicité n'est

1706 L'usage de la marque du concurrent dans une publicité comparative illicite peut en même temps constituer une contrefaçon. V notamment CA, 10 Septembre 1999, <https://www.doctrine.fr/>: Le tribunal a retenu que deux publicités parues dans CB NEWS en mars et en novembre 1995 étaient tendancieuses et dénigrantes, constitutives de concurrence déloyale, et qu'en reproduisant les marques et logo d'EUROPE 1 elles contrefaisaient ces marques et portaient atteinte aux droits d'auteur sur le logo.

1707 Outre celles exposées au I (les conditions de licéité de la publicité comparative) p 347 et s.

1708 Décision du CSCA n° 05-05 du 23 moharram 1426 (4 mars 2005) relative à la campagne publicitaire télévisée de la société Médi Telecom sur le thème "ENGAGEMENTS TAPIS ROUGE", <http://www.haca.ma/>

constitué que de deux opérateurs, en matière d'offre de services de téléphonie mobile, l'identification implicite du concurrent visé est dès lors aisée. En conséquence, les messages publicitaires objet du litige « conduisent à discréditer l'opérateur concurrent de la société Médi Telecom, à le dénigrer, à le ridiculiser et à lui attirer le mépris du public »¹⁷⁰⁹.

Il en va de même du spot publicitaire diffusé sur Radio MEDI 1 pour la promotion des produits et services « SHELL » qui a été interdit tant qu'il ne sera expurgé des expressions « la seule » et « les seuls » dans sa version française et arabe¹⁷¹⁰. Le Conseil supérieur de la communication audiovisuelle a jugé que ce spot ne respecte pas les conditions de la publicité comparative énoncées à l'article 65 alinéa 2 de la loi n°77-03 telle que modifiée et complétée. Il présente en outre un caractère trompeur et dénigrant.

Ce spot publicitaire, dans sa version française¹⁷¹¹, vante les particularités des stations de distribution des carburants « SHELL » sous forme d'un dialogue. Un premier consommateur affirme : « Ils sont les seuls à avoir dans chaque station un expert qualité qui veille sur la qualité des carburants ». Un second consommateur ajoute que : « Shell est seule à avoir et des experts qualité sur ses stations et des laboratoires mobiles » (...).

Les affirmations, tel que « Shell » est « la seule à avoir dans chaque station un expert qualité », et qu'elle est « la seule à avoir et des experts qualité sur ses stations et des laboratoires mobiles » ne peuvent être confirmés objectivement à partir du seul contenu du spot publicitaire. Le spot publicitaire sous-entend que toute personne désirant utiliser des combustibles obéissants aux normes de qualité, doivent se diriger exclusivement vers les stations « Shell », parce qu'elles sont les seules à disposer, contrairement à leurs concurrentes, de ce que le spot a qualifié d'experts qualité et de laboratoires mobiles. Il en ressort que les commentaires et allusions contenus dans ce spot, eu égard aux multiples et différentes interprétations qu'ils peuvent susciter et des impressions qu'ils donnent aux auditeurs, sont de nature à induire ces derniers en erreur et à porter préjudice aux intérêts des entreprises concurrentes. De même l'utilisation d'expressions comme « les seuls » et « la seule », ou de toutes expressions analogues, de portée générale et absolue, peuvent être source de confusion et de contestation. Le Conseil supérieur de la communication audiovisuelle en déduit la nécessité d'éviter leur utilisation chaque fois que

1709 Ibid.

1710 Décision du CSCA N° 04-06 du 06 mars 2006 relative au spot publicitaire diffusé sur Radio MEDI 1 pour la promotion des produits et services « SHELL », <http://www.haca.ma/>

1711 De même dans sa version arabe, ce spot met en exergue les particularités des stations de distribution des carburants

« SHELL », par la voix d'un père s'adressant à son fils dans les termes suivants :

"شال هي الوحيدة لي عندها مختصين بالجودة في المحطات وفي نفس الوقت مختبرات متجولة"

l'annonceur n'est pas en mesure de prouver, par le seul contenu du spot publicitaire, qu'elles correspondent à une réalité précise et identifiable comme telle.

Le Conseil supérieur de la communication audiovisuelle a fait référence à cette décision¹⁷¹² pour interdire un spot publicitaire faisant la promotion du groupe « ADDOHA », diffusé par la SNRT sur la TVM et par SOREAD-2M. En effet, le raisonnement adopté dans cette décision¹⁷¹³ est transposable à l'affirmation « le groupe ADDOHA, premier groupe immobilier »¹⁷¹⁴, qui n'est étayée par aucun argument dans le spot et qui, de ce fait induit les consommateurs en erreur.

Enfin, constitue une publicité interdite le spot faisant la promotion du produit détergeant « OMO MATIC » diffusé sur 2M. Ce spot publicitaire adopte une approche comparative en vue de mettre en exergue les qualités et les spécificités inhérentes à ce produit. Mais, en l'absence d'éléments de comparaison objectifs et correspondants à une réalité précise et identifiable, le spot ne respecte pas les principes de la concurrence loyale. Ainsi, il discrédite les produits concurrents et incite expressément le public à ne plus les acheter.

D'une part, les allusions et les affirmations verbales et imagées de ce spot visent à mettre en valeur les qualités exceptionnelles du produit « OMO MATIC » tout en affirmant que les produits concurrents « ne peuvent pas aboutir à une propreté similaire »¹⁷¹⁵.

D'autre part, le spot comporte la comparaison du produit « OMO MATIC » avec le produit concurrent « ARIEL » qui est clairement mis en présence par le biais de la représentation imagée de son conditionnement. Dans cette publicité, ce dernier se fait écarter par le produit objet de la campagne publicitaire, suivi de la phrase : « la meilleure poudre à lessive pour le lavage automatique ». Pareillement, le spot comporte des allégations qui sont de nature à induire en erreur les téléspectateurs en présentant le produit comme étant « le meilleur », sans que cette allégation ne s'appuie sur des faits objectivement vérifiables.

2. La jurisprudence de la cour d'appel de commerce de Casablanca

Cette juridiction a considéré déloyale la publicité comparative de la société Savola Maroc ainsi que celle du groupe Lesieur Cristal dans deux affaires en 2007 les opposant l'une à l'autre.

Le premier litige est relatif à une publicité diffusée sur la chaîne télévisée 2M faisant la promotion de l'huile HALA produite et commercialisée par SAVOLA MAROC¹⁷¹⁶. Elle met en

1712 Décision du CSCA N° 04-06 du 06 mars 2006 relative au spot publicitaire diffusé sur Radio MEDI 1 pour la promotion des produits et services « SHELL », <http://www.haca.ma/>

1713 « L'utilisation d'expressions comme « les seuls » et « la seule », ou de toutes expressions analogues, de portée générale et absolue, peuvent être source de confusion et de contestation, d'où la nécessité d'éviter leur utilisation chaque fois que l'annonceur n'est pas en mesure de prouver, par le seul contenu du spot publicitaire, qu'elles correspondent à une réalité précise et identifiable comme telle »

1714 « ... هنا سلا، على ضفة بورقراق، فين غدي تبنا مشاريع مجموعة الضحى، أول مجموعة عقارية »

1715 « تمنحك نظافة مثالية ما يقدروش عليها الخرين »

1716 Casablanca.com, 10 Avril 2007, n°17/06/3364, inédit

comparaison ce produit et une autre huile qualifiée d'impure et impropre. La publicité ne cite pas le nom de l'huile concurrente. Toutefois, la bouteille qui la représente a un emballage orange et un bouchon rouge. Et surtout, l'annonceur précise que l'huile concurrente est connue au Maroc. La cour d'appel de commerce de Casablanca a qualifié cette publicité comme contraire à l'article 184 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée car elle dénigre le produit concurrent de Lesieur Cristal. Cela tient au fait que seule cette société produit et commercialise des huiles ayant un emballage orange et un bouchon rouge. A plus forte raison, Lesieur Cristal est un concurrent de SAVOLA MAROC : ce groupe détient 65 % des parts sur le marché des huiles de tables et est notoire.

La seconde affaire a trait à une publicité diffusée sur les chaînes télévisées 2M et TVM faisant la promotion de l'huile de maïs de Lesieur Cristal¹⁷¹⁷. Ce spot compare ce produit à une autre huile symbolisée par une forme ovale, un emballage et un bouchon jaune. Il suggère également le dessin du maïs qui est caractéristique des huiles de table (à base de maïs) des parties en cause sur le marché marocain. La cour d'appel de commerce de Casablanca précise que les allégations et expressions employées par la publicité nuisent, discréditent et portent atteinte à la réputation du concurrent de Lesieur Cristal. Le contenu de ces affirmations n'est pas détaillé dans l'arrêt. Cette juridiction se contente de condamner pour concurrence déloyale l'auteur de la publicité en question sur la base du dénigrement et du détournement de la clientèle. Elle motive son jugement par le fait que seul le produit concurrent de SAVOLA MAROC nommé AFIA correspond à la description utilisée dans la publicité. A fortiori, le marché marocain des huiles de tables (à base de maïs) ne compte que deux producteurs, en l'occurrence Lesieur Cristal et SAVOLA MAROC.

1717 Casablanca.com, 26 Juillet 2007, n°17/06/3207, inédit

CHAPITRE 3 : LA DESORGANISATION

La désorganisation est un dommage certain, significatif¹⁷¹⁸ et illicite¹⁷¹⁹ subi par une organisation économique constituée par la perte d'un outil concurrentiel de l'organisation ou par la perte de la valeur concurrentielle nécessaire à son fonctionnement¹⁷²⁰. La notion de valeur concurrentielle désignerait l'utilité, l'aptitude dans la lutte concurrentielle, de tout moyen de concurrence : moyens de commercialisation, moyens de production, savoir-faire, image de marque et réputation de l'entreprise¹⁷²¹. Ainsi, l'appropriation ou la divulgation du savoir-faire¹⁷²² d'une entreprise désorganise sûrement sa production¹⁷²³. Cet acte rompt l'égalité dans les moyens de concurrence et constitue à ce titre un acte de concurrence déloyale¹⁷²⁴. À la différence du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, le détenteur d'un savoir-faire ne dispose pas de l'action en contrefaçon, mais seulement d'une action en responsabilité civile délictuelle fondée sur la preuve de la faute de l'usurpateur. A ce propos, la jurisprudence affirme que l'action en concurrence déloyale a précisément pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif¹⁷²⁵.

Pratiquement, les cas de désorganisation, dans leur grande majorité sont rarement à eux seuls constitutifs de concurrence déloyale¹⁷²⁶. Ils sont qualifiés comme tels car les manœuvres qui les accompagnent manifestent un abus de la libre concurrence. La désorganisation apparaît alors comme la faute la plus marquée par le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale¹⁷²⁷. A cet égard, divers procédés permettent de détourner le savoir-faire d'un concurrent tels que le débauchage, la constitution d'une entreprise concurrente, l'espionnage

1718 Distinct d'une simple perturbation.

1719 L'intention de nuire n'est pas requise.

1720 TEXIER (M), 2006, La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Presses Universitaires de Perpignan, Perpignan, n° 643, p.520. Cette définition reflète l'ambition de la thèse qui ne se cantonne pas au droit de la concurrence. Il s'agit dans cette étude de démontrer que la désorganisation, - concept générique, jamais répertorié par les dictionnaires juridiques - que Muriel TEXIER qualifie de notion émergente peut accéder à la vie juridique en transcendant tout le droit de l'entreprise, qu'il s'agisse du droit des affaires ou du droit spécial. Ainsi divers aspects de la désorganisation sont étudiés : pratiques restrictives, revente à perte, rupture brutale des relations commerciales, absence du salarié en raison de la maladie non professionnelle dont il est affecté, exercice du droit de grève, couponnage électronique, débauchage de salariés...

1721 VIENNOIS (J-P), 1999, La distribution sélective, Contribution à l'étude du droit de la concurrence, Litec, coll.Bibl.dr.de l'ent, Paris, tome 41, p.17.

1722 Voir supra 55 et s sur la distinction entre le savoir-faire et les secrets de fabrique

1723 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 767, p 627.

1724 Ibid.

1725 Cass.com, 3 Octobre 1978, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1726 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 757, p 620.

1727 Ibid.

industriel ou commercial. De même, certains contrats en particulier les contrats de distribution peuvent être l'occasion ou le moyen de s'approprier illicitement le savoir-faire des concurrents.

Section 1 : Les procédés de détournement du savoir-faire

Paragraphe 1 : Le débauchage du salarié

Une entreprise est libre d'embaucher les anciens salariés de son concurrent. Ce principe découle naturellement de la liberté de concurrence et de la liberté du travail. Dès lors que l'embauche s'effectue dans des conditions régulières, elle n'est pas en soi fautive¹⁷²⁸. De même, le principe de la liberté du travail autorise un salarié à mettre fin à son engagement pour exercer une activité pour le compte d'un nouvel employeur. Il n'est pas permis à ce dernier de discuter et d'arrêter les clauses d'un contrat de travail et de s'engager à embaucher le salarié du concurrent, avant même que ce salarié ait fait connaître à celui-ci son intention de le quitter¹⁷²⁹. En revanche, une entreprise commet une faute de concurrence déloyale si elle emploie un salarié encore dans les liens de son contrat de travail ou lié par une clause de non concurrence¹⁷³⁰. En effet, il est classiquement admis qu'un acte de concurrence déloyale est commis par le nouvel employeur qui embauche un travailleur lié par une clause de non-concurrence et qui méconnaît sciemment l'existence de cette clause¹⁷³¹. Il y a là une intrusion fautive de sa part en faisant obstacle à la protection contre la concurrence que le précédent employeur avait élaborée¹⁷³². Ainsi, « la désorganisation d'une entreprise constitutive de concurrence déloyale, peut résulter notamment du débauchage de son personnel dans la mesure où celui-ci représente un élément fondamental dans la lutte concurrentielle par l'accès qu'il a pu avoir au savoir-faire de son employeur et les relations qu'il a pu nouer avec la clientèle. Il en est ainsi dans une affaire dans laquelle le nouvel employeur d'un salon de coiffure situé à 1295 mètres de celui de l'ancien employeur employait deux salariés ayant souscrit une clause de non-concurrence s'appliquant dans un rayon de 2000 mètres à vol d'oiseau de l'ancien salon. Il s'est rendu complice de la violation de cet engagement et, ce faisant, a désorganisé la protection contre la concurrence que l'ancien employeur avait établi à son profit »¹⁷³³.

Même en dehors de tout engagement entre l'employeur et le salarié, des moyens déloyaux apparaissent lorsque l'embauche du personnel n'a d'autre fin que de recueillir les secrets de l'organisation concurrente. Il est généralement admis qu'une faute est constituée dès lors que

1728 Cass.com, 5 Février 1991, <https://www.legifrance.gouv.fr/> ;

1729 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 765, p 626.

1730 Ibid.

1731 TEXIER (M), op.cit, n° 409, p 307.

1732 Ibid

1733 CA Paris 10 Avril 1995, TEXIER (M), op.cit, n° 409, p.307. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté : Cass.com, 25 Avril 2001, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

l'embauche est réalisée afin de détourner le savoir-faire de la société rivale. C'est ce qui apparaît dans une décision de la cour de Cassation qui affirme que « la Cour d'appel a pu en déduire sans méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie que la société M. avait commis une faute de concurrence déloyale en s'appropriant, avec le concours de ses anciens employés de la société S.C.M, son savoir-faire technique »¹⁷³⁴. Mais une difficulté surgit en la matière et concerne la distinction entre le savoir-faire et l'expérience acquise par le salarié lors de son séjour au sein de l'entreprise alors qu'il était libre de tout engagement¹⁷³⁵. En effet, il est de jurisprudence constante qu'aucune faute n'est constituée lorsque le nouvel employeur bénéficie des connaissances de salariés qu'ils ont acquises pendant les années passées au service d'un concurrent¹⁷³⁶.

Paragraphe 2 : La constitution d'une entreprise concurrente

L'entreprise nouvellement créée dans des conditions susceptibles de détourner la clientèle doit s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale.

Le reproche le plus fréquemment adressé à l'entreprise nouvelle est le démarchage de la clientèle¹⁷³⁷. Cet acte n'est pas en soi déloyal, la clientèle étant libre de s'adresser à qui bon lui semble. Toutefois, ce choix ne doit pas être le résultat de manœuvres déloyales. Autrement dit, la captation de la clientèle est libre ce qui participe à la fluidité du marché. Mais un usage excessif de cette liberté ne saurait être toléré. Par conséquent, lorsqu'un élément très convoité par l'organisation, comme peut l'être la clientèle, est affecté, il est nécessaire qu'un comportement fautif soit relevé, pour pouvoir procéder à la qualification de désorganisation. Le démarchage interdit en raison de la commission d'un acte fautif découle de l'évolution de la jurisprudence française vers une analyse satisfaisante en la matière¹⁷³⁸. Pendant un temps, le démarchage était interdit en lui-même ce qui a conduit à douter de la licéité du dommage concurrentiel¹⁷³⁹.

Désormais, la jurisprudence française exige la preuve de l'acte fautif à l'origine de la désorganisation comme le précise la Chambre commerciale de la cour de cassation dans un arrêt en date du 11 Février 2003¹⁷⁴⁰. Elle a cassé le pourvoi contre une décision ayant condamné un

1734 Cass.com, 12 Décembre 1995, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1735 TEXIER (M), op.cit, n° 418, p.312.

1736 Ibid. Notamment Cass.crim, 12 Juin 1974, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : « Que s'il est vrai que cet ingénieur ne pouvait faire table rase de l'acquit obtenu dans l'exercice de ses fonctions antérieures, il avait cependant le devoir de ne pas divulguer les secrets de fabrique que lui avaient confiés son précédent employeur » ; Dans le même sens : Civ, 17 Mars 1983, Dossiers et brevets 1984.VI.1, D.1986.IR.139, obs J.MOUSERON ET J.SCHMIDT : L'employé recruté souscrit l'obligation de mettre à la disposition de l'employeur les compétences acquises dans et par ses précédents employeurs

1737 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 759, p 621.

1738 TEXIER (M), op.cit, n° 425, p.318.

1739 Ibid.

1740 TEXIER (M), op.cit, n° 430, p.321.

employeur pour concurrence déloyale sans établir le caractère confidentiel des informations qui auraient été détenues par la salariée et qui auraient relevé d'un savoir-faire propre à l'employeur qu'elle avait quitté. Elle n'a alors fait que constater le démarchage non fautif de la clientèle et des prestataires de services d'un concurrent ainsi que l'utilisation d'une carte géographique dont elle n'a pas relevé qu'elle permettrait d'identifier ce seul concurrent ». Dans la même veine, les anciens salariés sont parfaitement libres d'exploiter le savoir-faire acquis au sein de leur ancienne entreprise dès lors qu'ils ne commettent aucun détournement de secret de fabrication et qu'ils ne violent aucune clause de confidentialité¹⁷⁴¹. Il faut en effet établir le caractère confidentiel de l'information en cause ce qui oblige l'entreprise de se prémunir contre ce risque.

Par ailleurs, l'entreprise nouvelle ne doit pas gagner sa clientèle par l'usage de procédés fautifs. La création d'une entreprise ne doit pas en particulier se traduire par la mise en commun de moyens acquis auprès d'un ancien ou actuel employeur afin de détourner la clientèle, de s'approprier des secrets de fabrication ou de pratiquer un pillage systématique d'informations, de projets et de documents causant un préjudice commercial et financier à l'entreprise victime de ces procédés¹⁷⁴².

En droit marocain, seul, un arrêt de la cour de cassation a été accessible sur ce point¹⁷⁴³. Il condamne le salarié qui a constitué une société concurrente à celle de son employeur en raison de la divulgation des moyens, des informations et des méthodes spécifiques qui lui sont propres. Cet agissement a été jugé à la fois comme une violation du contrat de travail et une faute grave justifiant le licenciement du salarié.

En droit français, les juges de fond ont caractérisé des faits constitutifs de concurrence déloyale en retenant que dans les trois semaines de sa démission, l'ancienne employée d'une entreprise a constitué une société concurrente avec un tiers. Le mandataire de ce dernier était au service de la maison concurrencée, connaissait ses projets et leur avait donné son plein accord. L'employée en question a mis en commun avec ce mandataire les connaissances qu'il avait des clients et des fournisseurs de l'affaire concurrencée ainsi que des prix pratiqués par celle-ci pour détourner sa clientèle en proposant pour l'attirer des conditions plus avantageuses¹⁷⁴⁴.

Pareillement, l'utilisation du savoir-faire acquis par le président du conseil d'administration d'une société de distribution - dans le cadre d'un contrat de vente des objets de décoration pour

1741 CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, op.cit, n° 972, pp 586 et 587.

1742 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 759, p 622.

1743 Cass.soc, 22 Septembre 1980, n° 83853, Les décisions de la cour suprême, n° 27, p.133.

1744 Com 24 Novembre 1970, D.1971.somm.58.

chambre d'enfants - pour créer une société concurrente fabricant ces mêmes produits est constitutive d'une faute de concurrence déloyale¹⁷⁴⁵. L'utilisation des mêmes emballages et des mêmes documents commerciaux ne procèdent pas du hasard ni d'un impératif technique mais de la volonté, après la rupture des relations commerciales entre le fabricant et le distributeur, pour celui-ci de mettre sur le marché, dans les meilleurs délais, des produits concurrents en utilisant le savoir-faire du fabricant¹⁷⁴⁶.

De même, la désorganisation a été retenue contre celui qui détient frauduleusement des éléments du savoir-faire d'un concurrent et vide celui-ci d'une part substantielle de ses actifs incorporels¹⁷⁴⁷. Cet acte est préjudiciable même si les éléments en question ne sont pas utilisés.

Paragraphe 3 : L'espionnage industriel ou commercial

L'espionnage industriel est l'ensemble des moyens et techniques utilisés par les concurrents d'une entreprise pour percer ses secrets de conception et de fabrication¹⁷⁴⁸. Il se distingue de l'espionnage commercial, démarche similaire dont le principal objectif est de connaître les intentions marketing afin de devancer les concurrents sur un marché de plus en plus âpre¹⁷⁴⁹. Une entreprise acquiert par son expérience un savoir-faire ou des connaissances particulières qui font souvent l'objet de convoitises. C'est ainsi que c'est développé l'espionnage industriel. Sachant que le savoir-faire et la technologie sont des informations qui peuvent être achetées, certains acteurs indéliçats proposent à leurs mandants une recherche d'informations sur les brevets, expositions, salons et séminaires, produits et informations digitales de leurs concurrents. Motivés par un gain financier important et rapide, ces agents économiques usent de stratagèmes souvent très élaborés pour se procurer ces informations stratégiques. Avec l'avènement de l'utilisation de procédés techniques, l'espionnage industriel n'a cessé de progresser : interception d'appels et d'emails, hacking de bases de données, infiltration à l'intérieur des entreprises par des fausses embauches sont autant de ruses pour obtenir les informations convoitées. En effet, depuis que les réseaux de communication se sont généralisés, les entreprises privées sont beaucoup plus

1745 Cass.com, 8 Novembre 1994, <https://www.legifrance.gouv.fr>

1746 Ibid.

1747 Com, 25 Février 2003, <https://www.legifrance.gouv.fr/>, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 27 Septembre 2000. Cet arrêt confirme le raisonnement de la cour d'appel : « Mais attendu, en premier lieu, que, contrairement aux énonciations de la première branche du moyen, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur l'existence d'un risque de divulgation du savoir-faire de la société Chantelle, mais a estimé souverainement que la détention de celui-ci, obtenue illicitement par les sociétés VF diffusion et VF boutiques, lui ôtait sa valeur patrimoniale en ce qu'il était privé de tout intérêt pour les tiers, a pu statuer comme elle a fait »

1748 <http://www.checkissimo.ch/>

1749 <http://www.checkissimo.ch/>

exposées à cette menace qu'auparavant¹⁷⁵⁰. L'espionnage peut se faire notamment en utilisant le social engineering¹⁷⁵¹ ou des chevaux de Troie¹⁷⁵² à usage unique, donc indétectables par les antivirus. Concrètement, les espions introduisent des « maliciels »¹⁷⁵³ notamment dans des réseaux d'entreprise, en envoyant par exemple aux utilisateurs un courrier électronique tout à fait anodin contenant un cheval de Troie ou en leur demandant de renvoyer leur identifiant et leur mot de passe¹⁷⁵⁴. Une fois connectée au réseau interne, les espions n'ont plus qu'à récolter les données sensibles. Il devient alors aisé de collecter des informations depuis l'extérieur de l'entreprise ou en provoquer la sortie.

Le cas d'usurpation répréhensible le plus évident reste celui de personnes extérieures à l'entreprise, pratiquant des actes d'espionnage industriel ou commercial. Il en est ainsi de l'entreprise qui s'est emparée d'indications techniques (procédé pour l'érection de constructions en béton) à l'occasion de pourparlers, et a sans autorisation abusivement mis en œuvre les méthodes ainsi venues à sa connaissance¹⁷⁵⁵.

En revanche, la cour de cassation n'a pas retenu au titre de la concurrence déloyale l'utilisation de renseignements confidentiels par un distributeur fournis lors des pourparlers par une société commercialisant des désinfectants¹⁷⁵⁶. La haute juridiction a jugé dans cette affaire que le

1750 MÜLLER (J), Aspects choisis du droit de la concurrence déloyale sur Internet, Bulletin Cedidac n° 56, <http://www.unil.ch/>, Mai 2001, pp 5 et 6.

1751 Il s'agit de l'ensemble des méthodes consistant à obtenir des valeurs ou des renseignements en exploitant la confiance ou l'inexpérience d'utilisateurs de systèmes informatiques.

1752 Il s'agit d'un programme malveillant caché à l'intérieur d'un fichier utile quelconque (par exemple un texte, une image, une musique, un film, etc.).

1753 Le terme maliciel résulte de la contraction de logiciel et malveillance ou malice. Il s'agit d'un programme ou morceau de programme destiné à perturber, altérer ou détruire totalement ou partiellement les éléments d'un système informatique.

1754 MÜLLER (J), Aspects choisis du droit de la concurrence déloyale sur Internet, op.cit, pp 5 et 6.

1755 Cass.com, 3 Octobre 1978, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

« Mais attendu que l'action en concurrence déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif, ce qui était le cas de rousset dont le brevet n'a été délivré qu'ultérieurement, les juges du fond n'avaient pas à rechercher si le procédé dont il était l'auteur était ou non dépourvu d'originalité et tombe dans le domaine public ;

qu'en énonçant qu'il résulte des documents versés aux débats, la preuve que les chantiers modernes se sont, à l'occasion des pourparlers avec rousset, emparés des indications techniques fournies par celui-ci, et ont sans autorisation abusivement mis en œuvre les méthodes ainsi venues à leur connaissance, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions alléguées en déclarant, à juste titre, que leur demande, en ce qui touchait à la brevetabilité de l'invention de rousset était irrecevable, a pu, en l'état de ces constatations, retenir à l'encontre de l'entreprise l'existence d'une faute de concurrence déloyale »

1756 Cass.com, 21 Novembre 2000, <https://www.legifrance.gouv.fr/> :

« Mais attendu qu'ayant relevé tout d'abord que le principe de l'inhalation d'essences ou d'huiles essentielles dans le traitement ou la prévention des affections respiratoires est un procédé "vieux comme le monde" relevant du domaine public et que la présentation sous forme de vaporisateur est banale en pharmacie et même en parfumerie, la cour d'appel retient aussi qu'il était aisé pour un professionnel de ce secteur de réaliser un produit comme Brume aromatique, la société Plantes et médecines justifiant d'ailleurs s'être adjoint les services d'un pharmacien spécialisé qui a attesté avoir mis au point la formule commercialisée, et la société Invitance ayant admis elle-même que son concurrent avait la capacité technique de développer ce type de produit ; que les juges observent encore que la

commerçant n'a pas transmis les documents confidentiels au distributeur et que le projet de contrat de distribution en discussion ne fait aucune allusion à la protection d'un quelconque savoir-faire.

Au demeurant, il est répréhensible de débaucher un employé en lui proposant un salaire très élevé dans le but de connaître les secrets d'un concurrent¹⁷⁵⁷. De même, fait figure d'acte d'espionnage industriel répréhensible, le fait, pour un commerçant, de se procurer, par l'intermédiaire d'un préposé transportant les produits d'une maison concurrente, la liste des clients de cette dernière¹⁷⁵⁸.

Section 2 : L'appropriation illicite du savoir-faire par le biais de contrats

Certaines limitations d'origine légale ou contractuelle, viennent altérer la vigueur des principes de la liberté du commerce et de l'industrie et du travail. C'est à l'occasion de la violation de ces limites que les sources de la désorganisation peuvent apparaître. A ce propos, la désorganisation peut alors trouver sa source dans le comportement fautif des membres de l'organisation. L'acte fautif est plus facilement apprécié en raison du lien qui unit l'auteur de la désorganisation à sa victime. En effet, comme l'observait Roubier, dans le cadre de la concurrence anticontractuelle « celui qui fait un acte de concurrence, agit sans droit ; dans la concurrence déloyale, il ferait seulement un usage excessif de cette liberté »¹⁷⁵⁹. Dans le cadre de la concurrence anticontractuelle, le créancier de l'interdiction de concurrence doit apporter la preuve d'une activité concurrentielle de son débiteur sans devoir faire la démonstration d'agissements fautifs dans la concurrence. La démarche de la victime s'en trouve alors facilitée. Dans ce contexte, la désorganisation peut aussi bien provenir des agissements des membres actuels de l'organisation que d'anciens membres engagés auprès de celle-ci à respecter une obligation de ne pas faire.

Les conditions de licéité des clauses de non concurrence ne seront pas analysées car l'objectif est de mettre en exergue les faits de concurrence déloyale ou utilisations illicite du savoir-faire suite

société Invitance qui, contrairement à ce qu'elle prétend, non seulement n'était pas en situation de monopole avant l'apparition de Brume aromatique, mais ne détenait ni la situation prééminente ni l'antériorité qu'elle allègue sur le marché très concurrentiel des huiles essentielles, ne peut faire utilement grief à la société Plantes et médecines d'avoir utilisé les renseignements confidentiels qu'elle lui aurait communiqués au cours de pourparlers dès lors qu'elle ne produit pas les documents invoqués et que le projet de contrat de distribution alors en discussion ne fait aucune allusion à la protection d'un quelconque savoir-faire, qu'enfin, elle ne peut incriminer la simple reprise d'une idée commerciale ne faisant l'objet d'aucun droit exclusif ; qu'ils ajoutent qu'aucune confusion ne peut résulter du conditionnement du produit Brume aromatique, le cartonnage employé différant complètement de celui de Climarome par les couleurs et l'inscription qui y figure, de même que les présentoirs en pharmacie »

1757 Cass.soc, 7 Juillet 1960, <http://www.murielle-cahen.com/>

1758 TGI de Lure, du 13 avril 1962, <http://www.murielle-cahen.com>

1759 ROUBIER (P), 1952, Le droit de la propriété industrielle : les créations nouvelles, Tome 1, Sirey, Paris, n° 104.

à la violation de ces engagements contractuels. Les clauses de non-concurrence sont limitées quant à l'activité interdite, le temps et l'espace. Au surplus, pour être valables, ces engagements doivent être proportionnés aux intérêts légitimes de la clause au regard de l'objet du contrat.

Il n'en demeure pas moins qu'il est intéressant de souligner que le règlement (UE) No 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dispose que la clause de non concurrence doit être légitime à la protection du savoir-faire transmis. Ainsi, l'article 5 paragraphe 3 c) énonce que l'obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services doit être indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur. Ainsi, le contrôle de la légitimité est renforcé¹⁷⁶⁰ et relève même selon certains « plus d'une volonté de la Commission de dissuader à priori les franchiseurs de l'utilisation de telles clauses »¹⁷⁶¹. Les juridictions françaises ont en conséquence jugé illicites les clauses de non concurrence trop larges et non proportionnées par la légitime protection d'un savoir-faire¹⁷⁶².

Les cas de désorganisation - disponibles en droit français - par la violation de la protection de l'entreprise en droit du travail ont été développés dans le paragraphe consacré au débauchage¹⁷⁶³. Ceci se justifie par le fait que la violation des clauses de non concurrence dans ces affaires résulte presque toujours du débauchage.

Après être apparue dans le contrat de travail, les clauses de non-concurrence se sont étendues progressivement à la plupart des relations contractuelles. C'est ainsi qu'elles ont fait leur apparition dans les contrats de franchise pour assurer une protection efficace du savoir-faire après la rupture du contrat. Il est possible d'insérer une clause de confidentialité ou de non divulgation¹⁷⁶⁴, mais elle présente une moins grande portée¹⁷⁶⁵. Ainsi, en matière de contrat de

1760 TEXIER (M), op.cit, n° 400, p.302.

1761 BENSOUSSAN (H), La « clientèle au franchisé », facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement, D.2001 Chron.2498.

1762 CA Rennes 23 Mars 2004, Lettre distrib. Novembre 2004, p.2 : « dans la mesure où elle ne tend pas à la protection d'un savoir-faire substantiel et identifié (...) mais vise exclusivement à protéger un territoire et à assurer la reconstitution local du réseau en empêchant le franchisé de s'affilier à un autre réseau afin de bénéficier de l'expérience et de la notoriété de celui-ci, ce qui constitue une entrave à la libre concurrence et un avantage pour le franchiseur sans aucune contrepartie, même si le franchisé conserve la possibilité d'exercer le commerce en dehors de toute enseigne préexistante »; CA Paris 5, 25 févr. 2010, <http://www.legavox.fr/> : Si le savoir-faire transmis n'est pas original, la clause de non-réaffiliation n'apparaît pas légitime ;

1763 Voir supra p 253.

1764 Elle oblige le distributeur à ne pas dévoiler ou faire usage des informations confidentielles dont il aura eu connaissance.

1765 TEXIER (M), op.cit, n° 398, p.301.

franchise, le franchisé est tenu durant la période contractuelle d'une obligation de confidentialité. La révélation du savoir-faire du franchiseur en violation de cette obligation engage sa responsabilité contractuelle et la responsabilité du tiers complice¹⁷⁶⁶.

En la matière, cette clause est dénommée clause de non rétablissement ou encore de non-affiliation¹⁷⁶⁷ et permet au franchiseur d'empêcher son ex partenaire de continuer une activité similaire à celle de son réseau après la cessation de la relation. Elle permet de préserver l'organisation : la violation de l'interdiction conduit à la désorganisation du réseau¹⁷⁶⁸. Il est à souligner que même en l'absence de clause de non concurrence, le franchisé ne peut utiliser, le savoir - faire communiqué qu'à condition de ne pas commettre d'acte de concurrence déloyale¹⁷⁶⁹.

Le détournement du savoir-faire s'est posé en France matière de concession exclusive relativement au domaine des services dans l'automobile. La problématique résulte de ce qu'il existe, à côté des réseaux de concessionnaires et des agents de marque disposant de liens contractuels formalisés avec les constructeurs qu'ils représentent et qui les autorisent à utiliser leur marque, un effectif important de réparateurs indépendants dits « multimarques ». Certains de ces réparateurs, notamment lorsqu'ils ont été un temps membre d'un réseau de constructeur ou ont été formés au sein d'une entreprise en faisant partie, disposent d'une expérience particulière dans l'entretien et la réparation des véhicules de cette marque particulière, les conduisant à vouloir en faire état dans les signes distinctifs utilisés par leur propre entreprise indépendante (enseigne et nom commercial essentiellement), ou plus généralement, dans les supports de communication à l'égard de la clientèle (publicités, documentation commerciale, papier à entête etc...). La question s'est alors posée de la licéité d'une telle utilisation par un réparateur automobile non agréé. L'hypothèse la plus classique consiste pour l'entreprise

1766 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 767, p 628.

1767 Les clauses de non affiliation ou non réaffiliation ont remplacé les clauses de non concurrence dans les contrats de distribution : elles autorisent le débiteur de l'obligation à continuer l'exercice de la même activité à la fin du contrat à condition que ça ne soit pas en adhérant à un réseau concurrent de celui qu'il vient de quitter. En effet, dès lors qu'il est admis que la clientèle locale appartient au franchisé, lui interdire d'exercer son activité sous quelque forme que ce soit, même pendant une durée limitée, dans sa zone de chalandise, constitue une entrave à la liberté du commerce qui semble disproportionnée par rapport aux intérêts légitimes du franchiseur. Ce raisonnement est transposable à tous types de réseaux de distribution. Mais il ne fait aujourd'hui aucun doute même si la question a été débattue que les clauses de non-réaffiliation sont des clauses de non-concurrence, et par conséquent sont soumises aux mêmes conditions de validité.

1768 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 767, p 628.

1769 RIPERT (G), ROBLOT (R), op.cit, n° 767, p 628 : Les auteurs de ce traité citent deux affaires dans lesquelles les éléments du savoir-faire de l'ancien franchiseur ont été utilisés pour la création d'un réseau concurrent : CA Paris, 22 Septembre 1992 ; CA Paris, 4 Décembre 1992.

Adde : Cass.com, 29 Avril 1997, <https://www.legifrance.gouv.fr/> : exercice d'une activité concurrente pendant la période contractuelle

indépendante du réseau à revendiquer, dans une enseigne ou dans une publicité, la qualité de spécialiste d'une marque, ce qui nécessite ipso facto de reproduire la marque considérée.

La solution à cette difficulté a été envisagée sous l'angle des exceptions du droit du propriétaire de la marque. Ainsi, l'article L 713-6 du Code de propriété intellectuelle prévoit que l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine. Toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite. Sans ce tempérament, il serait donc impossible de reproduire la marque d'un constructeur pour proposer un service applicable à ses véhicules sans son accord, ce qui réserverait de facto une exclusivité à son réseau. Le critère légal de l'abus est donc constitué par le risque de confusion quant à l'appartenance au réseau. Si le consommateur ne peut se méprendre et que l'usage entre dans le cadre de l'exception, il est permis. Il a ainsi été jugé que l'utilisation par un ancien concessionnaire, qui possédait une expérience réelle pour les voitures de la marque, des termes « ateliers magasins spécialités Mercedes et autres marques » dans une circulaire à la clientèle ainsi que d'un tampon humide sur ses factures « spéc. Mercedes » ne constituait pas un usage illicite de marque¹⁷⁷⁰. De manière plus générale, l'utilisation par un tiers de la marque d'un constructeur, en l'espèce BMW, a été considérée comme licite par la Cour de justice des Communautés européennes, lorsqu'elle indique que ce tiers commercialise des véhicules de cette marque, les entretient ou les répare. Mais cet usage de la marque ne doit pas donner l'impression qu'il existe un lien commercial entre l'entreprise tierce et le titulaire de la marque, et notamment que l'entreprise du revendeur appartient au réseau de distribution, (CJCE, 23 février 1999, C/63/97, Bayerische Motorenwerke AG), principe parfaitement identique au dispositif retenu par la loi française et sa jurisprudence d'application¹⁷⁷¹.

De même, se plaçant alors sur le terrain de la loyauté commerciale, il a été jugé que l'utilisation par un réparateur de la mention "spécialiste Porsche" dans les publicités parues dans la presse ne constituait pas un acte de concurrence déloyale. Elle ne l'est que dans la mesure où il emploie une personne compétente en matière de moteurs de cette marque, qu'il n'est pas démontré de

1770 Cass. com. 17 décembre 1991, <https://www.legifrance.gouv.fr/>

1771 CJCE, 23 février 1999, <http://eur-lex.europa.eu/>

risque de confusion avec les concessionnaires dont la liste figure sur le carnet d'entretien remis aux acquéreurs des véhicules de la marque. En outre, la publicité ne fait état que de la qualité de "réparateur motoriste" distinct d'un concessionnaire¹⁷⁷².

Outre le contentieux pouvant se nouer entre les constructeurs titulaires de leur marque et les réparateurs indépendants en faisant usage sans leur autorisation, des litiges beaucoup plus fréquents prennent naissance entre ces derniers et le réseau de marque, sur le terrain de la concurrence déloyale. Le critère retenu pour fixer la limite entre ce qui est toléré et ce qui est interdit est là encore presque identique à celui fixé pour l'exception au droit à la marque, c'est celui du risque de confusion dans l'esprit de la clientèle dans le cadre de la concurrence parasitaire¹⁷⁷³.

1772 Cass.com, 13 Janvier 1998, <https://www.doctrine.fr/>

1773 V supra p 309 et s sur le rattachement indiscret en se présentant comme spécialiste d'une marque

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

De cette analyse destinée à étudier les faits de la concurrence déloyale en droit de la propriété intellectuelle émerge plusieurs enseignements.

D'un côté, une large partie de la jurisprudence marocaine et française en la matière concerne les actes de contrefaçon et de la confusion sur les droits de la propriété intellectuelle. A ce propos, toutes les propriétés incorporelles –dont le régime juridique a été exposé dans la première partie sont concernées.

La contrefaçon à l'identique n'implique pas la recherche de la confusion. Mais la reproduction à l'identique du droit ou signe objet du litige doit concerner des produits ou services identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement.

En sus, il apparait que la reproduction ou l'imitation résulte de la confusion sur les droits de la propriété industrielle ou le droit d'auteur. Les litiges choisis afin de l'illustrer mettent en exergue divers actes qui concourent à cette fin. La confusion ressort en particulier du dépôt, de l'utilisation, de l'importation ou de la vente de produits contrefaits ou imités. A cela s'ajoute, l'atteinte au droit d'exploitation exclusive d'une marque par l'importation, la distribution et la vente de produits originaux ou contrefaits. L'existence d'un risque de confusion suppose en principe l'existence d'une clientèle commune. La confusion ne s'avère possible que dans la mesure où les deux entreprises ont la même spécialité, visant à attirer la même clientèle : elles doivent opérer sur des marchés identiques. Dans certains cas, le juge s'attache à définir le public concerné et par rapport auquel il faudra apprécier le risque de confusion notamment les professionnels ou les lettrés. La confusion est donc appréciée en considération du consommateur d'intelligence ou d'attention moyenne et ne semble donc pas s'étendre à l'ensemble de la clientèle. En outre, la reconnaissance d'une confusion dépend également du rayonnement territorial des signes ce qui nécessite la proximité des entreprises. Il est à souligner que le principe de spécialité conserve une place essentielle en matière de contrefaçon ou d'imitation.

D'un autre côté, un ensemble d'actes déloyaux ont pour point commun l'affaiblissement économique de l'entreprise.

Ainsi, quelques décisions de la cour d'appel de Casablanca permettent d'affirmer incontestablement que le parasitisme économique peut être sanctionné en droit marocain. Ces conflits mettent en cause des entreprises qui n'ont pas de lien de concurrence entre elles et condamnent de la sorte l'usurpation sensible de la valeur économique d'autrui. Les agissements parasitaires réduisent ainsi notablement les investissements matériels et intellectuels d'une entreprise tout en gagnant du temps c'est-à-dire dans les affaires de l'argent. La pratique française

ne s'est pas contentée de la théorie des agissements parasitaires mais l'a étendu aux rapports concurrentiels. Ainsi, la concurrence parasitaire sanctionne l'usurpation de la notoriété, d'un produit ou d'une technique d'un concurrent. En l'absence de jurisprudence et de doctrine marocaine sur cette forme de parasitisme, il est important de souligner que dans un arrêt de la cour d'appel de Casablanca sanctionnant des agissements parasitaires, cette juridiction établit un principe sur la base duquel la concurrence parasitaire peut être sanctionnée.

Au demeurant, des arrêts de la cour d'appel de Casablanca et des décisions du conseil supérieur de la communication audiovisuelle répriment la publicité dénigrante en raison de son caractère déloyal. Le dénigrement ressort dans tous ces exemples du caractère comparatif et mensonger de la publicité. Dans le premier cas, il est fait référence à l'article 184 de la loi n°17-97 telle que modifiée et complétée interdisant la concurrence déloyale et expressément le dénigrement. Dans le second cas, le conseil supérieur de la communication audiovisuelle applique les dispositions relatives à la publicité comparative, trompeuse et dénigrante de la loi n°77-03 relative à la communication audiovisuelle telle que modifiée et complétée.

Enfin, la divulgation ou l'appropriation du savoir-faire d'une entreprise désorganise sa production par la rupture de l'égalité dans les moyens de concurrence et constitue à ce titre un acte de concurrence déloyale. Cet agissement est mis en relief dans ce travail surtout par la jurisprudence et la doctrine française en raison de la rareté des décisions marocaines. Le chapitre relatif à la désorganisation permet d'avoir une vision d'ensemble des manœuvres malhonnêtes portant sur le savoir-faire ou le secret de fabrique. Son détenteur peut être non seulement victime d'actes de confusion, de parasitisme mais aussi de désorganisation.

À la différence du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, le détenteur d'un savoir-faire ne dispose pas de l'action en contrefaçon, mais seulement d'une action en responsabilité civile délictuelle fondée sur la preuve de la faute de l'usurpateur. Divers procédés permettent de détourner le savoir-faire d'un concurrent tels que le débauchage, la constitution d'une entreprise concurrente ou l'espionnage industriel ou commercial.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La recherche qui s'achève aura tenté de contribuer à une meilleure intelligibilité de la notion de concurrence déloyale en matière de propriété intellectuelle dans le dessein de mettre en lumière les manœuvres non conformes à la morale des affaires. La multitude des agissements relevés témoigne de façon incontestable de la souplesse et de l'adaptabilité de la responsabilité du fait personnel aux évolutions de la vie économique. Cette casuistique ne prétend nullement englober tous les cas de l'ouverture de l'action en concurrence déloyale. Les acteurs économiques font preuve de stratagèmes, ruses et moyens illimités dans la lutte concurrentielle. Au reste, l'évolution n'est sans doute pas achevée en raison du développement des nouvelles technologies de l'information qui élargissent le champ des atteintes déloyales. En effet, depuis l'adoption de l'internet par le grand public, la contrefaçon dans l'univers numérique s'est considérablement développée. Une part significative des délits commis sur le réseau consiste en pratique en des atteintes à des œuvres d'esprit (musiques, photographies, logiciels, sites web, etc....) ou à des droits de propriété industrielle (marques, dessins et modèles....). Ainsi, la particularité essentielle du régime de la concurrence déloyale en droit marocain c'est bien qu'il soit généralement reconnu comme ayant une réelle spécificité, il n'est cependant pas organisé par une loi spéciale. C'est une simple construction jurisprudentielle fondée sur l'article 84 du Dahir des obligations et des contrats qui prévoit certains cas de concurrence déloyale mais simplement de manière énonciative. Cette disposition constitue une application du principe général de la responsabilité pour la faute édicté par les articles 77 et 78 du de texte.

Il en ressort que les faits vérifiés de concurrence déloyale donnent ouverture à des dommages et intérêts dont le montant est laissé à l'appréciation des juges. Dans la même veine, l'article 184 de la loi n°17-97 relative à la propriété industrielle énonce de manière non limitative certains agissements contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. La théorie de la concurrence déloyale est également en droit français une construction prétorienne échafaudée à partir des articles 1240 et 1241 du Code Civil. Toutefois, à la différence du droit marocain, il n'existe pas de dispositions analogues à l'article 84 du Dahir des obligations et contrats ou 184 de la loi n°17-97.

Sur ce point, le droit marocain et français se distinguent de beaucoup de ceux des pays voisins qui ont promulgué une loi sur ce sujet (Allemagne, Espagne, Suisse, Danemark,

Pologne et même Belgique). Certains ont objecté que cette soumission à la responsabilité civile ne répondrait pas aux objectifs actuellement assignés à cette construction et ne permettrait pas de faire apparaître son véritable fondement. Pour les uns, celui-ci serait répressif ou disciplinaire, pour d'autres il résiderait dans la protection d'un droit privatif sur la clientèle ou encore s'identifierait à la notion de « troubles anormaux de concurrence ». Ces critiques et propositions n'ont pas eu d'écho en droit positif marocain et français. En fait, il est notable que la responsabilité du fait personnel a permis de préserver une certaine permanence dans la technique employée pour censurer les moyens déloyaux par lesquels les agents économiques cherchent à conquérir la clientèle. Elle n'a jamais fait obstacle aux adaptations et aux évolutions rendues souhaitables ou nécessaires par les transformations du marché et l'avènement de nouvelles techniques commerciales et technologies. Grâce à sa flexibilité, la responsabilité civile a su assurer sans heurt le devenir d'une institution dont l'usage n'a cessé de croître tout au long du 19^{ème} et 20^{ème} siècle.

On peut dès lors se demander si notre droit n'aurait pas intérêt à graver dans sa législation des dispositions de concurrence déloyale reprenant les cas pratiques dégagés dans cette recherche ? Cette démarche se justifierait par le grand degré de maturation de la concurrence déloyale ainsi que le souci d'assurer la prévisibilité des comportements inadmissibles au regard de l'éthique des affaires.

Cela n'a pourtant pas échappé à la plupart des pays européens, qui ont vu l'intérêt de légiférer en la matière, sans pour autant enfermer le juge dans un dispositif étreint. Au sein des pays dans lesquels des dispositions légales spécifiques sanctionnent la concurrence déloyale – comme l'Allemagne, la Belgique ou l'Espagne, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la mesure où, par nature, la concurrence déloyale ne peut ne guère se laisser enfermer dans une réglementation précise. En ce sens, toute réforme consacrant la concurrence déloyale ne peut qu'intégrer les principes définis par la jurisprudence quitte à les faire évoluer. Le champ d'investigation de la concurrence déloyale peut dès lors être plus ou moins étendu. Ainsi, la loi espagnole du 10 Janvier 1991 sur la concurrence déloyale recouvre tous les actes qui lèsent à la fois les intérêts de l'agent économique, du consommateur et l'intérêt général. Sur le plan historique, la répression face au concurrent est l'étape la plus ancienne de la répression. Il en est ainsi des actes de dénigrement, de comparaison, d'imitation, de parasitisme, de violation des secrets industriels et d'incitation à la rupture contractuelle. La condamnation des déloyautés face au consommateur puis à l'encontre du marché lui ont succédé. Sont intégrés à cette seconde catégorie les actes de confusion, de

tromperie, les discriminations et les ventes liées à l'obtention de primes ou de cadeaux. La dernière catégorie vise la vente à perte, les avantages acquis grâce à la violation de la loi et l'exploitation des situations de dépendance. De même, la loi fédérale Suisse du 19 Décembre 1986 relative à la concurrence déloyale vise aussi bien le dénigrement, la vente au-dessous du prix coûtant, les tromperies, l'incitation à violer ou résilier un contrat, l'exploitation d'une prestation d'autrui, l'inobservation des conditions de travail imposées à la concurrence, la violation des secrets de fabrication et d'affaires...

En conséquence, l'exhaustivité en matière de concurrence déloyale est fortement réductrice. L'action en concurrence déloyale doit pouvoir être mise en œuvre à propos de toute faute – intentionnelle ou non – commise dans le cadre de l'exercice de la liberté de la concurrence. Elle doit pouvoir concerner toute intervention fautive sur le marché dont elle contribue à façonner la compétition. A titre d'exemple, la tromperie peut concerner aussi bien un concurrent qu'un consommateur : il a d'ailleurs été jugé qu'est déloyal l'acte qui trompe le consommateur. Yvan AUGUET a justement parlé à ce propos de comportement délictuel sur le marché.

Il conviendrait d'ajouter à l'instar du droit Espagnol, l'obtention illicite d'un avantage concurrentiel pour sanctionner celui qui exerce une activité sans respecter ses obligations fiscales ou sociales et qui tire un avantage à l'égard de ses concurrents. Les sanctions encourues par le non-respect de la réglementation n'empêchent pas ses concurrents – victimes de perte de marché – d'agir individuellement contre celui qui s'est livré à de telles pratiques. Cette hypothèse peut être rapprochée de l'exercice d'une activité contraire à la réglementation : revente à perte, pratiques discriminatoires....lorsque le concurrent choisit de se placer sur le terrain de la concurrence déloyale. En revanche, certaines fautes relatives à la liberté d'expression ou à l'information des consommateurs doivent rester étrangères à la concurrence déloyale.

Ces consécutions législatives de la concurrence déloyale ont permis de donner au juge des directives plus précises sur les méthodes sanctionnées et les intérêts protégés sans le priver pour autant d'une marge d'appréciation très large dans sa confrontation avec les situations concrètes.

La difficulté est alors d'identifier ce comportement fautif. Il se définit selon Yves PICOD par référence à la « loyauté dans la concurrence », approche objective permettant de fonder des normes de comportement en tenant compte à la fois des usages professionnels et de la nécessité d'une égalité des armes entre agents économiques. En effet, l'approche subjective

classique de la « loyauté du concurrent » a une connotation largement dépassée. Elle découle du terme de la loyauté, issue de la chevalerie et qui renvoie aux règles d'honneur et de dignité entre adversaires. Pareillement, selon Antoine PIROVANO, la référence aux usages professionnels auxquels conseillaient de se référer Roubier est insuffisante par nature : Ils sont sécrétés par le milieu lui-même et peuvent dès lors conduire à des solutions corporatistes. Actuellement, la loyauté s'intègre dans un ensemble plus vaste qui est la « loyauté dans le marché » puisque la concurrence déloyale protège non seulement l'agent économique mais aussi le consommateur. Ainsi, le droit Suisse répute déloyal tout comportement objectivement contraire aux exigences de la bonne foi. De même, la loi espagnole a adopté les mêmes principes en faisant une référence explicite au comportement objectivement contraire aux exigences de bonne foi sur le marché et en s'éloignant délibérément des normes de correction et des bons usages commerciaux, lesquels renvoient à la loyauté du concurrent. Une telle conception mène vers un modèle socio-économique qui dépasse la conception corporatiste classique. Au plus, certaines législations ont entrepris des réformes audacieuses en adoptant une règle commune de façon à protéger les consommateurs et concurrents. En Suède et au Danemark une obligation générale - pour les opérateurs économiques de s'en tenir à un comportement de marché prenant suffisamment en compte l'intérêt du consommateur - a été consacrée

Au demeurant, depuis la promulgation de la constitution du 29 Juillet 2011, un flou existe sur la notion de loyauté alimenté par l'article 166 de ce texte ainsi que par l'absence de référence à la loyauté dans la loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence. L'article 166 énonce que « le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante, chargée dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, les pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole ».

Quant à la loi sur la liberté des prix et de la concurrence, elle lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, les concentrations économiques et les pratiques restrictives de la concurrence, à condition qu'elles affectent le marché.

Il ne s'agit pas de la seule législation en matière de concurrence au Maroc bien qu'elle concerne un pan entier de ce droit qui relève de l'intérêt général et de l'ordre public de direction. En effet, le droit de la libre concurrence désigne toutes les règles qui visent à

préservé de façon effective la liberté de la concurrence sur les marchés où elle peut s'exercer. En outre la réglementation des pratiques restrictives vise à préserver la transparence dans les relations commerciales entre professionnels et l'équilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs. Dans la même veine, les « pratiques commerciales » prévues par la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur visent à renforcer ses droits fondamentaux (le droit à l'information, le droit au choix, le droit à la représentation...). Ce texte vise assurément certaines « manipulations de vente dont le moyen et le but se ramènent à des détournements ou des abus de la liberté des prix ».

Force est de constater que ces législations sont récentes par rapport au droit de la concurrence déloyale, domaine plus ancien, qui tend à protéger les acteurs économiques victimes de tout procédé de conquête malhonnête de leur clientèle par un autre acteur économique. Il est intéressant à cet égard de relever que les décisions des tribunaux en la matière emploient l'expression de concurrence déloyale et non les « pratiques commerciales déloyales ».

Ainsi, il est légitime de s'interroger sur le contenu des pratiques commerciales déloyales en droit marocain ? Pour l'instant il n'y a de précision ni par les tribunaux judiciaires ni par le conseil de la concurrence. Ce dernier se contente d'affirmer en interne qu'il ne sanctionne les actes de concurrence déloyale que lorsqu'ils affectent le fonctionnement du marché et se confondent avec les pratiques anticoncurrentielles, les concentrations ou les pratiques restrictives.

Il résulte de ces éléments de réflexion qu'il y a de bonnes raisons de souhaiter une intervention législative en matière de concurrence déloyale au Maroc.

Il s'agit alors de donner une orientation plus fonctionnelle à la concurrence déloyale dont les buts et les sujets seraient exclusivement visés de façon à améliorer la qualité de la concurrence. Le législateur peut se contenter de consacrer à droit constant les principes prétoriens en vigueur ou au contraire engager une réflexion autour de nouveaux cas, voire de nouvelles valeurs. En sus, comme l'action en concurrence déloyale protège souvent indirectement les consommateurs, il est envisageable à l'instar des droits allemands et belges de l'ouvrir aux consommateurs et aux associations de consommateurs. Cette réforme assurerait de façon indéniable une meilleure police du marché et s'inscrirait dans le même esprit que la loi n° 31-08 sur la protection du consommateur.

Au reste, il est impérieux de lever les ambiguïtés liées à l'expression « pratiques commerciales déloyales » dans un souci de cohésion de l'ensemble de la législation de la concurrence au Maroc. Plus précisément, il convient d'en préciser les rapports avec les pratiques

anticoncurrentielles, la concurrence déloyale telle que sanctionnée par les tribunaux, les pratiques restrictives de concurrence édictées par la loi n°104-12 et les pratiques commerciales prévues par la loi n°31-08.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

AKOUN (A), ANSART (P), 1999, Dictionnaire de sociologie, Le Robert, Paris, 587 p.

CAPUL (J-Y), 2005, Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, Hatier, Paris, 576 p.

CORNU (G), 1987, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 925 p.

MAINGUY (D), 2008, Dictionnaire de droit du marché : concurrence, distribution, consommation. , Ellipses, Paris, 343 p.

TEULON (F), 1995, Dictionnaire d'histoire, économie, finance géographie, PUF, Paris, 727 p.

Juriclasseur Concurrence - Consommation, 2004, Lexis Nexis, Paris, 3951 p.

Lamy droit économique : concurrence, distribution, consommation, 2005, SA Lamy, Paris, 2382 p

TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

AUBERT (J-L), 2014, Introduction au Droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, Paris, 396 p.

AUZERO (G), DOCKES (E), PELISSIER (J), 2012, Droit du travail, Dalloz, Paris, 1520 p.

AZZIMAN (O), 1995, Droit civil - Droit des obligations -Le contrat, Fennec, Casablanca, 309 p.

BEHAR-TOUCHAIS, VIRASSAMY (G), 1999, Traité des Contrats, Les contrats de distribution, L.G.D.J, Paris, 938 p.

BLAISE (J-B), 2013, Droit des affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution, L.G.D.J, Paris, 560 p.

BLANC (F-P), 1989, Les obligations et les contrats en droit marocain : DOC annoté, SOCHEPRESS - Université, Casablanca, 827 p.

BOUDAHRAIN (A)

Le droit de la consommation au Maroc, 1999, Société d'édition et de diffusion al Madariss, Casablanca, 406 p (en arabe).

Le droit du travail au Maroc - Tome 1 : Embauche et conditions du travail, 2005, Société d'édition et de diffusion Al Madariss, Casablanca, 656 p.

2005, Le droit du travail au Maroc - Tome 2 : Rémunération, Sécurité de l'emploi, Règlement des conflits individuels du travail, Relations collectives du travail, 2005, Société d'édition et de diffusion Al Madariss, Casablanca, 661 p

BUSSY (J), 2004, Droit des affaires, Presses de science po et Dalloz, Paris, 722 p.

BRAULT (D), 2004, Politique et pratique droit de la concurrence en France, LGDJ, Paris, 333 p.

CALAIS-AULOY (J), TEMPLE (H), 2015, Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 730 p.

CARON (C), 2013, Droit d'auteur et droits voisins, Lexis Nexis, Paris, 623 p.

CARREAU (D), JUILLARD (P), 2013, Droit international économique, DALLOZ, Paris, 816 p.

COLSON (J-P), IDOUX (P), 2010, Droit public économique, LGDJ, Paris, 980 p.

DECOQ (A et G), 2010, Droit de la concurrence - Droit interne et de l 'Union Européenne, LGDJ, Paris, 637 p.

DRISSI MACHICHI ALAMI (M), 2006, Droit commercial fondamental au Maroc, Dar Al qalam , Rabat, 670 p.

DRISSI MACHICHI ALAMI (M), 2004, Concurrence, Droits et Obligations des entreprises au Maroc, Eddif, Casablanca, 485 p.

EJAN (M), Rousseau (S), 2008, L'analyse économique du droit, Dalloz Sirey, Paris, 728 p.

ESSAID (M-J), 2005, Introduction à l'étude de droit, Imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca, 647 p.

FLOUR (J), AUBERT (J-L), SAVAUX (E), 2002, Droit civil - Les obligations- L'acte juridique, Armand Colin, Paris, 418 p.

FLOUR (J), AUBERT (J-L), SAVAUX (E), 2001, Droit civil - Les obligations- Le fait juridique, Armand Colin, Paris, 442 p.

FOUDRIAT (M), 2011, Sociologie des organisations, La pratique du raisonnement, Pearson, Paris, 352 p.

FRISON ROCHE (M-A), PAYET (M-S), 2006, Droit de la concurrence, Dalloz, Paris, 451 p.

GUYON (Y), 2003, Droit des affaires Tome 1 Droit commercial général et sociétés, Economica / Delta, Paris/Beyrouth, 1060 p.

LE TOURNEAU (PH), 2010\2011, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 1923 p.

MAEAUD (A), 2006, Droit du travail, Montchrestien, Paris, 635 p.

MAZEAUD (J), MAZEAUD (H), MAZEAUD (L), CHABAS (F), 1998, Leçons de droit civil - Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie générale, Montchrestien, Paris, 1353 p.

MENARD (C), 2012, L'économie des organisations, La découverte, Paris, 128p.

MESTRE (J), PANCRASI (M-E), 2006, Droit commercial - Droit interne et aspects de droit international, LGDJ, Paris, 1119 p.

NICOLAS-VULLIERME (L), 2011, Droit de la concurrence, Vuibert, Paris, 333 p.

RIPERT (G), ROBLOT (R), 2001, Traité de Droit commercial, Tome 1, Volume 1, Commerçants, Tribunaux de commerce, Fonds de commerce, Propriété industrielle et Concurrence (droits communautaires et français), 18ème édition par L.VOGEL et M.GERMAIN, LGDJ, Paris, 905 p .

ROUBIER (P), 1954, Le droit de la propriété industrielle : les créations nouvelles, volume 2, Sirey, Paris, 853 p.

ROUBIER (P), 1952, Le droit de la propriété industrielle - Volume 1, Sirey, Paris, 612 p.

ROUSSET (M), GARAGNON (J), 2003, Droit admiratif marocain, La porte, 6ème édition, Imprimerie Al Maarif AL JADIDA-RABAT, 858 p

TERRE (F), SIMLER (P), LEQUETTE (Y), 2009, Droit civil - Les obligations, Dalloz, Paris, 1620 p.

TERRE (F), SIMLER (P), 2007, Droit civil -Les biens, Dalloz, Paris, 852 p.

TOPPORKOFF (M), 2010, Droit de la concurrence déloyale, Gualino, Paris, 199 p.

VOGEL (L), VOGEL (J), 2011, Traité du droit économique, T.II, Droit de la distribution européen et français, LAWLEX, Paris, 1102 p.

VOGEL (L), 2010, Traité du droit des affaires, T.I, Du droit commercial au droit économique), L.G.D.J, Paris, 1242 p.

VOGEL (L), 2010, Droit européen de la concurrence, Lawlex, Paris, 985 p.

OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES

AMIEL - DONAT (J), 2011, Les clauses de non concurrence en droit du travail, Litec, Paris, 226 p.

ARCELIN (L), 2009, Droit de la concurrence- les pratiques anticoncurrentiels en droit interne et communautaire, PU Rennes, Rennes, 637 p.

BARRET (O), 2001, Les contrats portant sur le fonds de commerce, LGDJ –DELTA, Paris – Beyrouth, 344 p.

BENNANI (M-S),

Le droit du travail au Maroc à la lumière du code du travail - les relations individuelles du travail, 2007, Volume 2, livre 1, Imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca, 783 p (en arabe).

Le droit du travail au Maroc à la lumière du code du travail - les relations individuelles du travail, 2007, Volume 2, livre 2, Imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca, 1423 p (en arabe).

BENNOUNA (Y), 2006, La marque commerciale entre la législation et la jurisprudence, Imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca, 205 p, (en arabe).

BERLIN (D), 2009, Contrôle des concentrations, Université de Bruxelles Eds, Bruxelles, 660 p.

BERTRAND (A), 1999, Le droit d'auteur et les droits voisins, Dalloz, Paris, 951 p.

BERTRAND (A), 1998, Droit français de la concurrence déloyale, Cedat, Paris, 184 p.

BURST (J-J), 1993, Concurrence déloyale et parasitisme, DALLOZ, Paris, 212 p.

CHAVANE (A), BURST (J-J), 2012, Droit de la propriété industrielle par J.AZEMA, J.J GALLOUX, DALLOZ, 7ème édition, Paris, 1126 p.

CHONE (A-S), 2010, Les abus de domination - Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence, Economica, Paris, 444 p.

CHOUKRI SBAI (A)

Le fonds de commerce - Volume 1, étude du droit commercial marocain et comparé, de la jurisprudence et de la doctrine, 2014, Dar Nachar Al Maarifa, Rabat, 535 p (en arabe).

Le fonds de commerce - Volume 2, étude du droit commercial marocain et comparé, de la jurisprudence et de la doctrine, 2015, Dar Nachar Al Maarifa, Rabat, 517 p (en arabe).

EL FEKKAK (M), 2008, Droit du travail, Les presses de l'imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca, 403 p (en arabe).

FARJAT (G), 2004, Pour un droit économique, PUF, Paris, 209 p.

FERAL - SCHUHL (C), 2010, Cyber droit, le droit à l'épreuve de l'Internet, DALLOZ, Paris, 1100 p.

FILLEAU (M-G), MARQUES - RIPOULL (C), 1999, Les théories de l'organisation et de l'entreprise, Ellipses Marketing, Paris, 256 p.

FRISON ROCHE (M-A), 2004, Droit et économie de la régulation - les régulations économiques : légitimité et efficacité, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 206 p.

FRISON ROCHE (M-A), BONFILS (S), 2005, Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents, PUF, Paris, 431 p.

GIVORD (F), GIVERDON (C), CAPOULADE (P), 2006, La copropriété, Dalloz Action, Paris, 873 p.

GOMY (M), 1999, Essai sur l'équilibre de la convention de non concurrence, Presses Universitaires de perpignan, Perpignan, 440 p.

GRIMALDI (C), MERESSE (S), ZAKHAROVA-RENAUD (O), 2011, Droit de la franchise, LITEC, Lexis Nexis, Paris, 329 p.

GRYNBAUM (L), LE GOFFIC (C), MORLET (L-H), 2014, Droit des activités numériques, DALLOZ, Paris, 1054 p.

GSTALTER (J), 2012, Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle - Les nouveaux monopoles de la société d'information, Bruylant, Bruxelles, 1046 p.

HARBA (M), 2013, L'action en contrefaçon et la protection des droits de propriété commerciale et industrielle, Imprimerie Najah El Jadida, Casablanca, 293 p, (en arabe).

LAMBERTS (V), 2004, la propriété intellectuelle des créations de salariés, LARCIER, Bruxelles, 192 p.

LECOURT (A), 2009, La concurrence déloyale, L'HARMATTAN, Paris, 216 p

LE TOURNEAU (P)

Le parasitisme, 1998, Litec, Paris, 280 p.

L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, 2000, Dalloz Sirey, Paris, 269 p.

Responsabilité civile professionnelle, 2005, Dalloz Sirey, Paris, 166 p.

MALAUURIE (P), AYNES (L), GAUTHIER (P-Y), 2014, Les contrats spéciaux, LGDJ, Paris, 712 p.

MALAUURIE- VIGNAL (M), 2003, L'abus de position dominante, LGDJ, Paris, 190 p.

MATTELART (T), 2011, Piratage audiovisuelle - les voies souterraines de la mondialisation, De Boeck Supérieur, Paris, 304 p.

MEJJATI ALAMI (R), 2014, Le secteur informel au Maroc, El Maarif El Jadida, Rabat, 170 p.

MOUHARIR (K), 2014, La protection juridique de la marque commerciale, Librairie Rachad -Settat, 287 p, (en arabe).

PACHE (G), PARAPONARIS (C), 1993, L'entreprise en réseau, PUF, Paris, 128 p.

PUTTEMANS (A), 2000, Droits intellectuels et concurrence déloyale. Pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale, Bruylant, Bruxelles, 569 p.

RIPERT (G), 1998, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, Paris, 354 p.

ROUBIER (P), 2005, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz Sirey, Paris, 450 p.

SERRA (Y)

L'obligation de non concurrence dans le droit des contrats, 1970, Sirey, Paris, 221 p.

La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile. Droit interne et communautaire, 1991, Dalloz Affaires, Paris, 336 p.

TOPPORKOFF (M), 2010, Droit de la concurrence déloyale, Gualino, Paris, 199 p.

THESES ET MEMOIRES

AUGUET (Y), 2000, Concurrence et clientèle –Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, LGDJ, Paris, 642 p.

AZZIMAN (O), 1980, La profession libérale au Maroc, Editions de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, Rabat, 408 p.

CHAGNY (M), 2004, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, th. Paris I, sous la dir de J. GHESTIN, Dalloz, Paris, 1089 p.

CHARBIT (N), 1999, Secteur public et droit de la concurrence, L'harmattan, Paris, 530 p.

COURTES (M), 2003, Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats, ANRT, Lille, 530 p.

DEMME (G), 2010, Le droit des restrictions verticales, Economica, Paris, 376 p.

DEWOLF (H), 1999, la fidélisation de la clientèle - Stratégies juridiques et commerciales des entreprises, Presses Universitaires De La Faculté De Droit, Université D'Auvergne, 423 p.

DORANDEU (N), 2000, Le dommage concurrentiel, Presses Universitaires de perpignan, Perpignan, 382 p.

PASSA (J), 1997, Contrefaçon et concurrence déloyale, LITEC Lexis Nexis, Paris, 350 p.

PAYET (M-S), 2001, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, Paris, 513 p

TEXIER (M), 2006, La désorganisation : Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Presses Universitaires de perpignan, Perpignan, 605 p.

TUSSEAU (G), 2009, Les notions juridiques, Economica, Paris, 166 p.

TRABELSI (R), 2010, Le fonds de commerce électronique, contrats d'affaires et fonds de commerce dans le monde électronique, étude de droit comparé français et tunisien, Editions Universitaires européennes, Sarrebruck, 510 p.

VIALLA (F), 1999, L'introduction du fonds libéral en droit positif français, LITEC Lexis Nexis, Paris, 416 p.

ETUDES, ARTICLES ET CHRONIQUES

ABDELKRIM (G), 2002, Quelques limites de la liberté du travail : concurrence déloyale et clause de la non-concurrence, *Revue du droit marocain*, Rabat, N 3, p.17 à 26.

ALLAIN (M-L), CHAMBOLLE (C), 2003, Les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs : Bilan et limites de trente ans de régulation, *Revue française d'économie* - Vol 17 N°4, Paris, p 169-212.

AUGUET (Y), 2006, L'équilibre, finalité du droit de la concurrence, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, Paris, p.29 à 58.

AZZI (T), 2007, Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, p 227 à 257.

BENABDELOUAHED (R), BENKARAACHE (T), 2015, Facettes de l'économie informelle au Maroc : une tare économique ou une intelligence informelle ? *Apoleius : revue maghrébine de sociologie, d'économie et de sciences politiques*, Imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca, p 117-135

BENAMOUR (A)

Concurrence et régulation économique, vecteurs d'émergence, in *Culture de la concurrence : l'an I du Conseil de la concurrence : actes des journées d'études organisées le 23 avril 2009 et du 3 au 5 décembre 2009 à Marrakech*, Remald, RABAT, 2010, p 91-98.

Le sens et la dimension institutionnelle de la régulation concurrentielle, in *Deuxièmes Assises de la concurrence : les autorités de la concurrence : interrelations et rapports avec les pouvoirs exécutif et judiciaire*, Remald, RABAT, 2011, p.18 à 21.

BENSOUSSAN (H), La « clientèle au franchisé », facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement, *D.2001 Chron.2498*.

CALAIS-AULOY (J), 2006, Concurrence déloyale et protection des consommateurs, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, Paris, p.60 à 69

CHAPUT (Y)

Clientèle et concurrence, *Approche juridique du marché*, Litec, Paris, 2000, 280 p.

La clientèle appropriée, *Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique*, Litec, Paris, 2004, 306 p.

CORNU (G), 1981, Les définitions dans les lois et les textes réglementaires, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, Paris, p 77 à 93.

DEVERAT (X), Libre propos sur les critères de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques, *La semaine juridique*, 1995, N° 3827.

DANY (M), MESA (R), MITCHELL (M-C), 2010, Pratiques restrictives, concurrence déloyale, clause de non concurrence, *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, Mars, N° 3-2010, Paris, p 109-120.

DOUNIA (M), 2001, La bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, *Tangis N° 1*, Travail du colloque national organisé par le département de droit privé avec la participation de de l'école normale supérieure de Tanger, p.9 à 21 (en arabe).

EL YAAGOUBI (M), 1992, La liberté du commerce et de l'industrie ou La liberté d'entreprendre (Article 35, alinéa 3 de la constitution), *Revue marocaine de droit et d'économie de développement* N° 108, Faculté des sciences juridiques et sociales de Rabat, p 21 à 31.

ETRILLARD (C), La parodie en droit des marques, <http://www.persee.fr>.

FATIH (K), 2006, Le rôle de la morale dans la construction du droit de la concurrence, *Revue du droit marocain*, Rabat, N° 9-10, p.7-31.

FERRIER (D), 2006, Les pratiques restrictives de concurrence. Pour quelle finalité ?, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, Paris, p 189 à 197.

FRISON-ROCHE (M-A), Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 1994, 483 ;

GOMY (M), 2006, L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail, in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, Paris, p 199 à 216.

LEMARCHAND (S), FRÉGET (O), SARDAN (O), 2005, Les biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence, http://www.irpi.fr/revuepi/article.asp?ART_N_ID=61, 13 p.

LAHLOUJI ALAMI (A), 2011, La concurrence dans les marchés publics, *Deuxièmes Assises de la Concurrence : les autorités de la concurrence : interrelations et rapports avec les pouvoirs exécutif et judiciaire*, REMALD, Rabat, p.116 à 121.

MÜLLER (J), Aspects choisis du droit de la concurrence déloyale sur Internet, *Bulletin Ceditac* n° 56, <http://www.unil.ch/>, Mai 2001, 8 p.

NAKHLI (M), 1999, Les contrats de distribution intégrée, *Revue marocaine du droit commercial et des affaires*. - N. 3, Imprimerie al Najah, El Jadida, Casablanca, p 9-15.

PASSA (J), 2006, La protection de la dénomination sociale et du nom commercial par l'action en concurrence déloyale, in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Dalloz, Paris, p 189 à 324.

PICOD (Y), 2009, Le Code de Commerce - Son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale, Presses Universitaires de Perpignan, Perpignan, 104 p.

SERRA (Y), 2001, La concurrence déloyale, permanence et devenir, Dalloz Sirey, Paris, 133 p.

TAHIRI (F), 2015, Problématique et perspective juridique de la contrefaçon au Maroc, Al Milaf : Revue juridique, Imprimerie al Najah, El Jadida, Casablanca, p.30-37.

VIVANT (M), 1993, Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - 3 Juin 1993 - n° 22.

ZOUHRY (L), 2004, Le parasitisme économique, Revue marocaine de droit et d'économie de développement N° 49, Faculté des sciences juridiques et sociales de Rabat, p 215-139

RESSOURCES INTERNET

Sites institutionnels :

Site de l'organisation mondiale de propriété intellectuelle : <http://www.wipo.int/portal/fr/>

Site de la ligue internationale du droit de la concurrence : <http://www.ligue.org/>

Site de l'Organisation de coopération et de développement économiques : <http://www.oecd.org/>

Site de l'organisation mondiale du commerce : <https://www.wto.org/indexfr.htm>

Site du réseau européen de la concurrence : http://europa.eu/legislation_summaries/competition/index_fr.htm

Site de l'autorité de la concurrence française : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

Site du centre de recherche sur le droit des affaires : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/>

Site du centre de droit de la concurrence Yves SERRA : <http://cdcys.univ-perp.fr/>

Site de l'association française de droit de la concurrence : <http://www.afec.asso.fr/>

Site de la commission d'examen des pratiques commerciales : <http://www.economie.gouv.fr/cepc>

Site de la commission européenne : http://ec.europa.eu/index_fr.htm

Site de la commission des clauses abusives : <http://www.economie.gouv.fr/cepc>

Site de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>

Site du Ministère de l'économie française : <http://www.economie.gouv.fr/>

Site de l'institut de recherche en propriété intellectuelle : <http://www.irpi.fr/>

Site du centre de recherche Ethicpedia : <http://ethicpedia.org/>

Site de l'institut du droit de la concurrence : <http://www.concurrences.com/>

Site de la revue concurrence et consommation : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/revue-concurrence-consommation>

Site du service public de la diffusion du droit par l'internet : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Site de la cour de cassation française : <https://www.courdecassation.fr/>

Site du chef de gouvernement : <http://www.pm.gov.ma/fr/>
 Site du ministère des affaires économiques et générales : <http://www.affaires-generales.gov.ma/index.php/ar/>
 Site du secrétariat général du gouvernement : <http://www.sgg.gov.ma/Accueil.aspx>
 Site du ministère de l'économie et des finances marocain : <http://www.finances.gov.ma/fr/SitePages/Home.aspx>
 Site du ministère de l'industrie, du commerce, de l'investissement et de l'économie marocaine : <http://www.mcinet.gov.ma/Pages/default.aspx>
 Site du ministère de l'emploi et des affaires sociales : <http://www.emploi.gov.ma/index.php/fr/>
 Site du ministère de l'artisanat, de l'économie sociale et solidaire : <http://www.artisanat.gov.ma/fr>
 Site du conseil de concurrence marocain : <http://conseil-concurrence.ma/>
 Site de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle : <http://www.haca.ma/indexFr.jsp?id=43>
 Site de l'agence nationale de la réglementation des télécommunications : <http://www.anrt.ma/>
 Site du Conseil Déontologique des valeurs mobilières : <http://www.cdvm.gov.ma/>
 Site du programme d'appui à l'accord d'association Maroc-UE (jumelage institutionnel Maroc – Allemagne) : <http://www.jumelage-concurrence.eu/>
 Site du haut-commissariat au plan : <http://www.hcp.ma/>
 Site de l'office marocain de la propriété industrielle et commerciale : <http://www.ompic.org.ma/fr>

Site des revues :

Site du journal du net : <http://www.journaldunet.com/>
 Site de la revue le concurrentialiste : <http://leconcurrentialiste.com/>
 Site de la revue du réseau de propriété intellectuelle et lutte anti-contrefaçon : <http://www.tresor.economie.gouv.fr/revue-propriete-intellectuelle-et-lutte-anti-contrefacon>
 Site de la revue econoMAG : <http://www.economag.com/>
 Site de la vie économique : <http://www.lavieeco.com/>
 Site Maghress : <http://www.maghress.com/fr>
 Site de l'actualité à la une : <http://www.actu-maroc.com/>
 Site du nouvel Economiste : <http://www.lenouveleconomiste.fr/>
 Site de l'économiste maghrébin : <http://www.leconomistemaghrebin.com/>
 Site de jurisprudence marocaine : <http://www.cabinetbassamat.com/>

Autres :

Site de Marie - Anne FRISON ROCHE : <http://mafr.fr/fr/>
 Site du cabinet Me Anthony BEM : <http://www.cabinetbem.com/fr/pg/blog.php>

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	2
SOMMAIRE.....	3
INTRODUCTION.....	9
PREMIERE PARTIE : LE DOMAINE DE LA PROTECTION PAR L’ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE.....	24
TITRE I : LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.....	26
CHAPITRE I : LES CADRES JURIDIQUES INTERNATIONAUX DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.....	31
Section I : Les textes internationaux généraux de la propriété industrielle.....	33
Paragraphe 1 : La convention d’Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle.....	33
Paragraphe 2 : L’accord ADPIC.....	34
Paragraphe 3 : L’accord commercial relatif à la contrefaçon (ACAC).....	35
Section II : Les instruments internationaux spécifiques à un droit de propriété industrielle...36	
Paragraphe 1 : Les instruments internationaux relatifs aux marques.....	36
Paragraphe 2 : Les instruments internationaux en matière de brevet.....	37
Paragraphe 3 : Les instruments internationaux relatifs aux dessins et modèles industriels.....	37
Paragraphe 4 : Les instruments internationaux relatifs aux appellations d’origine.....	37
CHAPITRE II : LES DROITS SUR LES CRÉATIONS INDUTRIELLES.....	38
Section I : Les droits sur les créations de caractère technique.....	38
Paragraphe 1 : Le droit de brevet.....	38
I. L’existence d’une invention.....	39
II. Les caractères de l’invention.....	42
III. L’exploitation du brevet.....	45
IV. La contrefaçon.....	51
Paragraphe 2 : La protection par le secret.....	71
I. Le savoir-faire ou le know how.....	72
II. Le secret de fabrique.....	78

Section II : Les droits sur les créations ornementales : le régime de protection des dessins et modèles industriels.....	81
Paragraphe 1 : La distinction entre le droit des dessins et modèles industriels et les autres droits de propriété intellectuelle.....	81
I. Le droit des dessins et modèles industriels et le droit de brevet.....	82
II. Le droit des dessins et modèles industriels et le droit des marques.....	83
III. Le droit des dessins et modèles industriels et le droit d'auteur.....	84
Paragraphe 2 : L'objet de la protection par le droit des dessins et modèles industrielles.....	85
I. La nature de l'objet.....	85
II. Les caractères de l'objet.....	86
III. Les conditions négatives à la protection.....	89
Paragraphe 3 : Les conséquences de la protection par le droit des dessins et modèles industrielles.....	89
I. Le monopole conféré par le droit des dessins et modèles industriels.....	89
II. La notion de contrefaçon des dessins et modèles industriels.....	90
CHAPITRE III : LES DROITS SUR LES SIGNES DISTINCTIFS.....	91
Section I : Les marques de fabrique, de commerce et de services.....	91
Paragraphe 1 : La marque et les autres droits de propriété intellectuelle.....	92
I. Marque et nom commercial.....	92
II. Marque et enseigne.....	94
III. Marque et appellation d'origine.....	94
IV. Marque de fabrique et brevet.....	95
V. Marque, dessin ou modèle, droit d'auteur.....	96
Paragraphe 2 : Les catégories de marques.....	96
Paragraphe 3 : La fonction de la marque.....	97
Paragraphe 4 : Les divers signes susceptibles de constituer une marque.....	98
I. Les marques nominales.....	99
II. Les marques figuratives.....	101
III. Les marques sonores.....	103
IV. Les marques olfactives.....	103
Paragraphe 5 : Les conditions de validité des marques.....	104
I. Le caractère licite du signe choisi.....	104

II. Le caractère distinctif de la marque.....	107
III. La disponibilité du signe.....	107
Paragraphe 6 : Les droits conférés par la marque.....	111
I. La contrefaçon de marque.....	112
II. La substitution du produit.....	117
Paragraphe 7 : L'exploitation de la marque.....	117
I. La cession de marque.....	118
II. La licence de marque.....	119
Section II : Le nom commercial.....	121
Paragraphe 1 : Le choix de son propre nom patronymique, pseudonyme ou prénom.....	123
Paragraphe 2 : Le choix du nom patronymique d'un tiers.....	123
Paragraphe 3 : Le choix d'un nom de fantaisie.....	124
Paragraphe 4 : La disponibilité du nom commercial.....	125
Section III : La dénomination sociale.....	127
Section IV : L'enseigne.....	130
Section V : Le nom de domaine.....	133
Paragraphe 1 : La structure du nom de domaine.....	135
Paragraphe 2 : Le choix du nom de domaine.....	136
TITRE II : LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS VOISINS.....	138
CHAPITRE I : LA PROTECTION INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS CONNEXES.....	145
Section I : La protection internationale du droit d'auteur.....	145
Paragraphe 1 : La convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.....	145
I. Les œuvres protégées.....	145
II. Les principes fondamentaux de la protection conférés par la convention.....	146
III. Les principaux avantages de l'adhésion à la convention de Berne.....	146
Paragraphe 2 : L'accord ADPIC.....	147
Section II : Les conventions internationales dans le domaine des droits connexes.....	147
CHAPITRE II : LES RELATIONS DU DROIT D'AUTEUR AVEC LES DROITS PRIVATIFS.....	149
Section I : La relation entre le droit d'auteur et le droit de brevet.....	149

Section II : La relation droit d'auteur, droit des dessins et droit des marques.....	150
Section III : La coexistence exceptionnelle du droit d'auteur, du brevet, des dessins et modèles et des marques.....	150
CHAPITRE III : LES CONDITIONS DE LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR.....	151
Section I : l'exigence d'un auteur et d'une création.....	151
Paragraphe 1 : la qualité d'auteur.....	151
Paragraphe 2 : L'exigence d'une création.....	152
I. L'absence de formalité de dépôt.....	152
II. Une condition de fond : l'originalité.....	153
Section II : Les œuvres protégeables par le droit d'auteur.....	155
Paragraphe 1 : Les œuvres de l'esprit quel qu'en soit la forme, la qualité et le but.....	155
I. La protection accordée qu'elle que soit le mérite.....	156
II. La protection accordée quelle qu'en soit le mode ou la forme d'expression.....	156
III. La protection accordée qu'elle qu'en soit la destination de l'œuvre.....	167
Paragraphe 2 : La classification des œuvres protégeables par le droit d'auteur.....	167
I. Les œuvres originales à proprement parler.....	167
II. Les œuvres dérivées.....	172
Section III : Le champ de la protection en matière de droit d'auteur.....	173
Paragraphe 1 : Les œuvres du domaine public en matière de droit d'auteur.....	173
Paragraphe 2 : Les droits patrimoniaux de l'auteur	174
I. La représentation.....	175
II. La reproduction.....	176
Paragraphe 3 : Les exceptions à la protection en matière de droit d'auteur.....	177
I. La libre reproduction à des fins privées.....	178
II. La reproduction temporaire.....	179
III. La libre reproduction revêtant la forme d'une citation.....	181
IV. La libre utilisation des œuvres à des fins particulières.....	183
V. La libre représentation d'une œuvre.....	183
VI. La libre utilisation d'images d'œuvres situées en permanence dans des endroits public.....	183
Section IV : L'action en violation des droits d'auteur et droits voisins.....	184

Paragraphe 1 : l'élément matériel de l'acte de violation.....	190
I. L'atteinte aux droits patrimoniaux.....	190
II. La violation du droit moral.....	197
III. Les actes assimilés à une violation des droits des auteurs, interprètes, exécutants et producteurs de phonogrammes.....	199
Paragraphe 2 : L'élément moral de la contrefaçon.....	201
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	203
SECONDE PARTIE : L'AGISSEMENT DÉLOYAL: UNE NOTION PROTÉIFORME ET ÉVOLUTIVE.....	204
TITRE I : LA CONTREFAÇON ET LA CONFUSION SUR LES DROITS DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	206
CHAPITRE I : LES BREVETS D'INVENTION.....	207
Section I : La concurrence déloyale en matière de brevet en droit français.....	207
Paragraphe 1 : La nullité du brevet et concurrence déloyale.....	207
Paragraphe 2 : L'imitation du produit objet du brevet.....	208
Section II : La concurrence déloyale du fait de l'imitation et de la vente de produits protégés au titre du droit de brevet en droit marocain.....	210
CHAPITRE II : LE SAVOIR FAIRE.....	212
CHAPITRE III : LES DESSINS ET MODÈLES.....	214
Section I : La contrefaçon par reproduction.....	214
Paragraphe 1 : Notion.....	214
Paragraphe 2 : La contrefaçon par reproduction et la concurrence déloyale.....	215
I. Les conditions de la protection au titre de la concurrence déloyale.....	215
II. La confusion, fait générateur de la concurrence déloyale.....	217
Section II : L'offre à la vente et la vente d'un produit reproduisant le dessin ou modèle industriel protégé ainsi que la détention d'un tel produit à ces fins.....	219
Section III : L'importation d'un produit reproduisant le dessin ou le modèle industriel protégé.....	221
CHAPITRE IV : LA MARQUE.....	223
Section I : La concurrence déloyale résultant de l'utilisation des marques frauduleuses ou déceptives.....	223
Section II : La confusion résultant du choix du nom patronymique à titre de marque.....	224
Section III : Le dépôt d'un nom géographique à titre de marque.....	226

Section IV : La contrefaçon de marque.....	227
Paragraphe 1 : La reproduction de la marque.....	227
I. L'objet de la reproduction.....	227
II. Les formes de la reproduction.....	238
Paragraphe 2 : La vente ou l'offre de vente des produits revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.....	244
Paragraphe 3 : L'importation ou l'exportation de marchandises présentées sous une marque contrefaite ou frauduleusement apposée.....	248
Paragraphe 4 : L'atteinte au droit d'exploitation exclusive de la marque.....	249
I. L'importation et la distribution de produits originaux ou contrefaits.....	249
II. La commercialisation de produits originaux ou contrefaits.....	251
CHAPITRE V : LE NOM COMMERCIAL.....	254
Section I : Les noms commerciaux trompeurs.....	254
Section II : L'usurpation ou l'atteinte au nom commercial.....	255
Paragraphe 1 : Le principe de spécialité.....	255
Paragraphe 2 : Le rayonnement géographique.....	256
Paragraphe 3 : La reproduction.....	257
I. La reproduction à l'identique.....	257
II. L'imitation.....	258
CHAPITRE VI : LA DENOMINATION SOCIALE.....	260
CHAPITRE VII : L'ENSEIGNE.....	262
CHAPITRE VIII : LE NOM DE DOMAINE.....	264
CHAPITRE IV : LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE.....	266
Section I : La concurrence déloyale par confusion dans l'esprit de la clientèle.....	266
Section II : Applications de la jurisprudence marocaine.....	269
TITRE II : L'AFFAIBLISSEMENT DE L'ENTREPRISE.....	272
CHAPITRE I : LE PARASITISME.....	273
Section I : Les agissements parasitaires.....	277
Paragraphe 1 : L'usurpation d'une notoriété.....	277
I. L'approche du droit français.....	277
II. La conception du droit marocain.....	284

Paragraphe 2 : L'usurpation d'une technique.....	287
I. La protection des œuvres du domaine public.....	289
II. Vers une protection des idées.....	294
Section II : La concurrence parasitaire.....	306
Paragraphe 1 : L'usurpation d'une notoriété.....	307
I. L'usurpation d'un signe de ralliement de clientèle.....	308
II. Le rattachement indiscret.....	308
Paragraphe 2 : L'usurpation d'un produit ou d'une technique.....	318
CHAPITRE II : LE DENIGREMENT.....	324
Section I : Dénigrement et notions voisines.....	331
Paragraphe 1 : La critique.....	331
Paragraphe 2 : La diffamation.....	334
Section II : Les éléments constitutifs du dénigrement.....	336
Paragraphe 1 : Une personne identifiable, un produit ou un service.....	336
Paragraphe 2 : Une information malveillante.....	338
Paragraphe 3 : Une diffusion publique de l'information.....	340
Section III : Les cas du dénigrement.....	341
Paragraphe 1 : les classifications du dénigrement.....	341
I. Le dénigrement direct ou indirect.....	341
II. Le dénigrement individuel ou collectif.....	345
Paragraphe 2 : La publicité comparative.....	347
I. Les conditions de licéité de la publicité comparative.....	347
II. La publicité comparative illicite.....	348
CHAPITRE III : LA DESORGANISATION.....	354
Section I : Les procédés de détournement du savoir-faire.....	355
Paragraphe 1 : Le débauchage.....	355
Paragraphe 2 : La constitution d'une entreprise concurrente.....	356
Paragraphe 3 : L'espionnage industriel ou commercial.....	358
Section II : L'appropriation illicite du savoir-faire par le biais de contrats.....	360
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	365

CONCLUSION GÉNÉRALE.....	367
BIBLIOGRAPHIE.....	373
TABLE DES MATIÈRES.....	383