

**La contrefaçon et la concurrence déloyale dans les
contrats de distribution : Etude comparative du droit
français et du droit sénégalais.**

Auteur

**Mademoiselle Oumoul Khairy Ndao- Cabinet Maître CHEIKH
FALL Avocat à la Cour**

La concurrence déloyale et la contrefaçon tuent la loyauté des affaires !¹

¹ Proverbe inventé

Sommaire

<u>I-La contrefaçon dans le droit de la distribution : dispositions sur les marques et les brevets en droit français et en droit sénégalais.</u>	7
<u>A -Les dispositions juridiques de lutte contre la contrefaçon en droit français et en droit sénégalais</u>	8
<u>B -Le droit procédural de la contrefaçon en droit français et en droit sénégalais</u>	27
<u>II-La concurrence déloyale et le droit de la distribution : Disposition sur les marques et les brevets en droit français et en droit sénégalais</u>	40
<u>A-Les dispositions juridiques en France et au Sénégal sur la concurrence déloyale concernant les marques et les brevets</u>	42
<u>B -Le droit procédural de la concurrence déloyale</u>	58

Abréviations

Ed : Editions

Cass. : Cour de cassation

Com. : chambre commerciale

D. Dalloz

PIBD : Propriété industrielle. Bulletin documentaire
TGI : Tribunal de Grande Instance
CA : Cour d'appel
GP=Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ann. Propr. Ind. : Annales propriété industrielle
Bull. : Bulletin
Cah. : Cahier
CE : La Communauté Européenne
Civ. : civil
Cf. : Voir
Conc. : Concurrence
Consom. : Consommation
CJCE : La cour de justice des communautés européennes
Etc. : énumération non exhaustive
Inf. : Informations
Infra : Ci-dessous
JO, JORF : Journal Official, Journal Officiel de la République
LP : Légipresse
N° : Numéro
OAPI : Organisation Africaine de la propriété intellectuelle
Obs. : Observations
OMPI : Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle
RDPI : Revue du droit de la propriété intellectuelle
RJDA : Revue juridique de droit des affaires
Sect. Section
Somm. Sommaire
Supra : Ci-dessus

Introduction:

La sécurité économique est devenue de nos jours l'un des enjeux les plus importants pour les Etats qui tentent de conserver et de développer leur capacité d'innovation face au défi de la globalisation.

Il est important de noter l'importance de la matière juridique dans la réglementation de l'économie en générale. En effet dans tous pays, le fonctionnement de l'économie dépend des règles de droits qui ont été édictées à cet effet.

Cette interaction entre le droit et l'économie est d'autant plus logique qu'il est apparu depuis longtemps que certains opérateurs économiques n'hésitent pas à utiliser des moyens frauduleux pour se faire des bénéfices, et cela même si cela doit se faire au détriment d'autres concurrents ou du consommateur.

Victor Hugo déclarait déjà vers 1800 ans devant la chambre du commerce de Paris : « Il y a deux sortes de commerce, le bon et le mauvais commerce. Le commerce honnête et loyal, le commerce déloyal et frauduleux. Le commerce honnête, c'est celui qui ne fraude pas ; c'est celui qui livre au consommateur des produits sincères, c'est celui qui cherche avant tout, avant même les bénéfices d'argent, le plus sûr, le meilleur, le plus fécond des bénéfices, la bonne renommée. La bonne renommée, messieurs, est aussi un capital. Le mauvais commerce, le commerce frauduleux, est celui qui a la fièvre des fortunes rapides, qui jette dans tous les marchés du monde, des produits falsifiés, c'est celui ; enfin, qui préfère les profits à l'estime, l'argent à la renommée ».²

Cette assertion montre avant tout l'ancienneté liée à l'existence de la fraude en matière de pratiques commerciales, même si à mon avis elle peut remonter beaucoup plus loin.

La vie des affaires régie ainsi par le droit économique, se compose dans différents pays, notamment en France et au Sénégal, par des règles spécifiques concernant la lutte contre ces fraudes.

La branche de la propriété intellectuelle n'en est pas une exception, en effet elle est définie comme la branche de droit privée régissant d'une coté le droit de la propriété littéraire et artistique et d'un autre le droit de la propriété industrielle.³

Ces deux branches du droit privé, trouvant leur source dans le code de la propriété intellectuelle⁴ sont composées respectivement d'une part du droit d'auteur et des droits

²http://books.google.com/books?id=pTBu2SdxncQC&pg=PA206&lpg=PA206&dq=La+bonne+renomm%C3%A9e+messieurs+est+aussi+un+capital&source=bl&ots=kzRIYQ-hrI&sig=O-pKWHLEyrCWGOEU7sXBydrSJgM&hl=fr&ei=qR4OTKGgEI_o4gaH0uijDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBQQ6AEwAA#v=onepage&q=La%20bonne%20renomm%C3%A9e%20messieurs%20est%20aussi%20un%20capital&f=false

³ TAFFOREAU Patrick, « Droit de la propriété intellectuelle », Gualino, EJA, 2007, p21

voisins, et d'autre part des créations industrielles et des signes distinctifs. Ce sont ces derniers qui feront l'objet de notre étude.

Notons cependant que La liberté du commerce consacrée par le droit de la concurrence ne constitue pas un obstacle à l'exercice de ces droits qui consacrent à leur titulaire un monopole d'exploitation.

La propriété industrielle fait souvent l'objet d'une fraude. Le législateur en a pris conscience en France comme au Sénégal, et a de ce fait reconnu et réprimé les infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale. Ces infractions font l'objet d'une répression au niveau pénale comme au niveau civil pour l'un et juste au niveau civil pour l'autre.

Devant l'immensité du sujet des infractions touchant le secteur de la propriété industrielle, on a choisi de restreindre notre étude sur le domaine concernant les contrats de distribution, spécialement ceux touchant les marques et les brevets. Ces contrats se limiteront aux contrats de franchise (dans lesquels il y a souvent des licences de marques et parfois de brevets, exemple franchise de service ou de production) et de concession exclusive (ils comprennent souvent des concessions de licences de marque).

Les contrats de distribution étant des contrats cadres qui régissent le régime juridique général des contrats d'application comme ceux susvisés.

La franchise est un contrat par lequel, l'une des parties nommée franchiseur, concède à l'autre partie nommée franchisé, contre rémunération, le droit de réitérer sa réussite commerciale et utilisant sa marque, son savoir-faire et parfois son brevet d'exploitation.

Le contrat de concession exclusive est celui par lequel, le titulaire d'un signe distinctif en l'occurrence une marque, concède le droit de distribuer les produits de cette marque d'une manière exclusive dans un territoire donné et contre rémunération au concessionnaire.

Etudier les infractions liées à ces contrats dans la logique d'une étude comparative entre le droit sénégalais et le droit français de la contrefaçon et de la concurrence déloyale, revient naturellement à analyser ces infractions sous l'angle du droit des marques et des brevets.

A la lumière de nos recherches, la contrefaçon est constituée par différentes formes d'atteintes à un droit patrimonial de propriété industrielle. Plus précisément, il s'agit d'atteintes au droit exclusif conféré par la loi pour reproduire, utiliser, mettre en œuvre, fabriquer, etc., un

⁴ Institué par la loi 92-597 du 1^{er} Juillet 1992

produit ou un procédé (brevet), un signe distinctif (marque), un dessin ou un modèle ornemental ou une œuvre de l'esprit. Le mot contrefaçon est utilisé en pratique pour désigner collectivement plusieurs sortes d'atteintes aux droits patrimoniaux.⁵

Pour définir la concurrence déloyale, on va emprunter celle de la convention de Paris de 1967⁶. Selon elle, constitue un acte de concurrence déloyale :

« Tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale, notamment :

a- Tous faits quelconque 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 ;

b- 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 ;

c- 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. »

En d'autres termes, la concurrence déloyale, est constituée par l'acte de dénigrement, de confusion ou de publicité mensongère.

Ainsi la contrefaçon et la concurrence déloyale ont été créées afin d'instaurer une équité dans le milieu des affaires, et vont par la même occasion protéger ces droits exclusifs qui comme on l'a vu et selon Roubier fondent la recherche de l'ordre social à travers la police de la concurrence, l'idée de justice et l'encouragement au progrès.⁷

On peut dès lors se poser la question de savoir, En quel sens peut-on parler des infractions liées à la propriété intellectuelle dans les contrats de distribution ?

Quel est l'intérêt d'une telle analyse dans le cadre d'une étude comparative entre le droit français et le droit sénégalais. ?

Quelles sont les méthodes mises en place par de tels droits pour la lutte contre ces infractions ?

⁵ P. Veron, Saisie – contrefaçon, Ed Dalloz, 1999

⁶ Cette convention pour la protection de la propriété intellectuelle s'applique au territoire des pays composant l'union européenne à cette époque

⁷⁷ Traité.1, n°1. Comparer : A.-C. Reynouard, « Traité des brevets d'invention », p.9

Cela conduit vers une réflexion juridique pour déterminer l'importance des infractions de contrefaçon et de concurrence déloyale sur le droit des marques et des brevets. Ces derniers sont des droits qui sont souvent présents dans les contrats de distribution.

En outre faire une étude comparative de ces notions entre le droit français et le droit sénégalais, c'est montrer deux conceptions juridiques pour une même lutte contre les infractions précitées.

Cette comparaison permettra surtout de comparer les différentes procédures de lutte contre ces infractions dans le droit des deux pays.

Pour répondre à de telles questions, notre analyse s'articulera autour de deux points, notamment, d'une part, la contrefaçon dans les contrats de distribution en droit français et en droit sénégalais : Dispositions sur les marques et les brevets. D'autre part, on verra les droits français et le droit sénégalais de la concurrence déloyale en matière de marque et de brevet.

I-La contrefaçon dans le droit de la distribution : dispositions sur les marques et les brevets en droit français et en droit sénégalais.

La contrefaçon est définie comme une atteinte à un droit privatif. A ce titre le législateur l'a reconnu en tant qu'infraction, ce qui entraîne une sanction si elle est établie. Elle a atteint de nos jours, 5 à 9% du commerce mondial.⁸

Dans la logique de notre initiative, qui est l'étude comparative entre le droit français et le droit sénégalais de la contrefaçon, il conviendra d'abord de déterminer et d'analyser la législation relative à cette infraction dans chacun des deux pays.

Comme nous l'avons déjà souligné, cette étude de la contrefaçon sur les marques et les brevets se fera sur la base des contrats de franchise et de concession exclusive. Ces exemples de contrats de distribution, comportent souvent des licences de brevets ou de marques.

⁸ www.contrefacon-danger.com

A-Les dispositions juridiques de lutte contre la contrefaçon en droit français et en droit sénégalais

En droit français les dispositions organisant le régime de la contrefaçon se trouve dans le code de propriété intellectuelle. Rappelons que ce même code comme son nom l'indique sans doute regroupe l'ensemble du régime des droits de la propriété intellectuelle.

Notre première remarque avant tout est que ce code définit la contrefaçon par rapport à chaque droit de propriété intellectuelle, simplement toutes ces définitions se ressemblent et montre tout qu'elle est constitutive de toute atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle est constitutive de l'infraction de contrefaçon.⁹

Le but du contrefacteur est d'utiliser les mêmes produits objet du droit de propriété intellectuelle sans autorisation de son titulaire, bénéficiant ainsi des investissements de recherche, de développement, de publicité d'autrui et parfois tirant indûment profit de sa notoriété. C'est pourquoi d'ailleurs la contrefaçon est souvent associée à une « copie ».

Le concept de la contrefaçon on l'aura compris découle de l'action d'un opérateur économique qui utilise l'invention ou le signe détenu par un autre opérateur pour fabriquer ou commercialiser des produits à son détriment. A bien des égards la contrefaçon reste très nocive, c'est pourquoi pour l'institut national de la propriété intellectuelle (INPI) La contrefaçon constitue un fléau pour les entreprises ainsi qu'un danger pour la santé et la sécurité des consommateurs.¹⁰

En France la lutte contre la contrefaçon date de plusieurs décennies. Elle débute avec la loi des 19-24 juillet 1793¹¹. Cette loi a été améliorée et modifiée par plusieurs lois dont celle du 4 Janvier 1991 sur les marques de fabrique, la loi du 2 Janvier 1968 sur les brevets d'inventions. Les dernières législations, ont comme conséquences la dépénalisation des sanctions pour délit de contrefaçon.

Par exemple, le CNAC (comité nationale anti-contrefaçon), existe en France depuis Avril 1995.il à été créé pour renforcer le dispositif national de lutte contre la contrefaçon.

⁹ Ainsi l'article L.615-1 et l'article L.716-1 donnent la même définition à la contrefaçon de brevet et celle concernant les marques.

¹⁰<http://www.inpi.fr/fr/connaitre-la-pi/lutte-anti-contrefacon.html>

¹¹<http://www.senat.fr/rap/l06-420/l06-4202.html>

Il a été créé à l'initiative du Ministre de l'Industrie en avril 1995, suite à l'adoption de la loi du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon dite loi Longuet. Placé sous l'égide du Ministère chargé de l'Industrie, il est présidé par un parlementaire, actuellement Monsieur Bernard Brochand, député-maire de Cannes. L'INPI en assure le Secrétariat général¹².

Cependant, en 2007, on va assister à une modification d'une bonne partie du code de propriété intellectuelle. Cela va également concerner les dispositions sur la contrefaçon.

Au Sénégal les dispositions de lutte contre la contrefaçon sont regroupées dans l'accord de Bangui. Comme on va le voir, le droit sénégalais de la contrefaçon va naître avec l'accord de Bangui de 1970.

1) Analyses des dispositions du code de la propriété intellectuelle en France et de l'accord de Bangui au Sénégal

Les dispositions du droit français sur la propriété intellectuelle sont réunies dans le code de la propriété intellectuelle. Ce code a été modifiée de façon substantielle par la loi du 5 Février 2004¹³ dite de répression de la contrefaçon.

A ce titre on y trouve également la disposition sur la contrefaçon.

La contrefaçon de brevet trouve sa source dans l'article L.615-1 alinéa 1 et 2 du code de propriété intellectuelle. Il stipule que celui qui fabrique, utilise, commercialise, importe ou détient aux fins d'utilisation d'un produit, d'un procédé breveté sans le consentement du titulaire du brevet commet un acte de contrefaçon et engage sa responsabilité civile

L'alinéa 3 du même article poursuit que la mise sur le marché d'un produit contrefaisant n'engage la responsabilité de son auteur qu'au cas où les faits ont été commis en connaissance de cause. La contrefaçon implique ainsi une mauvaise foi de l'auteur des faits.

La constatation de l'infraction de contrefaçon repose sur plusieurs éléments :

¹²www.contrefacon-danger.com

¹³ Loi n° 94-102 du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon (site Legifrance) modifiant certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle (JORF du 8 février 1994)

-L'invention revendiquée doit tout d'abord être protégée par un brevet dont la validité ne peut être contestée pour cause de nullité. Cela va de soi car pour pouvoir revendiquer un droit, il faut s'assurer de son existence.

-L'objet relative à la contrefaçon doit présenter une certaine ressemblance avec celui sur lequel porte les droits invoqués¹⁴, elle doit porter sur une caractéristique protégée par le brevet¹⁵, Peu importe la qualité de reproduction.

Il existe ce qu'on appelle la contrefaçon partielle, elle concerne la reproduction d'un élément essentiel d'une revendication complexe et divisible, et non pas d'un élément séparé d'une combinaison de moyens qui ne doit pas être divisée.¹⁶

-L'auteur de la contrefaçon doit avoir agi en connaissance de cause (Article L615-1 du code de propriété intellectuelle).

La contrefaçon qui consiste en une fabrication, se prouve par une simple constatation matérielle.

La jurisprudence a aussi jugé que la qualité de sous-traitant d'un acte d'exploitation, n'exclut pas qu'il puisse engager sa responsabilité en cas de contrefaçon¹⁷. L'importateur de produits contrefaisants est assimilé par la jurisprudence française en fabricant, il ne pourra pas invoquer sa bonne foi.¹⁸

En ce qui concerne la contrefaçon de marque, les articles L. 716-1 et l'article L. 716-9 du code de propriété intellectuelle disposent que toute atteinte portée contre le droit protégé par la marque est constitutive de contrefaçon, et entraîne la réparation des préjudices ou des sanctions pénales.

Ces actes de contrefaçon peuvent se faire selon différentes manières que sont : l'apposition de la marque, la reproduction de la marque, l'imitation de la marque, et l'usage de la marque.

14 Cass.com, 6 Novembre 1984 :Bull.civ 4, p.237

15 Cass.com. 24 Avril 1987 : D.1988.som.351 obs. Mousseron et Schmidt

¹⁶16 CA Paris, 5 janvier 1997 : RDPI 1997 n°72, p59

¹⁷ TGI Paris 24 Avril 1984, D 1988.som 349 obs. Moucheron et Schmidt

¹⁸ CA Paris 14 Octobre 1993 : GP 1994.som.381

Cependant, ici, l'appréciation de la contrefaçon se fait en considération des éléments caractéristiques de la marque déposée. On ne se réfère pas à l'utilisation qui en est faite par son titulaire.¹⁹

Le titulaire d'une marque contrefaite doit avant d'introduire une action en justice, adresser une copie de la demande d'enregistrement de la marque au présumé contrefacteur, le tribunal saisi doit sursoir à statuer jusqu'à la publication de cet enregistrement (article 716-2).

Ainsi la jurisprudence a aussi admis que les faits argués de contrefaçon peuvent être poursuivis dès lors qu'ils datent d'avant la perte des droits sur la marque. L'action en contrefaçon ne doit pas avoir été prescrite cependant.²⁰

En France étant donné l'importance de la lutte contre la contrefaçon, il existe souvent des dispositions législatives qui viennent modifier le code de la propriété intellectuelle afin d'en améliorer les dispositions.

A ce titre en 2007, il y a eu une modification importante au niveau de la législation sur la contrefaçon, avec la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. Cette loi transpose la directive communautaire n°2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

Elle a profondément modifié bon nombre d'articles du code de la propriété intellectuelle. Elle est accompagnée de textes d'application qui éclairent ses dispositions.²¹

Les dispositions de cette loi sont transposées dans le code de propriété intellectuelle.

On y retrouve des dispositions concernant tous les droits de propriété intellectuelle, que ça soit le droit d'auteur, les brevets, les marques....

Au niveau des brevets et des marques, cette loi apporte deux grands changements, en matière de poursuites et de répression de la contrefaçon, à savoir la facilité des poursuites, et le durcissement des sanctions.

Il convient cependant de noter que cette loi tend à assurer l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon comme son nom l'indique et à ce titre, d'un côté il rend la procédure de saisie contrefaçon plus difficile à mettre en œuvre en subordonnant l'action en contrefaçon à la

¹⁹ CA Paris 16 Février 1995 : GP 1995.som.504

²⁰ Cass.com. 2 Juin 1992 : RJDA 7/92 n° 1276

²¹<http://www.legalbiznext.com/droit/La-loi-du-29-octobre-2007-de-lutte,1237>

constitution de garanties destinées à indemniser au besoin le défendeur, d'un autre côté cette loi met en place des dispositifs destinés à prévenir des atteintes constitutifs de contrefaçon.

Ainsi le titulaire des droits de propriété intellectuelle peut ordonner la saisie des produits soupçonnés d'être contrefaisants pour empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux.

Le défendeur peut se voir accorder des dommages et intérêts provisionnels au cas où le préjudice résultant de l'action en contrefaçon est contestable.

En cas de risque d'insolvabilité du défendeur, la loi prévoit la possibilité d'une mesure de saisie conservatoire sur ses biens.

Ainsi cette loi essaie d'assurer un certain équilibre dans la procédure de lutte contre la contrefaçon.

Si le demandeur verse une caution pour assurer l'indemnisation éventuelle du défendeur, ce dernier peut faire l'objet d'une saisie conservatoire en cas de risque d'insolvabilité avérée.

Un autre dispositif de cette loi qui est plutôt important, c'est le droit d'information pour la lutte contre les réseaux de contrefaçon.

Cette innovation de la loi, s'applique aux personnes avec qui on a trouvé des produits contrefaisants, mais aussi ceux qui utilisent ou fournissent des services contrefaisants, et ceux signalés par ces personnes comme ayant fabriqué ou distribué ces produits contrefaisants.

La loi apporte également une amélioration quant à la réparation du préjudice lié à la contrefaçon. En effet on ajoute à ce dernier la notion de bénéfices injustement réalisés. Cet apport de la loi bouleverse d'une certaine manière le principe classique de réparation du préjudice.

On ne se limite plus seulement à réparer un préjudice subi au sens classique du terme, le législateur veut ainsi aller plus loin dans un sens où il redistribue au propriétaire de droit les bénéfices qui découlent d'une activité illégale.

Mieux encore la loi prévoit la possibilité pour la victime de solliciter une indemnisation forfaitaire qui est égale au frais qu'un licencié doit s'acquitter.

Cependant si on sait d'avance que ces frais seront plus ou moins importants, et par conséquent se demander si l'indemnisation n'est pas injustifiée par rapport aux règles précitées, on peut le comprendre dans le sens où elle vise à décourager les activités de contrefaçon.

Dès lors on peut cas même se poser la question à savoir si la justice peut se montrer injuste envers le délinquant en guise de prévention ou de répression ? N'est-ce pas une sorte de discrimination positive ?

On ne lui reproche pas d'être sévère en allouant au victime des dommages et intérêts dus pour bénéfice injustement réalisé ce qui est tout à fait acceptable, simplement en faisant verser le défendeur des frais pour licence de marque ou de brevet, alors qu'il ne va pas en bénéficier à l'avenir, elle se sert d'une iniquité pour assurer la justice, ce qui est à mon avis discutable.

Une autre mesure de la loi cependant qu'il convient de citer et d'approuver, est celui qui consiste à réprimer plus sévèrement la contrefaçon qui porte atteinte à la santé et à la sécurité des personnes et des animaux.

En France à côté de ces dispositions législatives, il existe des organismes publics qui sont créés pour la lutte contre la contrefaçon, mais il existe également une institution publique qui participe activement dans cette lutte.

L'état est en effet conscient qu'à l'état actuel de l'avancement de la contrefaçon, il ne suffit pas seulement de prévoir des dispositions législatives ou réglementaires qui répriment tout acte qui va en ce sens, il faut également dans la pratique, que des moyens soient mis en œuvre afin que la lutte soit plus efficace.

Il y a d'abord, la création du comité national anti-contrefaçon en 1995. Il a été créé pour renforcer le dispositif de lutte contre la contrefaçon.

Il coordonne les actions menées par les différentes administrations et les représentants de différents secteurs d'activités industrielles et culturelles pour réprimer la contrefaçon de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle : droits d'auteur et droits voisins, brevets d'invention, marques de commerce et de fabrique, dessins et modèles industriels et, dorénavant aussi, les appellations d'origine et les obtentions végétales. Il permet également la concertation et l'information entre pouvoirs publics et industriels.

Le CNAC est traditionnellement présidé par un parlementaire, tandis que le secrétariat est assuré par un service public.

A côté de ce comité, la douane intervient d'une manière très importante dans la lutte contre la contrefaçon. A ce titre il existe une réglementation communautaire et une réglementation nationale qui lui donne les pouvoirs nécessaires.

Sur le plan communautaire, il a été prévu que la douane peut sur une demande écrite du titulaire des droits, retenir durant un délai de dix jours, les marchandises qui entrent ou sortent de la communauté et qui affectent ces droits de propriété intellectuelle. Ces dispositions concernent la contrefaçon de marque et la contrefaçon de brevet entre autre. Le titulaire de ces droits peut de ce fait saisir les autorités compétentes afin d'obtenir l'autorisation de faire procéder à la saisie. Naturellement si cette autorisation n'est pas obtenue, les marchandises seront restituées à leurs propriétaires.²²

Si la douane n'a pas cette demande préalable, dans ce cas elle peut procéder à cette retenue pendant une période de seulement trois jours. Les agents de douane doivent avoir soupçonné, qu'il s'agisse de marchandises contrefaites. Ainsi les titulaires des droits une fois informés peuvent faire la demande préalable.²³

Au niveau national, depuis la loi de Février 2004, la contrefaçon de marque est un délit douanier pénalement punie en ce sens²⁴. Cette interdiction concerne aussi bien le cadre commercial que les simples voyageurs.

Ce dispositif concerne tous les droits de propriété intellectuelle à l'exception des brevets. Une sanction douanière est prévue et peut notamment consister, en la confiscation des marchandises litigieuses, celle des moyens de transport et objets ayant servi à masquer la fraude, ainsi qu'une amende comprise entre une à deux fois la valeur de la marchandise de contrefaçon et un emprisonnement maximum de trois ans. Lorsque le délit douanier est

²² Règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil du 22/07/03 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle

²³ Règlement (CE) n° 1891/2004 de la Commission du 21/10/04 arrêtant les dispositions d'application du règlement 1383/2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle

²⁴ Code des douanes : articles 38, 215, 215 bis, 323, 414, 426, 428 et 437

commis en bande organisée, la peine d'emprisonnement est portée à une durée maximale de dix ans et l'amende peut aller jusqu'à cinq fois la valeur de l'objet de fraude.

La douane peut intervenir à travers deux types de procédure que sont la saisie et la retenue. La retenue est possible lorsqu'il existe des marchandises soupçonnées d'être de la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle, et lorsqu'il y a une demande préalable en ce sens.

La demande doit être présentée par le titulaire des droits ou son représentant. Elle doit comporter la preuve de la propriété du titre de propriété intellectuelle, une description précise des marchandises afin qu'ils soient identifiables, et le nom de la personne qui servira de contact à la douane.²⁵

La douane instruit le dossier et informe sans délai le demandeur des suites réservées. La demande est valable pour un an renouvelable, elle peut être déposée d'une manière ponctuelle.

La retenue s'exerce conformément au règlement communautaire pendant un délai de 10 jours et selon les modalités prévues à cet effet.

En ce qui concerne la saisie, elle concerne uniquement la contrefaçon de marque. Elle concerne la répression d'un délit douanier. La douane peut procéder à cette saisie si elle constate des marchandises contrefaites lors d'un contrôle.

La douane met les marchandises sous surveillance et en informe le procureur et le titulaire des droits, mais il peut de son propre chef décider de poursuivre les auteurs du délit.

Son intervention vise notamment à enlever des circuits commerciaux, les marchandises contrefaites.

L'importance de la douane dans la lutte contre la contrefaçon est due à la place stratégique qu'elle occupe dans le fonctionnement de l'économie. Surveiller les exportations et les importations est le moyen le sûr de démanteler les réseaux de contrefaçon qui sévissent dans le monde actuel.

²⁵ Arrêté du 23 janvier 2006 fixant les modalités de présentation de la demande de retenue mentionnée aux articles R. 335-1, R. 521-1 et R. 716-1 du code de la propriété intellectuelle (JORF du 3 février 2006)

Seule la douane peut assurer d'une manière efficace le contrôle et la répression de la contrefaçon et cela parce que souvent les produits contrefaits sont fabriqués dans les pays où la législation est très souple en ce sens, et acheminés vers les pays où la législation et le contrôle sur la contrefaçon est tellement sévère qu'ils ne permettent pas de développer ce genre d'activités.

Ainsi la douane est une véritable arme de lutte contre la contrefaçon en France puisqu'elle peut même engager des poursuites envers les auteurs de l'infraction de contrefaçon. La douane peut faire procéder à la sanction de ce type de délit en ce qui concerne les marques, notamment avec la possibilité qui lui est offerte de confisquer la marchandise contrefaite ainsi que les moyens utilisés pour permettre l'infraction (confiscation de véhicule ayant servi à commettre la contrefaçon).

De l'autre côté de l'atlantique, il y a le Sénégal, avec des dispositions communautaires en matière de contrefaçon. Cela signifie que le Sénégal fait partie d'un traité regroupant plusieurs pays africains et organisant une législation commune en matière de propriété intellectuelle.

Ainsi donc il n'y a pas de dispositions nationales sur la contrefaçon, que ça soit en termes de loi ou de règlement.

Au niveau communautaire donc, il y a l'accord de Bangui qui signifie, l'accord relatif à la création d'une organisation africaine de la propriété intellectuelle conclu à Bangui le 2 Mars 1977 et tous ses annexes.²⁶

Cet accord consacre l'uniformisation du droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de l'OAPI. Après l'indépendance, les états africains de la zone francs avaient conclu un accord relatif à la création d'un office africain et malgache de la propriété intellectuelle pour protéger sur leurs territoires, les droits de la propriété intellectuelle. Quinze ans plus tard, toujours animés par le même désir, ils révisaient cet accord pour le remplacer par celui de l'organisation de la propriété intellectuelle. A cet effet, ils se sont engagés à adhérer, à toutes les conventions internationales (universelles) intervenues en matière de propriété intellectuelle, montrant par-là, leur volonté d'intégration leur accord régional dans le domaine mondial de ces traités et d'utiliser le droit accordé par ces conventions aux pays signataires de prendre séparément entre eux, des arrangements particuliers qui ne contreviendraient pas à

²⁶ Cet accord est aujourd'hui signé par 16 Etats qui sont : le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, Le Centrafrique, le Congo, la Côte-D'ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Niger, le Togo.

leurs dispositions ou qui accorderaient des droits plus étendus que ceux accordés par lesdites conventions.

Pour toutes ces raisons, l'accord de Bangui institue une administration et une législation unique de la propriété intellectuelle portée par le texte de l'accord lui-même (37 articles et 9 annexes).

La législation commune de la propriété intellectuelle est constituée par neuf annexes concernant entre autres, des dispositions sur les brevets, les marques, les dessins et modèles, etc.

Bien que communs les textes et annexes sont considérés comme des droit nationaux indépendants et soumis à la législation nationale de chaque état membres dans lesquels ils ont effet. Ainsi les législations communes portées par les annexes s'appliquent dans ces états tels qu'elles sans qu'elles aient besoin d'une transposition en droit interne. Les revendiquants d'un droit de propriété intellectuelle peuvent néanmoins demander l'application des dispositions éventuellement plus favorables dans d'autres conventions relative à la propriété industrielle et aux droits d'auteurs.

En cas de divergence entre les règles contenues dans le traité ou dans ses annexes et celles contenues dans les conventions internationales auxquelles ces états membres sont partis et qui sont administrés par le bureau international de l'OMPI, ces derniers prévalent.

Les décisions judiciaires rendues dans l'un des états membres en application des dispositions des annexes font autorité dans tous les états membres. La portée de cette autorité n'est pas autrement précisée si bien qu'on peut s'interroger à son sujet. Doit-on considérer qu'il s'agit simplement de l'autorité de la chose jugée signifiant que les décisions judiciaires civiles ou pénales rendues en la matière ne sauraient plus être remises en cause, ou plus encore, qu'elles sont exécutoires de plein droit dans les états membres autres que ceux où elles sont rendues. En l'absence de travaux préparatoires et de jurisprudence disponible, on peut retenir au moins la première interprétation, en considérant que cet article est une disposition de coopération judiciaire. Toutefois cela n'empêche pas les contrariétés possibles de décisions ayant le même objet ou des objets connexes, entre des décisions de deux à plusieurs états membres qu'aucune disposition de l'accord de Bangui n'est venue régler.

Faute d'une juridiction qui aurait pour mission d'uniformiser la jurisprudence relative à la propriété intellectuelle, on risque à terme, de constater des applications et des interprétations divergentes de ce droit uniforme.

Quant à la mise en place d'une administration unique, l'OAPI, est une organisation dotée de la personnalité juridique. Elle est administrée par un conseil d'administration et sa gestion est confiée à un directeur général. Elle est chargée de l'application des lois uniformes contenues dans les annexes et des règlements y afférents, c'est à dire notamment,

-De mettre en œuvre et d'appliquer les procédures administratives communes découlant d'un régime unique de protection de la propriété intellectuelle ainsi que des stipulations des conventions internationales en ce domaine auxquelles les états membres ont adhéré et de rendre les services en rapport avec la propriété intellectuelle.

-Contribuer à la promotion et à la protection de la propriété intellectuelle.

-De centraliser et coordonner les informations de toutes nature relatives à la protection de la propriété intellectuelle, et de les communiquer à tout état membre qui en fait la demande.

A cet effet, l'OAPI adresse toute publication à l'administration de chaque état membre et assure le fonctionnement d'un centre de documentation et d'information.

Toute autre mission relative à l'application des lois de propriété intellectuelle peut lui être confiée sur décision unanime du conseil d'administration.

L'OAPI tient lieu pour chaque état membre de service national de la propriété intellectuelle et d'organisme de documentation et d'information.

Les dépôts de demande de protection de la propriété intellectuelle se font au niveau de l'OAPI, soit au niveau de l'administration nationale. Tout dépôt de demande de protection désignant au moins un état membre à la valeur d'un dépôt national dans chacun des états membres.

L'organisation procède à l'examen administratif des demandes selon les procédures communes prévues par la législation des états membres et la délivrance des brevets. L'enregistrement des marques des dessins et modèles, des noms commerciaux, des appellations d'origine produisent leurs effets (les mêmes) dans tous les états membres.

L'OAPI tient pour l'ensemble des états, un registre spécial pour chacune des créations intellectuelles (inventions, marques...) dans lesquels sont portées les inscriptions prescrites par les législations nationales.

Toute décision de rejet d'un dépôt de demande de propriété intellectuelle est susceptible d'un recours devant la commission supérieure des recours siégeant auprès de l'OAPI

L'accord de Bangui créé en vue de promouvoir la lutte pour la protection de la propriété intellectuelle, comporte ainsi les dispositions sénégalaises sur la contrefaçon et dans chaque type de droit intellectuel.

Dans cet accord, le brevet s'entend du titre délivré pour protéger une invention. Cette dernière étant une idée qui permet dans la pratique la solution d'un problème particulier dans le domaine de la technique.

La contrefaçon est définie comme toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par l'emploi de moyen faisant l'objet de son brevet, soit par le recel, soit par la vente ou soit par l'introduction sur le territoire nationale de l'un des états membres d'un ou plusieurs objets. Ce délit est puni d'une amende de 1000000 (1500 euros) à 3000000 (4500 euros) de francs CFA sans préjudice des réparations civiles.

L'annexe 3 relatives aux marques de produits ou de services stipule dans l'article 37 de son titre 6, que sont punis de 1000000 (1500 euros) à 6000000 (9000 euros) de francs CFA, et d'un emprisonnement de trois à deux ans :

-Ceux qui frauduleusement apposent sur leurs produits ou les objets de leur commerce, une marque appartenant à autrui.

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

-Ceux qui font une imitation frauduleuse d'une marque de nature à tromper l'acheteur ou font l'usage d'une marque frauduleusement imitée.

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

Comme on vient de le voir, la similarité entre les dispositions juridiques françaises et sénégalaises sur la contrefaçon saute presque aux yeux. Que ça soit au niveau des définitions ou des méthodes de répression de la contrefaçon. *Aux mêmes maux les mêmes remèdes*, me répondra t'on peut être, simplement cela découle du fait que d'une manière générale, les dispositions juridiques des deux pays se ressemblent beaucoup. L'histoire certes y a un rôle car le Sénégal a été colonisé par la France, et a même hérité de son régime politique laïque, et de sa langue officielle qui est le français. C'est d'ailleurs ce que certains appellent le mimétisme juridique.

Certains vont même parfois parler de « copie » du système français dans sa globalité par le Sénégal, car en droit il y a une coutume sénégalaise qui consiste à dire que : « le droit français s'applique tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs », lesquels il faut définir.

Il faut noter également qu'au Sénégal il existe beaucoup d'entreprises françaises, que ça soit des filiales ou des succursales. Une autre catégorie d'entreprise est celles qui sont françaises par leur origine, c'est à dire les franchises ou les entreprises individuelles concessionnaire ou licencié de d'entreprises françaises.

Il y a certainement une différence entre ces deux sortes de dispositions qui va provenir ne serait-ce que de la différence du niveau de développement dans les deux pays. Le contentieux des affaires n'a pas la même envergure en effet. C'est ce qui explique d'ailleurs la différence de sanctions au niveau des montants prévus pour la réparation des préjudices.

Les montants prévus au Sénégal apparaissent dérisoires devant ceux que l'on applique dans les litiges en France.

La réparation est beaucoup plus importante en France, ainsi que les moyens mis en œuvre alors que d'un autre côté les moyens et la procédure sont plus simples au Sénégal.

2) la jurisprudence de la contrefaçon en France et au Sénégal

Avant toute analyse, il conviendra de noter que nous avons choisi d'étudier d'une manière séparée la jurisprudence et les textes par soucis de clarté. On est bien évidemment conscient que la jurisprudence n'est qu'une application des textes et qu'en ce sens elle vient souvent particulariser un dispositif souvent prévu d'une manière plus générale par les textes. La jurisprudence nous fait vivre la pratique des règles théoriques.

On poursuit la logique de notre étude qui est de toujours commencer par le droit français, simplement parce qu'elle est plus importante mais également parce que comme on a tenté de l'expliquer le droit sénégalais s'inspire du droit français dans une large mesure.

En ce sens, le premier arrêt que nous allons étudier est celui de la cour d'appel de Paris du 21 Octobre 2009 qui porte sur la contrefaçon de brevet. Dans cette arrêt, la SPS (Soulé Protection Surtensions) qui s'est substituée ABB France, a assigné les sociétés Citel 2cp et la société Citel Ovp, ainsi que la société Indelec en contrefaçon de brevet pour la fabrication et la commercialisation de différents modèles d'anti fraude. Les sociétés défenderesses ont fait une demande reconventionnelle en nullité des droits de la SPS, laquelle a été retenue par le premier juge et confirmé par la cour d'appel.

L'intérêt de cet arrêt est de montrer que les sociétés accusées de contrefaçon peuvent invoquer la nullité du droit qu'on leur oppose conformément à l'article L.613-9 du code de la propriété intellectuelle²⁷.

Un autre exemple en matière de contrefaçon de brevet, est l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 Novembre 2009. Dans cet arrêt opposant la société Almirall à la société Mylan, il s'agit d'une action en contrefaçon. La société Almirall demande que la société Mylan soit jugée contrefacteur de sa CCP (certificat complémentaire de protection). Cette dernière invoque la nullité de cette CCP pour vice de procédure d'enregistrement. La cour d'appel a confirmé le jugement ayant fait droit à cette demande pour défaut de qualité d'agir de la demanderesse²⁸.

En matière de contrefaçon de marque, on a l'arrêt de la cour d'appel de Pau du 17 Septembre 2009. L'affaire concerne la S.A.R.L Little Bouddha contre Virginie Bevernage. En l'espèce la S.A.R.L LITTLE Bouddha titulaire de la marque Little Bouddha attaque Madame Berman pour contrefaçon concernant sa marque Little B. Le président du tribunal de grande instance a jugé la demande irrecevable car il a considéré qu'il n'avait pas de risque de confusion entre les deux marques, d'autant plus que les deux activités pour lesquelles elles sont utilisées sont

²⁷ Voir la décision dans l'annexe

²⁸ Voir la décision dans l'annexe

différentes. La cour à confirmer l'ordonnance du tribunal de grande instance de Pau en ce qu'elle a débouté La S.A.R.L Little Bouddha de son action en contrefaçon.

L'intérêt de cet arrêt est de montrer l'élément déterminant en matière de contrefaçon, qui est la ressemblance entre le droit exclusif invoqué et celui utilisé par le présumé contrefacteur. Il ne suffit pas simplement qu'il y est quelques ressemblances, mais on regarde également les activités concernées²⁹.

Le deuxième arrêt en contrefaçon de marque est celui du 20 Mai 2008 de la cour d'appel de Colmar. Cette arrêt porte sur une affaire opposant l'EURL Cathy Ehrhart et l'EURL Fischer en ce qui concerne la contrefaçon de marque. L'Eurl Cathy Ehrhart a assigné en 2007 l'Eurl Fischer à cesser ses activités sous l'enseigne et le nom commercial Touch A Fleurs qui rappelle sa marque Touch A Fleur. Il est important avant toute analyse de cette décision de faire remarquer que l'Eurl Fischer est un franchisé de la S.A.R.L Touch A Fleur Développement pour l'utilisation de la marque de cette dernière dénommée Touch A Fleur. L'Eurl Fischer bénéficiait d'ailleurs d'une clause d'approvisionnement exclusive auprès de son franchiseur. La décision de première instance a débouté la demande de l'Eurl Cathy Ehrhart au motif qu'elle n'a pas suffisamment démontré le sérieux de son action en contrefaçon. Cela est dû au fait que l'Eurl Fischer a apporté la preuve d'avoir été autorisé à utiliser cette marque et le contraire n'a pas été suffisamment prouvé par l'Eurl Cathy Ehrhart.

La première jurisprudence en droit sénégalais, est un arrêt de la première chambre civile et commerciale de la cour d'appel de Dakar du 06/06/2008.

Dans les faits, une ordonnance de référé du 24 Juin 2004 du tribunal régionale de Dakar déboute la société Cosmivoire de sa demande de condamnation de la société consortium d'industries de Dakar (CID) en tant que contrefacteur. En effet, Cosmivoire estime que la marque utilisé par CID pour la commercialisation de son huile « Palm Or » est une contrefaçon de sa marque Palme d'Or. A ce titre, elle demande l'interdiction de l'importation de ladite marque au Sénégal d'une part et d'autre part, la confiscation et la destruction de la marchandise incriminée.

Elle a été déboutée de sa demande car apparemment la saisie contrefaçon à laquelle elle avait procédé sous l'autorisation du président du tribunal régionale hors classe de Dakar n'est pas valide car n'ayant pas été validée par le juge. Pour répondre à cela Cosmivoire plaide que

²⁹ Voir la décision dans l'annexe

son action n'est pas une saisie contrefaçon mais un constat de la commercialisation de la marchandise contrefaite. De surcroît, CID a reconnu avoir commercialisé ces produits contrefaits.

C'est en considération de tout cela que Cosmivoire réclame qu'il soit mis fin au trouble qui lui est causé avec une astreinte de 100000 FCFA par jour de retard.

La Société CID rétorque au niveau de l'appel que le premier jugement mérite confirmation car même si Cosmivoire a enregistré sa marque, elle ne l'a pas publié au bulletin officiel de l'OAPI. Cette publication permettant l'opposabilité de la marque à tous, son inexistence a pour conséquence que Cosmivoire ne pourra se prévaloir de la marque auprès des tiers.

L'appel de cette décision de l'ordonnance a été confirmatif. La raison est que d'une part, Cosmivoire n'a pas rapporté la preuve du trouble illicite causé par la société CID, par la commercialisation de l'huile sous la marque « Palme Or », d'autre part, les deux marques étant enregistrées à l'OAPI, et d'une manière régulière, en l'absence d'annulation de l'une d'elle, leur propriétaires conservent le droit de les exploiter.

Cette décision fait apparaître un point essentiel dans la lutte contre la contrefaçon : c'est l'importance de l'aspect procédural dans la lutte contre la contrefaçon.

Comme cela apparaît sur les différentes étapes, pour faire sanctionner l'infraction de la contrefaçon, il y a une procédure à suivre. A cela s'ajoute les éléments de preuve à apporter.

On peut d'ailleurs se poser la question à savoir si Cosmivoire en l'espèce ne peut être accusée de contrefaçon de marque ?

Comme l'a souligné la société CID, la marque « Palme d'or », a été enregistrée après « palme or », mais aussi de surcroît du fait que Cosmivoire a été négligente au niveau de l'enregistrement de sa marque à l'OAPI. Dans les faits même l'existence de cette publication n'est pas un problème déterminant car « Palme or » a été régulièrement enregistrée.

Par ailleurs cette affaire fait ressortir également d'une manière générale tout le contentieux en matière de propriété intellectuelle, car s'il faut agir selon une certaine procédure en temps et en heure, il convient d'avoir accompli au préalable les formalités d'enregistrement et de publicité du droit dont on invoque le respect. Cela trouve toute son importance dans l'opposabilité de ce droit face aux tiers.

L'arrêt de la première chambre civile et commerciale de la cour d'appel de Dakar. Cet arrêt traite d'un contentieux introduit par l'ordonnance rendue le 8 Décembre 2003 par le tribunal régional hors classe de Dakar.

Dans cette affaire la société Sarl Afripages poursuit pour contrefaçon de la marque « pages jaunes », la société nationale de télécommunication appelée SONATEL.

La SARL Afripages qui bénéficie d'une licence d'exploitation exclusive de la marque « pages jaunes » détenue par monsieur Abdoulaye Camara. Cette marque est utilisée pour la confection de l'annuaire téléphonique.

La SONATEL utilise la même marque sans autorisation. Cette dernière adressée à des clients des bulletins de souscriptions aux pages jaunes, en faisant référence aux pages blanches.

La SONATEL a soulevé l'irrecevabilité de l'action pour défaut de qualité car elle n'a pas selon elle mandat pour intenter les actions nécessaires au vue de la protection de la marque.

En l'espèce la cour d'appel de Dakar a infirmé l'ordonnance rendue par le juge des référés du tribunal régionale hors classe de Dakar pour trancher le litige sur la contrefaçon. Cela nécessite d'analyser la validité d'une marque sur une autre.

Par conséquent la cour d'appel infirme l'ordonnance du juge des référés qui n'est pas valable pour excès de compétence. Elle se déclare aussi incompétente.

La particularité de cet arrêt au-delà du contentieux pour la contrefaçon de marque, est de soulever également un problème de compétence d'attribution. En effet même s'il est indéniable qu'entre Afripages et la Sonatél il y a un litige à juger, le juge des référés n'est pas celui qu'il fallait saisir.

Comme l'a soulevé le juge de la cour d'appel, la question à se poser si le juge saisi en premier ressort avait la compétence de savoir quelle est la marque qui bénéficie d'une priorité sur l'autre.

La marque « pages jaunes » ayant été enregistré par monsieur Abdoulaye Camara auprès de l'OAPI a fait l'objet d'une licence d'exploitation au profit de la société Afripages. Ce droit d'exploitation confère-t-il à la société Afripages la possibilité de représenter les droits de

monsieur Camara en cas d'atteinte. La réponse en principe est oui au regard des dispositions de l'accord de Bangui.

Si tel est le cas on peut se demander si on est réellement devant une contrefaçon de marque ?

Quelles sont les conditions de validité de l'enregistrement d'un signe distinctif ? N'est-ce pas sa disponibilité ?

Ici on a vu que la Sonatél dans ses conclusions parle de monopole de concessions le liant avec l'état du Sénégal en vertu duquel elle utilisait déjà la dénomination « pages jaunes » avant son enregistrement par le sieur Abdoulaye Camara. Dès lors on peut se demander si une marque basée sur un signe distinctif déjà connu du public est valable ?

Par ailleurs, on peut se poser la question de savoir de l'adéquation de l'assignation de la Sonatél pour contrefaçon.

Car en effet lors de l'exposition des conséquences de cette infraction, Afripages parle de détournement de clientèle dû à une confusion .N' est-ce pas là l'une des caractéristiques de la concurrence déloyale ?

L'arrêt de la quatrième chambre civile et commerciale de la cour d'appel de Dakar du 17/11/2008 porte sur un jugement rendu le 24/11/2006 par le tribunal régional hors classe de Dakar. L'affaire est une continuation de la SAGA Sonatél Afripages sur l'utilisation par l'une et l'autre de la marque « pages jaunes ».

La société Afripages licenciée pour l'exploitation de la marque « pages jaunes » a assigné la Sonatél et la société Novavision par l'intermédiaire de laquelle elle a confectionné un annuaire professionnel appelé « pages jaunes du Sénégal »', pour concurrencer déloyale pour risque de confusion. La Sonatél à fait également une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de Afripages à des dommages et intérêts pour procédure abusive, contrefaçon et concurrence déloyale. Le jugement a débouté toutes les parties de leurs demandes.

La Sonatél a fait appel de ce jugement et demande des dommages et intérêts pour contrefaçon et concurrence déloyale. La Sonatél a fait appel de ce jugement et demande des dommages et intérêts pour contrefaçon et concurrence déloyale.

La société Afripages demande réparation du préjudice résultant des manœuvres déloyales de la Sonatél dans le but de semer la confusion. La cour d'appel les a débouté toutes les deux de leurs demandes et cela :

Parce que du côté de Afripages, bien qu'il n'y ait point de doute que sa marque « pages jaunes » a été enregistré d'une manière régulière auprès de l'OAPI. La cour d'appel a suivi une ancienne sentence du centre d'arbitrage de l'OMPI, qui portait sur une affaire similaire entre France Télécom et une société américaine. Cette sentence n°489 du 21 Aout 2000 a retenu que le terme « pages jaunes » était un terme générique qui sert à désigner les annuaires aussi bien en Europe, qu'en Amérique ou en Australie. La cour d'appel décide par conséquent qu'on ne peut se prévaloir que des termes ajoutés qui lui donnent une différenciation par rapport à un autre.

En ce qui concerne la Sonatél, la cour a considéré qu'au regard des dispositions de l'accord de Bangui, les numéros de téléphone et les indicatifs dont se prévaut la Sonatél ne constituent pas une marque, elle ne peut donc se prévaloir d'une action en contrefaçon ou en concurrence déloyale sur des droits non protégés. Cet arrêt comme l'a vu est une continuation du contentieux entre la Sonatél et Afripages pour l'utilisation de la marque « pages jaunes » dans la confection des annuaires téléphoniques.

On peut cas même se demander si en l'absence de la sentence de l'OMPI, quel aurait été la décision de la cour d'appel ?

Si Afripages avait bel et bien régulièrement enregistré la marque « pages jaunes » et que la Sonatél n'avait pas enregistré une marque similaire tout en l'utilisant, on peut supposer qu'Afripages aurait pu obtenir des dommages et intérêts pour concurrence déloyale.

Cet argument paraît solide du fait que Sonatél utilisait les mêmes termes que la marque « pages jaunes », laquelle a été enregistré par Afripages.

Un arrêt de la première chambre civile du 08/06/2009, concerne une affaire de contrefaçon de production. Dans ces arrêts de la chambre correctionnelle comme dans les autres arrêts que nous allons étudier, les éléments de fait sont peu souvent repris, ce qui fait que nous serons plus ou moins limité pour l'analyse des détails.

Etant donné cette limite, nous ne pouvons savoir s'il s'agit vraiment d'une contrefaçon de brevet. On peut seulement supposer comme c'est souvent le cas, que les deux personnes

physiques représentent des personnes morales. Cela peut venir du fait que souvent les licences des brevets sont accordées à des personnes physiques. Cela peut nous laisser supposer qu'il s'agisse de contrefaçon de production industrielle pouvant faire l'objet d'un brevet. C'est pourquoi nous allons nous limiter à analyser la sanction par rapport aux arrêts déjà étudiés.

Dans le jugement du tribunal de Thiès qui fait l'objet de cet arrêt, les sanctions des prévenus est une amende de 50000 FCFA (76.33 euros) chacun, des dommages et intérêts pour la partie civile qui s'élève à 4 000 000 FCFA (6106,87 euros) pour toute cause de préjudice confondue), et un emprisonnement de 3 mois.

Dans la même logique, nous avons l'arrêt de la chambre correctionnelle du tribunal régionale hors classe de Dakar numéro 2 du 02 Avril 2007. Il concerne également des personnes physiques. La première représente une personne morale nommée SOCAS. Pour une affaire de contrefaçon de production alimentaire. Nous supposons encore une fois qu'il s'agit d'une contrefaçon de production brevetée. Egalement, les éléments de fait étant quasi absents, nous nous limiterons donc à analyser les sanctions.

Dans le premier jugement (chambre correctionnelle du tribunal régionale hors classe de Dakar du 19/07/2004), les peines sont de deux à six mois d'emprisonnement ferme, et une amende solidaire de 500000 FCFA (763 euros) à verser à la partie civile pour tout préjudice confondu.

Une sanction encore moins lourde a été retenue, avec l'arrêt de la chambre correctionnelle numéro 2 du 26/07/2007. L'intimé doit payer une amende de 100000 (150 euros) pour toute cause et préjudice confondue.

On remarque que la jurisprudence sénégalaise et la jurisprudence française en matière de contrefaçon ne sont pas très différentes. Cela est simplement dû au fait que les règles applicables sont pratiquement pareilles.

Si la jurisprudence est l'application concrète des règles théoriques contenues dans les textes, il est obligatoire de passer par une procédure de preuve avant de saisir le juge.

B -Le droit procédural de la contrefaçon en droit français et en droit sénégalais

La lutte contre la contrefaçon est essentiellement procédurale .Le titulaire des droits doit bien connaître les dispositions juridiques, être diligent, afin de mener à bien la revendication de ses droits face à une atteinte.

En France comme au Sénégal, pour faire constater une contrefaçon, il y a une procédure à suivre .Cette procédure se compose de deux phases : Il y a la saisie-contrefaçon et l'action judiciaire de fond.

Avant ces deux étapes procédurales, il en existe en France, une première qui vise notamment à prévenir de l'infraction de contrefaçon, il sera opportun de la mentionner avant toute l'analyse.

1) La procédure de saisie-contrefaçon

S'il est avéré que l'infraction de contrefaçon permet de lutter contre ceux qui utilisent et d'une manière illicite un droit de propriété intellectuelle, c'est la procédure qui permet de la mettre en évidence qui fait tout son sens.

En effet, que serait la contrefaçon sans la saisie-contrefaçon ? Autrement, que serait l'action judiciaire sans la preuve des revendications ?

La saisie-contrefaçon est définie comme la procédure permettant de prouver les éléments constitutifs de contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle.

Cependant il peut exister au préalable des mesures chargées de prévenir les dommages constitutifs de contrefaçon, ou encore des mesures qui anticipent les effets produit par l'effectivité de la revendication contre les actes de contrefaçon.

Ainsi en droit français, le code de propriété intellectuelle permet à toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon, de saisir en référé, la juridiction civile compétente afin de faire ordonner ,et au besoin sous astreinte, à l'encontre du prétendu contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon .Cette juridiction civile peut aussi ordonner sur requête toute mesures urgentes lorsque les circonstances exigent que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement, notamment lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au

demandeur. Le juge à ce niveau ne prend ces mesures que si les éléments de preuve vraisemblablement accessibles au demandeur sont apportés.

Par ailleurs la juridiction saisie peut aussi interdire la poursuite des actes argués de contrefaçon, en les subordonnant à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du demandeur ou ordonner la saisie ou la remise entre les mains d'un tiers des produits soupçonnés de porter atteinte aux droits conférés par le titre ou empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux.

Si le demandeur justifie de circonstances de nature à compromettre le recouvrement des dommages et intérêts, la juridiction peut ordonner la saisie-conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du prétendu contrefacteur, y compris le blocage de ses comptes bancaires et autres avoirs, conformément au droit commun ; pour déterminer les biens susceptibles de faire l'objet de la saisie, elle peut ordonner la communication des documents bancaires, financiers, comptables, commerciaux ou l'accès aux informations pertinentes (code de la propriété intellectuelle³⁰).

Une autre mesure est la possibilité pour la juridiction, d'accorder au demandeur une provision lorsque l'existence de son préjudice n'est pas sérieusement contestable.³¹

La juridiction saisie sur requête ou sur référé, peut subordonner également l'exécution des mesures qu'elle ordonne à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du défendeur. Si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée ou les mesures annulées.³²

Le nom de « saisie-contrefaçon » est trompeur cependant, car cette mesure n'est pas une saisie comme les autres. C'est d'ailleurs pourquoi les textes modernes ne l'emploient plus, mais parlent de « description détaillée avec ou sans saisie réelle ». Il s'agit d'une mesure probatoire. Elle permet à un titulaire de droit de propriété intellectuelle, de faire pratiquer par un officier public, des investigations comprenant en générale, la description de la contrefaçon alléguée, de ses circonstances et de son étendue ainsi que, dans certains cas, la saisie (avec ou sans appréhension matérielle)³³

³⁰ Article L.521-6 du code de propriété intellectuelle

³¹ Code de la propriété intellectuelle alinéa 3 de l'article L521-6

³² L'alinéa 4 de l'article L521-6 du code de la propriété intellectuelle

³³ VERON, Pierre, Saisie-contrefaçon, Paris, Ed. Dalloz, 2005, P1

La description l'élément principal de cette procédure (car on y procède chaque fois qu'il y a saisie), trouve tout son sens dans le fait que la contrefaçon est une procédure probatoire d'un état de fait qui est l'atteinte à un ou des droits de propriété intellectuelle.

Ainsi décrire les faits constitutifs de l'infraction, c'est donner une forme matérielle à « l'accusation » qui consiste à dire qu'une telle personne physique ou morale utilise d'une manière illicite les droits de propriété intellectuelle d'un autre. Donc il ne s'agit naturellement pas de montrer le préjudice subi par le détenteur des droits, mais c'est le constat des agissements constitutifs du délit.

Depuis la loi du 29 Octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, il y a eu un certain bouleversement des tendances. Les saisis se défendent mieux au regard des moyens que leur fournit la loi nouvelle³⁴.

Ainsi si la saisie-contrefaçon est plus efficace d'un côté, elle reste périlleuse de l'autre pour les titulaires des droits.³⁵ Par exemple, l'oubli d'informations assez basiques peuvent faire tomber la procédure de saisie.³⁶ La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à apprécier le cas d'une société qui avait été autorisée à procéder à une saisie-contrefaçon en étant représentée par son directeur général. Le saisi a relevé que ce dernier n'avait pas le pouvoir d'agir au nom de la société. La société saisissante soutenait que lors d'une assemblée générale extraordinaire, avait été mentionnée l'adoption d'une résolution prévoyant d'attribuer au directeur général les mêmes pouvoirs que ceux dévolus au président. Constatant que cette décision n'avait pas été reprise dans la mise à jour ultérieure des statuts, la Cour de cassation a confirmé l'existence d'une irrégularité de fond affectant la requête de saisie-contrefaçon et l'assignation. L'indication du représentant de la société n'est donc pas si anodine lors de la préparation de la requête.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a également sanctionné un autre problème d'identification du requérant. La cour a confirmé la rétractation de deux ordonnances sur requête car les mentions relatives à la forme sociale et au numéro d'immatriculation au RCS de la requérante étaient erronées. Il ne s'agit pas en effet d'une

³⁴ Voir infra

³⁵ [https://biblio-dist.univ-](https://biblio-dist.univ-tlse1.fr/http/www.lexisnexis.com:80/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T9853212172&format=GNBFULL&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T9853212179&cisb=22_T9853212178&treeMax=true&treeWidth=0&csi=283405&docNo=1&hitNo=ORIGHIT_1)

[tlse1.fr/http/www.lexisnexis.com:80/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T9853212172&format=GNBFULL&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,\\$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T9853212179&cisb=22_T9853212178&treeMax=true&treeWidth=0&csi=283405&docNo=1&hitNo=ORIGHIT_1](http://www.lexisnexis.com:80/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T9853212172&format=GNBFULL&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T9853212179&cisb=22_T9853212178&treeMax=true&treeWidth=0&csi=283405&docNo=1&hitNo=ORIGHIT_1)

³⁶ Cass. Com., 3 juin 2008, n° 07-14.457 : JurisData n°2008-044247

simple erreur matérielle, mais d'une erreur substantielle portant sur les éléments déterminants que sont la qualité et la capacité pour agir, qui ne sont pas susceptibles de rectification. Toute erreur sur ce point est donc irrattrapable.³⁷

En ce qui concerne le droit français, pour la saisie-contrefaçon concernant le brevet français délivré. Dans le code de la propriété intellectuelle, il est stipulé que seul le brevet est requis .Donc pas besoin de présenter une copie certifiée conforme. En pratique c'est une copie certifiée conforme délivrée par l'INPI. Le président saisi d'une requête aux fins de saisie-contrefaçon exige du requérant ,à l'appui de sa demande l'état de paiement des annuités qui prouve que le brevet est maintenu en vigueur par le paiement des redevances annuelles ainsi qu'un extrait récent du registre national des brevets afférent à ce brevet.

Concernant la saisie-contrefaçon des demandes de brevets, la loi permet de faire constater les atteintes portées à une demande de brevet, mais ces atteintes ne pourront pas être sanctionnées avant la délivrance du brevet. L615-4, dernier alinéa du code de propriété intellectuelle impose au tribunal saisi d'une action en contrefaçon sur le fondement d'une demande de brevet de surseoir à statuer jusqu'à la délivrance du brevet.

Si la demande est publiée ou à défaut notifiée, la loi exige du titulaire de la demande de brevet de justifier au soutien de sa requête aux fins de saisie-contrefaçon, d'avoir notifié sa demande de brevet aux tiers à l'encontre desquels il entend procéder à une saisie-contrefaçon .Le non-respect de cette obligation de l'ordonnance, justifie l'annulation de l'ordonnance sans que le saisi ait à rapporter la preuve d'un grief.³⁸

Ainsi, Contenir la témérité des saisissants et renforcer la protection des saisis, tel pourrait être l'objectif de la loi nouvelle de lutte contre la contrefaçon.

En droit sénégalais, il y a d'un côté la contrefaçon de marque et d'un autre la contrefaçon de brevet.

En droit sénégalais, pour ce qui est de la contrefaçon de marque, l'article 48 de l'accord de Bangui dispose que : « Le propriétaire d'une marque ou titulaire d'un droit exclusif d'usage peut faire procéder, par tout huissier ou officier public ou ministériel, y compris les agents de douane avec, s'il y a lieu, l'assistance d'un expert, à la description détaillée, avec ou sans saisie, des produits ou service qu'il prétend fabriqués, livrés ou fournis à son préjudice en

³⁷ Cass.com., 29 janv. 2008, n° 07-14.709 : JurisData n°2008-042526

³⁸ Bordeaux, 1er ch. ,27 mai 1998, PIBD 1998, n°663, III, 508).

violations des dispositions de la présente loi en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil dans le ressort duquel les opérations doivent être effectuées, y compris à la frontière.

Ce même article (48 dans l'annexe 3 du titre 7) poursuit dans son alinéa 2, que l'ordonnance est rendue sur simple requête et sur justification de l'enregistrement de la marque, et production de la preuve de non radiation et de non déchéance.

Le juge peut demander au requérant un cautionnement.

Il est laissé au détenteur des objets saisis ou décrits, une copie de cela, ainsi que l'ordonnance constatant le dépôt du cautionnement.

Le délai pour engager la procédure quant au fond est de 10 jours ouvrables à partir de la saisie ou de la description, sous peine de nullité de la saisie ou de la description.

Selon l'article 6 de ce même titre, l'action en contrefaçon d'une marque est engagée par le titulaire de la marque. Toutefois le bénéficiaire d'un droit exclusif d'usage peut agir en contrefaçon sauf stipulation contraire du contrat, et si après mise en demeure, le titulaire n'exerce pas ce droit.

Il en va de même pour toute partie à une licence de marque, pour le préjudice qui lui est propre.

L'article 43 de ce même titre poursuit en ce qui concerne le sort des marques et produits de contrefaçon, la confiscation des produits dont la marque serait reconnue contraire aux dispositions de l'article 37 peut, même en cas d'acquiescement, être prononcée par le tribunal, ainsi que celle des instruments et ustensiles ayant spécialement servi à commettre le crime.

Le tribunal peut ordonner que les produits confisqués soient remis au propriétaire de la marque contrefaite.

Le tribunal peut décider de la destruction des produits ou objets reconnus contrefaisants.

L'action en contrefaçon d'une marque postérieurement enregistrée est irrecevable lorsque son usage a été toléré pendant trois ans au moins et que son dépôt n'ait été de mauvaise foi. L'irrecevabilité est limitée aux seuls produits et services pour lesquels l'usage a été toléré.

On ne fera sans doute qu'enfoncer une porte déjà ouverte en faisant la remarque que ces deux procédures sont quasi-identiques. Dans les deux cas en effet, c'est à dire que ça soit pour la saisie-contrefaçon en droit français ou que ça soit la saisie-contrefaçon en droit sénégalais, c'est le président du tribunal civil qui délivre une ordonnance autorisant la saisie et dans les deux cas cette saisie est possible par le biais d'un officier public, qu'il soit huissier ou même un douanier (ce cas se rencontre notamment lorsque la contrefaçon porte sur des marchandises d'importation ou d'exportation). Jusque-là cela découle d'un certain bon sens car si une personne bénéficie d'un droit de perquisitionner un lieu ou saisir des biens d'autrui, il est clair qu'il doit bénéficier de l'autorisation du juge. cela certainement pour éviter que le soit disant contrefacteur puisse l'accepter plus facilement. Il en va de même pour ce qui est de la présence de l'officier public afin d'y faire procéder.

Simplement on peut remarquer une certaine simplicité dans la procédure sénégalaise. Cette dernière est en effet constituée par la procédure française d'avant les modifications apportées par la loi de 2008 sur la lutte contre la contrefaçon.

En d'autres termes la procédure sénégalaise est identique à la procédure française sans l'évolution récente que cette dernière a fait l'objet. On n'y retrouve pas notamment la possibilité de la saisie conservatoire en cas de risque d'insolvabilité du soi-disant contrefacteur, ni la possibilité de saisir des documents comptables ou autres au fin de lutter contre les réseaux de contrefaçon, etc.

Ce semblant de lacune de la procédure sénégalaise peut toujours être compensé par le concept plus global de la possibilité de se référer au Sénégal, au droit français en cas d'insuffisance de dispositions sénégalaises en ce sens.

Dans ce cas on ne serait pas surpris de voir le juge sénégalais, autoriser la saisie de documents entre les mains du saisi et qui permettent de déceler un réseau de contrefacteurs.

Après la saisie-contrefaçon, il conviendra d'engager une action judiciaire de fond afin de se faire arrêter par le juge les actes constitutifs de contrefaçon mais également de se voir allouer des dommages et intérêts pour réparation du préjudice subi.

2) L'action en contrefaçon

Le demandeur doit se pourvoir par la voie civile ou la voie pénale, dans un délai fixé par voie règlementaire, sinon les mesures prises vont être annulées sur demande du défendeur

sans que celui-ci ait à motiver sa demande. L'annulation se fait sans préjudice des dommages et intérêts octroyés.

Cette double possibilité offerte à la victime de la contrefaçon est très originale dans la mesure où, elle engage aussi bien la compétence judiciaire des tribunaux civils que ceux des tribunaux correctionnels.

On peut se poser la question à savoir qu'elle est le motif qui peut motiver le choix de la victime face à ces deux possibilités ?

Effet ce n'est pas du tout la même chose que d'engager un procès civil, qu'un procès pénal, surtout du point de vue des conséquences. Si le procès civil tend à la réparation civile (consistant à des dommages et intérêts), le procès pénal tend plutôt à des emprisonnements avec des amendes.

Ainsi qu'elle peut être l'intérêt pour la victime de choisir l'un ou l'autre procès ?

Dans une certaine logique, il serait tentant de dire que percevoir des réparations compensatoires de son préjudice est plus bénéfique que de faire emprisonner quelqu'un sans recevoir un centime. Dire cela c'est sans doute ne pas perdre de vue, l'objectif commun dans le monde des affaires, et qui est la création de richesses.

Celui qui engage un procès pénal voudra certainement « donner une leçon » au contrefacteur, afin de s'assurer qu'on lui a définitivement ôté l'envie de recommencer.

D'où la question à savoir s'il y a une possibilité pour engager deux actions judiciaires simultanées pour une même affaire?

En droit sénégalais, il est impossible de saisir la juridiction pénale pour des faits qui sont déjà jugés en civile, par contre le contraire est possible, simplement il faudrait que la juridiction pénale ait déjà statué.³⁹ D'où l'adage le criminel tient le civil en l'état.

Cette règle est également la même en droit français, simplement la suspension de l'action civile par l'action pénale n'est que partielle. Elle ne concerne pas les autres cas que celle de l'action civile visant la réparation de l'infraction.⁴⁰

³⁹ Article 5 du code de procédure pénale du Sénégal annoté

⁴⁰ Chloé JOACHIM, 24 Juillet 2007, « L'abrogation partielle de l'adage, « le criminel tient le civil en l'état » », www.village-justice.com.

En France la procédure apparaît dans les articles L.615-3 et L.615-22 du code de propriété intellectuelle. Cette procédure comprend aussi bien l'action civile que l'action pénale.

Pour ce qui est de la contrefaçon de marque, l'article L.716-5 alinéa 1 du code de propriété intellectuelle dispose que les titulaires de l'action en contrefaçon sont :

-Le propriétaire de la marque ou un copropriétaire avec l'accord de tous les autres copropriétaires⁴¹

-Le titulaire d'une licence exclusive, sauf stipulations contraire du contrat, si après mise en demeure, le propriétaire n'exerce pas ce droit ; mais le licencié ne peut agir que si la marque n'a pas été inscrite au registre des marques.⁴²Cependant selon l'article L714-7 du code de propriété intellectuelle, toute partie à une licence de marque (inscrite ou non au registre des marques) peut intervenir dans une instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre.⁴³

En matière de contrefaçon de marque, le tribunal de grande instance est compétent. Le tribunal compétent est celui dans le ressort territorial duquel le fait dommageable s'est produit (il reste aussi compétent si le dommage s'est aussi produit dans le ressort d'autres tribunaux).

L'alinéa 3 de l'article L.716-5 du code de propriété intellectuelle dispose que la prescription de l'action en contrefaçon de marque est de trois ans, à compter de chaque acte d'usage de la marque.⁴⁴

Selon la jurisprudence, la contrefaçon de marque n'exclut pas la bonne foi⁴⁵ et de l'authenticité du produit ⁴⁶

La jurisprudence a aussi établi que l'action en contrefaçon d'une marque postérieurement enregistrée, et dont l'usage a été toléré pendant cinq ans est irrecevable, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. L'irrecevabilité est limitée aux seuls produits ou services pour lesquels l'usage a été toléré selon l'article l'alinéa 4 de l'article L.716-5 du code de propriété intellectuelle. Elle suppose que le titulaire de la première marque, ait en

⁴¹ CA Orléans 21 Juin 2007 n° 05-3439 : RJDA 6/07 n°728

⁴² CA Paris 4 Avril 1995 : RDPI 1995 n°61 p.49

⁴³ CA Paris 16 Mai 2001, GP 2002.some.875

⁴⁴ TGI Paris 28 Juin 2000 : LP.2001.1.58

⁴⁵ Cass. Com. 29 novembre 1994 : RJDA 3/95 n°370

⁴⁶ CA Paris 5 Juin 1996 : RJDA 1/97 n°142

connaissance de cause, toléré l'usage de la marque seconde, il ne suffit pas de constater, qu'il n'a pas exercé l'action en contrefaçon de sa marque à la suite du dépôt de la marque.⁴⁷

Pour ce qui est de la preuve, elle se fait par tout moyen selon l'alinéa 1 de l'article L.716-7 du code de propriété intellectuelle. la juridiction civile saisie pour un fait de contrefaçon peut ordonner au défendeur au besoin sous astreinte la production de tous documents ou d'information afin de déterminer l'origine et le réseaux de distribution des produits contrefaisants. Dans ce dernier cas on remarque qu'il y a une sorte de « saisie contrefaçon » qui se fait après la mise en œuvre de l'action judiciaire.

La reproduction et l'imitation s'apprécient par les ressemblances entre les éléments et les signes en présence, sans tenir compte du degré de la caractéristique distinctive,⁴⁸ sans qu'il y ait lieu de rechercher la différence entre les signes distinctifs. Le risque de confusion doit ainsi être évalué par rapport à un consommateur d'attention moyenne n'ayant pas simultanément les signes sous les yeux.⁴⁹

En ce qui concerne les marques complexes composées de combinaison de mots, la ressemblance s'apprécie en fonction du pouvoir attractif de l'élément argué de contrefaçon, compte tenu de ceux qui lui sont adjoints.⁵⁰ Pour que la contrefaçon existe, il suffit que la représentation générale soit reproduite, que l'aspect d'ensemble soit similaire⁵¹. Mais la contrefaçon n'existe pas si un tel élément incriminé à un pouvoir attractif faible et qu'il constitue avec les mots associés à un tout indivisible lui donnant une signification propre.⁵²

Il faut noter cependant que la notoriété de la marque contrefaite n'a pas d'effet sur les conditions de la contrefaçon.⁵³

Le fait que le contrefacteur bénéficie d'une licence lui donnant le droit d'utiliser la marque contrefaite. Ce contrat ne pouvant faire échec aux droits des tiers.⁵⁴

Il a été jugée par ailleurs que le seul dépôt d'une marque existante est constitutive de contrefaçon.⁵⁵

⁴⁷ Cass. Com. 28 Mars 2006 n°431 : RJDA 11/06 n°1181

⁴⁸ Cass.Com 18 Mai 1993 ; RJDA 10/93 n°855

⁴⁹ CA Paris 2 Octobre 1996 : GP 1997.som.247

⁵⁰ CA Dijon 1 Décembre 1987 : Bull.inf .C .Cass 1989 n°220

⁵¹ CA Paris 24 Octobre 1994 : GP 1995.som.503

⁵² CA Paris 8 janvier 1997 : GP 1997.som.263

⁵³⁵³ Cass.com. 8 décembre 1992 : RDPI 1993 n°46, p.48

⁵⁴ Cass.Com 16 Juin 1992 : RDPI 1993 n° 46, p.50

Si un signe est jugé contrefaisant, il ne peut pas être utilisé à titre de dénomination sociale ou nom de domaine pour désigner une entreprise, ou son point d'achat, offrant à la vente des produits ou des services pour lesquels les marques reprenant ce signe ont été jugées contrefaisantes.

L'action civile en contrefaçon vise pour le titulaire de la marque l'obtention de dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts couvrent toutes les réparations des préjudices subis par le titulaire des droits. Le juge prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner subi par le lésé, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte.

Avant la modification opérée par la loi de 2007, la réparation couvrait la privation de bénéfice par rapport aux ventes manquées du fait de la contrefaçon. Cette perte n'est pas nécessairement égale au montant du chiffre d'affaires réalisé par le contrefacteur.⁵⁶

Cette réparation couvrait également l'atteinte portée au pouvoir distinctif de la marque, cela concerne surtout les articles contrefaisants de qualité médiocre, et quand la marque est notoirement connue et à une valeur patrimoniale élevée.

Egalement sont concernés les frais engagés pour poursuivre les contrefacteurs et mettre fin à la contrefaçon⁵⁷

En guise de mesure complémentaire, l'article L.716-15 du code de propriété industrielle, à la demande de la partie lésée, la juridiction peut ordonner que les produits reconnus comme produits contrefaisants les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée ; le juge peut aussi ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits, dans les journaux ou sur les services de communication au public en qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise, ces mesures sont ordonnées au frais du contrefacteur.

Pour ce qui est de la sanction pénale, elle entraîne à terme une amende et un emprisonnement.

⁵⁵ Cass.com. 21 juin 1994 : RJDA 11/94 n° 1232

⁵⁶ CA Paris 4 Décembre 1978 : Ann.Propr.ind1980.123

⁵⁷ CA Paris 12 Février 1982 : GP 1983.som.310

Les sanctions pénales concernent :

-Le fait pour toute personne, en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer des marchandises présentées sous une marque contrefaisante : Pour l' Article 716-9 du code de propriété intellectuelle, Le fait d'importer sous tout régime douanier, d'exporter, de réexporter, ou de transporter des marchandises présentées sous une marque contrefaite, Le fait de produire industriellement des marchandises présentées sous une marque contrefaite, Le fait de donner des instructions ou des ordres pour la commission des actes susvisés.

-Le fait pour toute personne, de détenir, sans motif légitime, d'importer sous tous régimes douaniers ou d'exporter des marchandises sous une marque contrefaisante.

Cela concerne également le fait d'offrir à la vente ou de vendre des marchandises présentées sous une marque contrefaite, le fait de reproduire, d'imiter, d'utiliser, d'apposer, de supprimer, de modifier une marque, ou une marque collective de certification en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui résultent de celle-ci.

Le fait de, sciemment, livrer un produit ou fournir un service autre que celui qui est demandé sous une marque enregistrée, tel est le cas dès lors qu'a été sciemment faite la livraison d'un produit autre que celui commandé sous une marque enregistrée⁵⁸.

La première série d'infraction est sanctionnée d'après le code de procédure civile de 4 ans de prison et de 400000 euros (262000000 Francs CFA) d'amende. La sanction est de cinq ans de prison et de 500000 euros (327 500000 Francs CFA) d'amende lorsque ces délits ont été commis en bande organisée ou lorsque ces faits portent sur des marchandises dangereuses, présentant un risque pour la sécurité de l'homme et de l'animal.

Quant à la deuxième série d'infraction, elle est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300000 euros (195500000 Francs CFA) d'amende, et elles sont portées à cinq ans d'emprisonnement et de 500000 euros d'amende lorsqu'elles ont été commises par bande organisée.

L'article L. 716-12 porte au double les sanctions mentionnées en cas de récidive.

De surcroît, le juge peut ordonner la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée de cinq ans de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction.

⁵⁸Cass.Crim. 30 Septembre 1992 : RJDA 2/93 n°176

Egalement, il pourra ordonner ,au frais du condamné, le retrait des circuits commerciaux des objets jugés contrefaisantes toute chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, la destruction ou la remise à la partie lésée des objets et choses retirées des circuits commerciaux ou confisquées, sans préjudice de tous dommages et intérêts, et l'affichage du jugement prononçant la condamnation, ainsi que sa publication intégrale ou par extrait dans les journaux qu'il désigne, sans que les frais de cette publication puissent excéder le montant mensuel de l'amende encourue : Cette disposition se retrouve dans les articles L. 716-13 du code de la propriété intellectuelle, et l'article 131-35 du code pénal.

La preuve de la contrefaçon est libre ⁵⁹et la présomption de mauvaise foi tombe si la preuve de la bonne foi est rapportée⁶⁰.

En droit sénégalais, on ne trouve pas autant de précisions sur les conditions de mise en œuvre de l'action en contrefaçon, en effet, il est stipulé que cette action s'exerce dans un délai de dix jours à compter de la saisie, sous peine de nullité de cette dernière.

De ce fait pour connaître les moyens de mise en œuvre de l'action de l'action en contrefaçon, il faut de référer au droit commun de procédure civile ou au droit commun de la procédure pénale. Au Sénégal c'est le code de procédure civile et dans le code de procédure pénale qu'on trouve ces dispositions.

Là également apparaît plus que jamais la ressemblance entre le droit sénégalais et le droit français .Si le droit sénégalais est moins évolué dans certains points, on peut se demander si cela n'est simplement le fait du faible contentieux qui concerne ces domaines, bien sur cela peut aussi être dû à une inefficacité des institutions habilités à faire les projets ou proposition de lois permettant une évolution et une adaptation du droit actuel à l'évolution du besoin du monde des affaires.

Le droit français face au droit sénégalais apparaît ainsi comme une mère, et vice versa le droit sénégalais apparaît comme un enfant copiant sur la mère et dont la ressemblance avec cette dernière devient de plus en plus visible avec le temps.

Dès lors on peut se demander si on ne peut pas parler tout simplement du « droit la francophonie » ?

⁵⁹Cass.Crim 6 Décembre 1993 : RJDA 3/94 n°355

⁶⁰ Cass.Crim.12 Février 1969 : Bull.Crim, P.177

Répondre à cette question ne serait certainement pas aisé, car les pays de la francophonie étant souverains pourraient voir cela malgré les faits comme un manque d'autonomie.

N'empêche que dans l'état actuel des faits je pense que ce droit de la francophonie existe bel et bien dans la mesure où si l'on prend l'exemple de l'accord de Bangui, qui a été signé par des pays francophones, et que cet accord reprenant les dispositions quasi exactes du droit français, il est évident que plus d'un pensent la même chose.

A côté de la contrefaçon, il existe une autre infraction qui permet au législateur d'assurer la « police des affaires » : c'est la concurrence déloyale.

Elle apparaît comme l'infraction qui vient compléter la contrefaçon en ce qu'elle permet au-delà du titre de propriété intellectuelle de réprimer tout comportement d'un opérateur économique qui lèserait un consommateur ou un concurrent.

[-La concurrence déloyale et le droit de la distribution : Disposition sur les marques et les brevets en droit français et en droit sénégalais

La concurrence déloyale au sens commun est la concurrence basée sur des pratiques commerciales industrielles malhonnêtes.

En effet si les principes de la liberté du commerce et de l'industrie font que dans le monde des affaires, les opérateurs économiques sont libres de se faire concurrence et par là même occasion, d'attirer la clientèle d'autrui en faisant preuve d'une plus grande efficacité envers cette dernière. Cela reste cependant n'est possible que dans la limite des pratiques illicites qui sont par conséquent réprimées, dans notre cas on parlera d'actes constitutifs de concurrence déloyale.

Il conviendra également de distinguer la concurrence déloyale de la situation de concurrence. A voir les termes de cette infraction, on pourrait certes supposer qu'elle se fonde sur des agissements entre concurrents. Ce n'est guère le cas, car parfois cette infraction peut être déterminée dans une situation de non concurrence, par exemple dans les actes de parasitisme.

En droit français, La protection contre la concurrence déloyale est reconnue depuis près d'un siècle comme un aspect de la protection de la propriété industrielle .C'est en 1900, à la conférence diplomatique de Bruxelles pour la révision de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (ci-après dénommée « convention de Paris »), que cette reconnaissance s'est manifestée pour la première fois avec l'adoption de l'article 10 bis de ladite convention⁶¹. Dans la première version adoptée à la conférence diplomatique de Bruxelles, cet article était libellé comme suit « les ressortissants de la convention (article 2 et 3) jouiront, dans tous les états de l'union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale. » A la suite des conférences de révision tenues ultérieurement, cet article est désormais libellé comme suit (acte de Stockholm(1967) de la convention de Paris) :

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

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

3) Notamment devront être interdits :

a-Tous faits quelconque 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 ;

b- 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 ;

c- 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. »

On peut reconnaître ici les différents actes constitutifs de concurrence déloyale que sont la confusion, le dénigrement et la publicité mensongère.

Ainsi la protection contre la concurrence déloyale repose non pas sur la délivrance d'un titre, mais sur l'idée énoncée dans des dispositions législatives, ou reconnue comme un

principe général du droit, que les actes contraires aux pratiques commerciales honnêtes doivent être interdits.⁶²

En droit sénégalais cependant on va se référer à l'accord de Bangui du 02 Mars 1997 créant l'organisation africaine de la propriété intellectuelle. Dans cet accord, les articles 1 à 7 de l'annexe 8 donnent la définition de la concurrence déloyale.

L'article 1 dispose, que constitue une concurrence déloyale, sous réserve des articles 2 à 7, tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, est contraire aux usages honnêtes.

Les articles 2 à 7 comprennent la confusion de l'entreprise d'autrui ou ses activités, l'atteinte à l'image ou la réputation d'autrui, la tromperie à l'égard du public, le dénigrement de l'entreprise d'autrui ou de ses activités, concurrence déloyale portant sur l'information confidentielle, et la désorganisation de l'entreprise concurrente et du marché.

La concurrence déloyale complète parfois la protection par un titre, ainsi nombreux sont les pays dans lesquels on interdit, l'utilisation d'une marque non enregistrée.

La concurrence déloyale complète la protection de la propriété industrielle, par sa souplesse quant aux nouveaux comportements économiques.

Dans la même perspective que notre analyse sur la contrefaçon, nous allons rappeler les dispositions théoriques, c'est-à-dire les textes avant d'étudier les cas concrets de concurrence déloyale à travers la jurisprudence.

Egalement nous commencerons toujours par le droit français pour pouvoir mieux montrer ses corrélations avec le droit sénégalais.

A-Les dispositions juridiques en France et au Sénégal sur la concurrence déloyale concernant les marques et les brevets

⁶²Bureau international de l'OMPI, *protection contre la concurrence déloyale*, Genève, OMPI, 1994.

Le droit de la concurrence déloyale se fonde sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et donc de la libre concurrence. Toute personne peut donc, dans un système d'économie de marché fondé sur la loi de l'offre et de la demande, proposer des biens et des services comme bon lui semble, et ceci aussi bien à sa propre clientèle qu'à celle des autres.

Par conséquent, le détournement de la clientèle d'autrui est valable et répond aux objectifs du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Personne ne dispose d'un droit privatif sur sa clientèle. En revanche cette liberté trouve sa limite dans les droits d'autrui de sorte qu'un opérateur économique ne saurait se comporter déloyalement et de façon contraire aux usages du commerce et aux lois intéressant l'activité commerciale. Cette malhonnêteté peut aussi bien nuire les consommateurs que les concurrents ou autres opérateurs économiques.

Il est important avant de se lancer dans toute analyse, de spécifier la concurrence déloyale par rapport aux notions voisines.

La notion de concurrence déloyale est-elle associée à une notion de « concurrence » au sens du droit de la concurrence traditionnel ? - Tous droits réservés, La concurrence déloyale se fonde en effet sur la captation de la clientèle d'autrui de sorte que le départ de l'action en concurrence déloyale se fonde sur le constat de l'identité, ou du voisinage des clientèles du fautif et de la victime.

Peut-on en déduire qu'une condition de l'action en concurrence déloyale est que la victime et le fautif soient en situation de concurrence ?

Ce n'est pas le cas: le droit de la concurrence déloyale est une forme de commercialisation des règles civiles, communes, de la responsabilité civile délictuelle. C'est la raison pour laquelle les termes « concurrence déloyale » ne sont guère probants. Mieux vaudrait parler de déloyauté commerciale.

On trouve ainsi des sanctions de comportements déloyaux qui s'effectuent sans que fautif et victime soit en situation de concurrence, par exemple à travers la théorie des agissements

Parasitaires.⁶³

⁶³ Com. 8 novembre 1994 (Centre d'éco. Rurale de la Lozère), Bull. Civ. IV, n°325, Contrats, conc. Consom. 1995, n°6, obs. L. Vogel, D.1995. Somm. 209, obs. Y. Serra

Par conséquent, la règle première est que l'action en concurrence déloyale est indépendante de la situation de concurrence entre les parties. Seuls importent l'identification d'une faute entraînant un préjudice.

1) La responsabilité civile délictuelle appliquée à la concurrence déloyale en droit français en droit sénégalais

En droit de la concurrence déloyale, on applique le principe de la responsabilité civile. La responsabilité civile entraîne la réparation des dommages causés par la faute de son auteur.

En droit français, les fondements de la responsabilité civile délictuelle sont les articles 1382 et 1383 du code civil. Ils exigent pour que la responsabilité d'une personne soit retenue ; une faute, un dommage et un lien de causalité.

L'application de ces articles du code civil à la concurrence déloyale, fait qu'on parle en matière de concurrence déloyale de responsabilité civile dans les affaires.

Cela est vrai d'autant plus que la concurrence déloyale sanctionne un abus dans une pratique commerciale. L'action en concurrence déloyale se fonde sur le fait de détourner la clientèle d'autrui à son profit.

La faute en l'espèce comme on l'a vu dans la définition de la concurrence déloyale en droit français peut concerner un acte de confusion, un dénigrement ou une publicité mensongère.

Pour ce qui est du dénigrement consiste à jeter le discrédit sur un concurrent, en répandant à son propos, ou au sujet de ses produits ou services, des informations malveillantes.

Il peut également viser une profession toute entière : c'est l'abus de dénigrement collectif.

Cependant, la jurisprudence considère que le dénigrement n'a pas un caractère fautif s'il est présenté sous une forme humoristique et caricaturale.

C'est ainsi que dans une affaire à grand retentissement médiatique, Monsieur CALVET, président de la société PSA (Peugeot Société Anonyme), avait été ridiculisé par les « guignols de l'info », le présentent systématiquement en retard à cause d'un problème de voiture⁶⁴.

64 CA Paris 14 mars 1995

Ayant Entrepris une action en réparation du préjudice prétendument souffert, il se vit débouté au motif qu'il existait, d'une part un droit à la caricature, et d'autre part et surtout que les deux secteurs n'étaient pas concurrentiels⁶⁵.

Le dénigrement peut avoir pour objet le concurrent lui-même, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale. Il peut également porter sur des éléments de la personnalité du concurrent qui n'ont pas de lien direct avec son activité professionnelle. Parfois, le concurrent dénigre seul le prix des produits, ou la qualité des services rendus par l'entreprise concurrente, ou même les méthodes commerciales de l'entreprise concurrente.

Le dénigrement est constitué même si le défendeur apporte la preuve de l'exactitude des faits révélés ; l'exceptioveritatis⁶⁶ admise en matière de diffamation n'efface pas le dénigrement et n'enlève pas à l'acte du concurrent son caractère déloyal.

Le dénigrement est caractérisé lorsque le concurrent visé est nommément désigné. Mais la jurisprudence estime qu'il y a encore dénigrement lorsque, sans être nommé, le concurrent est facilement identifiable.

Le dénigrement peut être contenu dans un tract ou un prospectus, ou tout document écrit : un journal, une lettre missive. L'ampleur de la diffusion, ou au contraire, son caractère restreint ne sera pris en considération que pour l'évaluation du préjudice.

L'imitation dans le but de créer une confusion avec un concurrent :

L'imitation est un procédé qui consiste à utiliser la réputation d'un concurrent en créant une confusion avec ce dernier, afin d'en capter sa clientèle notamment par l'utilisation de son nom commercial ou de son enseigne.

L'action en concurrence déloyale protège en effet ces signes distinctifs. Le risque de confusion s'apprécie in abstracto, chez un public moyennement attentif.

65 Arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 Mars 1995 ayant fait l'objet d'un arrêt de la cour de cassation du 01 Octobre 1995.

66 Expression latine désignant l'exception de vérité prévue par la loi sur les délits de presse de 1881. Cette exception permet dans des conditions très strictes, de prouver que ce que l'on a dit et qui est considéré comme diffamatoire est en fait la vérité. Dans les 10 jours de la citation le diffamateur doit notifier à la partie adverse les faits pour lesquels il va apporter une preuve.

Art 29 et 55 de la loi 29/07/1881

L'utilisation, comme nom de domaine sur Internet, des signes distinctifs d'une autre entreprise, afin de créer une confusion avec celle-ci, a été récemment condamnée à plusieurs reprises.⁶⁷

Cependant, la jurisprudence est diverse à ce sujet, et des arrêts écartent le risque de confusion : Par exemple, aucune confusion n'a été retenue entre « hôtel campanile et une société Le Campanile qui ne commercialise que des vins.⁶⁸

Il ressort de la jurisprudence que les tribunaux tiennent compte de l'originalité des signes à protéger. Ainsi, le demandeur dont le nom commercial ou l'enseigne ont un caractère générique, sera débouté de son action en concurrence déloyale :

Ont par exemple été jugés insuffisamment originaux pour mériter la protection, des termes tels que « pizza »⁶⁹, ou encore « Garden center », qui est le terme générique s'appliquant à tous les commerces de cette nature, et dont l'origine étrangère de l'expression ne confère aucun droit privatif sur son utilisation⁷⁰

Néanmoins, lorsque le nom bien que générique, correspond à une activité faisant l'objet d'un monopole, à la suite d'une concession, son utilisation peut être également protégée par l'action en concurrence déloyale.

L'imitation nécessite une situation de concurrence entre professionnels ou entreprises de même spécialité.

Elle peut résulter de l'utilisation déloyale d'un homonyme, même si la jurisprudence tend à considérer que l'on ne peut empêcher une personne d'exercer une activité commerciale sous son nom patronymique au seul motif qu'un autre commerçant exploite déjà un commerce identique sous ce nom⁷¹.

Encore faut-il que cet usage soit fait de bonne foi. La concurrence déloyale apparaît en effet lorsqu'un homonyme entreprend de fabriquer, sous le même nom, un produit identique dans le but de provoquer une confusion et de bénéficier de la notoriété acquise par le premier fabricant.

⁶⁷ Tribunal de Grande Instance PARIS, 3^e Ch 25 mai 1999 et Tribunal de Grande Instance Nanterre, 2^e Ch., 10 janvier 2000, Cah., D. Aff. 2000, Jur., P 117

⁶⁸ Cass. Com 23/3/93 RJDA 1994, N°1, N°120

⁶⁹ CA PARIS, 28/11/1959

⁷⁰ CA AIX 22/6/78

⁷¹ Cass. Com 2/6/92, Lettre Distrib, 92 n°7-8 et CA PARIS, 11/10/90, D 93 somm p 116

L'imitation de l'organisation ou des installations d'un concurrent peut également justifier une action en concurrence déloyale.

Une similitude dans la présentation intérieure ou extérieure d'un établissement peut aussi être source de confusion entre deux concurrents.

La Jurisprudence est en ce domaine particulièrement abondant : Par exemple, un franchisé qui, en fin de contrat maintient l'architecture dans ses locaux, commet une faute justifiant de la part du franchiseur une action en concurrence déloyale⁷².

La protection d'un produit contre toute imitation, par l'action en concurrence déloyale est-elle possible ?

Une stricte application des principes en matière de propriété industrielle devrait conduire à considérer, en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, que tout intéressé peut reproduire, fut-ce industriellement, une création non protégée par un droit de propriété industrielle. Admettre le contraire aboutirait à créer des monopoles d'exploitation hors de ceux qui ont été limitativement créés par le législateur.

L'action en concurrence déloyale ne saurait être utilisée comme une alternative à celle de la contrefaçon de brevets dessins ou modèles, lorsque celle-ci peut être retenue.

Dans ces hypothèses, l'action en concurrence déloyale n'est recevable qu'à la condition de s'appuyer sur des faits autres que ceux susceptibles de constituer le délit de contrefaçon. Il faut donc invoquer des actes distincts de ceux portant atteinte à la marque.

Une importante jurisprudence, fréquemment confirmée par la Cour de cassation s'est développée pour condamner, sur le fondement de la concurrence déloyale, la copie servile d'un produit. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'auteur d'une telle copie ait été animé par la volonté de créer une confusion. En effet, le seul fait d'offrir un produit à la vente sous une présentation identique à celle déjà utilisée par un concurrent constitue au moins une faute d'imprudence, suffisante pour qualifier un acte de concurrence déloyale⁷³.

Cependant, lorsque des raisons techniques imposent la reproduction à l'identique, s'agissant d'une forme fonctionnelle, l'idée de concurrence déloyale est exclue.

72 Cass. Com 22/10/85 n° 84.10.031

73 CA PARIS, 8/10/92 D. 1994, som, p 203

Un autre cas de concurrence déloyale est le parasitisme consiste à utiliser la réputation d'autrui sans nécessairement rechercher de confusion.

C'est donc détourner à son profit la notoriété d'un concurrent.

L'auteur de ces agissements déloyaux qualifiés de « concurrence parasitaire » ne cherche pas nécessairement à créer une confusion dans l'esprit du public entre son entreprise ou ses produits et l'entreprise ou les produits d'un concurrent.

La jurisprudence a donné une définition à cette notion :

En effet, dans un arrêt du 26 janvier 1999, la Cour de cassation a défini le parasitisme économique 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 »⁷⁴.

Les agissements parasites se retrouvent aussi dans le secteur de la distribution puisque des distributeurs cherchent fréquemment à tirer un avantage personnel de la notoriété attachée à la marque d'un fabricant, avantage illégitime dans la mesure où l'on ne peut considérer que ce dernier, en vendant ses produits au distributeur, l'a implicitement autorisé à profiter de cette réputation⁷⁵.

La notion de rattachement à une entreprise concurrente est également caractéristique de comportement parasites : le rattachement à l'entreprise concurrente peut se faire à travers la publicité créée par celle-ci : la reprise d'une association d'idées utilisée lors d'une campagne publicitaire constitue une « publicité parasitaire ».

La jurisprudence pousse aujourd'hui encore plus loin sa réflexion sur la notion de parasitisme puisque dans des hypothèses où des commerçants ne sont pas en situation de concurrence, l'imitation d'une formule publicitaire a été condamnée sous l'angle du parasitisme, parce qu'entreprise dans le but de profiter à moindre coût des campagnes promotionnelles du parasite⁷⁶.

74 Cass. Com. 26 janv. 1999, D 2000, Jur., p 87.

75 Cass. Com. 1^{er} déc. 1987

76 Cass.Com 30/01/96, JCP éd E 1996, pan, n°395

Le «rattachement indiscret » peut encore résulter de la seule installation dans la même localité, lorsque le nom de cette localité se trouve lié à la qualité d'un produit. C'est le cas pour le village de Baccarat, depuis que des cristalleries d'art en ont fait une indication d'origine.

Le parasitisme peut aussi résulter du rattachement «indiscret » à une profession : la Cour de cassation a approuvé la condamnation d'un organisme de conseils juridiques pour avoir commandé l'insertion, dans un annuaire professionnel, sous la rubrique «notaires », d'un encart publicitaire destiné à mettre en valeur la profession de conseil juridique, cet organisme ayant, «dans des conditions fautives, créé un risque de confusion entre ladite profession et celle de notaire »⁷⁷

Aujourd'hui, nouvelle évolution du parasitisme : La notion de parasitisme est aujourd'hui souvent invoquée par les tribunaux pour sanctionner ce qui leur paraît être une appropriation injuste du travail d'autrui.

Si des agissements fautifs doivent être prouvés, encore convient-il de déterminer l'existence d'un préjudice.

En droit sénégalais, les dispositions sur le régime de la concurrence déloyale se trouvent dans l'annexe 8 de l'accord de Bangui. Ces dispositions procèdent d'abord à la description des agissements constitutifs de concurrence déloyale.

L'article premier de cet accord dispose qu'outre la confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités, l'atteinte à l'image ou à la réputation d'autrui, la tromperie à l'égard du public, le dénigrement de l'entreprise d'autrui ou de ses activités, la concurrence déloyale portant sur l'information confidentielle, la désorganisation de l'entreprise concurrente et du marché, et l'interprétation, la concurrence déloyale est constituée par tout acte, ou pratique, qui dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, est contraire aux usages honnêtes.

La confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités consiste par un acte ou une pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales crée ou est de nature à créer une confusion avec l'entreprise d'autrui ou ses activités, en particulier avec les produits ou services offerts par cette entreprise.

Ainsi selon l'accord, la confusion peut porter notamment sur une marque enregistrée ou non, un nom commercial, un signe distinctif d'entreprise autre qu'une marque ou un nom

77 Cass. Com. 16 janv. 1985 n° 83-11-924.

commercial, l'aspect extérieur d'un produit, la présentation de produits ou de services, une personne célèbre ou un personnage de fiction connu.

Quant à l'atteinte à l'image et à la réputation d'autrui, elle porte sur les actes ou pratiques qui dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, portent atteinte ou sont de nature à porter atteinte à l'image ou à la réputation de l'entreprise d'autrui, que ces actes ou pratiques créent ou non une confusion.

Cette atteinte peut résulter notamment de l'affaiblissement de l'image ou de la réputation attachée à une marque, enregistrée ou non, un nom commercial, un signe distinctif d'entreprise autre qu'une marque ou un nom commercial, l'aspect extérieur d'un produit, la présentation de produits ou de services, une personne célèbre ou un personnage de fiction connu.

La tromperie à l'égard du public dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, induit ou est de nature à induire le public en erreur au sujet d'une entreprise ou de ses activités, en particulier des produits ou services offerts par cette entreprise.

Ainsi le public peut être induit en erreur par la publicité ou la promotion, notamment par le procédé de fabrication d'un produit, par l'aptitude d'un produit ou d'un service à un emploi particulier, par la qualité, la quantité ou autre caractéristique d'un produit ou d'un service, par l'origine géographique d'un produit ou d'un service, par les conditions auxquelles un produit ou un service est offert ou fourni, par le prix d'un produit ou d'un service ou son mode de calcul.

Quant au dénigrement de l'entreprise d'autrui ou de ses activités, c'est toutes allégations fausses ou abusives dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, qui discréditent ou sont de nature à discréditer l'entreprise d'autrui ou ses activités, en particulier des produits ou services offerts par cette entreprise.

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

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

L'accord de Bangui nous dit aussi que la concurrence déloyale peut également porter sur l'information confidentielle. Elle se manifeste dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales, par toute divulgation, l'acquisition ou l'utilisation par des tiers d'une information confidentielle sans le consentement de la personne légalement habilitée à disposer de cette information, et d'une manière contraire aux usages honnêtes.

Cette concurrence déloyale peut résulter notamment ,d'un espionnage industriel ou commercial, d'une rupture de contrat, d'un abus de confiance, d'une incitation à commettre l'un de ces actes précités, et l'acquisition d'une information confidentielle par un tiers qui savait que cette acquisition impliquait un des actes précités ou dont l'ignorance à cet égard résultait d'une négligence grave.

Dès lors l'information confidentielle n'est pas dans sa globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de ses éléments, généralement connue des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du type d'information en question ou ne leur ai pas aisément accessible. Elle a une valeur commerciale parce qu'elle est confidentielle, et elle a fait l'objet, de la part de son détenteur légitime, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, pour la garder confidentielle,

Est considéré comme un acte de concurrence déloyale tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales constitue ou entraîne :

-L'exploitation déloyale dans le commerce de données confidentielles résultant d'essais ou d'autres données confidentielles, dont l'établissement nécessite un effort considérable et qui ont été communiquées à une autorité compétente aux fins de l'obtention de l'autorisation.

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

La désorganisation de l'entreprise concurrente et du marché, consiste, toujours dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, à désorganiser l'entreprise concurrente, son marché ou le marché de la profession concernée.

Elle peut se réaliser par :

-La suppression de la publicité ;

- Le détournement de commandes ;
- La pratique de prix anormalement bas ;
- La désorganisation du réseau de vente ;
- Le débauchage du personnel
- L'incitation du personnel à la grève ;
- Le non-respect de la réglementation relative à l'exercice de l'activité concernée ;

Ces fautes engagent responsabilité civile délictuelle de son auteur, ils se basent sur les articles 118 et 117 du code sénégalais des obligations civiles ou commerciales, qui constitue donc la deuxième source du droit de la concurrence déloyale au Sénégal.

Comme nous l'avons annoncé, nous illustrerons la présentation de ces règles théoriques par l'analyse de la pratique jurisprudentielle en matière de concurrence déloyale.

2) La jurisprudence de la concurrence déloyale en droit français et en droit sénégalais

Dans la jurisprudence française, nous pouvons citer d'abord, l'arrêt de la cour de cassation du 16 Février 2010. Cette arrêt été rendu concernant l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 13 Décembre 2007. Dans ce dernier, les faits sont les suivants : Madame Thomas et monsieur Tangorre ont créé la société PAC qui avait pour objet, le négoce de piscines, abris de piscine et vérandas. Cette société exploitait également une marque relative à des abris de piscines rétractables, ainsi que la marque Vénus international couvrant notamment la commercialisation d'abris de piscine. Monsieur Tandorre ayant cédé 95 % des actifs de la société PAC à la société Perrot, et ayant renoncé par la même occasion à toute demande de brevet européen et à la marque Vénus international. Monsieur Tandorre reproche à la société Perrot d'être coupable de concurrence déloyale entre autres par l'intermédiaire de la société PAC, de la société Safe Tech (une de ces filiales), en commercialisant des abris rétractables de piscines hors du territoire français. Par conséquent monsieur Tandorre poursuit ces trois sociétés pour concurrence déloyale.

La décision du premier ressort n'est pas relaté dans l'arrêt, mais l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse a rejeté la demande de monsieur Tandorre concernant la concurrence déloyale invoquée envers la société Perrot et la société PAC, et cela pour le motif que la mention « d'une expérience internationale » (c'est une preuve versée aux débats par le demandeur) dans le site internet de la société PAC, n'est pas un agissement positif tendant à désorganiser l'activité d'un concurrent, et que l'utilisation du terme Vénus international dans le site n'est pas un acte créant une confusion avec la marque international Vénus international ,car PAC est titulaire d'une marque identique au niveau national.

Par ailleurs concernant la concurrence déloyale invoquée à l'égard de la société Safe Tech, monsieur Tandorre reproche cette société de fabriquer des abris de piscines pour lesquels il détient un brevet international. Pour preuve il invoque le site internet de la société PAC. Ce moyen a aussi été rejeté par la cour d'appel pour insuffisance de preuves.

La cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par monsieur Tandorre car selon elle, la cour d'appel a justement fondé sa décision.

L'intérêt juridique de cet arrêt c'est de montrer qu'en termes de concurrence déloyale, la preuve des faits invoqués doit être apportée d'une manière non équivoque. Par exemple en invoquant une concurrence déloyale uniquement fondée sur la mention sur un site internet de termes qui ressemble à l'intitulé d'une marque international ne constitue pas une concurrence déloyale, dès lors que cette société à des droits similaires au niveau national.

La confusion invoquée entre autres dans cette affaire doit être réelle, c'est à dire que les faits doivent entraîner un détournement de clientèle du fait de la ressemblance des signes utilisés par les deux sociétés.

Une autre jurisprudence, est l'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 26 Janvier 2010.L'arrêt attaqué est celui du 25 Novembre 2008 de la cour d'appel de Montpellier. Cet arrêt est attaqué par la société ABC Sécurivoc par rapport au litige qui l'oppose à la société Alligator.

L'arrêt confirmatif du jugement du premier ressort avait condamné la société ABC Sécurivoc à cesser d'utiliser et de commercialiser les produits de la gamme Evavoc, Multivocet Powervoc,et généralement tout autre produit utilisant l'un ou l'autre des deux cartes électroniques vocalerte et vocaveille .

Par conséquent Sécurivoc reproche à l'arrêt d'avoir confirmé ce jugement alors que d'abord elle a été mise en sauvegarde judiciaire avant le début de l'arrêt et que cette procédure suspend les instances de paiement en cours. Ensuite, qu'il était le premier à commercialiser des équipements munis de ces deux cartes. Par ailleurs la cour n'a pas recherché si Alligator bénéficiait d'un quelconque droit sur les cartes électroniques. Aucun brevet n'ayant été déposé sur ces cartes et la marque relative à ces cartes étant temporaire. En plus La faute qu'on lui impute lui est inopposable car sa personnalité morale est distincte de celle de l'un de ses associés qui après avoir vendu son fonds de commerce à Alligator avait signé une clause de non concurrence avec elle. Par ailleurs, elle poursuit que la concurrence déloyale doit engendrer un préjudice né et actuel. Cela n'a pas été prouvé par Alligator car cette dernière n'utilisait plus les cartes électroniques en question.

La cour de cassation a cassé l'arrêt rendu car le juge d'appel n'avait pas le droit de statuer sur une action concernant une société mise en sauvegarde judiciaire lorsque qu'elle a été suspendue et non régulièrement reprise.⁷⁸

Le reproche de la cour de cassation par rapport à l'arrêt de la cour d'appel est de n'avoir pas respecté les conditions de compétence par rapport au droit de la procédure civile. Ce qui est normal puisque la cour de cassation ne contrôle que le droit.

Simplement le mérite de l'arrêt de la cour d'appel est de condamner les faits constitutifs de concurrence déloyale que son l'atteinte aux droit de propriété intellectuelle .En effet le fait que Alligator détient de par son fonds de commerce tous les droits de propriété intellectuelle concernant les cartes électroniques et que ces dernières sont utilisées à des fins commerciales par Sécurivoc sans droit, suffit à établir l'infraction et à faire appliquer la sanction adéquate.

Dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 Septembre 2009, la société Europrest fait appel du jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris du 20 Novembre 2007. En effet Europrest licencié d'un brevet concernant un système de reliure reproche à la société Ikea et à la société Birdie d'actes de concurrence déloyale pour avoir utilisait des catalogues avec le même système de reliure. Le jugement du premier ressort l'avait débouté de sa demande de réparation au motif de concurrence déloyale car il avait estimé qu'il y avait une différence entre les revendications du brevet dont Europrest est licencié et la reliure utilisé dans les catalogues de Ikea. La cour a confirmé ce jugement car selon elle la Birdie qui fabriquait et

⁷⁸ Articles 369 et 372 du code de procédure civile, articles L. 622-21 et L.622-22 du code de commerce

fournissait ces catalogues à Ikea utilisait un système moins coûteux et différent de celui du brevet dont Europrest à la licence.

La cour d'appel a fondé sa décision sur la différence substantielle entre la reliure créée par le brevet et celle d'Ikea, simplement elle aurait pu considérer que même si la reliure utilisée par Ikea est quelque peu différente, elle s'est inspirée de celle qui est brevetée et peut entraîner un détournement de clientèle du fait de son faible coût.

Etant donné que le préjudice principal de la concurrence déloyale est le détournement de clientèle, et quand on sait par ailleurs qu'Ikea démarchait les clients d'Europrest directement, la concurrence déloyale aurait pu être retenue sur cette base.

Il a été jugé que la revente dans des conditions de présentation médiocres, par un distributeur non agréé, de produits destinés à être diffusés dans un réseau de distribution sélective juridiquement étanche et licite, au regard des règles de la concurrence constitue un acte de concurrence déloyale et de parasitisme engageant la responsabilité de son auteur, selon l'article L.442-6 I 6° du code de commerce, ce préjudice découle de l'usage illicite d'une marque si les faits sont simultanés.⁷⁹ Cette arrêt porte sur un pourvoi incident introduite par la société Chanel par rapport au pourvoi principal introduit par la société Béry contre l'arrêt de la cour d'appel de Chambéry du 24 Février 2009. Selon l'arrêt confirmatif attaqué, la société Chanel propriétaire de diverses marques poursuit la société Béry pour usage illicite de marque et agissements parasitaires et déloyaux pour avoir commercialiser des produits achetés à un distributeur non agréé l'ayant lui-même acquis lors d'une vente aux enchères organisée par un distributeur agréé de Chanel pour cause de liquidation judiciaire. La société Chanel reproche ici à l'arrêt de l'avoir débouté de sa demande de réparation du préjudice du fait de la concurrence déloyale par le fait que la société Béry vendait ses produits dans une solderie avec des critères de présentation médiocres qui portait atteinte à la réputation de la marque.

Au niveau de la jurisprudence sénégalaise, nous pouvons citer, l'arrêt de la chambre civile et commerciale n°2 de la cour d'appel de Dakar du 24 Avril 2008. Les faits sont les suivants : La société Dali trading fait appel de la décision du tribunal régionale hors classe de Dakar du 24 Février 2006. Ce dernier, en effet avait donné raison à son détriment à la société Glace Sénégal SARL, qui avait intenté une action pour rupture abusive de contrat.

⁷⁹ Cass.Com 23 Mars 2010

Le contrat en question était un contrat de distribution sélective, par lequel, La société Dali Trading s'engageait à approvisionner exclusivement sur la région de Dakar, la Société Glace Sénégal Sarl, pour les produits de marque « popsy » et « glaxy ».

Ayant constaté que son distributeur imitait grossièrement et commercialiser les produits qu'elle lui distribuait, et sans son accord, la société Dali Trading met fin au contrat qui la liait à elle, et commence à distribuer ses produits à d'autres commerçant de la région de Dakar.

Le premier jugement avait donné raison à la société Glace Sénégal Sarl, car ce dernier avait apporté par exploit d'huissier la preuve de l'inexécution par la société Dali trading de son obligation d'exclusivité et la rupture abusive du contrat.

Dali trading a donc interjeté appel afin de faire annuler ce jugement, mais aussi d'obtenir réparation de son préjudice subi par la concurrence déloyale de son distributeur.

Dali Trading avait requis la concurrence déloyale car Glace Sénégal Sarl avait fait une imitation des produits de sa marque et les commercialisait entraînant ainsi une confusion avec les produits dont elle était chargée de distribuer, ainsi qu'un détournement de clientèle.

La cour d'appel l'a débouté de sa demande car elle n'a pas apporté la preuve de la concurrence déloyale. En principe cela devrait consister en une saisie des objets constitutifs de la faute.

Un autre arrêt de la jurisprudence sénégalaise est celle de la 1ere chambre civile et commerciale de la cour d'appel de Dakar et qui porte sur une affaire opposant la société Afripages et la société nationale de télécommunication ou la SONATEL.

En effet Afripages expose que la marque « Pages Jaunes-Blanches » est une propriété exclusive de monsieur Abdoulaye Camara qui l'a enregistré auprès de l'OAPI (organisation africaine de la propriété intellectuelle).Ce dernier lui aurait concédé le droit d'exploiter cette marque. Laquelle est illégalement utilisée par la société SONATEL qui l'utilise pour son annuaire téléphonique.

La société Afripages invoque un préjudice lié à la concurrence déloyale de la SONATEL et qui consiste à créer une confusion avec sa marque et de détourner sa clientèle.

Le premier juge n'ayant pas donné droit à sa demande, Afripages réclame une infirmation de ce jugement et une condamnation de la SONATEL pour concurrence déloyale.

La SONATEL a invoqué pour sa défense, la décision du 21 Aout 2000 du centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle) à propos d'une affaire concernant France Télécom. Dans cette décision, le centre avait décidé que la marque Pages Jaunes est descriptive pour désigner les annuaires et ne peut être revendiquée exclusivement par France Télécom.

La cour a confirmé le premier jugement sans que les motifs soient exposés, ce qui est un problème que l'on rencontre beaucoup quand on étudie la jurisprudence sénégalaise. On suppose alors qu'elle a tenu compte de la décision de l'OMPI.

Cette décision est importante en ce qu'elle porte sur le problème des marques dont l'intitulé rappelle un nom commun, en l'occurrence on sait que souvent Pages Jaunes désigne un annuaire téléphonique quel que soit le pays.

L'arrêt de la 4ème chambre civile et commerciale de la cour d'appel de Dakar porte également sur un litige de concurrence déloyale et oppose d'une part les établissements Soumaré et compagnie d'autre part le groupe CCBM-SOPROMET.

LA CCBM se prévaut d'une licence de la marque So Klin pour commercialiser sur le marché sénégalais un détergent portant ce nom. Elle reproche aux établissements Soumaré la concurrence déloyale consistant à commercialiser sous la marque « Super Kleen » un détergent, ce qui pourrait entraîner une confusion avec son produit et sa marque, ainsi qu'un détournement de clientèle par la même occasion. Par ailleurs cette confusion est d'autant plus probable selon lui que la marque Super Kleen comporte les mêmes couleurs que sa marque.

Il y a donc une similitude visuelle accompagnée d'une ressemblance de prononciation.

La cour d'appel a confirmé la décision de première instance qui avait condamné les établissements Soumaré et compagnie à la concurrence déloyale.

Ici encore les motifs de l'arrêt ne sont pas exposés, on se limitera donc à des suppositions qui consiste à dire que la cour d'appel a statué sur le moyens de la partie dont les revendications ont été acceptées.

Ici étant donné que la CCBM réclamait 10 000 000 Francs CFA (environs 15267 euros) pour réparation de son préjudice, on suppose que le juge ayant condamné les établissements Soumaré conformément à sa demande, lui a également octroyé le montant des indemnités demandées.

L'étude des jurisprudences françaises et sénégalaises en matière de concurrence déloyale nous montrent encore plus la similarité de ces deux droits

Le droit de la concurrence déloyale se fonde essentiellement sur une procédure, à l'image de la contrefaçon. S'il faut saisir le juge pour qu'il constate les infractions constitutifs de la concurrence déloyale et d'allouer les dommages et intérêts nécessaire à la réparation du préjudice, il existe des formalités préalables à cette action en justice. Ces formalités consistent à procéder à une constatation judiciaire de ces faits afin qu'elle puisse être des éléments de preuve pour le juge.

B -Le droit procédural de la concurrence déloyale

De manière générale, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention (article 9 du Code de procédure civile)⁸⁰. Le cas échéant, la partie peut saisir le juge afin de réclamer que soit ordonnée la mise en œuvre des mesures d'instruction légalement admissibles⁸¹ (constat d'huissier ; saisie de documents, de produits par un huissier ; etc.).

Enfin, il est délicat de produire en justice des éléments de preuve qui auraient été obtenus de manière irrégulière. Il convient de distinguer, d'une part, la recevabilité de la preuve par la juridiction et, d'autre part, la responsabilité éventuellement encourue par la partie qui produit cette preuve compte tenu de l'illicéité de son obtention (par exemple : atteinte à la vie privée ; violation du secret des correspondances ; soustraction de documents à un tiers). La juridiction saisie peut décider de déclarer une preuve communiquée devant elle recevable (bien que la responsabilité de la partie qui la communique puisse être recherchée par ailleurs) ou irrecevable, en fonction de son appréciation des circonstances d'obtention de la preuve et au regard du principe de loyauté dans l'administration de la preuve dégagé par la jurisprudence.

⁸⁰ Article 9 du Code de procédure civile : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. »

⁸¹ Article 145 du Code de procédure civile : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

1) Les règles de procédures concernant la concurrence déloyale.

La protection contre la concurrence déloyale se fonde sur l'article 1382 du code civil: c'est la faute qui est au cœur de la matière.

Ainsi, copier la production non protégée d'autrui, ou le signe sous lequel ce dernier fait commerce, ne caractérise pas, en soi, une telle faute.

C'est la manière de le faire qui peut révéler qu'on capte ainsi indûment le profit de ses investissements, ou qu'on lui cause préjudice en brouillant les repères du public concerné.

Au regard de ces règles, qui sanctionnent l'atteinte à un intérêt, et non à un droit exclusif, les considérations propres au droit de la propriété intellectuelle, sont hors de propos.

La protection par droit d'auteur ou par brevet, par un droit de marque, de dessin ou de modèle enregistré, ou par tout autre droit de même nature, consacre l'originalité, l'inventivité ou la nouveauté générale.

Par conséquent, le seul fait de reproduire, voire en certains cas d'imiter, l'objet ainsi protégé, caractérise une contrefaçon, ou un plagiat, du seul fait de l'atteinte objective au droit ainsi conféré.

Tel n'est pas le cas en matière de concurrence déloyale: ni l'imitation, ni la reproduction, même "servile", ne suffisent à engager la responsabilité civile de leur auteur; il faut encore qu'elles soient fautives, puisqu'il n'existe pas de droit exclusif, et donc point d'interdiction de copie.

Naturellement, c'est toujours l'atteinte à une certaine originalité, nouveauté de l'objet dont la reprise est reprochée, qui fera matière à débats.

Mais il s'agit, en matière de concurrence déloyale, d'une approche concrète, circonstanciée, limitée, de l'atteinte à un intérêt relatif, attaché à la connaissance de l'objet imité, quel qu'il soit (modèle, enseigne, dénomination sociale ...), dans le cadre où ils sont utilisés; en définitive, de l'atteinte induite ou préjudiciable à un commerce paisible.

Dès lors, il n'est pas satisfaisant de rejeter une action en concurrence déloyale, au seul motif de l'absence d'originalité des objets copiés, comme conséquence directe du rejet de l'action parallèle en contrefaçon.

Il faut examiner, au regard de l'existence d'un risque de confusion ou d'une captation parasitaire, l'ensemble des facteurs soumis au débat, tels que l'ancienneté d'usage de l'objet copié, la réalité du public concerné, l'intensité de la reconnaissance acquise auprès de ce

public, le caractère, en effet, plus ou moins arbitraire, original, distinctif ou fonctionnel de cet objet, le caractère systématique ou répétitif de la copie, bref, de façon générale, évaluer tout ce qui peut être utile à conclure, ou à exclure, que cette imitation soit fautive et dommageable.

Cet examen doit être mené en fonction des faits du litige, tels que concrètement établis selon les obligations de preuve incombant à chaque partie, mais non point par référence à des principes généraux, comme l'originalité absolue de l'objet en question, qui ne relèvent pas des conditions d'engagement de la responsabilité pour faute.

C'est pourquoi la chambre commerciale indique dans cet arrêt de cassation que l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale.⁸²

Comme dans toute procédure de sanction d'une infraction, la concurrence déloyale comporte des étapes procédurales qui conduisent à établir cette action par des preuves et permettre ainsi le juge à permettre la réparation des dommages engendrés.

Pour réparer des agissements constitutifs de contrefaçon, il est nécessaire, voire indispensable de rapporter la preuve comme le consacre si bien l'article 9 du code de propriété intellectuelle. En effet quelque soit les faits dont une personne se prévaut, l'action en justice va nécessiter qu'elle en rapporte la preuve.

En droit français, l'article 46 du nouveau code de procédure civile dispose qu'en matière de compétence territoriale, le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, en matière délictuelle, la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou celle dans le ressort duquel le dommage a été subi.

En matière contractuelle, la juridiction compétente est celle de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.

Le tribunal de commerce est compétent pour connaître des délits et quasi délits commis par les commerçants à l'occasion de leurs activités professionnelles.

Lorsque deux concessionnaires de service public sont concernés par contre, le tribunal administratif est compétent.

Concernant la prescription, il existe la prescription décennale. L'action en concurrence déloyale, intéressant le monde des affaires, est en conséquence exercée par des commerçants.

⁸²http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/arret_no_10492.html

L'action doit donc être exercée dans un délai de dix ans, conformément aux dispositions de l'article L 110-4 du Code de Commerce, selon lequel, la prescription extinctive décennale est applicable à « toutes les obligations nées de le commerce, entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants. »

Toutefois, ce délai de prescription ne commence à courir que du jour où les faits de concurrence déloyale ont cessé.

C'est ainsi par exemple, que la Cour de Cassation a jugé recevable l'action fondée sur l'usurpation du nom commercial exercée par le restaurateur parisien « Maxim's », à l'encontre d'un concurrent niçois, alors que ce dernier utilisait depuis cinquante ans la dénomination litigieuse. La Cour de cassation a en effet considéré que la simple tolérance de la part de la victime ne s'analysait pas en un abandon du droit d'agir.⁸³

A côté, il y a une prescription de trois ans, Si les agissements déloyaux s'analysent en une faute civile, ils peuvent également constituer une infraction pénale.

En effet, dans une affaire de dénigrement, les éléments constitutifs du délit de diffamation sont susceptibles d'être réunis. En pareille hypothèse, et si le plaideur choisit de porter l'action civile devant les juridictions répressives, il lui faut alors respecter le délai de prescription de l'action publique.

En matière délictuelle, ce délai est précisément de trois ans. En revanche, lorsque l'action civile est exercée devant les juridictions civiles, celle-ci se prescrit selon les règles du droit civil, conformément aux dispositions de la loi du 23 décembre 1980, qui mis fin au principe de solidarité des prescriptions.

2) L'action en concurrence déloyale en droit français et en droit sénégalais

La concurrence déloyale en tant qu'infraction, doit faire l'objet d'une action judiciaire afin que le juge puisse décider si les éléments de preuve sont suffisants pour l'établir ou au contraire, si ce sont de fausses allégations.

⁸³Cass.Com 2/11/66, Gaz. Pal 67, 1, P 45

Ainsi donc en droit français, comme on le soupçonne sans doute, il existe des mesures d'instructions légalement admissibles qui permettent la preuve officielle des prétentions d'une partie au contrat. Il peut s'agir notamment de constat ou de saisie de documents ou de produits par le juge.

Cependant en matière de responsabilité civile délictuelle, la preuve se fait par tous moyens. Ceci s'applique aussi à l'égard des actes de commerce. Cela revient à dire que la preuve des actes d'un commerçant se prouve d'une manière libre.

Ainsi donc, La victime d'actes de concurrence déloyale peut donc produire en justice tous documents afin de rapporter la preuve des faits qu'elle allègue : échanges de correspondances (fax, e-mail, courriers, brochures, publicité, communications diverses, attestations judiciaires, rapport d'enquête rédigé dans les formes légales photographies ; etc.). Il est toutefois toujours nécessaire de produire des éléments de preuve objectivement incontestables (des attestations et des documents établis par la partie qui s'en prévaut sont à eux seuls insuffisants, par exemple).⁸⁴

Cependant s'il convient de remarquer que la réparation du préjudice subi par des actes de concurrence déloyale se fait sur une décision du juge, ce dernier doit être saisi pour qu'il puisse le faire.

L'action en concurrence déloyale est une action civile, à ce titre c'est la procédure civile de droit commun qui s'applique.

En France, il convient de rappeler tout d'abord les principes qui régissent un procès civil. Le principe de séparation de pouvoirs, d'égalité devant la Justice, de gratuité de la Justice, de collégialité et de permanence des juridictions, de célérité, les principes de classification et de hiérarchie des juridictions.

L'instance en justice se définit comme la période pendant laquelle les personnes concernées par le procès accomplissent les actes de procédure qu'il implique : cette période s'étend en principe de l'acte introductif jusqu'au jugement, sauf extinction anticipée résultant par exemple d'un désistement.

Si l'instance en justice, de nature processuelle, s'appuie souvent sur des rapports juridiques fondamentaux, son extinction ne touche naturellement pas ces derniers.

L'instance en justice est un formalisme qui nécessite des actes de procédures avec des exigences de délais.

⁸⁴<http://concurrencedeloyale-questiondepreuves>

L'article 1 de l'annexe 8 de l'accord de l'accord de Bangui, dispose dans son alinéa 2, que toute personne physique ou morale lésée ou susceptible d'être lésée par un acte de concurrence déloyale, dispose de recours légaux devant un tribunal d'un état membre et peut obtenir des injonctions, des dommages-intérêts et toute autre réparation prévue par le droit civil.

L'article 1-2 du code de procédure civile du Sénégal dispose que tous ceux qui justifient d'un intérêt légitime peuvent, en prenant l'initiative d'une demande, obtenir du juge, une décision sur le fond de leurs prétentions.

En d'autres termes, la concurrence déloyale est déterminée par le juge saisi par la partie lésée.

L'alinéa 4 poursuit que c'est les parties qui fixent l'objet du litige par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense.

Les parties apportent à l'appui de leurs prétentions les faits propres à les fonder et prouvent conformément à la loi les faits qui sont contestés. Le juge ne peut verser aux débats, des faits qui ne résultent pas des conclusions des parties.

Le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit après avoir provoqué les explications des parties, soulever d'office les moyens de pur droit, quelque soit le fondement juridique invoqué par celles-ci.

Il doit donner ou restituer aux faits leur exacte qualification.

Dans l'organisation judiciaire sénégalaise, il existe d'une part les tribunaux départementaux, les tribunaux régionaux et d'autre part, les cours d'appel et la cour suprême (juridictions de second et de dernier ressort).

En matière civile et commerciale, les tribunaux départementaux connaissent de toutes actions personnelles ou mobilières, en dernier ressort jusqu'à la valeur de 200000 FCFA (305.34 euros), et à charge d'appel jusqu'à la valeur de 1000 000 FCFA (1500 euros).

Les instances devant le tribunal départemental sont introduites soit par requête écrite signée du demandeur ou de son mandataire, soit par la comparution du demandeur accompagnée d'une déclaration dont le procès-verbal est dressé par le juge.

Le président du tribunal départemental convoque immédiatement par écrit avec accusé de réception, le demandeur et le défendeur à l'audience du jour qu'il indique.

Les parties comparaissent en personne .Elles peuvent toutefois si le juge n'estime pas nécessaire leur comparution personnelle se faire représenter par un mandataire. Si celui-ci n'est pas un avocat, il ne peut être choisi que parmi les personnes énumérées à l'ordre des avocats.

Les personnes morales de droit privé autre que les sociétés nationales et les sociétés d'économie mixte ne peuvent intervenir en justice tant en demande, qu'en défense que par un avocat inscrit au barreau.

Au début de l'instance ou à tout moment de la procédure, le juge peut d'office ou à la demande des parties, tenter personnellement ou par l'intermédiaire d'un conciliateur, de concilier les parties .La conciliation a pour objectif de faciliter le règlement amiable des différents portant sur les droits dont les intéressés ont la libre disposition.

Le juge saisi d'un litige peut, à tout stade de la procédure après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur .La médiation porte sur tout ou partie du litige .Le rapport du médiateur sur l'exécution de sa mission éclaire le juge sur les suites à donner à l'affaire et la décision la plus appropriée à prendre.

Les jugements rendus sont susceptibles d'une opposition dans un délai de quinze jours à compter de la notification faite à la partie défaillante. Il entraîne un deuxième jugement. L'appel signifie une renonciation à l'opposition.

Le délai pour interjeter appel des jugements en premier ressort est de deux mois. Ce délai cours du jour du prononcé du jugement.

Dès réception du dossier au greffe, le président du tribunal fixe la date de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée et convoque les parties intéressés en respectant les délais prévus.

Quant aux tribunaux régionaux, ils connaissent tant en matière civile que commerciale, de l'ensemble des matières qui ne sont pas de la compétence des tribunaux départementaux.

Leur Jugements sont rendus en premier ressort, à charge d'appel.

L'appel des jugements rendus par les tribunaux régionaux est porté devant la cour d'appel.

Les parties peuvent dans la limite fixée par la loi, agir et se défendre elles-mêmes verbalement ou par ministère d'avocats.

Les tribunaux régionaux sont juge d'appel des décisions des tribunaux départementaux matière civile et commerciale.

Les jugements rendus en dernier ressort peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la cour suprême.

En début ou en cours d'instance, le juge peut d'office ou à la demande des parties, tenter personnellement ou par l'intermédiaire d'un conciliateur, de concilier les parties. Le conciliateur a pour mission de faciliter le règlement amiable du différent portant sur les droits

Par ailleurs il peut pareillement saisir un médiateur .La médiation porte sur tout ou partie du litige. Le rapport du médiateur sur sa mission va éclairer le juge sur les suites à donner à l'affaire.

Si l'étude comparative de la concurrence déloyale en droit français et en droit sénégalais devait avoir un mot d'ordre ça serait surement la similarité, en effet comme nous l'avons montré par ailleurs en matière de contrefaçon, le droit français et le droit sénégalais se ressemblent fort beaucoup et cela est ce qu'on appelle dans le jargon juridique le mimétisme juridique.

Le droit français reste toujours plus développé et plus détaillé dans ses règles et selon correspond certainement au niveau de son développement et de l'importance de son économie par rapport au droit sénégalais.

Ce dernier tout en adoptant des règles de droit ressemblant à ceux adoptées par la France pour les mêmes infractions essaie parfois de se démarquer en osant quelques originalités, en l'occurrence nous pouvons prendre l'exemple de la définition de la concurrence déloyale. Le nombre de cas énoncés est supérieur à celui retenu par la France.

Cette similarité des règles de droit peut aussi s'expliquer par le contexte de la globalisation de l'économie qui entraîne le fait que les conséquences d'une fraude peuvent aller au-delà des frontières du pays qui l'a vu naître.

Table des matières

I-La contrefaçon dans le droit de la distribution : dispositions sur les marques et les brevets en droit français et en droit sénégalais.....	7
A -Les dispositions juridiques de lutte contre la contrefaçon en droit français et en droit sénégalais	8
1) Analyses des dispositions du code de la propriété intellectuelle en France et de l'accord de Bangui au Sénégal	9
2) la jurisprudence de la contrefaçon en France et au Sénégal	20
B -Le droit procédural de la contrefaçon en droit français et en droit sénégalais	27

1) La procédure de saisie-contrefaçon.....	28
2) L'action en contrefaçon.....	33
[-La concurrence déloyale et le droit de la distribution : Disposition sur les marques et les brevets en droit français et en droit sénégalais	40
A- Les dispositions juridiques en France et au Sénégal sur la concurrence déloyale concernant les marques et les brevets	42
1) La responsabilité civile délictuelle appliquée à la concurrence déloyale en droit français en droit sénégalais	44
2) La jurisprudence de la concurrence déloyale en droit français et en droit sénégalais	52
B -Le droit procédural de la concurrence déloyale	58
1)Les règles de procédures concernant la concurrence déloyale..	59
2) L'action en concurrence déloyale en droit français et en droit sénégalais	61

Bibliographie

1-Ouvrages généraux consultés

ALLEAUME Christophe, *Propriété intellectuelle*, Paris, Montchrestien Lextenso éditions, 2010

VULLIERME-LAURENCE Nicolas, *Droit de la concurrence*, Paris, Librairie Vuibert, 2008

TAFFOREAU Patrick, *droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Gualino éditeur EJA

PIOTRAUT Jean Luc, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Ellipses Edition Marketing S.A, 2010

MERCADAL Barthelemy, *Mémento Pratique Francis Lefebvre Droit commercial* 2009, Levallois-Perret Cedex, Editions Francis Lefebvre, 2009

2-Ouvrages spécialisés consultés

Bureau international de l'OMPI, *protection contre la concurrence déloyale*, Genève, OMPI, 1994.

VIGNAL Marie Malaurie, *Droit de la distribution*, Paris, Editions Dalloz, 2006

VOGUEL Louis, *Concurrence déloyale*, Millau, imprimerie Maury SA, Avril 2002

LECOURT Arnaud, *La concurrence déloyale*, Paris, L'Harmattan, 2004

TOPORKOFF Michel, *Droit de la concurrence déloyale*, Paris, Gualino Editeur, 2010

VERON, Pierre, Saisie-contrefaçon, Paris, Ed. Dalloz, 2005

3-Webographie

<http://concurrencedéloyale-questiondepreuves>

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/arret_no_10_492.html

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/arret_no_10_492.html

www.village-justice.fr

[https://biblio-dist.univ-tlse1.fr/http/www.lexisnexis.com:80/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T9853212172&format=GNBFULL&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,\\$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T9853212179&cisb=22_T9853212178&treeMax=true&treeWidth=0&csi=283405&docNo=1&hitNo=ORIGHIT_1](https://biblio-dist.univ-tlse1.fr/http/www.lexisnexis.com:80/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T9853212172&format=GNBFULL&sort=DATE-PUBLICATION,D,H,$PSEUDOXAB,A,H,TYPE-ARTICLE,A,H&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T9853212179&cisb=22_T9853212178&treeMax=true&treeWidth=0&csi=283405&docNo=1&hitNo=ORIGHIT_1)

www.bernard-brochand.fr/Bernard-BROCHAND-President-du.html

<http://www.legalbiznext.com/droit/La-loi-du-29-octobre-2007-de-lutte,1237>

<http://www.senat.fr/rap/l06-420/l06-4202.html>

<http://www.inpi.fr/fr/connaitre-la-pi/lutte-anti-contrefacon.html>

www.contrefacon-danger.com

http://books.google.com/books?id=pTBu2SdxncQC&pg=PA206&lpg=PA206&dq=La+bonne+renomm%C3%A9e+messieurs+est+aussi+un+capital&source=bl&ots=kzRIYQ-hrI&sig=O-pKWHLEyrCWGOEU7sXBydrSJgM&hl=fr&ei=qR4OTKGgEI_o4gaH0uijDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBQQ6AEwAA#v=onepage&q=La%20bonne%20renomm%C3%A9e%20messieurs%20est%20aussi%20un%20capital&f=false

<http://lexilis.free.fr/notesjur/note34.htm>

