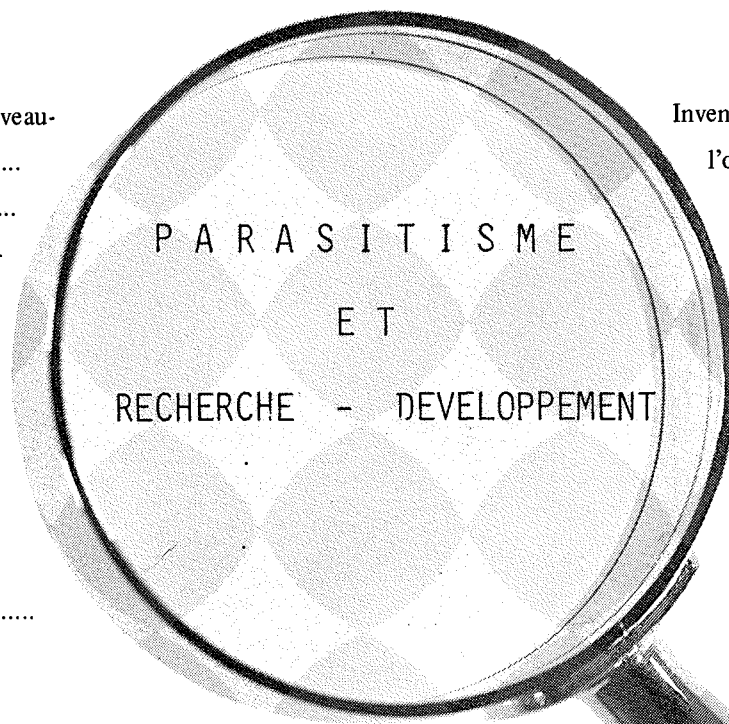


DOSSIERS

BREVETS

1987 III

Conditions de brevetabilité... nouveauté... antériorité de toutes pièces.....
combinaison..... emploi nouveau...
activité inventive....avis documentaire..... restauration..... certificat d'utilité cession.....
combinaison de moyens connus.
licence obligatoire..... taxes
contrefaçon action.....
saisie-contrefaçon.... divulgation..
action en revendication.... possession personnelle..... nullité.....



Invention d'employé l'homme du métier...
l'office européen des brevets.... procédure d'examen contenu de la demande de brevet européen.... rôle des examinateurs..... représentation devant l'O.E.B..... le brevet communautaire émanation du Traité C.E.E.....
P.C.T..... sous-licence..... contrat de communication de savoir-faire.....
compétence..... arbitrage

R E C H E R C H E - D E V E L O P P E M E N T

E T

P A R A S I T I S M E E C O N O M I Q U E

-°-°-°-°-°-

Professeur Jean Marc MOUSSERON

- 1 - Notre Economie devient, de plus en plus, une Economie de l'Immatériel; notre Droit est encore largement un Droit du Matériel. Le défi pratique de l'Economie au Droit appelle un supplément d'intervention du Droit à l'égard de l'Immatériel.

Répondre à ce challenge est d'autant plus urgent que le développement des valeurs immatérielles, nées notamment de la recherche-développement pour et par l'industrie, entraîne un développement du parasitisme et, corrélativement, un développement des réflexes contraires.

- 2 - Le développement et l'hostilité qui s'en suit sont les mêmes quelles que soient les tailles respectives du parasite -inutilement supposé petit- et du parasité -inutilement supposé gros-, quels que soient les marchés concernés, quelle que soit la définition du parasitisme retenue : définition économique (?) large qui recouvre tous les phénomènes où un tiers tire profit des investissements d'autrui sans contrepartie -en matière de recherche-développement lato sensu pour ce qui nous concerne- ... définition juridique (?) plus étroite qui désigne les seuls phénomènes précédents échappant, pour l'instant, à l'intervention certaine du Droit; il s'agit du même phénomène que précédemment mais observé à la marge, dans la zone où les besoins de Droit affleurent sans que l'on sache encore très bien s'il répond ou ne répond pas, va répondre... ou demeurer taisant. Je retiendrai la conception large en m'intéressant, davantage, bien entendu, non pas aux situations frontalières -le Droit de l'exceptionnel ne m'attire guère- mais aux poussées venues du centre pour repousser ces frontières plus loin.

- 3 - Le parasité, dit-on, est le créateur. Je précise, tout de suite, que le créateur n'est pas nécessairement pour moi le "créateur intellectuel", l'individu dont l'intelligence et/ou la sensibilité ont conçu la valeur nouvelle mais tout autant le "créateur économique", c'est à dire l'auteur, privé ou public, des investissements qui ont permis l'acte du premier. Le parasite, à son tour, est le tiers qui tire profit, sans contrepartie, des investissements du parasité.

Or, notre Société, notre Droit ne se désintéressent pas de tels investissements; en matière de recherche-développement, ils les souhaitent ardemment et, dans cette perspective de faveur, les techniques de réservation que nous rencontrons, les moyens anti-parasites que nous cherchons sont autant de techniques incitatives à la recherche-développement, les uns, à l'action publicitaire et la construction de moyens de pénétration de marchés, les autres, consistant à réserver, de manière plus ou moins efficace et durable, à l'auteur des investissements le profit exclusif de ses engagements. On y parvient et les investissements seront au rendez-vous; on n'y parvient pas et ils n'y seront point.

- 4 - Ce problème se pose, alors, de manières différentes selon que l'on envisage son traitement sur le MARCHÉ INTERIEUR (I) ou sur les MARCHES EXTERIEURS (II).

I - LA LUTTE CONTRE LES PARASITES SUR LE MARCHÉ INTERIEUR

- 5 - Sur le marché intérieur, les parasites sont à la fois les fabricants et les distributeurs nationaux et les fournisseurs étrangers qui injectent leurs produits parasitaires sur notre territoire avec le concours d'importateurs nationaux.

- 6 - A l'égard de ces phénomènes de parasitisme, le remède réside dans les règles internes et c'est par et sur elles que la solution doit être recherchée.

- 7 - Alors qu'à l'égard des biens matériels, l'ancienneté du traitement a permis la généralisation de la réservation par la technique de l'appropriation, de la constitution du droit de propriété sur le bien à réserver, la perception récente du problème pour les biens immatériels -deux siècles, un siècle, 50 ans, 10 ans ?- explique les balbutiements, mieux les tâtonnements de la réponse juridique (JM.MOISSERON, Traité des Brevets, t.I : L'obtention des brevets, Coll.CEIP n.XXX, Litec 1984, n.18 et s., p.22 et s.). Le rythme du temps n'est visiblement pas le même pour les Sciences, le Droit, la Philosophie... En Droit français comme dans la plupart des autres systèmes juridiques, la "protection"

-mieux la "réservation"- de l'Immatériel se fait par deux séries alternatives de techniques complémentaires : la reconnaissance d'un droit pour le parasite, le créateur, l'investisseur... la sanction des comportements du parasite.

Nous rechercherons, par conséquent, les extensions majeures des deux techniques de protection des entreprises contre les agissements parasitaires et nous nous intéresserons, tour à tour, en un premier temps, à LA RECONNAISSANCE DES DROITS DU PARASITE (A) puis, en un second temps, à LA SANCTION DES AGISSEMENTS DU PARASITE (B).

A - LA RECONNAISSANCE DES DROITS DU PARASITE

- 8 - La première technique juridique visant à réserver à un certain bénéficiaire certaines informations consiste à reconnaître au premier la propriété des secondes. Cette technique est largement pratiquée -les projets concernant les semi-conducteurs en sont la dernière manifestation- mais de façon encore sensiblement dispersée.

Les informations appropriables sont, quantitativement (?), minoritaires : une statistique grossière estime que 80 à 90 % des activités parasites sont à l'abri des actions en contrefaçon. Les techniques d'appropriation sont, d'autre part, encore très différenciées, posant aux juristes toutes sortes de problèmes de friches et de cumuls.

- 9 - Un premier classement distingue entre les techniques selon qu'elles relèvent de la PROPRIETE INDUSTRIELLE (1°) où le droit naît d'un acte juridique d'appropriation publique, un dépôt, un enregistrement dans le patrimoine du demandeur... ou de la PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE (2°) où le droit naît par le fait juridique de la création et, en principe, dans le patrimoine du créateur.

1°) LA PROPRIETE INDUSTRIELLE

- 10 - S'agissant d'informations liées à l'effort de Recherche-développement, la voie directe et, par conséquent, principale de réservation consiste dans la technique des brevets, révérence amicale faite, au passage, aux droits sur dessins et modèles, instruments

d'appropriation de formes importantes dans notre civilisation de design... et de conditionnement (X.Desjeux, Quelle protection juridique pour le modèle "fonctionnel" ? Le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise, Gaz.Pal.1981.I.doctr.297).

Il est de bon ton depuis dix à quinze ans de dénoncer la maladie de langueur dont souffriraient les brevets. Confondant le nombre des brevets déposés "pour" la France (brevets nationaux + brevets européens + demandes PCT) avec celui des seuls brevets déposés "en" France (brevets nationaux) et confondant le nombre des brevets déposés "pour la France" (demandes indigènes + demandes allochtones) avec celui des brevets déposés en France "par les seuls Français" (dépôts indigènes), certains vont annonçant le crépuscule des brevets. Leur seul tort est d'être démenti par les chiffres. Jamais le nombre des brevets déposés pour la France n'a été aussi élevé :

- 1977 : 39.978

- 1985 : 54.845

- 1987 : nous franchissons, pour la première fois dans l'Histoire des brevets, le cap des 57.000 (40 % d'augmentation dans les dix ans) et, dans cinq ans, pour le deuxième centenaire de l'institution, le seuil des 60.000 sera selon toute vraisemblance atteint cependant que le portefeuille de brevets pour la France avoisinera, pour la première, fois, les 400.000 titres. Il faut, seulement, se préoccuper de ce que les brevets étrangers pour la France -catégorie en particulière expansion : 60 %, il y a 20 ans, 80 % aujourd'hui- ne soient pas les voies d'un parasitisme de type nouveau... mais c'est un tout autre problème.

- 11 - Le domaine des brevets s'est, en effet, continument élargi et les restrictions qui lui avaient été imposées par les réformes législatives récentes supportent mal la tendance à l'expansion sinon la généralité du brevet, depuis longtemps constatée.

. Le verrou de la "deuxième application thérapeutique" a, pratiquement, sauté, en 1984 (Gr.ch.rec. OEB 5 décembre 1984, Dossiers Brevets 1984.VI.6 - 2 espèces).

. La politique de défaveur pour les brevets concernant des logiciels introduite par notre réforme législative française de 1968 est, aujourd'hui, jugée hâtive et, peut être même "injuste"

ainsi que l'écrit le Conseiller Jonquères dans son rapport à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation saisie des affaires Pachot-Babolat, William Electronics et Atari (p.106), ajoutant :

"Sur le plan des idées comme sur celui du droit positif, un produit industriel impalpable tel le logiciel, se trouve à la croisée des chemins entre le droit d'auteur et la législation sur les brevets -sans doute plus proche par sa nature de cette dernière... Mais nous constatons aujourd'hui que le législateur français a tendance à transgresser ces limites traditionnelles. Cela tient à une rupture d'équilibre en faveur du droit d'auteur..." (Ibidem, p.9).

Tant la modification des directives de l'OEB de 1985 que l'importante décision rendue par la Chambre de Recours Technique de l'OEB, le 15 Juillet 1986 (JCP.ed.E. 1986.14.916, note JM.MOUSSERON et M.VIVANT), ouvrent une voie de plus large accueil; il suffit, alors, de rappeler que le législateur de 1978 a expressément retenu l'adaptation des règles françaises aux règles européennes pour constater que les orientations retenues à Munich ont et doivent avoir un effet immédiat sur Paris.

. Une observation du même genre peut même être faite à propos de l'exclusion des brevets sur espèces animales entamée par la décision du Département américain du Commerce révélée, le 17 Avril 1987 : "Des brevets protégeant de nouvelles formes de vie animale obtenues par manipulations génétiques pourront bientôt être déposés aux Etats-Unis... "La décision précise que les formes de vie supérieure pourront être prises en compte, ce qui permettrait d'extrapoler à l'espèce humaine",¹ a commenté un collaborateur du Patent Office, M.Ch.Van Horn (Le Monde 20 Avril 1987, p.7).

- 12 - Il faut être tout aussi attentif au renforcement de l'effet de réservation qu'à l'élargissement de son domaine et, pour ce qui est, notamment, des inventions en chimie, rappeler que le droit de brevet procure à son titulaire non seulement un effet de réservation de l'information elle-même mais un effet de blocage des inventions dépendantes et des perfectionnements obtenus à partir d'elle

(JM.MOUSERON, La dépendance de l'invention et ses palliatifs, in Protection et exploitation de la recherche pharmaceutique, Coll.CEIP XXVII, Litec 1980, p.109). Il y aurait, également lieu, d'envisager à propos du parasitisme en matière de pièces détachées les possibilités d'action contre les fournisseurs de moyens spécifiques de la contrefaçon de dispositifs combinatoires. On rappellera, enfin, que la contrefaçon est sanctionnée de manière particulièrement vigoureuse lorsqu'il s'agit d'actes d'importation.

Les facilités que la loi donne aux brevetés contre les contrefacteurs se développent. La loi du 27 Juin 1984 a introduit une action en interruption provisoire de la contrefaçon qui peut être engagée aussi bien à l'égard d'actes de fabrication qu'à l'égard d'actes d'importation (JM.MOUSERON, Complément à la loi des brevets : la loi du 27 Juin 1984, JCP.ed.G.1984.3170); ce mécanisme prévu par l'article 58 bis de notre loi des brevets n'est pas encore entré dans les mœurs; il dépend de nous qu'il en aille autrement et, sur ce point, les possibilités juridiques dépassent la pratique. Notons, enfin, le développement apporté par notre Droit en matière d'indemnité de contrefaçon : avec la prise en compte de nouveaux dommages sur lesquels il serait instructif de réfléchir pour la suite de nos développements : frais de recherche, de mise au point, de lancement... (JM.MOUSERON, Loi de 1968-1978 : jurisprudence 1965-1986, Dossiers Brevets 1987.I., n.54-7, 8 et 9; adde J.DUPICHOT, Pour une réflexion doctrinale sur la nécessaire sanction du parasitisme économique : vers un particularisme des sanctions ou vers un retour au droit commun ? Gaz.Pal.9 mai 1987, p.2) et quelques décisions récentes alourdissant le montant des indemnités dues par le contrefacteur au delà de simples redevances :

"- La majoration -par rapport au taux ordinaire des redevances- pratiquée par l'expert, dès lors qu'il s'agit d'une redevance indemnitaire dont le taux doit être nécessairement supérieur au taux librement consenti aux licenciés, afin de conserver un caractère dissuasif à l'égard des contrefacteurs" (TGI Paris 20 janvier 1985, PIBD 1985.371.III.183, Dossiers Brevets 1985.VI.5).

"- Les juges ont énoncé à bon droit que le taux des redevances doit être plus élevé pour un contrefacteur qui doit payer plus cher qu'un licencié contractuel pour

obtenir un avantage équivalent car il n'est pas en position de refuser les conditions qui lui sont imposées"
(Paris 1er juillet 1986, PIBD 1986.401.III.403 conf.TGI
Paris 6 juillet 1984, PIBD 1985.360.III.18).

2°) LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

- 13 - Nous sommes, bien entendu, sensibles au développement du domaine de la propriété littéraire et artistique et à l'intérêt que les entreprises peuvent en obtenir et ce qui pouvait paraître bien marginal, il y a dix ans (X.Desjeux, La réservation du know-how par le droit d'auteur in 7ème Journée Act.dr.ent. : Le know-how, Montpellier 1975, Litec 1976, p.97), est au centre de nombreux soucis d'entreprises.

. Par la propriété littéraire et artistique, voire le prolongement que les dessins et modèles peuvent lui apporter, la réservation du design peut être assuré.

. La réforme du 3 Juillet 1985 a permis, d'autre part, de reconnaître un rôle à la propriété littéraire et artistique dans la réservation des logiciels et les trois arrêts de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 7 Mars 1986 ont prévu que cette couverture pouvait jouer pour les logiciels créés avant le 1er Janvier 1986, date d'entrée en vigueur de la législation nouvelle (JCP éd.G.1986-20.631, note JM.Mousseron, B.Teyssie et M.Vivant et Dossiers Brevets 1986.I.1,2 et 3). Il faut, toutefois, se garder d'une confiance excessive dans l'effet de réservation que la propriété littéraire et artistique peut assurer en matière de programmes. Couvrant une forme, elle se prête peu à l'élargissement de son objet; dans certains cas, d'ailleurs, cette faiblesse congénitale n'affecte pas son efficacité. Je pense, tout particulièrement, au parasitisme en matière de logiciels dont les formes les plus graves, à l'heure présente, avec le développement de la micro-informatique, consistent en copies pures et simples de programmes; un jugement intéressant du Tribunal de Commerce de Lyon, en date du 8 Mars 1985, a même observé que quelques écarts entre deux programmes contestaient fortement l'hypothèse de la contrefaçon :

"Une copie servile aurait amené un programme "assemblé" strictement identique. Le programme de la société Mira Electronique n'était pas strictement identique au

programme de la Société Critikon; le travail consistant à désassembler le programme de la société Mira Electronique, à en modifier l'ordonnancement et à la réassembler apparaît au tribunal comme une tâche par trop considérable par rapport à l'écriture normale d'un programme dans le cadre d'une méthode classique et connue de tous" (Dossiers Brevets 1985.III.1).

Le seuil de protection est encore incertain et le Conseiller Jonquères observait :

"Les esprits les plus optimistes fixent à moins de 50 % quand ce n'est pas autour de 10 à 15 % la proportion des programmes d'ordinateur en usage sur le marché pouvant prétendre à la qualité de création originale" (op.cit.p.83).

.Peut être, en revanche, a-t-on été insuffisamment attentif aux effets que la propriété littéraire et artistique pourrait avoir en matière de parfums, premier pas vers la "marque olfactive". Il est bon de rappeler sur ce point l'arrêt "Madame Rochas" rendu par la Cour d'appel de Paris, le 3 Juillet 1975 :

"Si l'article 3 de la loi du 11 Mars 1957 ne cite comme exemples d'oeuvres de l'esprit que des oeuvres perceptibles par la vue ou par l'ouïe, la présence de l'adverbe "notamment" ne permet pas d'exclure a priori celles qui pourraient éventuellement l'être par les trois autres sens" (PIBD 1976.170.III.219, Dossiers Brevets 1976.III.1).

Et je me suis souvent demandé si les auteurs de tableaux de concordance dans ce secteur n'avaient pas le choix entre avouer leur contrefaçon de droit d'auteur et reconnaître leur acte de publicité mensongère.

- 14 - La lutte contre les parasites sur le marché intérieur passe, donc, en tout premier par l'exercice des droits de propriété que notre Droit positif reconnaît aux investisseurs en Recherche-développement... Songeons-y en observant (regrettant ?) que la multiplication des brevets et... des parasites ne se traduit pas par une augmentation équivalente du contentieux de la contrefaçon.

B - LA SANCTION DES AGISSEMENTS DU PARASITE

- 15 - En dehors des sanctions dont la violation des droits réels du parasite le menace, en dehors de toute contrefaçon de quelque droit intellectuel que ce soit, par conséquent, le parasite encourt exceptionnellement une RESPONSABILITE PENALE (1°) et, plus ordinairement, une RESPONSABILITE CIVILE (2°).

1°) LA RESPONSABILITE PENALE

- 16 - La lutte contre les parasites suggère l'appel à la notion de vol mais celle-ci n'a pas toutes les applications souhaitées. L'incrimination de vol impliquant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui suppose qu'il y ait soustraction -et l'incrimination de vol a été appliquée aux reproductions de plans de matériel (Crim.8 Janvier 1979, D.1979.519, note Courlay; 29 Avril 1986, D.1987.131, M-P Lucas de Leyssac, Dossiers Brevets 1987.III.2)- de la chose appropriée par autrui -or, dans la majorité des cas de parasitisme, ce droit n'existe pas (v.M.Vivant, C.Le Stanc, M.Guibal et L.Rapp, Droit de l'informatique, éd.Lamy, 2è 1987, n.2170, p.1267; J.Devèze, Le vol de biens informatiques, JCP.éd.E.1986.14.712)-.

Nous savons, d'autre part, que l'article 418 du Code pénal incrimine la divulgation de secret de fabrique par un employé. Ce dernier texte n'a, toutefois, qu'une application extrêmement limitée (JM.Mousseron, Traité cité, n.26, p.27; adde Tr.corr.Nanterre, Expertises 1983.279).

Notre collègue Régis Fabre a inventorié les différentes techniques de droit pénal pouvant dans les situations étroites sanctionner l'agissement du parasite (La réservation en droit commun du know-how, Coll.CEIP n.XIV, Litec 1976).

2°) RESPONSABILITE CIVILE

- 17 - La Chambre commerciale a énoncé le principe de départ dans son arrêt du 18 Janvier 1982 :

"L'action en concurrence déloyale qui trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 C.Civ a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif" (JCP 1982.IV.123).

Elle pourra intervenir dès lors que le mécanisme du droit privatif ne peut pas -information non appropriable-, ne peut pas encore -information en cours d'appropriation : v.aff.Chantiers modernes-, ne peut plus : -problème de copie servile et des génériques- jouer.

- 18 - Il faut bien, alors, se rappeler que les expressions "action en concurrence déloyale" et "acte de concurrence déloyale" sont de simples dénominations de fantaisie traditionnellement pratiquées pour désigner les "actions en responsabilité civile" et les "fautes dommageables" des articles 1382 et 1383 C.Civ dans le champ des relations commerciales, au sens large, économiques. Il ne servirait à rien de noter l'absence d'une relation de concurrence entre un demandeur et un défendeur à pareilles instances si ce n'est pour écarter, souvent -mais pas toujours- la présence d'un dommage; à défaut, la dénomination de fantaisie serait mal venue mais le mécanisme de responsabilité civile jouerait à l'identique. La remarque est importante car elle permet de faire jouer dans le secteur de relations étudié les principes majeurs de la responsabilité qui sont les règles de généralité de la faute et de généralité du dommage. On peut même se demander si le recours à ces appellations de fantaisie n'a pas eu une fonction réductrice, si le voile léger interposé entre l'instrument utilisé et le mécanisme juridique dont il est la simple manifestation n'a pas freiné cette application, l'a parfois privée de toute la puissance de la responsabilité civile. Il s'agit moins, alors, d'exprimer un regret pour le passé que de constater une disponibilité pour le futur.

Notre Droit s'efforce, alors, de qualifier comme faute selon l'article 1382 C.civ. l'exploitation d'informations secrètes (a) mais aussi certaines formes d'exploitation d'informations publiques (b).

a) Faute par exploitation d'informations secrètes

- 19 - Une jurisprudence marquée par les arrêts Chantiers Modernes (Com.30 Octobre 1978, Dossiers Brevets 1979.II.1, D.1980.55, note J.Schmidt) et Jacottet (Cour de Rouen 13 Janvier 1981, PIBD 1981.276. III.62, D.1983.53, note A.Lucas) est particulièrement instructive en la matière. Dans les deux espèces, un appelant d'offres avait obtenu communication d'informations d'un soumissionnaire pour les exploiter par la suite, lui-même ou par l'entremise d'autrui. Dans les deux cas, on aurait pu imaginer une convention tacite de secret (rappr.TGI Paris 27

juin 1984, PIBD 1985.360.III.15); nos juridictions ont préféré ériger ce comportement en méconnaissance de la déontologie des affaires, en acte de concurrence déloyale, en faute au sens de l'article 1382 C.Civ :

"En s'appropriant ainsi le prix des dites recherches qui avaient nécessité la mise en oeuvre de certaines techniques même si les éléments combinés n'étaient ni nouveaux, ni originaux et en utilisant pour faire fabriquer par une autre société les réducteurs dont elle lui livrait les plans prêts à être exécutés, Jacottet a commis envers Minerva une faute délictuelle distincte des rapports contractuels existant entre eux et qui suffit à justifier le principe de la demande en réparation du dommage causé" (arrêt cité).

Nous retiendrons le principe de solution : la violation d'un secret contrairement aux usages constitue un acte de concurrence déloyale. Nous retiendrons, surtout, la justification de la prescription méconnue; ce n'est pas la violation d'une zone d'intimité intellectuelle, une atteinte à l'on ne sait quel droit de la personnalité d'un individu créateur; c'est le détournement d'investissements qui est retenu comme fautif : les entrepreneurs condamnés ont commis une faute en faisant leurs les résultats des recherches qu'avaient, seuls, initiées les efforts matériels et personnels des candidats sous-traitants.

- 20 - Peut être est-ce de ce point de vue qu'il faut envisager le combat mené par les industriels de la pharmacie pour lutter contre le développement parasite des "produits génériques" définis par le Professeur Tisseyre comme "la copie d'un médicament original dont la commercialisation, à l'expiration du ou des brevets protégeant ce produit original, se fait sous une marque de fantaisie ou sous une dénomination commune internationale suivie de la marque ou du nom du fabricant après obtention d'une A.M.M." (cité in A.Moreno-Pontier, Les produits pharmaceutiques génériques, Mém.DESS Consommation, Montpellier 1985, p.20). Il s'agit, par définition même, de la copie d'un procédé "leader" dont la réservation par un brevet a récemment pris fin, par un fabricant tiers libéré de toute charge d'amortissement d'investissements de recherche, d'essais et de conduite d'une procédure intégrale d'A.M.M. et vendant de ce fait à des taux sensiblement inférieurs à ceux du produit initial.

Le premier territoire de discussion concerne les facilités d'accès aux autorisations de mise sur le marché (A.M.M.) résultant du décret du 20 Septembre 1978 -modifiant l'article R 5133 du Code de la Santé Publique et remplaçant, notamment, l'exigence de dossiers toxicopharmacologiques par une simple bibliographie- et la proposition de Directive Communautaire du 3 Octobre 1984.

Le freinage des pharmaciens déclaré constitutif d'entente sur avis de la Commission de la concurrence du 21 Mars 1981 (Dossiers Brevets 1982.V.6 et D.Brault et V.Sélinsky, Recueil commenté des avis des décisions du Comité Technique, de la Commission et du Conseil de la concurrence, éd.Lamy, 1986, n.182), l'abandon d'initiatives lancées par l'"Edouard Leclerc de la Pharmacie" (A.Moreno-Pontier, op.cit.p.68) ont réduit l'effet de scandale développé à son propos mais point l'importance du phénomène. Une récente étude de X.Desjeux, publiée le 30 avril 1987, a posé le problème : "La copie du médicament : un acte de concurrence parasitaire ?" (J.C.P.éd.E.1987. 14.929). Le problème de la référence aux travaux d'autrui, au "dossier à hauteur d'homme" (M.Beaufour) construit, des années durant, pour l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché oppose une forme de l'intérêt public attachée au retour de la concurrence sur le marché à une autre forme du même intérêt attachée à l'incitation aux investissements industriels par réservation des informations en découlant. On a, parfois, le sentiment que l'administration, confuse des exigences manifestées au regard du premier dossier, veut se faire pardonner par un certain laxisme au regard du second. Malheureusement, la victime des exigences premières n'est pas le bénéficiaire des facilités secondes... mais une nouvelle victime de ceux-ci. La question posée est, alors, de savoir si une personne peut bénéficier -en en ayant connaissance ou non- d'informations confidentielles élaborées par un premier opérateur. On peut, alors, se demander si une formule inspirée des licences obligatoires et, plus précisément, des licences d'office sur inventions thérapeutiques brevetées ne serait pas à examiner même si l'accès autoritaire à un savoir-faire non breveté, parfois admis aux Etats-Unis, ne l'est pas chez nous (rappr.Comm.jus. du Parlement européen Doc.PE 195-430, 6 juin 1986).

b) Faute par exploitation d'informations publiques

- 21 - Nos tribunaux admettent, également, que l'exploitation d'informations publiques puisse, dans certains cas, constituer un acte de concurrence déloyale.

Nous rencontrons ici les problèmes de copies. Au niveau des principes, un glissement, un élargissement s'est établi au cours des vingt cinq dernières années.

. Le 10 Avril 1962, la Cour de Paris énonçait :

"Le fait de reproduire des objets qui ne sont protégés ni par un brevet ni par un dépôt de marque n'est que l'exercice d'un droit dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie" (Ann.1962.210).

. Le 22 Octobre 1985, la Chambre commerciale avançait le principe :

"Si la libre recherche de la clientèle est de l'essence même du commerce, l'abus de la liberté du commerce causant, volontairement ou non, un trouble commercial, constitue un acte de concurrence déloyale ou illicite" (RDPI 1985.137, obs.Jonquères).

Nous observons, alors, deux phénomènes étroitement liés : une extension du domaine de l'acte déloyal (α) soutenu par un déplacement du contenu de cet acte déloyal (β).

4) L'extension du domaine de l'acte déloyal

- 22 - Les idées sont de libre parcours mais les copies peuvent être fautives. Cela est vrai des copies à l'identique, "copies serviles", comme de celles qui s'éloignent du modèle sur quelques points secondaires, "copies quasi-serviles". Progressivement, en effet, l'évocation de la "copie quasi-servile" s'ajoute au surmoulage, à l'identique parfait et, depuis une dizaine d'années, les hypothèses sont rapprochées en une sorte de formule de style (décisions citées infra n.28) sans, d'ailleurs, que la notion de "copie quasi-servile" soit définie et caractérisée pour autant. Peut être pourrait-on chercher des éléments d'information et de réflexion dans la jurisprudence développée en matière de dessins et modèles (Paris 11 décembre 1986, PIBD 1987.412.III.217).

L'extension du domaine de la concurrence déloyale par copie servile ou quasi-servile va se faire par le jeu de distinctions et de sous-distinctions supplémentaires dont il faut retrouver le tracé.

- 23 - Les tribunaux écartent, tout d'abord, du débat les "copies contraintes", les situations où les similitudes de solution s'expliquent par des contraintes naturelles ou scientifiques (TGI Paris 18 Mars 1986, PIBD 1986.399.III.363; Paris 24 Avril 1986, PIBD 1986.402.III.443); le jugement précité du Tribunal de Lyon remarque à propos d'activité de programmation "qu'à partir d'un même microprocesseur et, donc, d'une même méthodologie de programmation, il est logique que, pour effectuer des mesures, les analyser et éliminer des extrêmes, on retrouve des séries d'instructions identiques". Dans une situation inverse, le même Tribunal retient, le 26 novembre 1986, la concurrence déloyale :

"L'appareil de la société défenderesse reproduit à l'identique, la forme, la présentation de la même disposition des éléments essentiels du produit de la société Coopelin; que seule une languette destinée à retirer l'appareil présente une légère différence; attendu que la présentation actuelle de l'appareil de LME qui vise une clientèle similaire de celle de la société demanderesse provoque une confusion dans l'esprit des acheteurs même spécialisés alors que les similitudes constatées ne sont pas pour la plupart des nécessités fonctionnelles" (Dossiers Brevets 1987.III.2).

Il peut aussi s'agir de contraintes artificielles, comme des impératifs de normalisation (Lyon 2 décembre 1957, Ann.prop.ind.1986.26; Paris 10 avril 1962, Ann.prop.ind.1962.240; TGI Paris 1er avril 1977, Dossiers Brevets 1978.I.2; Paris 20 et 25 juin 1985 -2 espèces-, Ann.prop.ind. 1986.297 et 309).

- 24 - Nous réserverons, par conséquent, notre attention ^{aux cas} où les informations sont librement reproduites, les situations de "copies spontanées".

- 25 - On note au départ quelques décisions recevant des actions en concurrence déloyale pour copie servile en complément d'actions en contrefaçon de brevets ou de modèles (X.Desjeux, La reproduction ou copie "servile" et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence française, JCP éd.C.I.1976.17.066, n.21), voire de marques (Paris 18 novembre 1986, PIBD 1987.411.III.180) au motif que l'emprunt de l'enseignement réservé par le droit de propriété industrielle était

fait "à l'identique". Or, chacun sait que le cumul des actions est subordonné au cumul de fautes distinctes; il en découle que la copie servile est retenue comme un acte de concurrence déloyale propre, distinct de l'acte de contrefaçon (Com.30 Novembre 1966, Bull.n.407; 2 Janvier 1969, RIPIA 1969.13; Comm.15 Juin 1983 -2 espèces- avec art.S.Durande, Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale, D.1974, Chr.187). Une faiblesse de la construction paraissait rejeter l'acte de concurrence déloyale lorsque l'acte de contrefaçon auquel il était prétendûment associé n'était pas retenu (v.critique justifiée in X.Desjeux, arts.1976 et 1985). Un jugement du Tribunal de Grande instance de Paris en date du 1er Mars 1979 avait déjà rejeté une action en contrefaçon de droit d'auteur mais condamné au titre de l'action en concurrence déloyale :

"Attendu que l'action en concurrence déloyale est indépendante des droits privatifs instaurés par la loi de 1957 dont le respect est assuré par l'action en contrefaçon; qu'elle sanctionne en effet des actes malhonnêtes ou fallacieux contraires au principe de la liberté générale et sanctionnés par l'article 1382 du Code civil" (Dossiers Brevets 1979.II.6).

La solution a été retenue par deux arrêts de la Chambre commerciale du 15 Février 1983 (inédit, cités G.Cas, R.Bout et D.Ferrier, Concurrence- Consommation-Distribution, éd.Lamy, 7è éd.1987, n.1621, p.564). Un arrêt rendu en matière de marques par la Cour de Paris, le 18 novembre 1986, rejette l'action en contrefaçon de marque et de droit d'auteur mais retient et sanctionne la concurrence déloyale par copie servile (PIBD 1987.411.III.181).

- 26 - La situation est plus claire lorsque la copie servile est sanctionnée indépendamment de toute action en contrefaçon. La Chambre commerciale a, en effet, rappelé, le 22 septembre 1983 :

"L'action en concurrence déloyale exige une faute alors que l'action en contrefaçon concerne l'atteinte à un droit privatif; ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins; la seconde n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première" (Bull.n.205).

Jacques Azéma remarque, alors :

"Depuis plusieurs années, déjà, les auteurs se montrent favorables à l'idée d'accorder aux produits une certaine protection contre l'imitation en dehors de tout monopole de propriété industrielle ou après l'extinction de pareils droits (Fernal-Jacq Propr.ind.1949.127; P.Roubier, Droit de la propriété industrielle, Libr.Sirey, t.II.1552, n.394 et s; P.Mathély, note Ann.prop.ind.1962.240)" (Le Droit français de la concurrence, PUF 1981, n.158, p.111).

- 27 - Il en est ainsi, tout d'abord, lorsque la copie constitue ou s'accompagne des actes classiques de concurrence déloyale : par confusion et dénigrement.

- 28 - Nos collègues G.Cas, R.Bout et D.Ferrier écrivent :

"Bien que la reproduction soit en principe libre en l'absence de brevet, dessin ou modèle, cette jurisprudence admet que la reproduction fidèle d'un produit constitue une manoeuvre tendant à créer une confusion qui est déloyale" (op.cit.n.1522, p.564).

- Le 14 juin 1976, la Chambre commerciale cassait un arrêt de la Cour de Rouen qui avait écarté la déloyauté au motif que le produit était de libre exploitation "sans rechercher si la fabrication d'une copie servile d'un modèle exploité antérieurement par un concurrent n'était pas de nature à entraîner la confusion préjudiciable au propriétaire de ce modèle invoquée par lui dans ses conclusions et, dans ce cas, susceptible de caractériser, même en l'absence d'autres éléments, une concurrence déloyale" (Bull.n.199).

- Le jugement précité du Tribunal de Grande instance de Paris en date du 1er Mars 1979 avait rejeté le droit d'auteur sur une méthode de lecture rapide; il retient la sanction par l'action en concurrence déloyale :

"Attendu que la concurrence, dont le principe est la liberté, devient déloyale lorsqu'elle se manifeste par des actes excessifs que réprouvent les usages reçus; que

l'imitation servile du titre de programme d'enseignement figurant dans le prospectus publicitaire, la similitude de ce programme qui est reproduit mot pour mot, la durée du stage et son découpage chronologique semblable, le choix identique des textes et leur copie servile, la copie servile des exercices mis au point par la demanderesse, les publicités effectuées dans "Le Monde" sont autant de faits ou manoeuvres qui ont créé une confusion et qui ont été de nature par cette confusion, à détourner la clientèle des cours organisés par la C.C.I.P. ont porté atteinte à la C.C.I.P. en lui causant un grave préjudice" (Dossiers Brevets 1979.II.6).

- Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 25 Février 1981 (PIBD 1981.278.III.94) a jugé que le modèle qui était déclaré nul pour défaut de nouveauté pouvait donner lieu à une action en concurrence déloyale introduite par l'auteur dudit modèle à l'encontre du concurrent qui a commercialisé un modèle sinon servile, du moins quasi-servile :

"Il est, en effet, de jurisprudence constante, que la reproduction servile ou simplement quasi-servile d'un modèle déclaré nul, constitue une faute dès lors qu'une confusion dans l'esprit du public est possible (Com.24 Juin 1976, 4 Octobre 1977, D.1978.I.R.76, Ann.1979.96 cassant Paris 7 Novembre 1975 qui avait affirmé : "Le seul fait de reproduire même servilement un modèle du domaine public ne constitue pas une faute sur la base de l'article 1382 C.Civ" (Ann.1976.106); 25 Octobre 1977, D.1978.I.R.164; Paris 31 Octobre 1978, Ann.1980.40; 26 Février 1979, D.1980.528, note P.GREFFE)" (J.J.BURST et JM.MOUSERON, Chr.Droits et accords industriels, J.C.P.-E 1980.10089 n.24; adde Tr.Com. Lyon 10 Décembre 1979, PIBD 1980.266.III.186; Paris 20 Juin 1985, PIBD 1986.382.III.33; 23 Octobre 1986, PIBD 1987.408.III.123; Paris 13 Novembre 1986, PIBD 1987.405. III.143).

- Le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 17 Mars 1980 (PIBD 1980.266.III.188) admet qu'il y a acte de concurrence déloyale pour une société à reproduire sur ses catalogues les mêmes dessins que ceux qui figurent sur la document d'un tiers-concurrent.

- Peut encore être cité l'important arrêt Laurentis rendu par la Chambre commerciale, le 7 Novembre 1979, cassant un arrêt de la Cour de Poitiers en date du 19 Décembre 1977 :

"Attendu que l'arrêt déféré a débouté la société Etablissements Laurentis de l'action en concurrence déloyale par elle intentée contre la société SERAM à laquelle elle reprochait d'avoir mis en vente des tuiles qui étaient la copie servile de celles qu'elle-même fabriquait et qui avaient fait l'objet d'un brevet tombé dans le domaine public au motif "qu'en ce qui concerne la concurrence déloyale, il est de principe que lorsqu'un brevet est tombé dans le domaine public, le produit qui en est l'objet peut être reproduit à condition que ce ne soit pas sous la marque sous laquelle le breveté l'a fait connaître."

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la mise en vente des marchandises en cause et les agissements imputés à la Société SERAMA n'étaient pas de nature à entraîner une confusion préjudiciable à la Société Laurentis dans l'esprit de la clientèle, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision et annule" (Dossiers brevets 1980.III.1; adde Paris 20 juin 1985, cité).

Le caractère servile de la reproduction fait, alors, présumer la confusion.

- 29 - Parfois, ce n'est pas à la confusion mais au dénigrement, l'autre forme classique d'acte de concurrence déloyale que la copie est rattachée et l'arrêt Cartier rendu par la Chambre commerciale, le 4 Janvier 1984 (PIBD 1984.III.149), a condamné les pratiques de copie au motif qu'elles avaient pour effet de "dévaloriser" le modèle de Cartier dans l'esprit du public.

- 30 - Quelques décisions -moins nombreuses-, peut être, sont plus intéressantes dans la mesure où elles sanctionnent la copie indépendamment de tout autre acte déloyal, sans y faire référence du moins.

- 31 - A la copie servile, au surmoulage une étiquette d'infâmie est traditionnellement accolée, depuis cent ans (E.Ulmer, La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE, t.IV : France par R.Krasser, éd.Dalloz 1972, n.350, p.255). L'arrêt libéral rendu par la Cour de Paris, le 20 Mai 1967, réservait cette hypothèse :

"Sous réserve du cas de surmoulage, le fait de reproduire un objet qui n'est pas protégé ne saurait, à lui seul, constituer une faute au sens de l'article 1382 C.Civ. en raison même du principe de la liberté du commerce et de l'industrie" (Ann.prop.ind.1968.239).

- Notons l'important jugement rendu par le Tribunal de Paris, le 1er Avril 1977 :

"Attendu qu'il est établi par les documents publicitaires produits que les dimensions nominales et les distances entre les brides portées dans les catalogues des deux sociétés concurrentes sont identiques.

Attendu que la Société Schlumberger est dans l'incapacité de démontrer que ces dimensions étaient, à l'époque des faits, normalisées en droit et même en fait... qu'elle a, donc, commis des actes de concurrence déloyale en s'appropriant, ainsi, les normes établies par la Société Masoneilan" (Dossiers Brevets 1978.I.2; adde Paris 28 novembre 1985, Ann.prop.ind.1986.306).

Dans le prolongement de cette décision, Jacques Azéma relève qu'"une jurisprudence incertaine s'est également établie concernant la reproduction fidèle des dimensions pour permettre l'interchangeabilité. Certaines décisions y ont vu une concurrence déloyale (Cass.4 juillet 1978, Ann.prop.ind.1979.366; TGI Paris 1er avril 1977, PIBD 1977.III.435); d'autres arrêts ont admis cette copie servile (Paris 21 janvier 1977, Ann.prop.ind.1978.113)" (op.cit.n.159, p.112).

- 32 - La référence expresse aux agissements parasitaires a, parfois, été retenue pour fonder la condamnation des pirates de logiciels. Le Conseiller Jonquères a justement observé à ce propos :

"La maladie implacable qui ruine les investissements, c'est la copie. Le concurrent pirate qui, lui, n'a pas procédé aux investissements très coûteux qu'implique la

mise au point d'un logiciel sera évidemment mieux placé sur le marché que le créateur.

Celui-ci, en définitive, sera souvent réduit à déposer son bilan avec les conséquences qu'une telle issue entraîne pour lui et ses employés. Au delà de ces intérêts sociaux, sont en cause ceux plus généraux de la recherche informatique comme ceux de notre industrie informatique" (Rapport cité, p.7 référant à P.Le Tourneau, Du nouveau sur la protection du logiciel et la protection des idées, Rev.jur.comm.1984.73; P.Leclercq, Protection juridique du logiciel, C.B.I. Informations, 1982, oct.11; J.L.Goutal, La protection juridique du logiciel, J.-Cl.Concurrence, f.270, n.87 s.).

Refusant en général -à tort (Paris inf.27 janvier 1987, PIBD 1987.311.III.167, Dossiers Brevets 1987.III.2)- mais aussi en particulier -peut être avec raison- la protection du droit d'auteur à un programme déterminé, le Tribunal de grande instance d'Evry a décidé, le 11 Juillet 1985, exécution provisoire à l'appui :

"Attendu que M.Breton a copié sans droit servilement les 24 programmes litigieux, fruit du travail d'autrui, dans un but intéressé puisqu'il tendait à l'obtention, en échange, de nouveaux programmes ou de produits; qu'il a commis une faute d'autant plus grave qu'il a fait figurer sur la liste de programmes proposés à l'échange le nom de leur fabricant "Tandy" et les noms déposés de certains programmes;

attendu que ces agissements constituent des fautes qui ont causé aux sociétés Tandy un préjudice certain puisque, même s'il n'est pas possible en l'absence de comptabilité de connaître le nombre exact de copies échangées, il est certain que la société Tandy France a perdu des clients et que les deux sociétés ont vu la réputation de leurs produits s'affaiblir dans la mesure où il était possible de se les procurer en dehors des circuits commerciaux.

Attendu que M.Breton s'est rendu coupable d'agissements parasitaires..." (PIBD 1986.383.III.41, Dossiers Brevets 1985.V.1).

On retiendra, alors, l'opinion favorable sur ce dernier point du Conseiller Jonquères dans son rapport préparatoire aux décisions Pachot-Babolat et autres précité :

"Cette décision est très importante... dans la mesure où elle fait appel à la notion d'agissements parasitaires pour sanctionner les auteurs qui ont "copié" sans droit, "servilement", les programmes litigieux. Le droit commun de la responsabilité est apparu aux magistrats du Tribunal d'Evry comme le moyen le plus apte à la nature du produit pour assurer sa protection. Sous l'angle des principes, cette vision du problème ne peut qu'être approuvée" (Rapport cité, p.69)

On relèvera au passage la cohérence d'un raisonnement qui, tenant pour élevé le seuil d'intervention de la propriété littéraire et artistique, admet pour la zone inférieure une application élargie de la responsabilité civile délictuelle.

β) Le développement du contenu de l'acte déloyal

- 33 - L'extension même du domaine de sanction de l'acte déloyal appelle les juridictions à de nouvelles explications et justifications de la proscription des copies.

- 34 - Les tribunaux s'attachent, tout d'abord, à l'introduction sur le marché de produits moins coûteux. L'observation est d'autant plus pertinente que les avantages financiers de la copie sont grands. Me Desjeux observe à propos des copies de médicaments qu'"on évalue le coût de la copie à une moyenne inférieure de 20 % à 40 % du coût du médicament nouveau dont le laboratoire a avancé, seul, tous les frais de recherche, de fabrication et de lancement" (art.cité n.5).

- Il peut être intéressant de citer dans un compartiment voisin du parasitisme industriel, celui de l'édition, un arrêt rendu, le 18 Janvier 1982, par la Cour de cassation :

"Doit être cassé l'arrêt qui a rejeté l'action en concurrence déloyale de l'éditeur d'un dictionnaire français-provençal formée contre un éditeur qui avait

reproduit l'ouvrage par le procédé de la photocopie et le vendait à un prix réduit pour le motif que l'oeuvre était tombée dans le domaine public et que le mode de reproduction utilisé ne peut être qualifié d'abus de concurrence.

En effet, en se déterminant ainsi, alors que l'action en concurrence déloyale a pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif et alors que le procédé de la copie servile, dans le cas où il permet d'obtenir des prix de revient inférieurs à ceux des produits copiés, constitue un acte de concurrence déloyale, l'arrêt a violé les articles 1382 et 1383 C.Civ." (Bull.n.19, Ann.1982.III.262).

- La formule a été, tout récemment encore, rappelée par l'arrêt SANITAR rendu par la Chambre commerciale, le 3 Juin 1986, sanctionnant, délictuellement, le comportement d'un façonnier qui avait "emprunté" et commercialisé la gamme du donneur d'ordres :

"La société N qui avait reçu les plans et modèles de la société Sanitar, en avait fait une copie servile, obtenant ainsi un coût de fabrication réduit et provoquant une confusion auprès de la clientèle..." (Bull.n.110).

La décision est très significative car, dix ou quinze ans plus tôt, les juges auraient relevé le risque de confusion sans tenir compte de la réduction du coût de fabrication.

- Nos collègues G.Cas, R.Bout et D.Ferrier observent, alors :

"La jurisprudence a, aujourd'hui, tendance à se satisfaire du seul fait qu'un produit servilement reproduit peut être mis sur le marché à un prix inférieur au produit copié pour qualifier cette reproduction d'acte de concurrence déloyale, dans l'hypothèse du moins où les clientèles visées par ces deux produits seraient identiques" (op.cit.n.1621, p.565).

- 35 - Mais si vendre à un prix inférieur au prix d'un concurrent n'est pas une faute en soi (Lyon 30 octobre 1952, Ann.prop.ind.1952.307; Paris 3 juillet 1959, Gaz.Pal.1959.II.299; Paris 17 Mars 1986, PIBD 1986.397.III.325; rappr.TGI Paris 13 Mai 1986, PIBD 1986.398.III.335), la pratique n'a pas davantage valeur d'excuse.

L'arrêt de la Cour de Caen du 10 janvier 1975 qui avait rejeté l'application de l'article 1382 "parceque la vente par S. du modèle concurrent à un prix moindre ne ressort pas dans l'état du système commercial français, dans un autre esprit" a été cassé, le 14 juin 1976 (arrêt précité), parceque les juges d'appel n'avaient pas examiné plus avant la copie servile de leur auteur et les tribunaux s'efforcent, aujourd'hui, d'établir l'acte de concurrence déloyale qui permet à la copie d'être vendue à faible prix de façon à engendrer un dommage pour le créateur : l'appropriation, mieux le détournement, d'investissements du parasité.

- Nous relevons, alors, un arrêt de la Cour de Paris du 30 Septembre 1975 condamnant pour concurrence déloyale non pas le fabricant mais l'importateur-distributeur en France de tels produits, :

"Constitue un acte de concurrence déloyale le fait d'importer et de vendre en France un appareil (en l'espèce : une fraise) qui reproduit servilement, ou en tous cas quasi-servilement, l'appareil d'un concurrent dès lors que les similitudes relevées ne sont pas la conséquences de nécessités fonctionnelles, qu'elles ne peuvent être fortuites en raison de leur multiplicité et de leur concordance et qu'un acquéreur ne saurait les déceler qu'en se livrant à une étude minutieuse alors surtout qu'il n'a pas les deux appareils sous les yeux"
(Ann.1975.196; rappr.Paris 5 Juillet 1974, Ann.1975.204).

Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par la Chambre commerciale, le 24 Mai 1976 :

"Attendu que l'arrêt (Paris 30 septembre 1974) ajoute que ce procédé épargne à ses utilisateurs des recherches et des mises au point longues et coûteuses et leur permet

soit de faire des prix plus bas que ceux de l'appareil concurrent, soit d'obtenir des bénéfices supplémentaires..." (Bull.n.172; JCP éd.C.I.1976.I.5470, éd.G.1976. IV.237).

Mr.Saint Gal commente l'arrêt en ces termes :

"Cette copie servile constitue une faute dès lors qu'elle épargne les frais d'étude, de mise au point et de publicité pour mieux faire connaître et imposer sur le marché l'appareil imitant et qu'elle permet ainsi de capter la clientèle du concurrent" (Principales législations et jurisprudences récentes intervenues en France en matière de concurrence déloyale, JCP.éd.C.I.1976.12965, n.11).

- Citons, encore, ce jugement du Tribunal de commerce de Lyon du 5 Juillet 1977 :

"Attendu qu'il est certain que K. l'a fait pour s'approprier les efforts de recherche et de mise au point d'une technique de prospection commerciale qui, même si elle n'était pas d'une originalité rare, était en tout cas particulière à F."

"La défenderesse, ancien concessionnaire exclusif de la demanderesse, a eu la volonté de créer sur le marché français, auprès de la même clientèle que celle qu'elle prospectait précédemment, d'une part, un risque de confusion, acte de concurrence déloyale, d'autre part, une appropriation de l'effort de conception des modèles d'autrui sans bourse déliée, acte de concurrence parasitaire" (cité M.Vivant et C.Le Stanc, Droit de l'informatique, éd.Lamy n.794, p.493).

- La même idée est retenue par le Tribunal de Commerce de Paris, le 10 Juillet 1978, à propos d'outils pneumatiques :

"Indépendamment du risque de confusion, le fait pour Muller de capter la clientèle de son ancien fournisseur C.P.par la copie servile ou quasi-servile des modèles de

celui-ci, sans avoir à faire de recherches ou de mises au point longues et coûteuses en bénéficiant du pouvoir attractif de la configuration extérieure des modèles C.P. constitue un acte de concurrence déloyale et parasitaire dont les sociétés C.P. sont bien fondées à demander réparation" (RIPIA 1979.248, note Y.Saint Gal).

- Et la dernière décision rendue par la Chambre commerciale, le 25 Novembre 1986, approuvant l'arrêt de la Cour d'Aix du 20 Septembre 1984 (PIBD 1985.368.III.154), ne se contente pas de noter :

"Attendu que la Cour d'appel a retenu une imitation quasi-servile des plaques "Eternit" de nature à faire naître une confusion dans l'esprit de la clientèle et a constaté que cette confusion était renforcée par la commercialisation des plaques par la société N. sous la référence L.S.C.";

elle poursuit :

"Attendu que la Cour d'appel ajoute que "les prix pratiqués par la société N s'expliquent, dans la mesure où ils ne seraient pas artificiellement bas, par l'économie des frais de lancement, voire de mise au point du modèle de plaque litigieux, économie réalisée de manière déloyale par la société N. en copiant de manière quasi-servile le modèle français et en entretenant la confusion avec lui" (PIBD 1986.405.III.63, Dossiers Brevets 1987.III.1).

Faut-il, encore, ne pas fausser la construction jurisprudentielle et ne pas lui imputer plus qu'elle ne dit; les décisions étudiées subordonnent la prise en compte de ces détournements d'investissements à la présence d'une copie servile ou quasi-servile. S'agissant de l'enseignement d'un brevet, seule la reproduction ou la commercialisation de la forme particulière de réalisation choisie par le breveté demeure inaccessible, à l'extinction du droit industriel. Rappeler que tel est l'état présent du Droit positif n'implique pas, cependant, qu'il y demeure et la justification aujourd'hui donnée à tel agissement peut, demain, supporter la condamnation d'autres pratiques.

- 36 - Il faut, enfin, rapprocher de tout cela la discussion fondamentale développée à propos des "produits génériques" en pharmacie et, plus largement, de la reproduction des molécules à l'expiration des brevets qui les réservaient jusqu'alors. Le produit chimique libéré par l'expiration du brevet ne tombe dans le domaine public et est, désormais, susceptible de libre exploitation. Un problème particulier se pose, toutefois, en matière pharmaceutique particulièrement mais point, sans doute, exclusivement. Comme le lierre progressant sur l'arbre repousse aux extrémités de ses branches les feuilles qui lui permettent de vivre, les procédures et délais d'essais et procédures (d'A.M.M.) repoussent à des années et des années après le dépôt du brevet la mise en exploitation de l'invention thérapeutique. Ils alourdissent d'autant les investissements initiaux et restreignent d'autant la période d'amortissement à l'abri du monopole. La prolongation systématique réclamée de la durée du brevet a peu de chances d'aboutir; l'idée d'une prorogation du droit d'un délai identique au temps des délais imposés par l'Administration pourrait s'autoriser d'anciennes règles sur la mise au secret des inventions brevetées mais souffre de leur remplacement par une formule d'indemnisation par l'article 26 de la loi de 1968. La réglementation adoptée, le 1er Décembre 1986, par la Commission de la CEE paraît bien entrer dans cette voie (PIBD 1986.405.IV.21) de même que le projet américain de "prolongation des brevets portant sur certains produits chimiques ou "agro-chimiques" afin de compenser le temps perdu en raison des procédures fédérales réglementaires de contrôle et d'agrément" (PIBD 1986.392.II.100).

- 37 - Dans tous les cas où l'acte déloyal est reconnu, la sanction ordinairement encourue consiste dans le prononcé de dommages et intérêts. Cette responsabilité délictuelle pourrait notamment être mise en jeu en cas de complicité apportée à la violation d'une obligation contractuelle par l'auteur principal des faits d'usurpation (Com.11 Octobre 1971, Bull.n.237).

Notons au passage l'originalité de la mesure prise par le Tribunal de commerce de Lyon qui, sur la demande de la victime, a ordonné, le 10 Décembre 1979, la destruction sous le contrôle d'un huissier des objets argués de copie servile (PIBD.1980.266.III. 186).

Mais le problème est moins de réparer les dommages passés que d'empêcher leur réalisation. La question se pose de savoir si la victime

prétendue pourrait obtenir sous astreinte l'interruption de l'exploitation dommageable. La collision entre l'intérêt légitime (?) de l'un à empêcher le dommage illicite et l'intérêt tout aussi légitime (?) de l'autre à exercer sa liberté économique se manifeste, alors, avec une brutalité accrue; il faut rapidement arbitrer entre les prétentions contraires et qualifier les actes en cours. La diversité, infinie, des situations de fait, l'imprécision, le caractère tâtonnant des critères de droit vont entretenir les hésitations -combien légitimes, elles aussi- du juge des référés, seule juridiction, aujourd'hui, habilitée à intervenir très tôt dans le conflit. On bascule, alors, vers le problème général des "lenteurs de la justice" et il serait naïf de penser que la question et sa réponse -de principe et de fait- sont propres à notre matière.

- 38 - Peut-être fallait-il présenter cette lutte contre le parasite sur le marché intérieur pour identifier, sur un échantillon national donné, le problème posé et les solutions juridiques éventuelles mais aussi, pour rendre crédibles les efforts à développer sur les marchés incommensurablement plus importants -même si, en relatif, ils le sont de façon plus modérée- que sont pour nos entreprises les marchés extérieurs.

II - LA LUTTE CONTRE LES PARASITES SUR LES MARCHES EXTERIEURS

- 39 - En 1933, Stephen LADAS, dans son important ouvrage sur *"La protection internationale de la propriété industrielle"* citait le doyen Vigmore :

"Le doyen Vigmore écrit, de sa plume magistrale, ce qui suit : "Le fait est qu'aucune affaire ne peut prospérer sans devenir bientôt la victime de parasites... qui s'efforcent de s'appropriier n'importe comment les bénéfices du travail et les dépenses d'autrui" (Libr.de Médecis, p.763, note 2).

Or, de tout temps, la protection des inventions sur les marchés extérieurs a caractérisé les problèmes de propriété intellectuelle dans la mesure même où l'immatérialité de l'information permet une circulation interdite à l'immeuble et souvent difficile pour les biens meubles corporels.

Les parasites sont, alors, les fabricants -qui ont, parfois, notre nationalité- et ceux qui vendent sur ces marchés extérieurs : des nationaux et, parfois, des étrangers.

- 40 - La difficulté particulière tient, alors à ce que les moyens de lutte applicables sont les LOIS NATIONALES des territoires concernés (A) à défaut d'ACCORDS REGIONAUX (B) ou UNIVERSELS (C).

A - LES MOYENS NATIONAUX

- 41 - Le premier effort consiste, bien entendu, à utiliser tous les moyens pour obtenir que tous les Etats tenus à protéger les créations de tous ordres exécutent bien leurs engagements et l'apparition de texte sur la contrefaçon ici, de loi sur le copyright à Singapour (PIBD 1987.407.IV.38) représentent des développements intéressants. Parmi les moyens de contrainte, le refus de réciprocité de nos protections nationales est, toutefois, exclu par les règles unionistes :

"Aucune condition de réciprocité n'est permise : l'étendue de la protection dans le pays où la répression d'un acte de concurrence déloyale est demandée est entièrement indépendante de l'étendue de la protection dans les pays d'origine" (St.Ladas, op.cit., n.483, p.770).

- 42 - Le problème, toutefois, ne concerne pas seulement l'existence de ces moyens mais tout autant et, peut être davantage, leur mise en oeuvre.

La difficulté pour toutes les entreprises, même les plus grandes, consiste à détecter les actes de contrefaçon ou de concurrence déloyale étrangers et de les poursuivre selon les lois du fond et de forme de ces Etats.

On peut, alors, se demander si une action commune voisine de celle que l'Union des fabricants réalise pour la protection des marques ne serait pas envisageable et, finalement, souhaitable soit par un développement des activités de cet organisme soit, si un besoin quelconque de spécificité intervenait, par la création d'un organisme voisin.

La collaboration des moyens d'Etat pourrait, également, être envisagée. Des conseillers scientifiques ou industriels existent déjà auprès de certaines de nos représentations à l'étranger pour favoriser la pénétration de ces marchés par nos industriels. Peut être, pourrait-on compléter leurs fonctions par des tâches de "veille en propriété industrielle". A cet égard, il pourrait paraître intéressant de "délocaliser" certains collaborateurs de l'INPI.

B - LES MOYENS REGIONAUX

- 43 - Le Règlement C.E.E. n.3842/86 du 1er Décembre 1986 fixe "des mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon" (PIBD 1987.406.I.17, v.X.de Mello, Les saisies en douane des produits de contrefaçon, D.P.C.I.1986.333). On peut songer à un élargissement de la notion de "marchandises de contrefaçon" au delà des produits marqués, aux produits couverts par un quelconque droit de propriété intellectuelle. Il "suffirait" (!) de modifier l'article 1 § 2-a) dudit Règlement.

C - LES MOYENS UNIVERSELS

- 44 - Elargie aux dimensions du monde entier, la lutte contre le parasitisme lui restitue ses véritables et nécessaires dimensions. Elle suppose un accord sur LE CADRE (1°) et L'INSTRUMENT (2°) de cette action commune.

1°) LE CADRE DE L'ACTION COMMUNE

- 45 - Le cadre international aujourd'hui existant est constitué par l'Union pour la protection de la propriété industrielle et par la Convention de Paris qui lui tient lieu de Charte. Il faut, en effet, rappeler que l'article 1-2 de la Convention dispose :

"La protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité... ainsi que la répression de la concurrence déloyale".

La Convention comporte un article 10 ter inséré dans la Convention par la Conférence tenue, en 1925, à La Haye :

"Les pays de l'Union s'engagent à assurer aux ressortissants des autres pays de l'Union des recours légaux appropriés pour réprimer efficacement tous les actes visés aux articles 9, 10 et 10 bis.

Ils s'engagent en outre à prévoir des mesures pour permettre aux syndicats et associations représentant les industriels, producteurs ou commerçants intéressés et dont l'existence n'est pas contraire aux lois de leur pays, d'agir en justice ou auprès des autorités administratives, en vue de la répression des actes prévus dans les articles 9, 10 et 10 bis, dans la mesure où la loi du pays dans lequel la protection est réclamée le permet au syndicats et associations de ce pays".

- 46 - Les désillusions enregistrées sur le développement autonome du système unioniste peuvent conduire à choisir une autre voie, quitte à envisager ultérieurement de possibles articulations. Nous pensons au traitement de ces problèmes au niveau du GATT avec le projet d'un "Code des contrefaçons" visant la protection contre les imitations frauduleuses (PIBD 1987.407.IV.39, v.M.Hiance, Les limites du système conventionnel et les travaux internationaux visant à forcer la lutte contre les contrefaçons, D.P.C.I.1986.365).

2°) L'INSTRUMENT DE L'ACTION COMMUNE

- 47 - Choisi le cadre institutionnel de l'action commune demeure à en désigner l'instrument, tant pour ce qui est de son principe (a) que de son contenu (b).

a) Principe

- 48 - On peut, tout d'abord, se demander si les techniques juridiques en place doivent être adaptées ou modifiées. Plus réformiste que révolutionnaire, je choisis la voie de l'opiniâtreté et préfère, en premier, l'extension des mécanismes d'appropriation, voire le rapprochement de leurs dénominations (?), puis de leurs régimes d'exploitation, d'abord, d'obtention, ensuite, sans doute. Je souhaite, en second, le développement des zones de concurrence déloyale, d'"unfair competition" mieux que la promotion de mécanismes inspirés, par exemple, de l'enrichissement sans cause ou de la protection des droits

de la personnalité respectivement présentés par André Lucas (La protection des créations industrielles abstraites, Coll.CEIP n.XI, Litec 1974) et Christian Gavalda, (Le secret des affaires, Mél. R.Savatier, Libr. Dalloz 1965, p.251) et même que la création abihile d'un nouveau régime de responsabilité pour "illicéité objective" ^{ab} _{nihilis} rapproché de celle qu'admettrait la jurisprudence sur les "troubles de voisinage" évoqué par Michel Vivant et Christian Le Stanc (op.cit., n.75, p.493). Ecartons au passage l'objection qu'un développement de la lutte contre les parasites par la sanction de leur comportement affaiblirait -ou, à tout le moins rendrait moins attractive- la technique, aujourd'hui plus noble et plus efficace, de l'appropriation de l'information par son créateur, intellectuel ou économique. Les spécialistes de propriété industrielle sont moins susceptibles que tous autres d'être taxés de pareil souci (X.Desjeux, art.1987 n.7) et de passer pour les "ayatollahs des brevets" puisqu'ils sont les premiers à enseigner que les propriétés industrielles sont des régimes d'exception et que le droit commun de la réservation et de la commercialisation des informations s'établit en dehors d'elles (JM.Mousseron, Traité cité, n.195 s., p.23 et s.). Ma première remarque rappellera la relativité des instruments de droit : un mécanisme juridique n'a de valeur que par la fonction qu'il assume; ici moins qu'ailleurs, il ne faut redouter la concurrence. Ma seconde remarque est que le champ de l'intervention juridique est si large et si faiblement occupé, à l'heure présente, qu'il y a plus à redouter le défaut que l'excès des moyens de droit.

- 49 - Je constate, alors, en premier que, identiques ou voisins, les mécanismes de traitement de la concurrence déloyale existent dans la plupart des systèmes juridiques.

- 50 - Je constate, en second, que la coordination et l'activité de ces mécanismes sont prévues par une Convention internationale à laquelle adhèrent, pratiquement, tous les Etats du monde.

Les dispositions de la Convention de Paris sont plus modestes en matière de concurrence déloyale qu'à l'égard des droits de propriété industrielle proprement dit et tiennent, en sus de l'article 10 ter, à l'article 10 bis :

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

Les comportements expressément visés par l'article 10 bis al.3 n'incluent pas les actes de parasitisme isolément considérés, *stricto sensu*, et recouvrent les actes de confusion ou de dénigrement, traditionnellement désignés comme actes de concurrence déloyale. Il faut, toutefois, bien noter le caractère non limitatif de l'énumération donnée par ce texte indiqué par l'adverbe "notamment" qui précède cette énumération.

Le Pr.Bodenhause qui dirigea, longuement, l'OMPI et est l'auteur d'un "Guide de la Convention de Paris" que ses vingt ans n'ont pas vieilli a commenté ce texte dans les termes suivants :

"L'alinéa 3 de l'article à l'examen donne des exemples d'actes qui doivent être notamment considérés comme des actes de concurrence déloyale et doivent donc être interdits. Cette disposition constitue à nouveau une législation commune pour tous les pays de l'Union et doit, donc, soit être introduite dans leurs législations nationales, soit être appliquée directement par leurs autorités judiciaires et administratives. Cette énumération d'exemples d'actes de concurrence déloyale n'est pas limitative et constitue un minimum" (ibidem, p.151).

- 51 - Je constate, en troisième lieu, que les concepts de départ de cette construction présente, sous des formulations diverses, dans la plupart des Etats peuvent parfaitement assumer le supplément de rôle qu'il convient, à mes yeux, de leur faire jouer. La responsabilité civile a, encore, dans notre secteur de relations, des réserves importantes.

- 52 - Je constate, en quatrième lieu, que la notion de comportement de référence, de "standard", a, déjà, grâce à l'article 10 bis de la Convention d'Union, un contenu qui ne s'épuise pas et ne doit pas s'épuiser dans des définitions propres, nationales.

G.H.Bodenhausen écrivait, encore :

"Tout acte de concurrence devra être considéré comme acte déloyal s'il est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Ce critère ne se limite pas aux usages honnêtes existant dans le pays où la protection contre la concurrence déloyale est réclamée. Les autorités judiciaires ou administratives d'un tel pays devront donc également prendre en considération les usages honnêtes dans le commerce international. Si les autorités judiciaires ou administratives du pays où la protection est réclamée constatent qu'un acte attaqué est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, elles seront obligées de le considérer comme un acte de concurrence déloyale et d'appliquer les sanctions et moyens prévus par leur législation nationale" (op.cit.p.150).

Ne nous parons, donc, pas de l'alibi du Droit à modifier qui est, trop souvent, l'alibi des volontés contraires ou fatiguées et engageons-nous toujours plus avant dans l'exercice du Droit présent dont nous n'avons pas nécessairement atteint les frontières.

b) Contenu

- 53 - Stéphane Ladas écrivait en 1933 :

"Le fait de dire que tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou

commerciale constitue un acte de concurrence déloyale ne signifie pas grand chose puisqu'il reste à savoir quels actes de concurrence sont contraires aux usages honnêtes. Aussi, est-ce fort opportunément que l'alinéa 3 nouveau énumère, à titre d'exemple, certains actes où le caractère contraire aux usages honnêtes se manifestent d'une manière caractéristique" (op.cit., p.771).

Il peut, alors, être utile de faire préciser ce que sont ces standards en matière de parasitisme relatif à la recherche-développement.

- 54 - Cherchons, par conséquent, à inscrire dans la définition des actes de concurrence déloyale, les actes de parasitisme dont nous souffrons. Demandons-nous par qui () et comment () l'enrichissement de l'acte déloyal peut être opéré.

) Par qui ?

- 55 - Le cadre "naturel" paraît être offert par l'Union de Paris.

L'activité des conférences de révision de la Convention d'Union tend à s'épuiser. Dès l'avant dernière révision, on avait pu évoquer "Les larges silences et les maigres apports de la Convention de Lisbonne" (JM.Mousseron, JCP.1962.1717); les apports de la Conférence de Stockholm ont été, en 1967, encore plus modestes et les travaux de la Conférence réunie depuis plusieurs années entre Genève et Nairobi ont essentiellement porté, jusqu'ici, sur les procédures de tenue de la Conférence elle-même et la perspective de ses résultats s'effiloche à l'horizon.

Peut être, alors, pourrait-on songer à réactiver les activités de ces conférences de révision en les déportant des problèmes de brevets où l'unification paraît stoppée vers les zones de concurrence déloyale où certaines possibilités de développement demeureraient, peut être. Il ne faut pas, toutefois, minimiser deux séries d'obstacles qui freinent l'activité unioniste en matière de brevets et pourraient la freiner en matière de concurrence déloyale, notamment pour ce qui est du parasitisme :

. Ce n'est point diffamer l'Institution que d'évoquer les préoccupations politiques qui l'animent à l'instar de tous les forums internationaux.

. L'idéologie dominant dans certains pays dits "en voie de développement" à l'égard de la recherche maîtrisée par les Etats industriels les porte facilement à considérer que ces informations leur sont "dûes" et que, par conséquent, il n'y a pas pour leurs législations nationales à s'empresse à réserver ces connaissances à ceux qui ont investi pour leur mise au point (v.VII^e Journées d'Actualité du Droit de l'Entreprise, Le know-how, Montpellier 1975, Litec 1976). L'apport de la Convention d'Union pourrait, cependant, être complété.

- 56 - Le cadre de la Convention d'Union n'est pas, toutefois, nécessaire à cette définition. Pour préciser en quoi consiste la concurrence déloyale visée par la Convention unioniste, on pourrait tout aussi bien imaginer qu'une Conférence internationale regroupant les représentants des milieux industriels de différents secteurs, d'une part, de différents Etats, de l'autre, pour procéder à cette caractérisation. Déjà des efforts de ce type ont été accomplis soit au plan multiprofessionnel au niveau d'un seul Etat, soit au plan uniprofessionnel au niveau de plusieurs Etats. On pourrait par exemple citer le Code international des pratiques loyales en matière de publicité publié par la Chambre de commerce internationale, le 16 novembre 1966 (rappr.JM.Mousseron, note sous Paris 22 avril 1969, D.1970.214) utile pour savoir ce que sont, pour tous les Etats, les comportements fautifs susceptibles d'être enregistrés et sanctionnés en ce secteur d'activités.

β) Comment ?

- 57 - La construction de l'"acte déloyal par détournement d'investissements" en matière de recherche-développement pourrait s'autoriser de différentes observations suivantes.

- 58 - L'acte déloyal n'est pas propre à l'activité commerciale même si les travaux en la matière se sont davantage préoccupés du parasitisme commercial que du parasitisme industriel. L'article 10 bis de la Convention d'Union évoque bien, d'ailleurs, la concurrence déloyale au niveau des "méthodes de fabrication" et, dès le début du siècle, un

auteur belge, Moreau (Traité de la concurrence illicite, Bruxelles-Paris 1904, p.40) perçoit la concurrence déloyale dans "tous les actes portant atteinte à l'organisation industrielle ou commerciale d'une entreprise : nom commercial, désignation, nom et forme du produit... éthode de fabrication...". Le développement des techniques de marketing interdit, d'ailleurs, aujourd'hui, la dissociation absolue entre ce qui est industriel et commercial. Il n'y a pas, par conséquent, à estimer que seul le parasitisme commercial est vié par l'article 10 bis; le parasitisme industriel, en matière de recherche-développement tout particulièrement, est concerné.

- 59 - J'observe, en second, que les termes présents de notre Economie conduisent le Droit à ne plus épuiser son attention dans le souci du créateur individuel : l'auteur, l'inventeur... mais à prendre, aussi, en compte le créateur industriel, l'investisseur. Les législations les plus récentes -dont la notre- sur les inventions de salariés, les textes plus récents encore sur les logiciels d'employés -mais point le projet de texte sur la protection des "topographies" (Dossiers Brevets 1987.III)- rompent, avec l'image exacte dans le passé et toujours vraie dans certains secteurs de l'activité présente, où l'innovation était -est- le fait d'un individu, plus ou moins génial, oeuvrant seul... et sans autres moyens que ceux de son intelligence et de sa sensibilité. Cette idéologie, étrangère à l'apparition des premiers privilèges d'exploitation, trouve son origine dans la pensée américaine -faut-il ajouter "rousseauiste" ("C'est la faute à Rousseau, c'est la faute à Diderot !") ?- du 18^e siècle finissant. Voici des décennies que la réalité industrielle ne se reconnaît plus, toute (?), dans cette image. Il faut, donc, qu'avec l'Economie, notre Droit épouse son siècle. Il le fait.

- 60 - J'observe, alors, que les actes créateurs de confusion, les violations de secret, les copies (serviles ?), la plupart des actes de parasitisme rencontrés ont en commun une victime : l'investisseur et une technique : détourner certaines recettes des dépenses qui les avaient initiées.

Lorsque, dans l'esprit du client, j'établis un lien entre mes produits et ceux d'un autre producteur, qu'il y ait confusion ou non et substitution d'achat ou non (situation type de concurrence parasitaire), je détourne de leur objectif les investissements publicitaires que le premier avait faits.

Ce concept est expressément retenu par l'article 12 du projet de loi réformant notre Droit des marques que le Parlement discutera dans les prochaines mois :

"L'emploi d'une marque notoirement connue pour des produits ou services non similaires à ceux désignés par la marque engage la responsabilité civile de son auteur, lorsque cet emploi constitue une exploitation injustifiée de cette notoriété ou s'il est de nature à porter préjudice au titulaire de la marque" (Dossiers Brevets 1987.III).

Il en est exactement de même lorsque j'utilise contre son gré et hors compensation financière les recherches, études d'un concurrent : je détourne de leurs objectifs -l'amortissement de ses dépenses, d'abord, et son profit, ensuite- les investissements de recherche-développement qu'il avait faits. Le détournement d'investissement est la faute; le détournement de clientèle est un dommage... parmi d'autres.

- 61 - Mais mon acte n'est point générateur d'obligation à compensation financière au seul motif qu'il méconnaît le souhait et la volonté de cet investisseur; il a un tel effet parce que la finalité, l'affectation recherchée étaient conformes à la volonté du groupe, tenue opportune pour lui et finalement décidée par lui. J'ai dit qu'au regard du groupe, l'activité de recherche-développement était tenue par opportune, socialement bonne, à favoriser, par conséquent. J'ai dit que la première technique d'incitation à de tels investissements consistait pour le groupe à réserver à l'auteur de tels engagements les profits qui en découlent.

En détournant de la finalité voulue par le groupe, les valeurs intérieures par un individu, le parasite crée au premier degré un désordre, c'est à dire une perturbation sociale. Puis, au second degré, il contrecarre l'incitation sociale et désinvite l'individu ou l'entreprise, le sous-groupe social, à engager les investissements jugés nécessaires par le groupe. Le parasite ne limite plus le mal qu'il apporte à l'individu; il atteint le groupe social dans ce qu'il a de plus important : son aptitude au développement, à la maîtrise du futur.

J'admets, alors, bien entendu, que les finalités sociales que je viens d'évoquer ne sont pas seules à interpeller, légitimement, l'organisation collective, nos sociétés, leurs Droits. Le souci de concurrence participe, ainsi, à la définition du Bien Commun et il faut en rapporter les exigences à celles des créateurs -industriels- de biens nouveaux. La démarche est extrêmement banale. L'exemple du brevet est celui d'une composition mesurée au regard du Bien commun entre les intérêts du créateur industriel et de la concurrence. Un accès industriel provisoire réservant au premier, un accès intellectuel immédiatement libéré pour les autres (v.J.Schmidt, L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968, Coll.CEIP n.VI, Litec 1972).

- 62 - Les systèmes -eux-mêmes très évolutifs- de droits privatifs et les actions en concurrence déloyale pour confusion ou dénigrement correspondent à l'équilibre dont les économies nationales avaient besoin jusqu'à la moitié du XX^e siècle.

Les développements et les différenciations de l'Immatériel appellent, visiblement, un nouvel équilibre. La dernière orientation de maintes jurisprudences nationales, les dernières initiatives, étroites ou larges, prises à l'étranger, tout près de nous en Belgique (v.M.Vivant et C.Le Stanc, op.cit.n.794, p.493), en Suisse (X.Desjeux, art.1985 cité, n.36) et en d'autres pays (Colloque Lausanne 1980, La concurrence parasitaire en droit comparé, Libr.Droz 1981), ou au plan international, par des organismes privés comme la Ligue internationale contre la concurrence déloyale, ou publics, comme le GATT, la réflexion présente, participent à la recherche et à la définition de ce nouvel équilibre.

OUVRAGES DIFFUSES PAR LE CENTRE DE DROIT DE L'ENTREPRISE

DANS LA COLLECTION

● Actualités de Droit de l'Entreprise :

- Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial (1969)	39,00 franco
2 - Actualités de droit de l'entreprise 1968 (1970)	47,00 franco
3 - Nouvelles techniques contractuelles (1971)	épuisé
4 - Nouvelles techniques de concentration (1972)	épuisé
5 - Les services communs de l'entreprise (1974)	91,00 franco
6 - L'exercice en groupe des professions libérales (1975)	91,00 franco
7 - Le know-how (1976)	91,00 franco
8 - L'avenir de la publicité et le droit (1977)	91,00 franco
9 - Garanties de résultat et transfert des techniques (1978)	110,00 franco
10 - Droit social et modifications des structures de l'entreprise (1979)	100,00 franco
11 - Les inventions d'employés (1981)	100,00 franco
12 - La clause de réserve de propriété (1981)	195,00 franco
13 - Le nouveau droit du crédit immobilier (1981)	132,00 franco
14 - Concurrence et distribution (janvier 1982)	171,00 franco

● Bibliothèque du Droit de l'Entreprise

- Le groupement d'intérêt économique, par Ch. Lavabre (1972)	épuisé
- La responsabilité du banquier en droit privé français, par J. Vézian (1977 2 ^e éd.)	épuisé
- Un nouveau statut de la profession libérale : la société civile professionnelle, par A. Lamboley (1973)	épuisé
Le droit de la distribution par J.M. Mousseron, J.J. Burst, N. Chollet, C. Lavabre, J.M. Leloup et A. Seube	en réédition
Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, par R. Contin (1976)	158,00 franco
Les réserves latentes, par R. Abelard (1977)	140,00 franco
Dix ans de droit de l'entreprise (44 études - 1076 pages) publié avec le concours du CNRS (1976)	238,00 franco
Le contrat de sous-traitance, par G. Valentin (1978)	172,00 franco
L'entente prohibée (1953 - 1967 - 1977) à travers les avis de la Commission des ententes, par V. Selinsky (1979)	160,00 franco
Les causes d'extinction du cautionnement, par C. Mouly (1980)	160,00 franco
L'entreprise et le contrat, par D. Ledouble (1981)	160,00 franco
Le régime fiscal des transferts indirects de bénéfices à l'étranger, par J.L. Bilon (1981)	160,00 franco
Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, par J.P. Haehl (1981)	162,00 franco
Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, par D. Ohl (1982)	168,00 franco
La profession libérale en droit fiscal, par F. Alcade (1984)	208,00 franco
Les pratiques discriminatoires, par A. Benard (1984)	208,00 franco

● Bibliothèque de Propriété Industrielle (C.E.I.P.I.)

- L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968, par J. Schmidt (1970)	épuisé
L'épuisement du droit du breveté (1971)	62,00 franco
- La copropriété des brevets d'invention (1973)	62,00 franco
- Le know-how : sa réservation en droit commun, par R. Fabre (1976)	110,00 franco
- L'acte de contrefaçon, par Ch. Le Stanc (1977)	112,00 franco
- Juge et loi du brevet, par M. Vivant (1977)	148,00 franco
- Le Droit français nouveau des brevets d'invention, par J.M. Mousseron et A. Sonnier (1978)	épuisé
- Les contrats de recherche par Y. Reboul (1978)	178,00 franco
- Traité des brevets : régime nationaux, européen, communautaire, international (tome 1 : l'obtention du brevet) par J.M. Mousseron, avec le concours de J. Schmidt et P. Vigand, 1200 p. (1983)	550,00 franco

● Bibliothèque L.G.D.J.

- Les groupes de contrats, par B. Teyssié (1975)	148,00 franco
- L'affrètement aérien, par J.P. Tosi (1977)	88,00 franco

● Dossiers Brevets

- Six livraisons par an, regroupant études, documents et dossiers de jurisprudence (Décisions, Brevets, Guides de lecture)	600,00 franco
--	---------------

● La lettre de la Distribution

- Chaque mois les informations les plus récentes. (ADH à Droit et Distribution)	350,00 franco
---	---------------

● Cahiers de Droit de l'Entreprise

- Supplément bimestriel à la Semaine Juridique (Editions E.I.)	
--	--